

Titel:	Methoden, Institutionen, Texte
Untertitel:	Zur diskursiven Funktion und medialen Präsenz dogmatisierender Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster im normativen Diskurs
Verfasser:	Jansen, Nils
Dokumenttyp:	Aufsatz in Zeitschrift
Medientyp:	Text
Erscheinungsdatum:	2011
Quelle:	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, <i>Jg</i> 128, Wien: Böhlau Verlag, S. 1-71.
Sprache:	Deutsch
Format:	PDF-Dokument
ISBN:	-
ISSN:	0323-4045

I.

Methoden, Institutionen, Texte

*Zur diskursiven Funktion und medialen Präsenz dogmatisierender
Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster in Recht und Religion*

Von

Nils Jansen, Münster

This article analyses processes of doctrinal dogmatisation through comparing such processes in both legal and theological contexts. In such – usually highly complex – processes, binding epistemic assumptions concerning basic concepts, patterns of interpretation and world-perception, and normative beliefs are stabilised as a framework in which normative arguments can be made. Despite many obvious differences, a comparison of the learned law and Christian theology, especially that of Catholic theology, reveals important structural similarities relating to the establishing of methodological standards of normative argumentation and of authoritative institutions and reference texts. Indeed, such comparative approach unveils aspects of doctrinal dogmatisation processes which have long been ignored. Most important among these aspects is the medial presence in normative discourses of dogmatising epistemic assumptions. Indeed, basic concepts, patterns of interpretation and world-perception, and normative beliefs must be symbolically visible to the participants of such discourses in order for them to become generally acknowledged institutions or binding normative knowledge.

- I. Fragestellung; 1. Dogmatisierungsprozesse; 2. Religion und Recht
- II. Methoden; 1. Römische Rechtsgeschichten; 2. Allgemeine Beobachtungen
- III. Autoritäten I: Institutionen; 1. Kirche und Fakultäten, Konzile und päpstliches Lehramt; 2. Rechtsprechung
- IV. Autoritäten II: Texte; 1. Förmliche und nichtförmliche Autorisierung; 2. Zu den Textformen autoritativer Texte; 3. Relative und absolute Autorität; Textnähe und Textdistanz; 3.1 Historisierung; 3.2 Distanzierung
- V. Mediale Inszenierung; 1. Glaubenswahrheiten; 2. Texte
- VI. Ergebnisse

Die Erwartung von Eindeutigkeit und epistemischer Bestimmtheit bildet offenbar ein spezifisches Kennzeichen westlicher Vorstellungen von Normativität. Verbindlichkeit, so scheint es Juristen und Theologen, setzt die Möglichkeit von Gewissheit voraus. Im Recht geht es deshalb vor allem anderen ganz formal um Rechtssicherheit¹, im Christentum um einen Glauben in Wahrheit². Dies bildet den Grund dafür, dass Juden³ und insbesondere Christen ihren individuellen Glauben von jeher in öffentlichen, häufig kollektiven Glaubensbekenntnissen bekennen und sich damit ihres gemeinsamen Glaubenswissens vergewissern. Bereits im zweiten Jahrhundert galten solche Bekenntnisse unter Christen als „Kanon der Wahrheit“⁴.

¹ Siehe nur Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. besorgt von J. Winckelmann, 1972, 394ff., 503ff. zur formellen Rationalität des Rechts.

² Vgl. nur Thomas von Aquin, *Summa theologiae*, Opera Omnia, Studio ac labore Stanislai Eduardi Fretté et Pauli Maré, Paris 1869ff., Bd. I-IV, secunda secundae partis (II-II), *qu.* I, *art.* I.

³ 5. Mos. 6,3–9.

⁴ Georg Essen, Spätantike Dogmatisierungsprozesse zwischen kirchlicher Traditionsbildung und hellenistischer Institutionskultur, demnächst in: Georg Essen/Nils Jansen (Hgg.), *Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion*, 2011, sub III.

Und die europäischen Juristen haben – im *common law*⁵ nicht anders als auf dem Kontinent⁶ – gerade zu solchen Zeiten an dem Ideal festgehalten, dass das Recht auf jede Rechtsfrage eine richtige Antwort biete, als dieser Anspruch in der Rechtswirklichkeit kaum einzulösen war⁷. Wenn man nicht weiß, was gilt, so handelt es sich offenbar um ein individuell zu verantwortendes Irrtumsproblem⁸. Aber wenn man gar nicht wissen kann, was gilt, so scheint es kaum möglich, von der Geltung einer Norm zu sprechen. Strukturell ambige Normativität bleibt unfassbar: institutionell und gesellschaftlich unwirklich. Dies Verständnis von Normativität ist nur scheinbar selbstverständlich. Wenn der Staat heute eine gewisse „Verfasstheit der verschiedenen islamischen Religionsgemeinschaften“ als Voraussetzung für die Zulässigkeit islamischen Religionsunterrichts an staatlichen Schulen erwartet⁹, so macht das deutlich, dass westliche Gesellschaften weder wissen, worin „die Lehren“ „des Islam“ bestehen, noch wo bzw. von wem sie dies verbindlich erfahren können. Andernorts gilt die enge Verknüpfung von Normativität und Bestimmtheit also offenbar nicht:

⁵ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4. Aufl. Dublin 1771, Bd. I, 69f.; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, 81ff.; ders., *No Right Answer?*, in: P.M.S. Hacker/J. Raz (Hgg.), *Law, Morality, and Society, Essays in Honour of H.L.A. Hart*, 1977, 58-84 (= *New York University LR* 53, 1978, 1-32).

⁶ Friedrich Carl v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840ff., Bd. I, 13ff., 45ff., 83ff.; Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7. Aufl. Frankfurt a.M. 1891, Bd. I, 50ff. (§ 20); zu beiden Autoren Annette Brockmöller, *Die Entstehung der Rechtslehre im 19. Jahrhundert in Deutschland*, 1997, 89ff., 91, 93, 108ff. Heute etwa Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl. 1983, 67ff.

⁷ Siehe nur Hans-Peter Haferkamp, *Dogmatisierungsprozesse im „heutigen Römischen Recht“ des 19. Jahrhunderts*, in: Essen/Jansen, *Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 4), sub IX.

⁸ *Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere*. Paulus *de iuris et facti ignorant.*, D. 22,6,9 pr. Bemerkenswerterweise wollten führende Rechtslehrer des späten *usus modernus*, etwa Wolfgang Adam Lauterbach und Augustinus Leyser, diese Regel zurückdrängen oder sogar abschaffen. Denn im 17. Jahrhundert hatte die Erwartung, Bürger könnten das Recht kennen, jede Plausibilität verloren. Umgekehrt haben Herrscher, denen es darauf ankam, mit dem Recht zu regieren, immer wieder eine Bürgerpflicht statuiert, das Recht zu kennen; zum Ganzen Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, paperback ed. 1996, 604ff. m.w.N. Im Christentum galt der Irrtum früh als Häresie; schon auf den frühen Konzilen von Antiochia und Nikaia wurden arianische Auffassungen als Irrlehren verdammt.

⁹ So der damalige Innenminister Wolfgang Schäuble beim 8. Karlsruher Verfassungsgespräch am 22. Mai 2008; siehe auch die Regierungserklärung Schäubles vom 28. September 2006 zur Etablierung der Deutschen Islamkonferenz, die offenbar nicht zuletzt auch dem Ziel diene, eine solchen Selbstverfassungsprozess anzustoßen: *Bulletin der Bundesregierung* Nr. 93–1 vom 28.9.2006.

Glaubensbekenntnisse bilden ein Spezifikum der Abrahamitischen Religionen¹⁰, nur im Christentum erscheinen sie dabei in zugleich theologisch-doktrinaler und verbindlicher Form¹¹. Religionen, die ihre Identität weniger durch Doktrinen als durch kultische und rituelle Aspekte definieren, können abweichende Lehren durchaus als legitim akzeptieren und zeichnen sich damit durch eine aus christlicher Sicht kaum verständliche Ambiguitäts- bzw. Häresietoleranz aus¹². Und im Islam, wo Meinungsverschiedenheiten lange als eine „Gnade“ galten, wurde offenbar gar nicht immer die Erwartung definitiver Antworten an das Recht herangetragen; vielmehr galten divergierende Gutachten unterschiedlicher Schulen als selbstverständlich und nicht – wie in Europa – als Problem¹³.

¹⁰ R. Marston Speight, Creeds, An Overview, in M. Eliade (Hg.), *The Encyclopedia of Religion*, 1995, Bd. III, 138-140; vgl. auch Steven D. Fraade/Joseph Dan, Bekenntnis VII. Judentum, in: *Religion in Geschichte und Gegenwart* [RGG], 4. Aufl. 1998, Bd. I, Sp. 1267–1269; Tilman Nagel, Bekenntnis VIII. Islam, a.a.O., Sp. 1269. Vgl. auch Johann Figl, Gott – monotheistisch, in: ders. (Hg.), *Handbuch Religionswissenschaft, Religionen und ihre zentralen Themen*, 2003, 545-558, 554.

¹¹ Zur Theologisierung, Theoretisierung und Dogmatisierung des christlichen Glaubensbekenntnisses auf dem Konzil von Nikaia siehe Essen, *Spätantike Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 4), sub II. Seit dem Konzil von Nikaia hat das christliche Glaubensbekenntnis seine spezifische „Doppelfunktion in Kult und Dogma“: Christoph Boehinger, Bekenntnis I. Religionsgeschichtlich, in: RGG I (Fn. 10), Sp. 1246. Entsprechend ist der Inhalt praktisch aller christlichen Glaubensbekenntnisse seither theologisch-doktrinaler, häufig auch dogmatisierender Natur: Jaroslav Pelikan, *Credo, Historical and Theological Guide to Creeds and Confessions of Faith in the Christian Tradition*, 2003, 70ff., 88ff. Zu den späteren Diskussionen und Konflikten um den *filioque*-Zusatz siehe näher unten nach Fn. 254.

¹² Vgl. Kurt Rudolph, Heresy: An Overview, in: *The Encyclopedia of Religion* (Fn. 10), Bd. VI, 269- 275, 271ff; Sheila McDonough, Orthodoxy and Heterodoxy, in: *Encyclopedia ibid*, Bd. XI, 124-129.

¹³ Mathias Rohe, *Das islamische Recht, Geschichte und Gegenwart*, 2009, 27ff. m.w.N.

I. Fragestellung

Nun könnte man derartige Befunde zum Anlass nehmen, zu fragen, ob eine solche Verknüpfung von Normativität und Bestimmtheit sinnvoll und wünschenswert ist: ob die damit verbundenen Rationalisierungsgewinne die Verluste an normativer Komplexität und individueller (insbesondere Glaubens-) Freiheit ausgleichen. Darum soll es hier aber nicht gehen. Vielmehr geht es um die Vorfrage, auf welche Art und Weise derartige Dogmatisierungsprozesse überhaupt stattgefunden haben und aktuell stattfinden: wie es möglich ist und wie es tatsächlich geschieht, dass normatives Wissen auf diese Weise eindeutig verfestigt und stabilisiert wird. Selbstverständlich dürfen dabei nicht nur stabilisierende Dogmatisierungsprozesse das Thema sein; gleichermaßen interessant ist die Kehrseite der Flexibilisierung normativer Systeme: die Frage, wie ältere normative Verfestigungen wieder aufgebrochen und tradierte Lehren innovativ weiterentwickelt werden. Denn das Recht – das ist jedem Juristen heute selbstverständlich bewusst – steht nicht still: Es entwickelt sich ständig und muss sich gerade auch im Wandel bewähren.

Aber auch in der Religion lassen sich gleichermaßen Stabilisierungs und Flexibilisierungsprozesse beobachten. Zwar gelten theologische Wahrheiten aus der Binnenperspektive des Christentums normalerweise zu allen Zeiten, an allen Orten und für alle Menschen¹⁴. Aber Menschen sprechen an unterschiedlichen Orten und Zeiten verschiedene Sprachen: Sie stellen immer neue Fragen und denken in immer wieder anderen Kategorien.

Auch religiöse Wahrheiten sind deshalb immer wieder neu, und das heißt auch: anders, zu formulieren. Es ist bemerkenswert, dass das europäische Recht vom 12. bis zum 19. Jahrhundert konstant auf der Grundlage einer einheitlichen, weitgehend stabilen¹⁵ Textgruppe (dem *Corpus iuris civilis*) gelehrt und wissenschaftlich fortgebildet wurde, während die primären Referenztexte der katholischen Theologie immer wieder um neue Texte ergänzt bzw. solche Texte später auch ausgetauscht wurden¹⁶.

¹⁴ Katechismus der Katholischen Kirche (1993), Rn. 172ff.

¹⁵ Eingefügt wurden in das *Corpus iuris civilis* allerdings die *libri feudorum* als Grundlage des Lehnrechts; näher etwa Hermann Lange/Maximiliane Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. II, 2007, 188ff. m.w.N.

¹⁶ Unten bei Fn. 206ff.

1. Dogmatisierungsprozesse:

Aus der Sicht vieler Menschen besteht der einfachste Weg zur Stabilisierung rechtlichen Wissens in einem Akt des Gesetzgebers. Gesetze statuieren verbindliche Referenztexte, die normative Fragen eindeutig entscheiden sollen. Ähnlich beantworten moderne Offenbarungsreligionen Wahrheitsfragen letztlich im Rückgriff auf heilige Texte wie die Bibel. Immer wieder haben Menschen gehofft, mittels klarer Gesetze bzw. mittels eines nüchternen Blicks auf diese Texte die relevanten Fragen unmittelbar beantworten zu können und sich dadurch von der häufig ökonomisch oder sonst eigennützig motivierten Sophistik und Rabulistik ungeliebter Theologen und Juristen zu befreien. Im Recht äußert solche Hoffnung sich in Auslegungs-, Kommentierungs- und Zitierverboten, mit denen die potentiell verfälschende Auslegung des autoritativen Textes und das Entstehen von Autoritäten neben dem Gesetz unterbunden werden sollten¹⁷. Das theologische Pendant bildet das ursprüngliche¹⁸ protestantische Programm, die Wahrheit *sola scriptura*: allein im Rückgriff auf das geoffenbarte Wort Gottes, zu finden¹⁹.

¹⁷ Siehe nur ALR Einl., §§ 46ff.; vgl. Hans-Jürgen Becker, Kommentier- und Auslegungsverbot, in:

A. Erler/E. Kaufmann (Hgg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte [HRG], Bd. II, 1978, Sp. 963-974; Stefan Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, Bd. I, 581ff. Ob hierher auch das angebliche Kommentierungsverbot Justinians (D. Const. Deo auctore 12, und D. Const. Tanta 21) gehört, das über Jahrhunderte als das Muster solcher Verbote galt, ist zweifelhaft. Möglicherweise ging es allein um den Schutz des Textes und um das Verbot, Erläuterungen auf die Digestenhandschriften zu applizieren: Herman Jan Scheltema, Das Kommentarverbot Justinians, TR 1977, 307-331, 325ff.; siehe aber auch Eberhard Klingenberg, Justinians Verbot der Digestenkommentierung, in: J. Assmann/B. Gladigow (Hgg.), Text und Kommentar, Archäologie der literarischen Kommunikation IV, 1995, 407-422.

¹⁸ Mittlerweile ist dies Programm infolge der Standardisierung der historisch-kritischen Methode brüchig geworden; zu diesem Prozess Jörg Lauster, Prinzip und Methode, Die Transformation des protestantischen Schriftprinzips durch die historisch-kritische Methode von Schleiermacher bis zur Gegenwart, 2004, 1 (und *passim*): „Dieses altprotestantische Schriftprinzip gibt es heute nicht mehr“. Aus der protestantischen Stimmenvielfalt im 20. Jahrhundert etwa Gerhard Ebeling, Die Bedeutung der historisch-kritischen Methode für die protestantische Theologie und Kirche, in: Zeitschrift für Theologie und Kirche 47 (1950), 1-46, 10ff., 27ff., 36ff.; Ernst Käsemann, Begründet der neutestamentliche Kanon die Einheit der Kirche?, in: ders., Exegetische Versuche und Besinnungen, Bd. I, 6. Aufl. 1970, 214-223, 221ff.; Wolfhart Pannenberg, Die Krise des Schriftprinzips, in: ders., Grundfragen systematischer Theologie, Gesammelte Aufsätze (Bd. I), 3. Aufl. 1979, 11-21, 13ff.

¹⁹ Martin Luther, Assertio omnium articulorum M. Lutheri per bullam Leonis X. novissimam damnatorum (1521), in: ders., Werke, Bd. VII, Weimar 1897 (ND 1966), 94-151, 98f.: ... *solam scripturam regnare ... volo*; siehe auch a.a.O., 98: *Sint ergo Christianorum prima principia non nisi verba divina ...* Für Luther und den Protestantismus bedeutete das freilich zunächst keine Ablehnung, sondern lediglich eine Relativierung und Neuausrichtung theologischer Dogmatik; näher Hubert Filser, Dogma, Dogmen, Dogmatik, Eine Untersuchung zur Begründung und zur Entstehungsgeschichte einer theologischen Disziplin von der Reformation bis zur Spätaufklärung, 2001, 83ff., 450ff.

Indes: seit Menschen Gesetze und Offenbarungstexte geschrieben haben, sahen sie sich mit der Erfahrung konfrontiert, dass solche Texte gerade nicht die Eindeutigkeit und Sicherheiten zu garantieren vermögen, um derentwillen sie doch verfasst werden. Texte rufen nach einer Interpretation; gerade normative Texte irritieren von jeher durch den „Skandal“²⁰, dass sie den Streit um das Recht bzw. den rechten Glauben nicht beenden, sondern an die Stelle alter Fragen den neuen Streit um den Sinn des Referenztextes treten lassen. Man kann hier nur entweder – in protestantischem Geist – auf die Gnade Gottes und eine „freie Uebereinstimmung der Gemüther im Glauben“²¹ hoffen oder die Notwendigkeit verbindlicher Deutungsmuster anerkennen²², die es im Diskurs mit wissenschaftlichen, institutionellen oder sonst geeigneten Mitteln zu verfestigen gilt. Die autoritativen Texte des Rechts und der Religion vermögen epistemische Bestimmtheit jedenfalls erst vor dem Hintergrund einer anerkannten exegetischen Methode und eines allgemeinen theologischen bzw. rechtlichen Wissens über die grundlegenden Begriffe und Deutungsmuster zu gewinnen, das bei der Lektüre solcher Texte vorausgesetzt wird. Man muss wissen, was eine „Gesamtschuld“ oder ein „Vertrag“ ist, wenn man entsprechende Gesetze verstehen will; und in ganz ähnlicher Weise trägt man unweigerlich erlernte theologisch-begriffliche Vorstellungen von „Offenbarung“, „Trinität“ und „Gott“ an die Texte der Heiligen Schrift heran. Gewiss bildet auch die Etablierung autoritativer Texte häufig ein Element von Dogmatisierungsprozessen²³. Es ist aber niemals gelungen, das normative Wissen einer Religion oder eines Rechtssystems in einem einzigen Referenztext zusammenzufassen und der dynamischen Interpretation in theologischen bzw. juristischen Diskursen zu entziehen. Normative Eindeutigkeit lässt sich nur gewährleisten, wenn die Teilnehmer an solchen Diskursen bestimmte Grundbegriffe, Deutungsmuster und Ordnungsvorstellungen – gerade auch hinsichtlich der Standards normativer Argumentation – als verbindliches Wissen anerkennen. Dogmatisierungsprozesse sind historische Prozesse, in denen sich solche Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster²⁴ herausbilden – bzw. als solche etabliert werden – und sich dann als professionell tradiertes Wissen verfestigen.

²⁰ Marie Theres Fögen, *Römische Rechtsgeschichten, Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems*, 2002, 177ff., 181.

²¹ Friedrich Schleiermacher, *Ueber den eigenthümlichen Werth und das bindende Ansehen symbolischer Bücher*, in: ders., *Sämtliche Werke*, Bd. I/5, Berlin 1846, 423-454, 445: „Dann wird unsere Kirche durch freie Uebereinstimmung der Gemüther im Glauben dieselbe bleiben, sich der Einheit ihres Daseins lebendig bewußt sein ...“. Zu parallelen Auffassungen bei Friedrich Carl v. Savigny und anderen Autoren der Historischen Schule siehe Haferkamp, *Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 7), sub VI– VII.

²² Fögen, *Römische Rechtsgeschichten* (Fn. 20), 181.

²³ Jansen, *The Making of Legal Authority, Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, 2010. Näher noch unten IV.

²⁴ Vgl. Andreas Thier, *Dogmatik und Hierarchie: Die Vernunftrechtslehre*, in: Essen/Jansen, *Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 4), nach Fn. 15.

Will man solche Dogmatisierungsprozesse verstehen, so ist dafür ein unbefangener Blick auf ein weites Spektrum *prima vista* unverbundener Phänomene erforderlich. Isolierte Analysen der Begriffe bzw. Begriffsgeschichten von „Dogma“ und „Dogmatik“ führen hier jedenfalls nicht weiter: Beide Begriffe sind verhältnismäßig jung; sie werden von Juristen und Theologen je unterschiedlich verstanden; und ihre Bedeutung war auch innerhalb dieser Diskurse niemals stabil²⁵. Während katholische Dogmatik sich als eine auf anerkannte Dogmen bezogene Wissenschaft versteht und damit die Existenz solcher Dogmen voraussetzt²⁶, gibt es „Dogmen“ im Recht gar nicht. Und der Begriff der juristischen Dogmatik ist auf den deutschen Sprachraum beschränkt²⁷, erscheint hier aber heute bemerkenswert unbestimmt²⁸:

„Dogmatik“ bezeichnet für viele Juristen offenbar einfach eine spezifisch juristische Tätigkeit: das Verfassen von Kommentaren und vergleichbaren Texte, die das geltende Recht in einer geordneten Form darstellen.

Wichtiger als Worte und Begriffsgeschichten sind die tatsächlichen Phänomene. Dazu gehört zunächst die wissenschaftliche Methode, insbesondere verbindliche Vorstellungen zur Frage, was als ein „gutes“ oder ein „relevantes“, also ein akzeptables bzw. inakzeptables Argument gilt (sogleich II.). Beachtung verdienen auch institutionelle Prozesse und Strukturen (unten III.), etwa die Unterscheidung des Rechts von seiner Beschreibung bzw. Anwendung²⁹, die prozedurale Verlagerung der Entscheidung normativer Fragen auf Konzile oder Gerichte³⁰, sowie die Rationalisierung von Dissensen in wissenschaftliche Schulen³¹.

²⁵ Siehe nur die Darstellungen von Maximilian Herberger, *Dogmatik, Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, 1981; Filser, *Dogma* (Fn. 19).

²⁶ Max Seckler, *Das Verhältnis von Fundamentaltheologie und Dogmatik*, in E. Schockenhoff, P. Walter (Hgg.), *Dogma und Glaube, Bausteine für eine theologische Erkenntnislehre*, Festschrift für Bischof Walter Kasper, 1993, 101-129, 102f., 124ff.

²⁷ Nicht vergleichbar ist der französische Begriff der *doctrine*, der die akademische Lehre, nicht aber die im professionellen Diskurs vorausgesetzten Lehren bezeichnet. Näher am deutschen Konzept der Dogmatik ist das englische *doctrine*, doch ist dieser Begriff eher auf einzelne Lehren bezogen; die in Deutschland üblichen Konnotationen von Methode und System fehlen.

²⁸ Vgl. etwa Josef Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, in: F. Baur u.a. (Hgg.), *Festschrift für Ludwig Raiser*, 1974, 517-539, 533f.; Dieter de Lazzar, *Rechtsdogmatik als Kompromißformular*, in: R. Dubischar (Hg.), *Dogmatik und Methode*, Festschrift für Josef Esser, 1975, 85-112, 90ff.; Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl. 1996, S. 307ff.; Franz Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, in: R. Bubner u.a. (Hgg.), *Festschrift für Hans-Georg Gadamer*, Bd. II, 1970, 311-336, 319; Uwe Volkmann, *Veränderungen der Grundrechtsdogmatik*, *JZ* 2005, 261-271, 262f.

²⁹ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Fn. 1), 394f.; Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 1ff., 119ff., 131ff.

³⁰ Unten III.1. und 2.

³¹ Fögen, *Römische Rechtsgeschichten* (Fn. 20), 177ff.

Selbstverständlich gehört hierher auch die Etablierung von textlichen Autoritäten (unten IV.), wie Normtexten, wissenschaftlichen *books of authority*, offiziellen Lehrverlautbarungen oder gerichtlichen Entscheidungssammlungen. Beachtung verdient aber schließlich auch die mediale Inszenierung solcher dogmatisierender Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster (unten V.): Unausgesprochen werden wissenschaftliche Diskurse schon immer von den jeweiligen medialen Publikationsformen und entsprechenden Lektüreeerwartungen geprägt³²; und es ist ganz offenkundig von erheblicher Bedeutung, ob eine Glaubenswahrheit in der Form eines wissenschaftlichen Traktats in Bibliotheken verwahrt wird, oder ob sie ihren Ort auf dem Scheiterhaufen eines Häresieprozesses oder im *Credo* findet, das von der Gemeinde täglich wieder im Rahmen einer Messfeier bekannt wird³³.

2. Religion und Recht:

Tritt im Recht eine neue Frage auf, so findet sie ihre Antworten normalerweise im juristischen Diskurs: sei es, dass sich die Frage ohne weiteres auf der Grundlage der geltenden Gesetze und darauf bezogenen Doktrinen beantworten lässt, sei es, dass sich insoweit eine neue *communis opinio* bildet, sei es, dass die Frage von einem Gericht mittels eines bindenden Präjudizes auch für die Zukunft verbindlich entschieden wird. Anstatt eine Antwort innerhalb des Rechts, im juristischen Diskurs, zu suchen, ist es aber immer auch möglich, eine solche Frage auf das politische System zu verlagern und nach dem Gesetzgeber zu rufen. Typischerweise geschieht das, wenn Juristen bzw. Gerichte sich außer Stande sehen, eine bestimmte Rechtsfortbildung vorzunehmen, weil die Frage ihrer Ansicht nach einen politischen Charakter hat und ihnen deshalb die notwendige Legitimation zu einer rechtsfortbildenden Entscheidung fehlt. Im Recht besteht damit jederzeit die Möglichkeit einer von Wahrheitsansprüchen entlasteten und in diesem Sinne politisch-dezisionistischen Normsetzung. Zudem gilt, dass man das geltende Recht stets politisch ändern kann, soweit es inadäquate Lösungen generiert.

³² Siehe bereits Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 111ff. zu den mittelalterlichen *Glossae ordinariae* sowie zu modernen Kommentaren und transnationalen, nichtlegislativen Kodifikationen; siehe auch noch unten bei Fn. 267ff.

³³ Siehe noch unten bei Fn. 251ff.

Es ist bemerkenswert, dass sich vergleichbare Strategien der Externalisierung von Entscheidungen auf systemexterne, politisch oder rechtlich entscheidende Akteure auch in der Geschichte des Christentums, etwa im Zusammenhang mit der Kanonisierung des *Credo*³⁴ oder in den Inquisitionsprozessen³⁵, beobachten lassen. Freilich können sich solche Strategien immer nur auf Texte sekundärer Autorität beziehen. Anders als das Recht ist die göttliche Wahrheit jedem derartigen Zugriff entzogen. Es kann hier also keinen Normsetzer geben, der in seinem Tun frei wäre. Zwar sind auch Gesetzgeber immer politischen und anderen Sachzwängen ausgesetzt; und es bildet ein selbstverständliches moralisch-politisches Postulat, dass das Recht gerecht sein solle. Gleichwohl gilt Rechtsetzung seit langem als ein legitimer Ausdruck menschlicher Willkür. Seit dem Mittelalter beruht das Recht letztlich auf dem *sic volo, sic iubeo* eines Herrschers³⁶; auch Thomas von Aquin hatte Rechtsnormen in diesem Sinne als *ordinationes* des Normsetzers verstanden³⁷.

³⁴ Unten bei Fn. 136ff.

³⁵ Sita Steckel, Häresie, Kirchliche Normbegründung im Mittelalter zwischen Recht und Religion, demnächst in: N. Jansen/P. Oestmann (Hgg.), *Gewohnheit, Gebot, Gesetz, Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung*, 2011, sub 3. und 4. Allerdings wurden die großen Theologenprozesse, in denen der christliche Glaube in besonderer Weise dogmatisch verfestigt wurde, vor Konzilen, also von Theologen, auf theologischen Foren und in theologischen Diskussionszusammenhängen, entschieden: Steckel, a.a.O., sub. 4.

³⁶ *[S]tatuta terrarum ... maiori parte magis consistunt [in] sic volo sic iubeo*: Baldus, *Super usibus feudalibus*, zit. nach Helmut Coing, *Zur Romanistischen Auslegung von Rezeptionsgesetzen: Fichards Noten zur Frankfurter Reformation von 1509*, ZRG Rom. Abt. 56 (1936), 264-277, 269.

³⁷ Thomas von Aquin, *Summa theologica* II-I (Fn. 2), *qu. XC*, insb. *art. IV*: *[Lex] nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgate*; siehe auch *qu. XCI, art. I*; *qu. XCV, art. II*; *qu. XCVI, art. IV*; *qu. XCVII, art. I*; *qu. CIV, art. I*: Selbstverständlich sollte die *ordinatio* dabei in der *ratio* begründet und dem *bonum commune* verpflichtet sein. Aber die Geltung des Rechts beruhte auf der *ordinatio principis*, nicht auf seiner Vernünftigkeit. Es war vernunftrechtlich kaum determiniert und folgerichtig auch wandelbar. Nur evident naturrechtswidrige Normen verloren den Rechtscharakter. Ich danke an dieser Stelle Georg Essen für wichtige Hinweise.

Noch weitergehend gilt heute, dass die Gerechtigkeit für die Verbindlichkeit einer Norm normalerweise irrelevant sein muss; sonst gäbe es kein Steuerrecht mit seinen Typisierungen und Vollzugsdefiziten. Allenfalls grob und evident ungerechten Normen versagen wir die Anerkennung³⁸.

Ganz anders liegt es demgegenüber bei autoritativen religiösen Texten, bei denen sich immer auch die Wahrheitsfrage stellt. Diese Wahrheit ist menschlicher Willkür nämlich prinzipiell entzogen. Für Thomas von Aquin waren religiöse Wahrheiten deshalb unveränderlich und statisch³⁹; und auch heute gilt: „Seit Jahrhunderten bekennt die Kirche in all den vielen Sprachen, Kulturen, Völkern und Nationen ihren einzigen, vom einen Herrn empfangenen Glauben“⁴⁰. Neue Probleme lassen sich deshalb nicht ohne weiteres durch einen Verweis an einen Normsetzer oder sonst durch theologischen Wandel lösen. Eine institutionelle Trennung einer von Wahrheitsansprüchen entlasteten, flexiblen Normsetzung einerseits und einer im Modus der Wahrheit argumentierenden normbeschreibenden Theologie andererseits ist angesichts dessen nicht möglich. In derselben Weise wie Hans Kelsen das für die das Recht anwendende Rechtswissenschaft beschrieben hat⁴¹, müssen in der Religion also nicht erst die dogmatischen Werke der Theologen, sondern bereits die Referenztexte der Kirche und damit letztlich auch die Heilige Schrift einen „beschreibenden Sinn“ haben⁴². Auch ein Konzil und das päpstliche Lehramt vermögen an religiösen Wahrheiten nichts zu ändern; vielmehr müssen sie ihre Verlautbarungen umgekehrt an solchen Wahrheiten messen lassen.

³⁸ Zur hier nur angerissenen Diskussion um einen positivistischen oder nichtpositivistischen Rechtsbegriff statt aller Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. Aufl. 1994.

³⁹ Thomas von Aquin, *Summa theologica* II-II (Fn. 2), *qu.* I, *art.* VII: die Glaubenswahrheiten würden im Laufe der Zeit nicht inhaltlich, sondern nur hinsichtlich ihrer ausdrücklichen wissenschaftlichen *explicitio* zunehmen; vgl. Peter Neuner, *Wie lehren die Kirchen verbindlich? Dogmatisierungsprozesse im Spätmittelalter und in der Reformationszeit*, in: Essen/Jansen, *Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 4), sub I.

⁴⁰ *Katechismus der Katholischen Kirche* (1993), Rn. 172.

⁴¹ Siehe insbesondere Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 77: die normativen Sätze der Rechtswissenschaft hätten einen „beschreibenden Sinn“. Dazu insbesondere Martin P. Golding, *Kelsen and the Concept of a „Legal System“*, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 47 (1961), 355-386, 357ff., 361ff. Vgl. auch Andreas Funke, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie*, 2004, 212, 220f. m.w.N.

⁴² Vgl. Michael Moxter, *Lehre zwischen Positivität und Freiheit, Protestantische Theologie im neunzehnten Jahrhundert*, in: Essen/Jansen, *Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 4), sub. IV, zur Lehre Schleiermachers: Eine Lehre gehöre nicht deshalb zum Christentum, weil sie in der Heiligen Schrift vorkomme; vielmehr komme sie deshalb in der Schrift vor, weil sie zum Christentum gehöre.

Diese Unterschiede verbieten von vornherein einen simplifizierend gleichsetzenden Vergleich von religiösen und rechtlichen Dogmatisierungsprozessen etwa unter dem Gesichtspunkt, dass es sich bei der Rechtswissenschaft und der Theologie gleichermaßen um textbezogene, also um exegetisch-interpretativ argumentierende, Normwissenschaften handele. Ein Diskurs von Normsetzern (Gesetzgebern, aber auch Gerichten) und Rechtsanwendern, der das Recht kennzeichnet, konnte sich in der christlichen Religion deshalb nie herausbilden. Eine Externalisierung von Problemen, die sich innerhalb des theologischen Diskurses argumentativ nicht lösen lassen, auf politische oder juristische Entscheidungsinstanzen war damit ausgeschlossen. Möglicherweise bildet das mit einen Grund dafür, dass die Geschichte christlicher Dogmatisierungsprozesse seit dem Mittelalter mehr als Abwehr von Irrlehren denn als innovativer Prozess dargestellt wurde⁴³, dass es immer wieder eine Geschichte der Verfolgung von Häretikern und der Ausgrenzung inakzeptabler Lehren war, und dass die katholische Lehre bis heute einer strikten lehramtlichen, also institutionellen, Kontrolle unterliegt. Demgegenüber werden widerständige Ansichten im Recht zwar durchaus marginalisiert und unter Umständen auch mit informellen Mitteln wie der Berufungspraxis und Richterwahl ausgegrenzt. Aber juristische „Irrlehren“ wurden praktisch niemals mit Strafgewalt verfolgt; die Richterwahl wird nur dort politisch prozeduralisiert, wo von Richtern Entscheidungen nach politischen Kriterien erwartet werden⁴⁴; und eine institutionelle Kontrolle richtiger Lehre ist – soweit ersichtlich – niemals erwogen worden. Es liegt angesichts derart verschiedener Rahmenbedingungen auf der Hand, dass rechtliche und religiöse Dogmatisierungsprozesse einer je eigenen Logik folgen müssen und von verschiedenen wissenssoziologischen Strukturen geprägt sind. Beim Vergleich von Dogmatisierungsprozessen in Recht und Religion wird man deshalb grundlegende Unterschiede beobachten. Gerade deshalb bildet es aber eine spannende Frage, ob sich nicht auch gleiche oder ähnliche Strukturelemente identifizieren lassen⁴⁵, die es möglich machen, Dogmatisierungsprozesse besser zu verstehen.

⁴³ Vgl. Neuner, Wie lehren die Kirchen verbindlich? (Fn. 39), sub I–II.

⁴⁴ Das ist insbesondere in Amerika und in Deutschland zunehmend beim Bundesverfassungsgericht der Fall. Es ist deshalb wenig überraschend, dass die Richterwahl (nur) hier zunehmend nach politischen Kriterien erfolgt.

⁴⁵ Methodische Erfahrungen der vergleichenden Religionswissenschaft und der *histoire comparée* können sich hier als hilfreich erweisen; näher Jansen, Comparative Law and Comparative Knowledge, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hgg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, 305-338.

II. Methoden

Juristen und Theologen haben immer wieder spezifische Methoden entwickelt, mit denen Probleme gelöst und Problemlösungen rationalisiert und nachvollziehbar gemacht werden sollten. Beispiele sind im Recht die Lehre von der Auslegung von Gesetzen⁴⁶, in der Theologie die historisch-kritische Methode⁴⁷. Im normativen Diskurs sind solche Methoden weit mehr als bloße Erkenntnisverfahren zur Bewältigung und Analyse eines komplexen Stoffes. Denn einerseits gibt es in der Theologie und in der Rechtswissenschaft keine Falsifikationsmöglichkeiten oder sonstige Verfahren zur unabhängigen Ergebniskontrolle⁴⁸; andererseits gilt die Befolgung einer standardisierten Methode als Voraussetzung professioneller Argumentation. Damit begrenzen, erweitern oder definieren solche Methoden den Kreis relevanter Aspekte und zulässiger Argumente. Die jeweils herrschenden methodischen Standards geben juristischen und theologischen Diskursen also verbindliche Argumentations- und Deutungsmuster vor, die die Diskurse in jeweils kaum zu überschätzender Weise geprägt haben. Wenn in Europa beispielsweise der *effet utile*: das politische Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes und der weiteren Integration der Europäischen Union, ein dominantes Auslegungskriterium bildet, so erlaubt das einen ausgesprochen freien, politischen Umgang mit Normen. Ein Beispiel bildet die Möglichkeit einer Durchsetzung europäischen Rechts durch Private (Bürger), die der Europäische Gerichtshof – übrigens gegen die ausdrückliche Absicht der Mitgliedstaaten mittels der Grundsätze über die unmittelbare Wirkung von Richtlinien und der Haftung von Mitgliedstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht eingeführt hat.

⁴⁶ Der klassische Text ist für das deutsche Recht nach wie vor Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 312ff.; einen umfassenden Überblick bietet Vogenauer, Auslegung von Gesetzen I (Fn. 17), 28ff.

⁴⁷ Siehe etwa William Baird, History of New Testamentary Research, Bd. I: From Deism to Tübingen, 1992, 116ff., 201ff., 212ff. und öfter; siehe auch die Nachweise oben Fn. 18.

⁴⁸ Vgl. aber für das Recht Claus-Wilhelm Canaris, Theorienrezeption und Theorienstruktur, in: H. Leser (Hg.), Festschrift für Zentaro Kitagawa, 1992, 59-95, 81; ders., Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 377-391, 386ff.: Im Recht könnten allenfalls autoritative rechtliche Problemlösungen, also gesetzliche Vorgaben und anerkanntes Richter- und Gewohnheitsrecht, als Prüfsätze herangezogen werden; vgl. auch Dirk Looschelders/Wolfgang Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, 117f. Aber auch ein solcher Ansatz führt letztlich nicht weiter. Denn rechtliche Probleme existieren nicht als unabhängige, objektive Sachverhalte, sondern werden durch juristische Theorien mitkonstituiert; näher Nils Jansen, Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht, ZEuP 13 (2005), 750-783, 772.

Nicht zufällig gilt das Gericht deshalb heute als politischer Akteur im Integrationsprozess⁴⁹ als ein Motor der europäischen Integration. In einer Rechtsordnung, in der teleologische Argumente zwar gegen den Wortlaut von Normen ausgespielt werden können, es aber doch immer auf den spezifischen Normzweck, nicht auf ein von außen an die Norm herangetragenenes politisches Ziel ankommt, wäre das nicht ohne weiteres möglich. Derartige Methodenstandards werden normalerweise nicht ausdrücklich normiert. Vielmehr stabilisieren sie sich zumeist im Rahmen professioneller Diskurse, wobei die Etablierung neuer methodischer Standards häufig zugleich eine paradigmatische Neuausrichtung bedeutet. In der Rückschau werden solche Wechsel häufig mit einzelnen Personen bzw. Schlüsselwerken verbunden; Beispiele waren das *Sic et non* Peter Abaelards, die großen Naturrechtslehrbücher Pufendorfs und Christian Wolffs, oder die Werke Schleiermachers und Savignys. Regelmäßig resultiert eine methodische Neuausrichtung dabei aus der Konfrontation mit einer anderen Wissenschaftskultur oder mit den methodischen Standards wissenschaftlicher Nachbardisziplinen. Zwar haben Juristen und Theologen immer wieder auch eigenständige, spezifisch juristische bzw. theologische, Methoden entwickelt; insbesondere im Recht erfüllen solche Methoden eine wichtige normstabilisierende Funktion. Gleichwohl kommt es immer wieder auch zu einer adaptierenden Übernahme der Methoden anderer Fächer. All das macht die Erklärung methodischer Neuausrichtungen in der Rechtswissenschaft und Theologie ausgesprochen schwierig. Denn in solchen normativen Diskursen kann man dafür nicht einfach auf die höhere Problemlösungskraft einer Methode abstellen. Bei juristischen und theologischen Methoden lässt sich nämlich häufig gar nicht sagen, ob eine Methode „besser funktioniere“ oder auch nur zu plausibleren Ergebnissen führe als eine andere. Stets kommt es daher in ganz erheblichem Maße auch auf Faktoren wie das allgemeine wissenschaftskulturelle Klima und die professionellen Interessen beteiligter Gruppen an. Um solche Prozesse vollständig zu erklären, wären deshalb umfassende wissenschaftssoziologische Studien erforderlich. Hier genügt freilich zunächst eine typologisierende Beschreibung solcher Dogmatisierungsprozesse.

⁴⁹Alec Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, 2004, insb. 64ff.; ders., *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*, 2000, 153ff.: „In today’s multitiered European polity, the sovereignty of the legislature, and the primacy of national executives, are dead. In concert or in rivalry, European legislators govern with judges“ (193); siehe auch Ulrich Haltern, *Europarecht, Dogmatik im Kontext*, 2. Aufl. 2007, Rn. 594ff.

1. Römische Rechtsgeschichten:

Das römische Recht und die römische Rechtswissenschaft bilden *die* herausragende geistig-kulturelle Leistung der Römer⁵⁰. In der Antike gab es keine andere auch nur annähernd vergleichbare Rechtsordnung; und auch die modernen Rechtsordnungen sind seit dem Mittelalter nicht selbstständig entstanden, sondern auf dem Boden des römischen Rechts und der gelehrten gemeinrechtlichen Diskussion gewachsen⁵¹. Fragt man nach einer Erklärung für diese bemerkenswerte Leistung der Römer, so wird üblicherweise auf die Konfrontation mit der hellenistischen Wissenschaftskultur im 2. und 1. Jahrhundert v.Chr. verwiesen⁵². In der Tat erhielt das römische Recht hier entscheidende methodische Anstöße: Juristisches Wissen wurde jetzt verschriftlicht, die griechische *dialectia ars* wurde als Mittel juristischer Begriffsbildung fruchtbar gemacht, und der Aristotelische Gedanken einer Zweckursache erlaubte eine teleologische und damit rationale Begriffsbildung und nachvollziehbare Fallentscheidungen⁵³.

⁵⁰ „... die bedeutendste Leistung römischen Geistes und ... der wichtigste Beitrag Roms zur Entwicklung der europäischen Kultur“: Wolfgang Kunkel/Martin Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, 13. Aufl. 2001, 129.

⁵¹ Das gilt nicht zuletzt auch für das *common law*; hierzu ausführlich etwa Reinhard Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts, Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, ZEuP 1 (1993), 4-51; A.W. Brian Simpson, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, *Law Quarterly Review* 91 (1975), 247-278; Jim Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1991, 134ff.; ders., *Contract in Pre-commercial Societies and in Western History*, in: A. van Mehren (Hg.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Bd. VII (Contracts in General), 2008, chapter 2 (1997), Rn. 22, 37, 99 und *passim*. Die frühere These von der Entwicklung des *common law* „in splendid isolation“ beruht auf einem Mythos und sagt mehr über das Selbstverständnis englischer Juristen im 20. Jahrhundert als über die wirkliche historische Entwicklung des *common law* aus. Tatsächlich hat sich das englische Recht niemals unabhängig vom gemeineuropäischen Diskurs gelöst; näher zum Ganzen Richard O. Helmholz, *Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions?*, *Duke LJ* 39 (1990), 1207-1228, 1208ff., 1214ff.; David Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, 1999, 1ff. und *passim*; ders., *Common Law and Ius Commune*, 2001, 6ff., 20ff., 27ff.; Zimmermann, a.a.O., 8ff., 51.

⁵² Fritz Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, 1961, 73ff.; Franz Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, Bd. I, 1988, 596ff., 618ff.; Kunkel/Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte* (Fn. 50), 128ff., jeweils m.w.N. zur Diskussion.

⁵³ Beispiele finden sich gerade für Quintus Mucius zuhauf; vgl. etwa die Definition des Haushaltsvorratsvermögens (Ulpian 22 *ad Sab. D.* 33,9,3 [*quod usus sui gratia paratum*]); dazu treffend Alfons Bürge, *Römisches Privatrecht*, 1999, 95f.) oder die gleichermaßen teleologische Definition der *culpa*: Paulus 10 *ad Sab. D.* 9,2,31: *quod cum a diligente provideri poterit, not esset provisum aut tum denun tiatum esset, cum periculum evitari non possit.*

In Griechenland hatte das Recht hingegen nicht vergleichbar von dieser Wissenskultur profitieren können (freilich ist vom griechischen Recht dieser Zeit nur wenig bekannt). Zur Entwicklung eines stabilen Rechtssystems war also offenbar mehr erforderlich⁵⁴. Dabei stand den Römern aber bis zur Verfestigung des Edikts im 2. Jahrhundert n.Chr. auch keine Kodifikation oder ein anderer Normtext zur Verfügung, der als autoritativer Bezugspunkt von Dogmatisierungen hätte dienen können⁵⁵: Ein innere oder äußere Ordnung hatte ihr Recht lange Zeit nicht. Wenn die römischen Juristen gleichwohl innerhalb weniger Jahrhunderte ein stabiles und zugleich hochkomplexes Rechtssystem schaffen konnten, so bildete dabei die selbstverständliche Beachtung von zumeist unausgesprochenen spezifisch juristischen Methodenstandards hierfür einen ganz wichtigen Aspekt⁵⁶. Dazu gehörte zunächst der nahezu vollständige Verzicht auf spekulative Entwürfe und Argumente: Römische Rechtstexte waren auf konkrete Verträge, Klagen oder Rechtsfälle bezogen, nicht auf abstrakte Grundfragen. Zwar haben die römischen Juristen um einzelne Rechtsfragen lebhaft gestritten⁵⁷. Aber eine Diskussion um konkurrierende Definitionen von Grundbegriffen findet sich normalerweise ebensowenig⁵⁸ wie die gelehrte Frage nach einem besten System. Zu solchen Fragen, zu denen es kaum eine richtige oder eindeutig vorzugswürdige Antwort hätte geben können, haben die römischen Juristen klug geschwiegen⁵⁹.

⁵⁴ Vgl. auch Fritz Schulz, *The Invention of the Science of Law at Rome*, in: H.H. Jakobs, *De similibus ad similia* bei Bracton und Azo, 1996, 99-110; Fögen, *Römische Rechtsgeschichten* (Fn. 20), 134f., 143f. und öfter.

⁵⁵ Die XII Tafeln vermochten das jedenfalls nicht zu leisten; das gilt unabhängig von der strittigen Frage ihrer historischen Existenz (vgl. Fögen, *Römische Rechtsgeschichten* [Fn. 20], 67ff. m.w.N.): Zwölftafelkommentare nahmen auch in der Pontifikaljurisprudenz nur eine ganz untergeordnete Stellung ein (statt aller Schulz, *Rechtswissenschaft* [Fn. 52], 106f.). Die führenden Erläuterungen des *ius civile* orientierten sich deshalb an den Darstellungen von Quintus Mucius oder Sabinus. Und das Edikt wurde zwar seit Servius (1. Jhd. v. Chr.) immer wieder kommentiert; es wurde aber erst im 1. Jahrhundert nach Christus textlich stabilisiert und ist erst im 2. Jhd. n. Chr. als *edictum perpetuum* zu einem standardisierten Referenztext geworden. Siehe zum Ganzen freilich auch die – insgesamt allerdings etwas spekulative – Darstellung bei Okko Behrends, *Der Kommentar in der römischen Rechtsliteratur*, in: Assmann/Gladigow, *Text und Kommentar* (Fn. 17), 423-462, 430ff.

⁵⁶ Schulz, *Invention of the Science of Law* (Fn. 54), *passim*.

⁵⁷ Siehe, als ein anschauliches Beispiel, den Literaturbericht Ulpian (53 *ad ed.*) zur Frage, wie weit eine Bestellung des Feldes als eine nach der *actio aquae pluviae arcendae* verbotene Veränderung des Grundstücks zu beurteilen sei: D. 39,3,1,3–12.

⁵⁸ Die von Ulpian überlieferte (11 *ad ed.* D. 4,3,1,2) Kontroverse zwischen Servius und Labeo um den *dolus*-Begriff bildet insoweit eine Ausnahme. Die Frage war hier unmittelbar ergebnisrelevant und musste deshalb entschieden werden; zudem bildete die Ansicht Labeos wohl eher eine erweiternde Weiterentwicklung als einen alternativen Entwurf zur Konzeption Servius', siehe Zimmermann, *Obligations* (Fn. 8), 664ff.

⁵⁹ Im Nachhinein mag der autoritäre Charakter der römischen, insbesondere der republikanischen, Jurisprudenz zwar durchaus als „arational“ erscheinen (Schulz, *Rechtswissenschaft* [Fn. 52], 72). In einem System, das über keinerlei institutionelle Möglichkeiten zur Entscheidung doktrinaler Fragen bot, ließ sich anders ein stabiles Recht jedoch nicht entwickeln.

Soweit solche Fragen gleichwohl einer Antwort bedurften⁶⁰, wurden solche Antworten pragmatisch gegeben, nämlich durch eine hohe Bereitschaft zur Selbstreferentialität⁶¹; wahrscheinlich wurde das durch den Autoritätssinn der Römer erleichtert. Jedenfalls wurde das *ius civile* nicht in gedanklich eigenständigen Werken auf der Grundlage eines je neuen Systems dargestellt, sondern in Kommentaren zu den maßgeblichen Referenzwerken der *veteres*, die dadurch ihrerseits als Referenztexte stabilisiert wurden. Insbesondere waren das die *XVIII libri de iure civili* Quintus Mucius Scaevolus (1. Jhdt. v.Chr.)⁶² und die *libri tres iuris civilis* Massurius Sabinus' (1. Jhdt. n.Chr.)⁶³. Und wo klare Begriffsdefinitionen erforderlich waren, wurden diese normalerweise von einem älteren Juristen übernommen, der den entsprechenden Begriff in den juristischen Diskurs eingeführt bzw. für das Recht operationalisiert hatte. Bemerkenswert erscheint aus heutiger Sicht freilich nicht nur dieser Verzicht auf spekulative Systementwürfe und philosophische Definitionen, sondern ebenso eine auffällige Beschränkung der relevanten Themen und Argumente. Römische Juristen haben sich praktisch ausschließlich dem Privatrecht, den bilateralen Rechtsverhältnissen zwischen Bürgern, kaum der öffentlich-rechtlichen Ordnung ihres Gemeinwesens gewidmet⁶⁴. Dabei haben die Römer privatrechtliche Rechtsverhältnisse zudem grundsätzlich aus der beschränkten Perspektive der beteiligten Parteien in den Blick genommen, Erwägungen staatlicher Gesellschafts- und Wirtschaftspolitik also ausgeblendet⁶⁵. Von Überlegungen wie der Gefahrprävention, der Bekämpfung unanständigen Geschäftsgebarens oder auch der eindeutigen Sachzuordnung scheint das Privatrecht freigehalten worden zu sein. Es liegt auf der Hand, dass dies eine erhebliche Reduktion der Komplexität des Rechts bedeutete, die es überhaupt erst ermöglichte, zu eindeutigen Regeln zu gelangen. Dabei ist diese perspektivische Beschränkung der römischen Juristen umso bemerkenswerter als dies Verständnis offenkundig gerade nicht der Perspektive der Magistrate bzw. der späten Kaiser entsprach.

⁶⁰ Abstrakte Begriffsdefinitionen haben die Juristen dabei zunächst nur für verhältnismäßig spezielle, technische Konzepte wie *culpa* (Paulus 10 *ad Sab.* D. 9,2,31: Q. Mucius Scaevola) und *dolus* (Ulpian 11 *ad ed.* D. 4,3,1,2: Servius und Labeo) formuliert, nicht jedoch für rechtstheoretische Grundbegriffe wie *obligatio*, *actio*, *contractus* und *delictum*.

⁶¹ Vgl. Fögen, *Römische Rechtsgeschichten* (Fn. 20), 176ff.

⁶² Siehe Sextus Pomponius: *Ad Q. Mucium lectionum libri XXXIX*; auch Gaius hat offenbar einen Kommentar zu Q. Mucius geschrieben. Zum Ganzen und weiteren Autoren Schulz, *Rechtswissenschaft* (Fn. 52), 252ff.

⁶³ Sextus Pomponius: 35 *libri*; Paulus: 16 *libri*; Ulpian: mindestens 51 *libri*. Näher zum Ganzen Schulz, *Rechtswissenschaft* (Fn. 52), 262ff.

⁶⁴ Schulz, *Rechtswissenschaft* (Fn. 52), 97ff., 106, 163ff., 196; ders., *Invention of the Science of Law* (Fn. 54), 102ff.

⁶⁵ Vgl. Fritz Schulz, *Principles of Roman Law*, 1936, 19ff., 24ff.: „Isolation“. Ausführlich zu diesem Fragenkreis jetzt Jakob Fortunat Stagl, *Favor dotis*, Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts, 2010, 334 und *passim*.

⁶⁶ Entsprechend waren Privatrecht und öffentliches Recht auch nur wenig trennscharf unterschieden; siehe Ulpian 1 *Inst.* D. 1,1,1,2; *Inst.* 1,1,4; dazu Max Kaser, ‚ius publicum‘ und ‚ius privatum‘, *ZRG* Rom. Abt. 103 (1986), 1-101, 6ff., 54ff. und *passim*; ferner etwa Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte I* (Fn. 52), 492f.; David Johnston, *The General Influence of Roman Institution of State and Public Law*, in: D.L.C. Miller/R. Zimmermann (Hgg.), *The Civilian Tradition and Scots Law*, Aberdeen Quincentenary Essays, 1997, 87-101, 88f. Hierzu und zum Folgenden näher Nils Jansen, *Staatliche Gesellschaftspolitik und juristische Argumentation im römischen Privatrecht*, in: H. Altmeyden u.a. (Hgg.), *Festschrift für Rolf Knütel*, 2009, 493-496, 495ff.; dort auch w.N. zu den Einzelfragen.

Denn die römischen Herrscher mussten die privatrechtliche Rechtsetzung schon deshalb als ein Mittel zur Verfolgung öffentlicher Interessen und Steuerungspolitik nutzen, weil ihnen eine effiziente Verwaltung lange Zeit nicht zur Verfügung stand⁶⁶. Ein Beispiel für all das bildet die *actio de deiectis vel effusis* mit der der Prätor den *habitor*, also den Hauptmieter eines Wohnblocks, für sämtliche Schäden verantwortlich gemacht hatte, die daraus resultierten, dass Gegenstände aus dem Haus geworfen worden waren⁶⁷. Hier ging es nicht in erster Linie um einen privatrechtlich angemessenen Schadensausgleich; das zeigt schon die Tatsache, dass jedermann die Buße einklagen konnte, wenn ein anderer zu Tode gekommen war⁶⁸. Vielmehr war das Edikt polizeirechtlich motiviert: Es sollte der offenbar gleichermaßen gefährlichen und verbreiteten Praxis entgegenwirken, Abfall aus den Fenstern auf die Straßen zu werfen⁶⁹. Persönliches Verschulden war deshalb irrelevant⁷⁰: Der Prätor fragte nicht nach persönlicher Verantwortlichkeit; vielmehr wollte er einfach den *habitor* veranlassen, Druck auf seine Mitbewohner, Untermieter und Gäste auszuüben, um auf diese Weise derartigen Gefährdungen vorzubeugen⁷¹.

Von solchen Erwägungen, die das Edikts- und Kaiserrecht durchziehen, ist in den Texten der römischen Juristen lange Zeit praktisch nichts zu lesen. Obgleich die *utilitas publica* im öffentlichen Diskurs einen weitverbreiteten, allgemein anerkannten Topos bildete⁷² und in anderem Zusammenhang auch von führenden Juristen herangezogen wurde, um harte Eingriffe gegenüber einzelnen Bürgern zu rechtfertigen⁷³, ist erst in den Texten der Spätclassiker überhaupt von der *utilitas publica* magistraler Rechtssetzungsakte die Rede⁷⁴; und auch die Spätclassiker haben solche Gesichtspunkte bei der konkreten Argumentation zu solchen Texten weitgehend ausgeblendet.

⁶⁷ D. 9,3; dazu insbesondere Reinhard Zimmermann, *Effusum vel deiectum*, in: D. Medicus u.a. (Hgg.), Festschrift für Hermann Lange, 1992, 303-329.

⁶⁸ Ulpian 23 *ad ed.* D. 9,3,5,5.

⁶⁹ Ulpian 23 *ad ed.* D. 9,3,1,1: *Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari.*

⁷⁰ Ulpian 23 *ad ed.* D. 9,3,1,4.

⁷¹ Zimmermann, *Effusum vel deiectum* (Fn. 67), 306f.

⁷² Der Gedanke der *utilitas publica* stammt aus dem griechischen Kulturkreis; er hat im 1. Jhd. v. Chr. Eingang in die philosophisch-politische Diskussion der Römer gefunden: Artur Steinwenter, *Utilitas publica – utilitas singulorum*, in: M. Kaser u.a. (Hgg.), Festschrift für Paul Koschaker, 1939, 84-102, 86ff., 89f.; Jean Gaudemet, *Utilitas Publica*, *Revue historique de droit français et étranger* [RH] 29 (1951), 465-499, 467ff.; Kaser, *ZRG Rom. Abt.* 103 (Fn. 66), 20ff. m.w.N.

⁷³ So hatte C. Cassius Longinus nach der Ermordung des *praefectus urbanus* Pedanius Secundus im Jahre 61 mit diesem Argument eine unbarmherzige Anwendung des *senatus consultum Silanianum* durchgesetzt, wonach die Menschen, die im Haushalt eines Mordopfers gelebt hatten, gefoltert und anschließend getötet werden sollten. Im Falle des Pedanius Secundus mussten deshalb 400 Menschen, auch Frauen und Kinder, ihr Leben lassen: *at quidam insontes peribunt. ... habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur*: Tacitus, *Ann.* 14,44 a.E.; siehe auch Richard A. Bauman, *Human Rights in Ancient Rome*, 2000, 80f., 117 m.w.N.

⁷⁴ Das gilt insbesondere für die *laudationes edicti* in den Ediktskommentaren Ulpians. Siehe zum Ganzen Gaudemet, *RH* 29 (Fn. 72), 474ff.; Kaser, *ZRG Rom. Abt.* 103 (Fn. 66), 25ff. m.w.N.

So hatte Ulpian das Edikt zwar ausdrücklich wegen seiner *utilitas publica* gelobt; in den übrigen Quellentexten zum Edikt, die zumeist ebenfalls auf Ulpian zurückgehen, ist davon aber weder ausdrücklich noch in der Sache die Rede. Vielmehr wird die Haftung in den begrifflichen und gedanklichen Rahmen der *lex Aquilia*, der allgemeinen Schadensersatzklage des römischen Rechts, eingeordnet. Die Diskussion des Edikts erfolgt auf der Grundlage der Begrifflichkeit und in den gedanklichen Kategorien, die für die *lex Aquilia* entwickelt worden waren⁷⁵. In der Sache geht es fast durchgehend um persönliche Verantwortlichkeit, die bei der *actio de deiectis vel effusis* mit typisiertem Verschulden erklärt wurde⁷⁶. War klar, wer verantwortlich war, so hatte deshalb nur dieser, nicht auch der *habitor*, zu haften⁷⁷. Und obgleich bei der Tötung eines freien Menschen nach dem Wortlaut des Edikts jedermann klagebefugt war, sollten die Angehörigen, die ein genuin deliktsrechtliches Ausgleichs- und Sanktionsinteresse gelten machen konnten, doch selbstverständlich den Vorrang haben⁷⁸.

Weitere Beispiele ließen sich leicht finden: sowohl hinsichtlich der *actio de deiectis vel effusis* als auch für den übrigen, umfangreichen Bereich gemeinwohlmotivierter magistraler Rechtsetzung⁷⁹. Obgleich das römische Privatrecht von jeher ein Mittel zur Durchsetzung staatlich definierter sozialer und wirtschaftlicher *polities* war, blieben derartige Gesichtspunkte in der privatrechtlichen Argumentation lange Zeit ausgeblendet oder wurden argumentativ neutralisiert. Zwar war das nicht durchgehend möglich; Ausnahmen finden sich etwa beim Soldatentestament oder im Recht der Mitgift. Solche von öffentlichen Interessen überformten Regeln wurden jedoch als *ius singulare* aus dem ausgleichsorientierten allgemeinen Privatrecht ausgegrenzt⁸⁰. Insgesamt blieb das Privatrecht damit strukturell und argumentativ am Modell eines angemessenen Interessenausgleichs ausgerichtet.

⁷⁵ Vgl. nur Ulpian 23 *ad ed.* D. 9,3,1,2 (zur *actio de deiectis vel effusis*) mit Paulus 10 *ad Sab.* D. 9,2,31 (zur *actio legis Aquiliae*).

⁷⁶ Vgl. Ulpian 23 *ad ed.* D. 9,3,1,4: ... *actio in eum datur, qui inhabitat ...: culpa enim penes eum est*; Gaius 3 *aur.* D. 44,7,5,5: *plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi*; Paulus 19 *ad ed.* D. 9,3,6,2: *habitor suam suorumque culpam praestare debet*.

⁷⁷ Ulpian 23 *ad ed.* D. 9,3,5 pr. und 5.2.

⁷⁸ Ulpian 23 *ad ed.* D. 9,3,5,5.

⁷⁹ Jansen, Staatliche Gesellschaftspolitik und juristische Argumentation (Fn. 66), 499-511.

⁸⁰ Ausführlich Stagl, Favor dotis (Fn. 65). Stagl zeigt klar, dass das Recht der *dos* vom Primat kaiserlicher Familienpolitik geprägt war, und zwar auch in der Argumentation von Juristen wie Paulus; in diesem Sinne handelte es sich um öffentliches Sozialrecht: a.a.O., 5, 25, 235ff. und *passim* m.w.N.

Aber das ließ die Integrität des Privatrechts unberührt, weil das Recht der *dos* als *ius singulare* galt und damit als Recht behandelt wurde, das *contra rationem* geschaffen war (Paulus *de iure sing.*

D. 1,3,16; ders. 53 *ad ed.* D. 1,3,14; Julian 27 *dig.* D. 1,3,15) und damit typischerweise auf spezifischen öffentlichen Interessen beruhte. Die Wertungen, die dies Institut prägten, durften damit außerhalb des Rechts der *dos* nicht zur Grundlage einer Rechtsfortbildung werden und mussten in diesem Sinne sozusagen systematisch unfruchtbar bleiben; vgl. Alois Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, 2. Aufl. Erlangen 1873, 111 (§ 25).

Freilich musste diese methodische Strategie umso problematischer werden, je mehr die Rechtsetzung bei der kaiserlichen Kanzlei monopolisiert war. Zu Beginn des 3. Jahrhunderts war es für Juristen wie Papinian offenkundig, dass die magistrale Rechtsetzung über weite Strecken von instrumentellen Erwägungen der *utilitas publica* getragen war⁸¹. Allerdings wollte auch Papinian keinesfalls die vielen – häufig gegenläufigen – *policies* hoheitlicher Rechtsetzung im Einzelnen privatrechtlich umsetzen; das wäre ein Vorhaben von nicht zu bewältigender Komplexität gewesen. Papinian verfügte über subtilere Methoden zum Umgang mit hoheitlichen Rechtsakten; das zeigen seine häufig in längeren Passagen überlieferten Kommentare zu kaiserlichen Reskripten und Konstitutionen: einer Fülle von im Einzelnen unklaren und häufig widersprüchlichen, insgesamt jedenfalls schwer zu handhabenden Normtexten. Diese Erlasse ließen sich offenkundig nur dadurch in das tradierte Recht einfügen, dass die Bedeutung einzelner Formulierungen trotz der manifesten Autorität dieser Rechtsakte relativiert wurde. Auch Papinian wollte das mit Mitteln der juristischen Methode erreichen: durch einen Rückgriff auf die in der römischen Rhetorik bekannte Form der *ratiocinatio*. Dabei handelte es sich um einen fünfgliedrigen Schluss, der es möglich machte, einen Text – hier also den kaiserlichen Rechtsakt – als autoritative Oberprämisse zu behandeln, gleichzeitig aber diese Prämisse mittels paralleler Fälle in seiner genauen Bedeutung zu konkretisieren⁸². Damit blieb der Text autoritativ, wurde aber in seiner konkreten Reichweite relativiert. Auch hier hatte die Methode also eine dogmatisierende Funktion: Sie diente der stabilisierenden Integration neuer Rechtsakte in das tradierte Recht und damit zugleich dem Schutz tradierter Prinzipien und Regeln gegen potentiell disruptive *policies*.

Freilich gelang es Papinian nicht, seine Methode als einen allgemeinen Standard zu etablieren. Dazu hätte sein Beispiel Schule machen und sich bei den anderen Juristen durchsetzen müssen, doch ist das offenbar nicht geschehen⁸³. Über die Gründe dafür kann man letztlich nur spekulieren.

⁸¹ Papinian 2 *def. D.* 1,1,7,1.

⁸² Näher zum Ganzen Ulrike Babusiaux, *Kommentare des Kaiserrechts in Papinians Quaestiones*, ZRG Rom. Abt. 126 (2009), 156-186, 161ff., 174ff., 180ff. Hinzu kamen weitere rhetorisch-stilistische Elemente, etwa eine unübliche Nennung auch verstorbener Kaiser mit Titulatur (anstelle der Konsekrationsbezeichnung), mit der Papinian sich vom zitierten Text distanzierte; auch hierzu näher Babusiaux, a.a.O., 180f.

⁸³ Babusiaux, ZRG Rom. Abt. 126 (Fn. 82), 181 m.w.N.

Offenbar befand sich die römische Rechtswissenschaft in einer Sackgasse; nach Papinian sind ohnehin nur noch wenige Juristen wie Ulpian und Paulus eigenständig hervorgetreten; und die Leistungen dieser Juristen waren mehr systematisierend kompilierender als innovativer Art. Ganz offenkundig war es angesichts der Fülle relevanter *polices* nicht mehr ohne weiteres möglich, das Privatrecht konstruktiv fortzubilden, ohne zugleich seine innere Kohärenz zu gefährden. Entsprechend konnte den Juristen jetzt gar nicht mehr an einer innovativen Fortbildung des Privatrechts gelegen sein; vielmehr musste ihr Anliegen mehr und mehr in der Stabilisierung und Bewahrung des Erreichten bestehen.

Die nachklassischen und vor allem die byzantinischen Nachfolger der klassischen römischen Juristen haben sich deshalb auf die Neuedition, Überarbeitung, Standardisierung und Kommentierung der klassischen Juristenschriften beschränkt. Sie haben in diesem Zusammenhang zumeist die paraphrasierend erläuternde Exegese an die Stelle einer konstruktiv-rechtsfortbildenden Argumentation treten lassen⁸⁴. Angesichts ihres Anliegens, das von den klassischen Juristen Erreichte zu sichern und für ihre Zeit zu bewahren, war diese methodische Neuausrichtung folgerichtig. Gleiches gilt für ihre Entwicklung formaler Zitierregeln, wie sie später etwa im *Codex Theodosianus* niedergelegt wurden⁸⁵. Erforderlich waren jetzt Methoden, die den Umgang mit widersprüchlichen Autoritäten steuern sollten, wo von vornherein feststand, dass rationale Sachargumente nicht zu finden waren. Schon die römischen Klassiker hatten in solchen Fällen ja kein eindeutig besseres Argument zu erkennen vermocht: andernfalls hätte sich jeweils eine Auffassung durchgesetzt. Auch diese „nachklassischen“ Entwicklungen lassen sich also nicht nur als eine Verfallsgeschichte verstehen⁸⁶, sondern auch als eine adäquate Strategie zur Reduktion von Komplexität bzw. zum Schutz vor drohender Überkomplexität. Ebenso wie das Ausblenden öffentlicher *polices* bei den früheren Juristen wurde freilich auch das von den Juristen nicht näher erklärt oder begründet. Vielmehr handelte es sich um eine pragmatisch standardisierte und in diesem Sinne dogmatisierte Praxis.

⁸⁴ Hierzu und zum Folgenden Franz Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, Bd. II, 2006, 171ff., 175f., 227ff. Freilich darf man dabei die eigenständigen Leistungen dieser „Helden“ nicht unterschätzen. Auch die Exegese erforderte bisweilen genuin dogmatische Argumente; vgl. Dieter Simon, *Aus dem Kodexunterricht des Thalelaios*, ZRG Rom. Abt. 87 (1970), 315-394, insb. 393f. Zur Autorisierung der römischen Klassiker siehe näher unten bei Fn.

⁸⁵ CTh 1,4,3 (Imp. Theodosius und Valentinian); dazu etwa Gottfried Teipel, *Zitiergesetze in der romanistischen Tradition*, ZRG Rom. Abt. 72 (1955), 245-287, 245ff.; Schulz, *Rechtswissenschaft* (Fn. 52), 355ff.; Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II* (Fn. 84), 203ff.

⁸⁶ Vgl. in diesem Sinne etwa Teipel, ZRG Rom. Abt. 72 (Fn. 85), 247f.; Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II* (Fn. 84), 202f.

2. Allgemeine Beobachtungen:

Solche Entwicklungsmuster der römischen Rechtsgeschichte lassen sich auch später und in anderen Zusammenhängen beobachten. So hat die Konfrontation theologischer und juristischer Diskurse mit einer fremden Wissens- bzw. Wissenschaftskultur immer wieder zur Rezeption von Elementen aus deren spezifischen Begrifflichkeit und Methodik geführt. Ein besonders anschauliches Beispiel bietet die nachhaltige Theoretisierung des Christentums im 1. und 2. Jahrhundert, die eine unmittelbare Folge der Konfrontation des jüdischen Christentums mit der römisch-hellenistischen Wissenskultur bildete und zur Infiltration einer nichtbiblischen, von Kategorien der griechischen Philosophie bestimmten, Semantik in den christlichen Diskurs führte; ein besonders wirkmächtiges Resultat war die Nizäische Formel, dass Vater und Sohn wesensgleich (*ὁμοούσιος*) seien⁸⁷. Spätere Fälle solcher „methodischer Transplants“⁸⁸ waren etwa die seit der Spätantike immer wieder neue Rezeption der antiken philosophischen Lehren Platons und später Aristoteles’ in die Theologie⁸⁹ sowie die Anwendung scholastischer Methoden und Diskurs- und Textformen in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft⁹⁰ und im naturrechtlichen Diskurs der Spätscholastiker⁹¹.

⁸⁷ Dazu Essen, Spätantike Dogmatisierungsprozesse (Fn. 4), sub II m.w.N.

⁸⁸ Hier lässt sich wahrscheinlich die Diskussion um die sogenannten *legal transplants* fruchtbar machen; siehe nur Alan Watson, *Legal Transplants*, 2. Aufl. 1993; Michele Graziadei, *Comparative Law and the Study of Transplants and Receptions*, in: *Oxford Handbook of Comparative Law* (Fn. 45), 441-475 m.w.N. Während *legal transplants* den Transfer einzelner Rechtsinstitute und Rechtsgedanken zwischen zwei Rechtsordnungen thematisieren, geht es hier um wissenschaftliche Methoden und verschiedene wissenschaftliche Disziplinen. Freilich gilt hier erst recht, dass es stets auf die Rahmenbedingungen ankommt, und dass der Transfer das Transferierte unweigerlich verändert: Die historische Methode muss in der Theologie, in der es um die Offenbarungswahrheit und die Offenbarung Gottes geht, ganz anderes bedeuten als in der Geschichtswissenschaft, deren Gegenstand soziale, juristische oder politische Tatsachen sind.

⁸⁹ Hubert Filser, Präzisierung und Systematisierung des christlichen Glaubens auf der Basis von Dogmen und Glaubensartikeln im frühen und hohen Mittelalter, in: Essen/Jansen, *Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 4), sub I.3-4##, II.2.

⁹⁰ Susanne Lepsius, Auflösung und Neubildung von Doktrinen nach der Glosse: die Dogmatik des Mittelalters, in: Essen/Jansen, *Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 4), sub I.2.##; Filippo Ranieri, Kasuistik und Regelbildung bei der Rechtsfindung im europäischen *Ius Commune* des 16.-17. Jahrhunderts, in: Essen/Jansen, a.a.O., sub II.1-2. Vgl. auch Helge Dedek, *Die Schönheit der Vernunft – (Irr-)Rationalität von Rechtswissenschaft in Mittelalter und Moderne*, *Rechtswissenschaft 1* (2010), 58-85, 61ff.

⁹¹ Vgl. Tilman Reppen, *Juristisches Dogma in normativer Vielfalt – eine Nahaufnahme aus der Zeit der Spätscholastik*, in: Essen/Jansen, *Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 4), M 1ff.

In der Neuzeit bedeutete dann die Etablierung einer „linearen Deduktion“ als Standard vernunftrechtlicher Argumentation durch Samuel Pufendorf und Christian Wolff⁹² geradezu eine methodische Revolution. Durch diese Neuausrichtung, die unmittelbar auf der Rezeption philosophischer, mathematischer und naturwissenschaftlicher Methoden bzw. Wissenschaftsstandards beruhte, wurde die *demonstratio* nämlich zum Maßstab der Wissenschaftlichkeit auch für die normative Argumentation⁹³; das bestätigen parallele Entwicklungen auch in der protestantischen und katholischen Dogmatik⁹⁴. Wer juristisch argumentieren wollte, musste das jetzt in der Form der *demonstratio* tun⁹⁵. Im ausgehenden 18. und insbesondere im 19. Jahrhundert haben dann die Fortschritte der historischen und philologischen Wissenschaften einerseits und ein neues historisch relativierendes Weltbild andererseits einen erheblichen Einfluss auf die protestantische Theologie und die Rechtswissenschaft ausgeübt; sowohl die historisch-kritische Methode in der Theologie als auch die historische Schule in der Rechtswissenschaft machen das augenscheinlich⁹⁶. Ebenso bedeutet schließlich auch die heutige ökonomische Analyse des Rechts einen Transfer ökonomischer Methoden und Wertungen in die Jurisprudenz⁹⁷. Die Wissenschaftsgeschichten der Jurisprudenz und der Theologie ließen sich durchaus als Geschichten „methodischer Transplants“ schreiben.

Solche externen Anstöße haben typischerweise eine dynamisierende Wirkung auf die juristischen bzw. theologischen Diskurse gehabt: Eine methodische oder begriffliche Neuausrichtung führt regelmäßig zu neuen Erkenntnismöglichkeiten und damit zu neuen Ergebnissen. Auch dann, wenn derartige neue Wissenschaftsstandards sich – nach einer gewissen Übergangszeit – allgemein durchsetzen konnten und in diesem Sinne als dogmatisierende Deutungsmuster für die jeweiligen Diskurse dogmatisiert wurden, so haben sie zumeist nicht schon dadurch auch stabile Ergebnisse generiert.

⁹² Maßgeblich war freilich Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium libri octo* (cum integris commentariis Io. Nic. Hertii atque Io. Barbeyraci, Frankfurt 1759), *lib.* I, *cap.* II: *De certitudine disciplinarum, quae circa moralia versantur*. Näher Thier, Dogmatik und Hierarchie (Fn. 24), sub II.

⁹³ Thier, Dogmatik und Hierarchie (Fn. 24), bei Fn. 35

⁹⁴ Filser, Dogma (Fn. 19), 232ff., 435ff. m.w.N.

⁹⁵ Thier, Dogmatik und Hierarchie (Fn. 24), sub III.1.; siehe noch unten bei Fn. 127f.

⁹⁶ Hier wurde erst philosophisch-theologisch, später naturwissenschaftlich argumentiert; näher Haferkamp, Dogmatisierungsprozesse (Fn. 7), sub II, VII, IX m.w.N.

⁹⁷ Vgl. nur Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 7. Aufl. 2007; Horst Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 3. Aufl. 2005.

Ebensowenig wie ein autoritativer Text⁹⁸ vermag eine bestimmte Methode allein einen normativen Diskurs zu stabilisieren und normative Eindeutigkeit zu gewährleisten, im Gegenteil: Häufig war die Einführung neuer Methoden auch von neuen sachlichen Kontroversen begleitet. Beispiele bieten die Kontroversen um das Glaubensbekenntnis in Nikaia und Konstantinopel⁹⁹, der protestantische Streit um den biblischen Kanon¹⁰⁰, die juristischen Debatten unter den scholastischen „Kommentatoren“¹⁰¹, oder die naturrechtlichen Kontroversen um den Verschuldensgrundsatz im Haftungsrecht¹⁰² und um die normativen Grundlagen der *negotiorum gestio* (Geschäftsführung ohne Auftrag)¹⁰³. Wer normative Eindeutigkeit gewährleisten möchte, muss andere bzw. zusätzliche Schritte unternehmen. Solche Schritte können in der Etablierung von autoritativen Referenztexten oder allgemein anerkannten „Prinzipien“ (Axiomen)¹⁰⁴ bzw. in der Beschränkung der Zahl textlicher Autoritäten und solcher Axiome bestehen; das reduziert die Zahl potentiell gegenläufiger Argumente und damit die Komplexität des jeweiligen Diskurses.

⁹⁸ Oben bei Fn. 20.

⁹⁹ Essen, Spätantike Dogmatisierungsprozesse (Fn. 4), sub II.

¹⁰⁰ Siehe nur Schleiermacher, Ueber den eigenthümlichen Werth (Fn. 21).

¹⁰¹ Lepsius, Auflösung und Neubildung (Fn. 90), *passim*; siehe auch Ranieri, Kasuistik und Regelbildung (Fn. 90), sub II.1.: Mit dem Zusammenspiel eines bisweilen gewaltsamen Umgangs mit den römischen Texten einerseits und der Bereitschaft zur professionellen Selbstbindung und Autorisierung von Lehrmeinungen andererseits war ein ganz erhebliches Innovationspotential verbunden. Ein Beispiel bildet das Konzept eines grundsätzlich unbeschränkten Eigentumsrechts. Dafür hatte Bartolus, *Commentaria* (Lyon 1552), *ad D. 41,2 De acquirenda possessione*, bei 17 *Si quis vi / Differentia*, n. 4, auf das Auftragsrecht (C. 4,35,21) verwiesen und – was aus heutiger Perspektive absurd erscheinen mag – Textstücke, die im römischen Auftragsrecht die Befugnisse des Beauftragten beschreiben (*suae ... rei moderator atque arbiter*), zur Definition der Rechtsmacht des Eigentümers herangezogen. Seither prägt Bartolus' Eigentumsdefinition als *ius perfecte disponendi* den europäischen Diskurs; siehe etwa Helmut Coing, Zur Eigentumslehre des Bartolus, ZRG Rom. Abt. 70 (1953), 348-371, 350ff.; Dietmar Willoweit, *Dominium und Proprietas – Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, in: *Historisches Jahrbuch* 94 (1974), 131-156, 144ff.; Kurt Seelmann, Die Lehre des Fernando Vazquez De Menchaca vom *Dominium*, 1979, 48ff.; Maximiliane Kriechbaum, *Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts*, 1996, 392ff., jeweils m.w.N.

¹⁰² Hier steht der Axiomatisierung des Verschuldensgrundsatzes in der sanktionsorientierten Pflichtentheorie des Haftungsrechts bei Samuel Pufendorf (*De iure naturae et gentium* [Fn. 92], *lib. I, cap. V, § 2: axioma in moralibus*) eine am Ziel des effektiven Schutzes individueller Rechtsgüter ausgerichtete Theorie einer allgemeinen strikten Haftung bei Christian Thomasius gegenüber (*Larva legis Aquilae detracta actioni de damno dato*, Halle 1750, neu hrsgg. von M. Hewett, 2000); dazu näher Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts, Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, 2003, 334-358.

¹⁰³ Hier hatte zunächst Hugo Grotius das römische Institut gänzlich abgelehnt (*De iure belli ac pacis libri tres, cum notis Jo. Fr. Gronovii et Joannis Barbeyracii*, Leipzig 1758, *lib. II, cap. X, § 9*; ähnlich noch Joachim Georg Darjes, *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, 3. Aufl. Jena 1748, § 828), doch hatte Grotius sich mit dieser Auffassung nicht durchsetzen können. Freilich blieb unklar, ob das Institut bereicherungsrechtlich (so Georg Reichard Emme, *Philosophia Juris Ostensa in Doctrina de Obligationibus & Actionibus [sub praesidio D. Christiani Thomasi]*, Leipzig 1682, §§ 133f.; Henricus L.B. de Cocceji, *Commentarii ad Hugonis Grotii de iure belli ac pacis libros tres*, Bratislava 1744/46, Bd. II, *ad lib. II, cap. X, § 9 Anm. o*; Samuel L.B. de Cocceji, *Introductio ad Henrici de Cocceji Grotium Illustratum*, Halle 1748, *diss. XII, cap. VII, §§ 566ff.*) oder vertragsrechtlich erklärt werden sollte; so Christian Wolff, *Ius naturae methodo scientifica pertractum, pars V*, Halle 1745, §§ 504, 512ff., 524f., 543ff.; vgl. auch J. Gottlieb Heineccius, *Elementa iuris naturae et gentium*, Halle 1738, § 348. Näher zur Diskussion Nils Jansen, demnächst in: M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann (Hgg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB [HKK]*, Bd. III, 2011, §§ 677-687 I (Geschäftsführung ohne Auftrag), Rn. 22ff.

¹⁰⁴ Vgl. zum Naturrecht Thier, *Dogmatik und Hierarchie* (Fn. 24), bei Fn. 6, 18ff., 75f.

Solche Schritte können aber auch institutioneller Art sein; gerade die Katholische Kirche ist immer wieder einen – häufig stark politisierten – institutionellen Weg gegangen¹⁰⁵. Demgegenüber haben Juristen zum einen normative Texte wie das *Corpus iuris civilis*, das *Decretum Gratiani* oder den Sachsenspiegel zu autoritativen Grundlagen des geltenden Rechts gemacht¹⁰⁶. Sie haben diese Texte also als Rechtsquellen behandelt, für deren Anwendung weitere Gründe nicht erforderlich waren¹⁰⁷. Zum anderen haben sie spezifisch juristische Methoden entwickelt, deren Zweck in der – notfalls willkürlichen – Stabilisierung bestimmter Ergebnisse bestand, wo eindeutig bessere Argumente für die eine oder andere Lösung sich nicht finden ließen. So haben schon die mittelalterlichen Juristen in den Digesten bestimmte *sedes materiae* für einzelne Rechtsfragen ausgemacht, die während der folgenden Jahrhunderte auch dann nicht mehr in Zweifel gezogen wurden, wenn sich an anderer Stelle an sich plausible Anknüpfungspunkte fanden. Diese *sedes materiae* boten damit eine „Grundlage für ein Netz von Zitaten und Lehrmeinungen“ und später für darauf bezogene *communes opiniones*¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Sogleich III.

¹⁰⁶ Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 20ff. und *passim*. Zum Ganzen noch unten IV.1.

¹⁰⁷ Zu diesem Konzept einer Textautorität näher Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 41ff., 43.

¹⁰⁸ Ranieri, *Kasuistik und Regelbildung* (Fn. 90), sub II.1 a.E., II.3.

Dabei war das Bewusstsein um die Ergebnisoffenheit der Texte und der scholastischen, topischen Argumentation¹⁰⁹ bereits früh mit einer offenbar spezifisch juristischen Bereitschaft zur professionellen Selbstbindung verbunden¹¹⁰; das zeigt sich etwa in der Autorisierung der Accursianischen *Glossa ordinaria*¹¹¹ und in den Diskussionen um das *argumentum ab auctoritate*¹¹² sowie zur Autorität und Zitierfähigkeit von Lehrmeinungen¹¹³. Seit dem 16. Jahrhundert galt eine Vermutung für die Richtigkeit (*praesumptio veritatis*) einer *communis opinio*, die Richter und Anwälte deshalb grundsätzlich binden sollte¹¹⁴.

¹⁰⁹ Auch hierzu näher Ranieri, Kasuistik und Regelbildung (Fn. 90), sub II.1-2 m.w.N. Ranieri betont dabei überzeugend, dass die Regelbildung stets induktiv erfolgte. Das Argument *a similibus ad similia*, das eine Regelbildung auf der Grundlage von Fall- (nicht: Norm-)analogien erlaubte, wurde dabei zu einer gemeineuropäischen Methode, die gleichermaßen auf dem Kontinent wie in England die Grundlage juristischer Argumentation bildete.

¹¹⁰ Anschaulich Ranieri, Kasuistik und Regelbildung (Fn. 90), sub II.3 m.w.N. Ugo Nicolini, I giuristi postaccursiani e la fortuna della glossa in Italia, in: G. Rossi (Hg.), Atti del convegno internazionale di studi accursiani (Bologna, 21-26 ottobre 1963), Bd. III, 1968, 799-943, 867ff., weist freilich treffend darauf hin, dass das *argumentum ab auctoritate* im scholastischen Diskurs allgemein, also nicht nur unter Juristen, anerkannt gewesen sei.

¹¹¹ Bis weit ins 18. Jahrhundert hinein galten die Meinungen der Glosse als hoch autoritativ (Peter Weimar, Accursius, in: M. Stolleis [Hg.], Juristen, Ein biographisches Lexikon, Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, 1995, 18-19, 19; Teipel, ZRG Rom. Abt. 72 [Fn. 85], 249ff., 265, 270ff., 277ff.); noch für Arthur Duck (1580-1648) galt die Glosse als grundsätzlich verbindlich: De Usu et Autoritate Juris Civilis Romanorum, in Dominiis Principum Christianorum Libri Duo, Leipzig 1668, lib. I, cap. VIII, § 6: *tantaque est Accursii Autoritas, ut ex ejus Sententia Causa judicanda sit quoties insignis aliquis Interpres ei adhaeret*. Siehe auch Antonius Maria Coratius Cortonensis (Corazzi), Tract. (Tractatus) de communi v.i. (utriusque iuris) doctorum opinione, constituenda, attendenda & poenis recedentium ab ea, Perugia 1572, tit. III, nn. 2f.: ... *duo doctores maximae autoritatis, ut est glossa, & Bartolus faciant communem opinionem*. Zudem waren in der Glosse die *sedes materiae* etabliert, die die Argumentation auch dann strukturierten, wenn die Glosse keine eindeutige Antwort bot bzw. Argumente gegen die Glosse angeführt werden sollten.

¹¹² Ranieri, Kasuistik und Regelbildung (Fn. 90), sub II.3.; aus der älteren Literatur etwa Nicolini, I giuristi postaccursiani (Fn. 110), 867ff.; Norbert Horn, Argumentum ab Auctoritate in der legistischen Argumentationstheorie, in: O. Behrends u.a. (Hgg.), Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, 1978, 261-272, 263ff., 270f.; ders., Römisches Recht als gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck, in: W. Wilhelm (Hg.), Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 1972, 170-180, 172ff.

¹¹³ Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), 1985, 124f.; Alexandra Braun, Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango, Oxford Journal of Legal Studies 26 (2006), 665-681, 672f. Dabei hatten gerichtliche Zitierkonventionen offenkundig zugleich einen wichtigen institutionellen Aspekt: Beschränkungen der Zitierfähigkeit von Lehrmeinungen dienten typischerweise dazu, die Rechtsprechung und die staatliche Herrschaft gegen Einfluss durch die gelehrten Juristen zu schützen; vgl. Gino Gorla, Die Bedeutung der Präzedenzentscheidungen der Senate von Piemont und Savoyen, in: E. v. Caemmerer u.a. (Hgg.), Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag, Bd. I, 1969, 103-125, 104ff.

¹¹⁴ Corazzi, Tract. de communi doctorum opinione (Fn. 111), praefatio, nn. 40ff., 47f. und tit. III, nn. 3f. m.w.N. Siehe zum Ganzen Coing, Europäisches Privatrecht I (Fn. 113), 124f.; näher, auch mit konkreten Beispielen, Ranieri, Kasuistik und Regelbildung (Fn. 90), sub II.3. Zur entsprechenden früheren Praxis in Oberitalien Teipel, ZRG Rom. Abt. 72 (Fn. 85), 265ff.; freilich wurde bei den Kommentatoren eine *communis opinio* häufig nur deshalb festgestellt, weil ein Autor dagegen seine eigene besser begründete Meinung absetzen wollte: Lepsius, Auflösung und Neubildung (Fn. 90), I.3.b.

Bis ins 18. Jahrhundert bildet der Verweis auf eine *communis opinio* ein allgemein akzeptiertes, in der Regel kaum zu widerlegendes juristisches Argument¹¹⁵; eine Entscheidung gegen eine *communis opinio* konnte den Richter haftbar machen¹¹⁶. Ähnliche Beobachtungen gelten wenig später auch für den Umgang mit einem lokalen *usus fori* (Gerichtsgebrauch), der offenbar nicht nur in England¹¹⁷, sondern auch von einer Reihe wichtiger kontinentaleuropäischer Gerichte, wie der römischen *Rota Romana* oder dem Reichskammergericht, als zunehmend gewichtiges Argument akzeptiert wurde¹¹⁸. Zwar wurde einem solchen *usus* zunächst nur ganz ausnahmsweise eine strikte, formelle Bindungswirkung zugeschrieben; dann wären die Gerichte auch institutionell zur Setzung von Richterrecht berufen gewesen¹¹⁹. Aber ein *usus fori* sollte doch zu „eine(r) Art argumentative(r) Beweislastverteilung“ führen¹²⁰, die dem Umgang mit der *communis opinio* entsprach¹²¹: Wer von einer *communis opinio* bzw. vom *usus fori* abweichen wollte, trug die entsprechende Begründungslast dafür. Dabei nahm die Bedeutung des *usus fori* kontinuierlich zu; seit dem späten Jahrhundert sollte ein solcher *usus* auch das Abweichen von einer angeblichen *communis opinio* rechtfertigen¹²². Entsprechend galt der *usus fori* rechtsquellentheoretisch zunehmend als Gewohnheitsrecht bzw. wurde methodisch als eine Sonderform von Gewohnheitsrecht behandelt¹²³.

¹¹⁵ Jan Schröder, „Communis opinio“ als Argument in der Rechtstheorie des 17. und 18. Jahrhunderts, in: G. Köbler (Hg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte, Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag, 1987, 404-418, 405; ders., Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850), 2001, 46ff. m.w.N. Vgl. auch Paul Koschaker, Europa und das römische Recht, 4. Aufl. 1966, 99ff. Im Laufe des 18. Jahrhunderts wurde die juristische Meinungslage freilich derart unsicher, dass es kaum noch möglich war, eine eindeutige *communis opinio* festzustellen. Gleichzeitig erschien es beim Reichskammergericht offenbar unproblematisch, eine *opinio doctorum* als falsch abzuwerten bzw. abzulehnen; so die Exzerpte bzw. Voten bei Peter Oestmann (Hg.) Ein Zivilprozeß am Reichskammergericht, Edition einer Gerichtsakte aus dem 18. Jahrhundert, 2009, 254, 566ff.

¹¹⁶ Coing, Europäisches Privatrecht I (Fn. 113), 124 m.N.

¹¹⁷ Vogenauer, Auslegung von Gesetzen II (Fn. 17), 776f.

¹¹⁸ Coing, Europäisches Privatrecht I (Fn. 113), 125f. Insgesamt gab es aber wohl keine einheitliche Praxis der verschiedenen Gerichte Europas; vgl. Gorla, Die Bedeutung der Präzedenzentscheidungen (Fn. 113), 122ff.; Alain Wijffels, References to Judicial Precedents in the Practice of the Great Council of Malines (ca. 1460-1580), in: ders. (Hg.), Miscellanea Consilii Magni III, Essays on the History of Forensic Practice/Etudes d'histoire judiciaire, 1988, 165-186. Aus der älteren Literatur Hans-Jürgen Becker, Präjudiz, in: HRG III (Fn. 17), Sp. 1866-1870, 1868f.; Heinz Weller, Die Bedeutung der Präjudizien im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft, Ein rechtshistorischer Beitrag zur Entstehung und Funktion der Präjudizientheorie, 1979, 28ff., 61ff. m.w.N. Näher zum Ganzen Filippo Ranieri, Entscheidungsfindung und Begründungstechnik im Kameralverfahren, in: P. Oestmann (Hg.), Zwischen Formstrenge und Billigkeit, Forschungen zum vormodernen Zivilprozeß, 2009, 165-187, 177ff., 184ff.; Ranieri, Kasuistik und Regelbildung (Fn. 90), sub III.1 m.w.N.

¹¹⁹ Näher Gorla, Die Bedeutung der Präzedenzentscheidungen (Fn. 113), 106ff., 120ff.

¹²⁰ Ranieri, Entscheidungsfindung und Begründungstechnik (Fn. 118), 180ff.; siehe auch dens., Kasuistik und Regelbildung (Fn. 90), sub III.1-2, mit treffenden Hinweisen auf ein gleiches Verständnis bei den Autoren des *common law*; Herberger, Dogmatik (Fn. 25), 224f., 229 (dort das Zitat auf S. 225).

¹²¹ Ranieri, Kasuistik und Regelbildung (Fn. 90), sub III.1 a.E.

¹²² Coing, Europäisches Privatrecht I (Fn. 113), 125f.; Ranieri, Kasuistik und Regelbildung (Fn. 90), sub III.1 a.E., jeweils m.w.N.

¹²³ Vgl. Samuel Stryk, Specimen Usus Moderni Pandectarum, Bd. I, 4. Aufl. Halle 1713, lib. I, tit. III,

§ 13: *vim consuetudinis*. Dieser Verständniswandel ging mit einer Abwertung der *communis opinio doctorum* gegenüber dem *usus fori* einher; zum Ganzen Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 115), 76f.

Das Dogmatisierungspotential solcher Argumentationsregeln wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass solche Argumente nur dann gebraucht wurden, wenn eine Streitfrage anders nicht eindeutig zu entscheiden war, weil ein erkennbar stärkeres Sachargument für die eine oder andere Ansicht nicht bekannt war. Angesichts dessen war es nur folgerichtig, dass man mit der gewohnheitsrechtlichen Rekonzeptualisierung des *usus fori* einen ersten Schritt zu seiner Institutionalisierung tat. Denn zumindest aus Sicht der Gerichtsassessoren und örtlichen Anwälte war ein *usus fori* wesentlich leichter zu ermitteln als eine *communis opinio*. In der Tat musste die Behauptung einer allgemeinen oder auch nur herrschenden Meinung im zunehmend bunten Stimmgewirr des *usus modernus* häufig auf eine Fiktion hinauslaufen: Aufgrund der unklaren Rechtslage ließen die Schriften der gelehrten Autoren sich häufig für konträre Ansichten heranziehen¹²⁴; und zu fast jeder Ansicht ließen sich Gegenansichten finden. Insoweit Stimmen zu zählen war aber offenkundig absurd; und über die Bedeutung einzelner Autoren ließ sich kaum Konsens erzielen¹²⁵.

Wenn Autoritätsargumente und damit die argumentative Tradition des *ius commune* im 18. Jahrhundert ihre Glaubwürdigkeit verloren, so erscheint das angesichts solcher Beobachtungen kaum überraschend: Ohnehin befand sich das *ius commune* in einer Legitimitätskrise – warum die römischen Quellen überhaupt anwendbar sein sollten, ließ sich nicht mehr plausibel begründen¹²⁶. Zugleich erschien der argumentative Rückgriff auf wissenschaftliche Autoritäten angesichts der methodischen Standards der Aufklärung und des aufgeklärten Naturrechts kaum noch akzeptabel¹²⁷. Gute Argumente – dieser naturrechtliche Maßstab wissenschaftlicher Argumentation hatte sich rasch durchgesetzt¹²⁸ – hatten die Form einer stringenten Deduktion. Sie waren logisch zwingend und nicht auf die unsicheren *opiniones* anderer Juristen gegründet. Angesichts der erheblichen Rechtsunsicherheit im *usus modernus* waren dies nicht nur akademische Überlegungen. Die Autorisierung der *communis opinio* hatte sich nicht als eine Methode zur Stabilisierung des Rechts zu bewähren vermocht.

¹²⁴ Vgl. nur die Argumentation eines Gerichtsassessors am Reichskammergericht in der abschließenden Relation: Oestmann, Ein Zivilprozeß am Reichskammergericht (Fn. 115), 567ff.

¹²⁵ Vgl. Thomas Duve, Mit der Autorität gegen die Autoritäten? Überlegungen zur heuristischen Kraft des Autoritätsbegriffs für die Neuere Privatrechtsgeschichte, in: W. Oesterreicher u.a. (Hgg.), Autorität der Form – Autorisierung – Institutionelle Autorität, 2003, 239-256, 243f., 247f.

¹²⁶ Siehe die Diskussion bei Samuel Stryk, Discursus Praeliminaris de Usu et Auctoritate Juris Romani in Foris Germaniae, in: ders., Usus Modernus I (Fn. 123), 1-38. Aus der Literatur Klaus Luig, Der Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland, in: La formazione storica del diritto moderno in Europa (Atti del terzo congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto), Bd. II, 1977, 819-845; siehe auch Nils Jansen/Ralf Michaels, Private Law and the State, Comparative Perceptions and Observations, *RechtsZ* 71 (2007), 345-397, 377f.

¹²⁷ Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 115), 126ff.; Ranieri, Kasuistik und Regelbildung (Fn. 90), sub II.4; ders., Entscheidungsfindung und Begründungstechnik (Fn. 118), 188f.

¹²⁸ Oben bei Fn. 93ff.

In gleicher Weise erlitt freilich auch das Wissenschaftsprojekt des aufgeklärten Naturrechts Schiffbruch, rechtliche Gewissheit mittels einer klar definierten deduktiven Methode und im Rückgriff auf wenige substantielle Axiome bzw. Prinzipien zu gewährleisten. Paradoxerweise war das offenbar eine Konsequenz des eigenen Erfolgs. Die Naturrechtsautoren produzierten nämlich eine ständig zunehmende Menge neuer Lehrbücher und Traktate, die täglich schwieriger zu überschauen war: „Darf man die Fortschritte einer Wissenschaft nach der Geschwindigkeit messen, mit welcher die Lehrbücher derselben einander folgen; so steht es vor allen andern Disciplinen um das Naturrecht gut“, so klagte 1794 ein anonymer Rezensent¹²⁹ völlig zu Recht¹³⁰. Die eine Vernunft präsentierte sich damit in einer scharf dissonanten Vielstimmigkeit. Damit stand jedermann unmittelbar vor Augen, dass der das Naturrecht definierende Wissenschaftlichkeitsanspruch nicht länger aufrecht zu erhalten war. Zwar hatte man auf den Trümmern der scholastischen Naturrechtsgebäude neue „Palläste“ errichtet, „die eine wahre Zierde“ der Vernunft seien, so erschien es etwa Gottlieb Hufeland, doch seien dabei die Fundamente vernachlässigt worden: Mittlerweile werde „die schlechte Zusammenfügung ihrer Theile nur durch eine schöne Tünche verdeckt“¹³¹. Auch für die Zeitgenossen erschien das System des Naturrechts insgesamt als offenkundig brüchig. Es war nicht mehr zu verkennen, dass sich Gewissheit und Verbindlichkeit nicht mehr durch die Standardisierung professioneller Methoden gewährleisten ließen. Erforderlich waren stärker institutionalisierte Mechanismen: entweder eine (weitere) Aufwertung der Rechtsprechung¹³² oder eine politisch autorisierte Regelsetzung in den Kodifikationen¹³³.

¹²⁹ Rezension von Johann Christoph Hoffbauer, Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt (1793), Gothaische gelehrte Zeitungen 1794, 260.

¹³⁰ Zum Ganzen Diethelm Klippel, Das deutsche Naturrecht am Ende des 18. Jahrhunderts, in: V. Fiorillo, F. Grunert (Hgg.), Das Naturrecht der Geselligkeit, Anthropologie, Recht und Politik im 17. Jahrhundert, 2009, 301-325, 310ff. Allein zwischen 1790 und 1799 erschienen 75 solcher Werke (a.a.O., 304).

¹³¹ Gottlieb Hufeland, Versuch über den Grundsatz des Naturrechts nebst einem Anhang, Leipzig 1785, 1ff.

¹³² Dazu sogleich III.2.

¹³³ Vgl. Reinhard Zimmermann, Codification: History and Present Significance of an Idea, ERPL 3 (1995), 95ff.; Jansen/Michaels, Private Law and the State (Fn. 126), 377ff.

III. Autoritäten I: Institutionen

Seit der „Wiederentdeckung“ der Digesten im 11. Jahrhundert haben rechtliche Dogmatisierungsprozesse ihren diskursiven Ort an Universitäten und ihren medialen Ausdruck in gelehrten Kommentaren, Traktaten und wissenschaftlichen Konsilien gefunden. Damit musste die Dogmatisierung des Rechts lange Zeit in einer bemerkenswert schwach institutionalisierten Form stattfinden. Zwar hatten auch juristische Diskurse einen festen institutionellen Rahmen, der insbesondere auf einer strikten Trennung des Rechts von seiner Beschreibung und Anwendung beruhte¹³⁴. Auch werden individuelle Rechtsstreitigkeiten von jeher vor Gerichten und damit in festen institutionellen Strukturen ausgetragen; und politische Herrscher haben schon immer verbindliche Rechtsnormen zu setzen versucht. Aber die Dogmatisierungsprozesse, um die es hier gehen soll, fanden außerhalb von Parlamenten und ohne feste institutionelle Struktur statt. Über juristische Deutungsmuster und Ordnungsvorstellungen, über Definitionen und Systematisierungen wurde nicht in förmlichen Verfahren verbindlich entschieden. Wahrscheinlich war das entbehrlich, solange Gerichte die Möglichkeit verbindlicher Entscheidungen von Streitfällen gewährleisteten und die Regelsetzung, soweit erforderlich, außerhalb des juristischen Diskurses, durch politische Akteure, erfolgte. Allerdings bildete sogar die Geltung autoritativer Referenztexte häufig das Ergebnis nicht-förmlicher Anerkennungsprozesse; Beispiele sind das *Corpus iuris civilis*, das *Decretum Gratiani*, der Sachsenspiegel oder heute die *American Restatements* und die *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*¹³⁵.

¹³⁴ Oben Fn. 29. In der Sache war diese Trennung übrigens alles andere als selbstverständlich; näher noch unten nach Fn. 290.

¹³⁵ Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 20ff., 50ff.

1. Kirche und Fakultäten, Konzile und päpstliches Lehramt:

Die Diskussionen um die wahre Gestalt des Christentums boten hier von Anfang an ein Gegenmodell. Noch vor der festen Institutionalisierung des Christentums in der Römischen Kirche hat man hier nach verbindlichen Letztentscheidungen gesucht; ein institutionelles Forum dafür bildeten hier bereits im dritten Jahrhundert die Synoden¹³⁶. Mit der Kirchenpolitik Konstantins erhielt dieser Institutionalisierungsprozess eine staatspolitische Dimension, die die Dogmatisierung des frühen Christentums erheblich verstärkte. Die Prozesse im Zusammenhang mit dem Konzil von Nikaia 325, das unter der wohlinszenierten Leitung Konstantins stattfand, machen das augenscheinlich¹³⁷.

Dabei hatte Konstantin sich bereits seit längerem in theologische Kontroversen in der christlichen Kirche eingemischt. Allerdings tat er das nicht aus eigenem theologischen Interesse, sondern aus religionspolitischen Gründen: aus Sorge um die *utilitas publica*. Konstantin sah nämlich die kultische Einheit des römischen Reichs durch ein drohendes Schisma der Christenheit bedroht¹³⁸. Diese Sorge veranlasste ihn auch dazu, das Konzil von Nikaia einzuberufen. Freilich war das bemerkenswert, weil damit eine kirchliche Synode zur Entscheidung innerchristlicher Kontroversen auf kaiserlichen Befehl veranstaltet werden sollte. Zudem wurde die Synode in der institutionellen Verfahrensform eines kaiserlichen *consilium* durchgeführt; und sie fand nicht an einem zentralen Kirchenort, sondern an einem profanen Ort, dem Sommerpalast des Kaisers¹³⁹, statt¹⁴⁰.

¹³⁶ Näher Hanns Christof Brennecke, *Bischofsversammlung und Reichssynode. Das Synodalwesen im Umbruch der Konstantinischen Zeit*, in: F. v. Lilienfeld/A.M. Ritter (Hgg.), *Einheit der Kirche in vorkonstantinischer Zeit*, 1989, 35-53 sowie 140-147, 35ff.

¹³⁷ Hierzu und zum Folgenden Essen, *Spätantike Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 4), sub II-III; vgl. auch Brennecke, *Bischofsversammlung und Reichssynode* (Fn. 136), 44ff.; Klaus Schatz, *Allgemeine Konzilien – Brennpunkte der Kirchengeschichte*, 2. Aufl. 2008, 27-44; Klaus M. Girardet, *Kaisertum, Religionspolitik und das Recht von Staat und Kirche in der Spätantike*, 2009, 73-106.

¹³⁸ Klaus M. Girardet, *Die Konstantinische Wende, Voraussetzungen und geistige Grundlagen der Religionspolitik Konstantins des Großen*, 2. Aufl. 2007, 86ff., 133ff.; ders., *Kaisertum, Religionspolitik* (Fn. 137), 78ff., 81ff.

¹³⁹ Näher Schatz, *Allgemeine Konzilien* (Fn. 139), 32.

¹⁴⁰ Die Literatur charakterisiert das Konzil deshalb als „Mischform aus kaiserlichem *consilium* und traditioneller kirchlicher Synode“ (Brennecke, *Bischofsversammlung und Reichssynode* [Fn. 136], 47) bzw. spricht von einer „Doppelstruktur“: Schatz, *Allgemeine Konzilien* (Fn. 137), 32; Essen, *Spätantike Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 4), sub III m.w.N.

Die Bischöfe kamen also – physisch und ganz gewiss auch symbolisch – zum Kaiser, nicht dieser zu ihnen. Konstantin inszenierte sich dabei wirkungsvoll als traditioneller *Pontifex maximus*; er übernahm damit – das ist bemerkenswert – als ein nichtgetaufter weltlicher Herrscher den Vorsitz über eine christliche Bischofsversammlung¹⁴¹.

Nun dürfte man aus heutiger Sicht vermuten, dass die anwesenden Bischöfe das als einen politischen Eingriff in ihren Glauben zu unterlaufen versucht hätten. Gerade das geschah aber nicht; vielmehr haben die Bischöfe die kaiserliche Politik umgekehrt für ihre Zwecke nutzbar zu machen versucht. Sie beschränkten ihren Konsens nämlich gerade nicht auf die vordergründig äußerlich-kultischen Fragen, um die es Konstantin zu tun war, sondern machten die aus ihrer Sicht fundamentalen theologischen Wahrheiten zum Thema, die aus der Sicht Konstantins von allenfalls sekundärer Bedeutung waren. Mit ihren Konzilsbeschlüssen: normativen Rechtstexten über Glaubenswahrheiten, stabilisierten die Bischöfe identitätsstiftende christliche Glaubensinhalte offenkundig bewusst in der verbindlichen Form des Rechts. Die Einheit der Kirche und der wahre Glaube wurden jetzt durch die politische Gewalt des Byzantinischen Reichs gewährleistet. Häresie war jetzt nicht mehr nur innerkirchlich, durch eine – häufig nicht durchsetzbare¹⁴² – Absetzung vom Bischofsamt, sondern durch die rechtlich-politische Sanktion der Verbannung bedroht.

Vom 12. Jahrhundert an kam es dann zu erneuten institutionellen Dogmatisierungsschüben innerhalb der Katholischen Kirche. Auslöser waren hier offenbar einerseits die Verrechtlichung der Kirche in der Folge der Gregorianischen Reformen und andererseits die Institutionalisierung der theologischen Lehre an den Universitäten¹⁴³. Bis heute wirksame substantielle Ergebnisse dieser Dogmatisierungsprozesse finden sich etwa in der Transsubstantiationslehre des IV. Laterankonzils und in den bis heute gültigen katholischen Sakramentenlehren¹⁴⁴.

¹⁴¹ Nicht ganz klar ist, ob Konstantin den Vorsitz tatsächlich persönlich führte oder sich insoweit vertreten bzw. repräsentieren ließ; vgl. Schatz, *Allgemeine Konzilien* (Fn. 137), 32f.; Girardet, *Kaisertum, Religionspolitik* (Fn. 137), 74ff., 85ff. m.w.N. An der institutionell-politischen Leitung des Konzils durch Konstantin begründet das aber wohl keine Zweifel.

¹⁴² Brennecke, *Bischofsversammlung und Reichssynode* (Fn. 136), 37, 41.

¹⁴³ Hierzu und zum Folgenden Filser, *Präzisierung und Systematisierung* (Fn. 89), bes. sub II.1; Neuner, *Wie lehren die Kirchen verbindlich?* (Fn. 39), sub I-II.

¹⁴⁴ Dazu kurz Heribert Vorgrimler, *Sakramenttheologie*, 3. Aufl. 1992, 67ff.; näher Josef Finkenzeller, *Die Lehre von den Sakramenten im allgemeinen, Von der Schrift bis zur Scholastik* (M. Schmaus u.a. [Hgg.], *Handbuch der Dogmengeschichte*, Bd. IV, Fasz. 1a), 1980, 78ff., 119ff., 158ff. Maßgeblich, nicht zuletzt auch für die Siebenzahl der Sakramente, waren zum einen die Sentenzen des Petrus Lombardus und die darauf beruhende Glosse zum *Decretum Gratiani* (a.a.O., 124f.). Die endgültige, institutionelle Festlegung der Lehre auf dem Konzil von Trient bildet freilich erst ein Resultat der Konfrontation mit den gegenläufigen Thesen Luthers; näher Josef Finkenzeller, *Die Lehre von den Sakramenten im allgemeinen, Von der Reformation bis zur Gegenwart* (M. Schmaus u.a. [Hgg.], *Handbuch der Dogmengeschichte*, Bd. IV, Fasz. 1b), 1982, 1ff., 50ff.

In der Sache ging es den Theologen und dem Klerus zunächst darum, die christliche *vera* bzw. *sacra doctrina* gegen Irrlehren zu verteidigen. Zugleich war ihnen aber auch daran gelegen, die jeweils eigene – wissenschaftliche bzw. klerikale – Diskursform und den eigenen institutionellen Machtanspruch durchzusetzen, die wahre Lehre autoritativ zu verkünden. Insbesondere implizierte die institutionelle Verankerung der Theologie an der Universität nämlich den Anspruch, dass theologische Aussagen den üblichen Ansprüchen der mittelalterlichen Wissenschaft genügen mussten. Sie waren also stets rational und methodisch geordnet zu begründen¹⁴⁵. Dabei wurde die Lehre allerdings auch an den Fakultäten nicht einfach einem freien, nicht-förmlichen Diskurs überlassen. Vielmehr hielt man es offenbar ganz allgemein für notwendig, Streitige Fragen durch geeignete Institutionen, wie die theologischen Fakultäten selbst, das päpstliche Lehramt oder die Bischofskonzile, allgemeinverbindlich entscheiden zu lassen.

Es bildet eine Folge dieser Entwicklung, dass die wahre Lehre zum offiziellen, institutionalisierten Ausdruck des christlichen Glaubens wurde. Seit dem 12. Jahrhundert prägten deshalb institutionelle Großkontroversen einerseits und die autoritative Abwehr neuer Glaubenslehren andererseits das äußere Bild der Kirche und des theologischen Diskurses an den theologischen Fakultäten¹⁴⁶. Die Konfliktlinien verliefen zwischen Päpsten bzw. Papisten und den auf Konzilen versammelten Theologen und Bischöfen bzw. Konziliaristen, zwischen Orden, wie den Franziskanern und Dominikanern, und den Universitätsfakultäten sowie der Amtskirche. Stets stritt man gleichermaßen um theologische Fragen und um die Autorität, verbindlich im Namen der Kirche zu sprechen. Konkret ging es immer wieder um Kompetenzen und Verfahren, in der Sache um Schismen und die Ausrottung von Häresie.

¹⁴⁵ Neuner, *Wie lehren die Kirchen verbindlich?* (Fn. 39), sub II.

¹⁴⁶ Neuner, *Wie lehren die Kirchen verbindlich?* (Fn. 39), *passim*. Neuner weist darauf hin, dass die Verfolgung von Irrlehren – bis hin zu Todesurteilen – zunächst von den theologischen Fakultäten, insbesondere Paris, aber auch Köln, Leuven (sub II) und Oxford (sub III.3) betrieben worden sei.

Den sozialen Ort für den Austrag solcher Kontroversen und damit auch für verbindliche Lehraussagen bildeten bei alldem in erster Linie die Lehrverurteilungen im Rahmen von allgemeinen Konzilen bzw. großen Theologenprozessen. Hierbei handelte es sich um förmlich institutionalisierte, quasigerichtlich inszenierte Verfahren, in denen freilich nicht nach rechtlichen, sondern nach theologischen Kriterien entschieden wurde¹⁴⁷. Ebenso wie viel später das Infallibilitätsdogma des Ersten Vatikanum¹⁴⁸ waren dies institutionelle Mechanismen, die dazu dienten, theologische Glaubenswahrheiten und die kirchliche Autorität gegenüber abweichenden Ansichten und persönlicher Widersetzlichkeit¹⁴⁹ verbindlich durchzusetzen und damit zu stabilisieren. Eine von Wahrheitsansprüchen entlastete Diskussion und Normsetzung war in der Katholischen Kirche allerdings auch gar nicht möglich¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Vgl. Sita Steckel, Häresie und Politik, Normbegründung und Verfahrensformen in innerkirchlichen Großkontroversen des 12. bis 14. Jahrhunderts, in: Arbeitsgemeinschaft historischer Forschungseinrichtungen in der Bundesrepublik Deutschland (Hg.), Jahrbuch der historischen Forschung in der Bundesrepublik Deutschland, Berichtsjahr 2008, 2009, 55-62, 58ff.; dies., Häresie (Fn. 35), sub. 4.

¹⁴⁸ Vgl. etwa Herrmann J. Pottmeyer, Die Rolle des Papsttums im Dritten Jahrtausend, 1999, 30ff., 44ff. m.w.N.

¹⁴⁹ Darauf weist insbesondere Peter Neuner hin: Wie lehren die Kirchen verbindlich? (Fn. 39), sub III.3, V.6: Bei der Verfolgung von Häretikern ging es primär um Personen, nicht um die Doktrin. Bloße Irrlehren wurden durch Unterweisung richtiggestellt. Bestraft wurde nur die hartnäckige Häresie, also die persönliche Widersetzlichkeit. Denn nur solche Widersetzlichkeit, die den Autoritätsanspruch der Kirche in Frage stellte, erschien inakzeptabel.

¹⁵⁰ Oben I.2

2. Rechtsprechung:

Freilich bilden institutionelle Dogmatisierungen kein Spezifikum der Katholischen Kirche. Auch im Recht lassen sich immer wieder institutionelle Formen der Dogmatisierung beobachten, die allerdings zumeist in deutlich weniger formalisierten Bahnen verlaufen sind als in der Kirche: nicht in der Form politischer Entscheidungsverfahren, sondern durch Schulbildungen¹⁵¹ und insbesondere durch die Institutionalisierung von Gerichten als „inoffiziellen“ Normsetzern. Offenkundig ist das der Fall, wo gerichtliche Entscheidungen im juristischen Diskurs als eine Rechtsquelle behandelt werden. Eine solche Entwicklung lässt sich im Bereich des *ius commune* seit dem späten 17. Jahrhundert beobachten; sie fand ihren doktrinalen Ausdruck in der bereits erwähnten zunehmenden Gleichsetzung des *usus fori* mit Gewohnheitsrecht¹⁵². Freilich blieb der *usus fori* ohne rechten institutionellen Ort, solange Gerichtsentscheidungen nicht publiziert wurden. Genau das war jedoch seit dem späten 16. Jahrhundert geschehen, als Joachim Mynsinger von Frundeck mit seinen Observationen zur Entscheidungspraxis des Reichskammergerichts¹⁵³ seinen richterlichen Geheimhaltungseid verletzte und einen veritablen Justizskandal auslöste¹⁵⁴. Dabei blieb diese Institutionalisierung der Rechtsprechung allerdings zunächst informell und schwach: Die Entscheidungen wurden nicht von den Gerichten selbst veröffentlicht, sondern von gelehrten Autoren wie Mynsinger, Andreas Gaill¹⁵⁵ und später etwa Friedrich Esaias von Pufendorf mitgeteilt¹⁵⁶.

¹⁵¹ Bekannt sind hier die römischen Kontroversen zwischen den Sabinianern und den Prokulianern, über die man bereits im 19. Jahrhundert „unendlich viel gesagt, und fast eben so viel gefabelt“ hatte: Georg Friedrich Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd. I, 5. Aufl. (hrsgg. von A. Rudorff) Leipzig 1856, 447 (§ 98); für einen Überblick zur heutigen Diskussion Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II* (Fn. 84), 37ff. m.N. Versuche, diese Kontroversen auf methodisch, prinzipiell oder politisch divergierende Ansätze zurückzuführen, vermögen nicht wirklich zu überzeugen: Schulz, *Rechtswissenschaft* (Fn. 52), 144; Kunkel/Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte* (Fn. 50), 151f. Vielmehr lag es umgekehrt: „Nicht die Schulen machten die Controversen, sondern die Controversen machten die Schulen“: Puchta, a.a.O., 451 (und ff.) (§ 98). Wo Fragen kontrovers bleiben mussten, weil das Recht keine eindeutigen Argumente für ihre Entscheidung enthielt, bot die Institutionalisierung derartiger Kontroversen in akademischen Schulen immerhin einen dogmatisierenden Ordnungsrahmen; vgl. Fögen, *Römische Rechtsgeschichten* (Fn. 20), 180ff. Ähnliche Beobachtungen lassen sich auch später im Naturrecht (Thier, *Dogmatik und Hierarchie* [Fn. 24], sub III.2.) und in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts machen (Haferkamp, *Dogmatisierungsprozesse* [Fn. 7], sub X).

¹⁵² Oben bei Fn. 123.

¹⁵³ Joachim Mynsinger von Frundeck, *Singularium observationum Iudicii Imperialis Camerae ...* (zuerst Basel 1563).

¹⁵⁴ John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, 1968, 218ff. Siehe zum Ganzen auch Weller, *Die Bedeutung der Präjudizien* (Fn. 118), 22ff.; Heinrich Gehrke, *Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur Deutschlands, Charakteristik und Bibliografie der Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen vom 16. bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts*, 1974, 34ff., 79ff. Ein Informationsbedürfnis hinsichtlich der früheren Rechtsprechung war offiziell jedenfalls nur für den internen Gerichtsgebrauch anerkannt. Eine Veröffentlichung der Gründe, so fürchtete man, könnte das Ansehen des Gerichts beschädigen.

¹⁵⁵ Andreas Gaill, *Practicarum observationum tam ad processum iudicarium praesertim imperialis camerae ... libri duo* (zuerst Köln 1578).

¹⁵⁶ Friedrich Esaias von Pufendorf, *Observationes iuris universi quibus praecipue res iudicatae summi tribunalis regii et electoralis continentur*, Hannover 1744-1770.

Im Rahmen gelehrter Abhandlungen zu einer bestimmten Jurisdiktionspraxis berichteten diese Autoren über einzelne Gerichtsentscheidungen; der Leser erfuhr jedoch zumeist weder den Sachverhalt im Einzelnen noch den Wortlaut der Entscheidungsgründe. Offenkundig fehlte solchen Veröffentlichungen die autorisierende Authentizität einer offiziellen, förmlichen Publikation durch das Gericht selbst.

Seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert hat sich die Veröffentlichungspraxis in den unterschiedlichen Ländern Europas immer weiter auseinanderentwickelt und bietet auch heute ein ausgesprochen buntes Bild¹⁵⁷. Dabei hat es private Entscheidungssammlungen natürlich auch noch im 19. Jahrhundert gegeben¹⁵⁸ (juristische Zeitschriften räumen der Veröffentlichung aktueller Judikatur bis heute einen zentralen Platz ein), doch wurden die Urteilstexte – zumindest in Deutschland – von den Gerichten selbst für die Publikation redigiert. Die zunehmend selbstbewusste Richterschaft hatte die Publikation ihrer Entscheidungen jetzt in eigene Hände genommen. Aus diesem Grunde publizierte die Judikative auch eigene, „offizielle“ Entscheidungssammlungen¹⁵⁹ und präsentierte sich damit als ein selbständig gestaltender Akteur im professionellen Diskurs¹⁶⁰. Sie folgte damit dem Beispiel der juristischen Spruchfakultäten, die seit dem 17. Jahrhundert ihre im Rahmen von Aktenversendungen ergangenen Entscheidungen für den professionell-akademischen Diskurs publiziert hatten¹⁶¹.

Nach dem Verständnis der beteiligten Herrscher und Juristen sollte die Formalisierung der judiziellen Publikationspraxis im 19. Jahrhundert eine Aufwertung der Rechtsprechung als Rechtsquelle bedeuten.

¹⁵⁷ Dokumentation bei Filippo Ranieri (Hg.), *Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa (1800- 1945)*, zwei Halbbände, 1992.

¹⁵⁸ Besonders wichtig wurde hier das seit 1847 publizierte *Seufferts Archiv*: Johann Adam Seuffert (Hg.), *Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*.

¹⁵⁹ Zum Ganzen näher Dawson, *Oracles of the Law* (Fn. 154), 432ff.; Heinz Mohnhaupt, *Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung im späten 18. und 19. Jahrhundert in Deutschland. Zu Funktion und Zweck ihrer Publizität*, in F. Battenberg/F. Ranieri (Hgg.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa*, Festschrift für Bernhard Diestelkamp zum 65. Geburtstag, 1994, 403-420. Dokumentation bei Heinz Mohnhaupt, *Deutschland*, in: Ranieri, *Gedruckte Quellen I* (Fn. 157), 95-325.

¹⁶⁰ Hans-Peter Haferkamp, *The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany*, in: N. Jansen/R. Michaels (Hgg.), *Beyond the State, Rethinking Private Law*, 2008, 245-267, 257f. m.w.N.; vgl. auch Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 3 Seit 1650, 5. Aufl. 2008, 171f. ¹⁶¹ Dawson, *Oracles of the Law* (Fn. 154), 226ff.; Gehrke, *Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur* (Fn. 154), 57ff., 167ff.

Die Entscheidungen des Oberappellationsgerichts von Hannover wurden deshalb seit 1838 sogar in der offiziellen Gesetzessammlung publiziert¹⁶² und erhielten damit eine „gesetzesähnliche Qualität“¹⁶³. Damit waren die Gerichte zu Institutionen geworden, denen nicht nur die Entscheidung individueller Einzelfälle oblag, sondern zugleich auch die abstrakt-generelle Regelbildung: die Festlegung, was innerhalb ihrer Jurisdiktion gelten sollte. Nicht wesentlich anders als in England, wo zeitgleich die strikte Regel des *stare decisis* eingeführt wurde¹⁶⁴, sollte derart veröffentlichten Entscheidungen die gesetzesanaloge Autorität eines bindenden Präjudizes zukommen¹⁶⁵.

¹⁶² Otto Rudorff, Das hannoversche Privatrecht, Eine systematische Zusammenstellung der in der Provinz Hannover geltenden Partikulargesetze, unter Berücksichtigung der hannoverschen Rechtsprechung und Litteratur, Hannover 1884, 7. Erforderlich war freilich eine Genehmigung der Entscheidung durch den Justizminister, wobei solche Abstimmungsverfahren zwischen Judikative und Regierung und offizielle Publikationen offenbar auch andernorts üblich waren; vgl. Mohnhaupt, Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung (Fn. 159), 417f.; Dawson, Oracles of the Law (Fn. 154), 436f.

¹⁶³ Mohnhaupt, Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung (Fn. 159), 411 m.N. Die Entscheidungen sollten als „Präjudizien“ verbindlich sein; ihre „Beseitigung“ erforderte die Beteiligung des Justizministeriums: Rudorff, Das hannoversche Privatrecht (Fn. 162), 7.

¹⁶⁴ Die Entwicklung beschreibt Vogenauer, Auslegung von Gesetzen II (Fn. 17), 776f., 955ff. mit umfassenden w.N.; siehe auch Ranieri, Kasuistik und Regelbildung (Fn. 90), sub III.3.

¹⁶⁵ Mohnhaupt, Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung (Fn. 159), 407, 415f.; vgl. auch Vogenauer, Auslegung von Gesetzen I (Fn. 17), 658f.

Dabei bestand der Zweck dieser Aufwertung der Rechtsprechung darin, die gesteigerten Ansprüche der Gesellschaft und insbesondere der Wirtschaft an die Verlässlichkeit und Sicherheit des Rechts zu gewährleisten¹⁶⁶; in diesem Sinne bildet dieser Institutionalisierungsprozess eine Fortsetzung der informellen Dogmatisierungsprozesse des 16. und 17. Jahrhunderts, die noch auf der Ebene der Methode und Begründungspraxis geblieben waren¹⁶⁷. Jedenfalls nach dem Verständnis der Juristen des 19. Jahrhunderts entsprach die Aufwertung der Rechtsprechung der (in Deutschland) späteren Kodifikation des Privatrechts durch die politischen Gesetzgeber. Das rechtspolitische Anliegen bestand jeweils in einer Reduktion der Komplexität des Rechts. Es ging darum, die relevanten Regeln und Prinzipien sowie die bei der Rechtsfindung zu beachtenden Argumente zu beschränken¹⁶⁸ bzw. hierarchisch zu strukturieren. Auch die spätere Externalisierung der Rechtsetzung auf den politischen Kodifikationsgesetzgeber erscheint aus dieser Perspektive als ein (institutioneller) Dogmatisierungsprozess: Gleichermaßen ging es um die Etablierung absoluter Autoritäten, die eindeutige Aussagen möglich machten, was galt¹⁶⁹.

Heute gilt es freilich als ausgemacht, dass die Kodifikation des Rechts eine institutionalisierte ergänzende Rechtssetzung durch die rechtsfortbildende Judikative nicht entbehrlich machen kann. Obgleich Präjudizien normalerweise eine rigide normative Bindungswirkung abgesprochen wird, werden sie fast überall befolgt, als käme ihnen eine solche Wirkung zu¹⁷⁰; die Existenz von Richterrecht ist auch für kontinentale Juristen selbstverständlich¹⁷¹. Entsprechend gilt die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen als eine öffentliche Aufgabe¹⁷². Über die prekäre Frage der „richtigen“ Einordnung in das System der Rechtsquellen¹⁷³ ist die Entwicklung dabei längst hinweggegangen.

¹⁶⁶ Anschaulich Mohnhaupt, Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung (Fn. 159), 411ff. m.w.N.

¹⁶⁷ Oben bei Fn. 108ff.

¹⁶⁸ Inge Kroppenberg, Der gescheiterte Codex, Überlegungen zur Kodifikationsgeschichte des Codex Theodosianus, RG Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Rechtsgeschichte 10 (2007), 112-126, 117f.; Mohnhaupt, Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung (Fn. 159), 414ff.

¹⁶⁹ Vgl. Duve, Mit der Autorität gegen die Autoritäten? (Fn. 125), 244f.

¹⁷⁰ Vogenauer, Auslegung von Gesetzen I (Fn. 17), 224ff., 338f., 427f. m.w.N. Das entspricht der heutigen Praxis in England: a.a.O., Bd. II, 1236ff.

¹⁷¹ Dawson, Oracles of the Law (Fn. 154), 432, 461ff.: „Germany’s case-law revolution“; Reinhard Zimmermann/Nils Jansen, *Quieta Movere*, Interpretative Change in a Codified System, in: P. Cane/J. Stapleton (Hgg.), *The Law of Obligations, Essays in Celebration of John Fleming*, 1998, 285-315, 287ff. und *passim*.

¹⁷² Näher Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Deutschland) (BVerwGE) 104, 105ff. (26.02.1997).

¹⁷³ Nachweise zur Diskussion bei Zimmermann/Jansen, *Quieta Movere* (Fn. 171), 301-306.

Diskutiert werden vielmehr ganz praktische Fragen: etwa, wie Richterrecht „ausgelegt und fortgebildet“ werden kann¹⁷⁴, ob Richterrecht dem Rückwirkungsverbot unterliegt, und wie sich ein solches Rückwirkungsverbot gegebenenfalls operationalisieren lässt¹⁷⁵. Ohne eine institutionalisierte Judikative lässt sich das Recht heute nicht stabilisieren; dieser Befund gilt nicht nur für die Ebene der konkreten Regeln, sondern gerade auch für die Ebene der leitenden Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster, die den Blick auf die konkreten Normen steuern. Beispiele sind die soziale Materialisierung¹⁷⁶ und die Konstitutionalisierung des Privatrechts im 20. Jahrhundert¹⁷⁷ oder auch die Instrumentalisierung des europäischen Rechts als Mittel zur politischen Integration¹⁷⁸. Selbst die nichtförmlich organisierte nichtstaatliche internationale Schiedsgerichtsbarkeit beginnt deshalb, trotz des hohen Geheimhaltungsinteresses der beteiligten Parteien zumindest Exzerpte von Entscheidungen zu publizieren¹⁷⁹ und als Rechtsquelle des transnationalen Wirtschaftsrechts zu behandeln.

¹⁷⁴ Katja Langenbacher, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996.

¹⁷⁵ Zimmermann/Jansen, *Quieta Movere* (Fn. 171), 300ff., 307ff. m.w.N.

¹⁷⁶ Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 200 (2000), 273-364. Canaris beschreibt die Materialisierung der Leitkonzepte von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit im 20. Jahrhundert als Prozesse, die primär von der Rechtsprechung ausgingen und gesteuert wurden: a.a.O., 295ff., 300ff., 304ff., 320ff. Die Literatur ist dabei natürlich stets beteiligt gewesen, doch wird ihre Rolle als einerseits vorbereitend und andererseits systematisierend bzw. rekonzeptualisierend beschrieben.

¹⁷⁷ Diese Entwicklung beruht gerade nicht auf den politischen Vorgaben des deutschen Verfassungsgesetzgebers. Denn im Grundgesetz wurden die Grundrechte zunächst als bloße Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat konzipiert. Die Konstitutionalisierung des Privatrechts beruht vielmehr auf der später an das Grundgesetz herangetragenen Theorie der Drittwirkung von Grundrechten. Diese Theorie war zwar von einflussreichen Stimmen in der Literatur gefordert worden; siehe insbesondere Hans-Carl Nipperdey, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, Recht der Arbeit* 1950, 121-128; Ludwig Enneccerus/Hans-Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. I, 15. Aufl. 1959, 91ff. (§ 15 II.4. und 5.); Günter Dürig, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in: T. Maunz (Hg.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, 1956, 157-190, 175ff. Zur herrschenden Lehre wurde diese Theorie gleichwohl nicht. Vielmehr wurde die Drittwirkung von Grundrechten erst infolge ihrer Anerkennung durch das Bundesarbeitsgericht (BAGE 1, 185, 191ff., 193 [3.12.1954]) und vor allem durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 7, 198, 203ff. [15.1.1958 – Lüth]) zu geltendem Recht.

¹⁷⁸ Oben bei Fn. 49.

¹⁷⁹ Foren sind Zeitschriften wie das *Yearbook of Commercial Arbitration* oder das *Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage* (ASA Bulletin) sowie Datenbanken wie www.kluwerarbitration.com, www.unilex.info oder auch www.hk24.de/produktmarken/recht_und_fair_play/schiedsgerichtemediationschlichtung/schiedspruchsammlung/index.jsp. Überdies publizieren namhafte Schiedsrichter in den entsprechenden Zeitschriften, wie dem *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, regelmäßig Rechtsprechungsübersichten zu bestimmten Themen, in denen auch Auszüge aus ICC Schiedssprüchen enthalten sind. Ich danke hier Jan Kleinheisterkamp für hilfreiche Information.

IV. Autoritäten II: Texte

Nach allem erfolgen Dogmatisierungen normativer Systeme regelmäßig in der Form von Autorisierungsprozessen: Normative Verbindlichkeit lässt sich herstellen, indem bestimmte Personen oder Institutionen zur verbindlichen Entscheidung normativer Fragen autorisiert werden. Entsprechend ist „Autorität“ ein Prädikat, das heute in erster Linie von Personen oder von Institutionen – insbesondere vom Staat und seinem Recht – ausgesagt wird¹⁸⁰. Selbstverständlich ist ein solches Verständnis freilich nicht: Im Mittelalter war Autorität eine Eigenschaft, die Texten auch unabhängig von der Autorität ihrer Autoren zukommen konnte¹⁸¹. Die Etablierung autoritativer Referenztexte bildet deshalb von jeher einen wichtigen Aspekt von Dogmatisierungsprozessen. Denn wenn bestimmte Texte allgemein als Ausgangs- und Bezugspunkt der Rechtsfindung bzw. der theologischen Argumentation gelten und ihre Anwendung dabei auch nicht mehr weiter begründet werden muss¹⁸², so geben solche Texte dem jeweiligen normativen Diskurs offenkundig verbindliche Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster vor.

¹⁸⁰ Vgl. nur Scott J. Shapiro, Authority, in: J. Coleman, S.J. Shapiro (Hg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, paperback ed. 2004, 382-439; Art. „Autorität“, in: Wikipedia (15.4.2010).

¹⁸¹ Filser, Präzisierung und Systematisierung (Fn. 89), sub I.4.

¹⁸² Vgl. Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 42ff.

1. Förmliche und nichtförmliche Autorisierung:

Nun kann die Etablierung von Textautoritäten selbstverständlich das Resultat förmlich institutionalisierter Verfahren bilden. Das gilt im Recht für Kodifikationen und sonstige Gesetze sowie für die autoritativen Urteile einer zur Rechtsfortbildung berufenen Judikative¹⁸³. In der Religion gilt Gleiches für Konzilsbeschlüsse und verbindliche lehramtliche Verlautbarungen der Kirche. Die Autorität dieser Texte ist freilich abgeleiteter Art; sie verdankt sich der Autorität der jeweiligen Institution. Interessanter sind deshalb nicht förmlich institutionalisierte Prozesse, die zur Autorisierung bestimmter Referenztexte führen. Solche Textautoritäten bestimmten juristische Diskurse bis heute. Nicht-legislative Kodifikationen: kodifikationsförmig formulierte Normtexte, die nicht von der Autorität eines politischen Gesetzgebers gedeckt sind, haben im 20. Jahrhundert sogar eine neue Aktualität gewonnen. Beispiele sind die *American Restatements of the Law*, die im amerikanischen *common law* gesetzliche Kodifikationen ersetzen¹⁸⁴, sowie – im transnationalen Diskurs – die *Principles of European Contract Law*¹⁸⁵ und vor allem die *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*¹⁸⁶. Insbesondere die *UNIDROIT Principles* haben mittlerweile nämlich auch in der Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit verbreitet Anwendung gefunden¹⁸⁷.

Obleich ihnen die Autorität eines staatlichen Gesetzes fehlt, sind sie deshalb 2009 zum Gegenstand eines großen juristischen Kommentars geworden¹⁸⁸; das macht deutlich, dass die *UNIDROIT Principles* in der internationalen Diskussion als textlicher Bezugspunkt und normative Grundlage eines transnationalen Wirtschaftsrechts gelten; zugleich verleiht ein solcher Akt akademischer Anerkennung dem Regelwerk zusätzliche Autorität.

¹⁸³ Eben III.2.

¹⁸⁴ Näher Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 50-59; Ralf Michaels, *Restatements*, in: J. Basedow/K. Hopt/R. Zimmermann (Hgg.), *Handwörterbuch zum Europäischen Privatrecht [HWBEuP]*, 2009, 1295-1299.

¹⁸⁵ Ole Lando/Hugh Beale (Hgg.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, 2000; Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann (Hgg.), *Principles of European Contract Law, Part III*, 2003; dazu Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 59-66; Reinhard Zimmermann, *Principles of European Contract Law*, in: HWBEuP (Fn. 184), 1177-1180.

¹⁸⁶ UNIDROIT (Hg.), *Principles of International Commercial Contracts*, 2. Aufl. 2004 (1. Aufl. 1994); die Regeln sind ohne offizielle *Comments* auf <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm> zugänglich; für die *Comments* siehe <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>. Zu den Prinzipien Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 66-76; Jan Kleinheisterkamp, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in: HWBEuP (Fn. 184), 1547-1551.

¹⁸⁷ Näher Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 72ff. m.w.N. Gewählt werden die *Principles* zwar nur ausnahmsweise, doch greifen Schiedsrichter verbreitet darauf zurück, soweit die Rechtswahl der Parteien das nicht eindeutig ausschließt.

¹⁸⁸ Stefan Vogenauer/Jan Kleinheisterkamp (Hgg.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts [PICC-Commentary]*, 2009; dazu Jansen, *JZ* 2009, 1008f.

Freilich wäre es irreführend, den förmlich institutionalisierten Erlass von Gesetzen oder Konzilsbeschlüssen einerseits und nichtförmliche Autorisierungsprozesse andererseits als unverbundene Alternativen zu sehen. Beispielhaft zeigen das die spätantiken Zitiergesetze, die genau vorschrieben, welche der klassischen römischen Juristenschriften vor Gericht angeführt werden durften und wie bei divergierenden Meinungen zu entscheiden sei. Dieser Akt der Gesetzgebung würde missverstanden, wenn er als ein externer Eingriff politischer Akteure in das Rechtssystem gedeutet würde. Vielmehr hat er offenbar weniger einen neuen Kanon etabliert als einen längst vorhandenen Kanon hoheitlich sanktioniert. Dabei bildete dieser Kanon das Resultat eines zunächst nichtförmlichen Dogmatisierungsprozesses: Die klassischen Juristenschriften waren nach dem dritten Jahrhundert immer wieder abgeschrieben und textuell standardisiert worden. Mit dem Übergang von der Buchrolle zum Codex und der Standardisierung der Texte war dabei exaktes Zitieren möglich geworden. Gleichzeitig wurden die römischen Klassiker nicht mehr als professionelle Diskurspartner, sondern als rechtliche Autoritäten behandelt. Die weiterhin lateinisch tradierten kanonisierten Klassikertexte wurden in griechischer Sprache exegetisch erläutert; damit erhielten sie den gesetzesanalogen Status einer Rechtsquelle, der durch die Zitiergesetze nur bestätigt wurde¹⁸⁹. In ganz ähnlicher Weise wurde später die ursprünglich privat verfasste *Concordantia discordantium canonum*, eine Zusammenstellung und scholastische Erläuterung partiell konfligierender autoritativer Texte¹⁹⁰, binnen weniger Jahrzehnte als *Decretum Gratiani* zum zentralen Referenztext der kanonistischen Diskussionen¹⁹¹. Aber erst 1582 wurde dieser nichtförmliche Dogmatisierungsprozess des 12. Jahrhunderts in der päpstlichen Gesetzgebung förmlich anerkannt¹⁹².

¹⁸⁹ Vgl. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte I (Fn. 52), 136f., 170; ders., Römische Rechtsgeschichte II (Fn. 84), 175f.z

¹⁹⁰ Richard H. Helmholz, *The Spirit of Classical Canon Law*, 1996, 7ff.; Katherine Christensen, Introduction, in: Gratian, *The Treatise on Laws (Decretum DD. 1-20)* (Übers.: A. Thompson) with *The Ordinary Gloss* (Übers.: J. Gordley), 1993, ix--xxvii, xiiff.

¹⁹¹ Peter Landau, Quellen und Bedeutung des Gratianischen Dekrets, *Studia et documenta historiae et iuris* 52 (1986), 218-235, 229f.; Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 22 m.w.N.

¹⁹² Christensen, Introduction (Fn. 190), xviiiif.; Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 22f.

Aber auch umgekehrt wäre es ein Irrtum, die Autorität förmlich gesetzter Rechtsnormen oder Konzilstexte allein auf die institutionelle Autorität von Gesetzgebern und Bischofssynoden zurückzuführen. Auch hier ist die Anerkennung im jeweiligen normativen Diskurs entscheidend. Das zeigt die Geschichte der Bischofssynoden¹⁹³ ebenso anschaulich wie die jüngere Rechtsgeschichte. Selbst politisch starke Gesetzgeber wie der preußische Staat konnten ihre Kodifikationen nur dann durchsetzen, wenn diese auch im juristischen Diskurs Anerkennung fanden. Dass die modernen Kodifikationen wie das BGB das römische *Corpus iuris civilis* als Referenztext und Gegenstand der universitären Ausbildung und professionellen Diskussion ablösen konnten, war seinerzeit alles andere als selbstverständlich¹⁹⁴. Bis heute lässt sich immer wieder beobachten, dass Juristen die politische Autorität eines Gesetzes im Rekurs auf nichtlegislative Kodifikationen oder sonstige Rechtsquellen unterlaufen¹⁹⁵. Die Grenzen normativer Diskurse – und damit auch die Rechtsquellen und sonstigen Textautoritäten – werden „von innen“, von den professionellen Teilnehmern am theologischen bzw. juristischen Diskurs, bestimmt, nicht „von außen“, von der Politik oder Gesellschaft, vorgegeben¹⁹⁶.

¹⁹³ Brennecke, Bischofsversammlung und Reichssynode (Fn. 136), 37ff. m.w.N.

¹⁹⁴ Näher Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 45ff. m.w.N. Weder der *Civil code* von Louisiana (Richard H. Kilbourne Jr., *A History of the Louisiana Civil Code, The Formative Years, 1803-1839*, 1987, 62ff.) noch das preußische ALR (Jörn Eckert, *Gesetzesbegriff und Normanwendung im späten Naturrecht, Die Spruchpraxis preußischer Gerichte unter dem Allgemeinen Landrecht, Der Staat* 37 [1998], 571-590, 585ff.) vermochten das römische *Corpus iuris civilis* als Referenztext des juristischen Diskurses abzulösen. Erst 1896 haben die deutschen Zivilrechtslehrer beschlossen, das BGB anstelle des *Corpus iuris civilis* zur Textgrundlage der akademischen Lehre und Forschung zu machen: Emil Friedberg, *Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz, Leipzig* 1896, 5ff., 16ff.; dazu Reinhard Zimmermann, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts*, in: HKK (Fn. 103), Bd. I, 2003, vor § 1, Rn. 14f.

¹⁹⁵ Das zeigt sich etwa beim Umgang europäischer Juristen mit den *Principles of European Contract Law*; näher Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 62ff. In Deutschland lassen einflussreiche Stimmen solche Prinzipien als „Rechtsgewinnungsquelle“ gelten, die eine richterliche Rechtsfortbildung tragen können (Claus-Wilhelm Canaris, *Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ und der „Principles of European Contract Law“ im System der Rechtsquellen*, in: J. Basedow [Hg.], *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000, 5-31, 13ff., 29ff.); und in Spanien zieht die Judikatur die Prinzipien sogar heran, um Entscheidungen gegen den unmissverständlichen Wortlaut des Gesetzes zu begründen; näher Carles Vendrell Cervantes, *The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts*, ZEuP 16 (2008), 534-548.

¹⁹⁶ Siehe nur Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, 15: „Das Recht bestimmt, was die Grenzen des Rechts sind, bestimmt also, was zum Recht gehört und was nicht“; vgl. auch a.a.O., 98ff.; Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989, 1ff.

2. Zu den Textformen autoritativer Texte:

Betrachtet man die unterschiedlichen Textautoritäten in juristischen und theologischen Diskursen, so bietet sich schon äußerlich ein bemerkenswert buntes, disparates Bild. Insbesondere haben die Referenztexte nämlich auch im Recht nicht notwendig die Form gesetzlicher Normen. Neben den veröffentlichten Entscheidungen der Judikative determiniert heute insbesondere die juristische Kommentarliteratur die juristische Praxis: Argumente, die ihren Weg nicht in einen anerkannten Kommentar gefunden haben, werden von Gerichten nur ausnahmsweise berücksichtigt¹⁹⁷; und in den unteren Instanzen werden manche Kommentare wie der Palandt sogar wie ein Gesetz angewendet.

Wenn damit – neben den Gesetzestexten und den Entscheidungen der obersten Gerichte – auch wissenschaftliche Texte als Autoritäten behandelt werden, so bildet das freilich von jeher ein Charakteristikum des juristischen Diskurses. So hatten die klassischen römischen Juristen das *ius civile* in der Form von Kommentaren zu den einschlägigen Lehrbüchern von Quintus Mucius und Sabinus dargestellt und fortgebildet¹⁹⁸; und die byzantinischen Juristen machten später diese kommentierenden Werke der klassischen römischen Rechtswissenschaft zu autoritativen Referenztexten¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Vgl. Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 108f.

¹⁹⁸ Oben bei Fn. 62f.

¹⁹⁹ Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte I* (Fn. 52), 170; ders., *Römische Rechtsgeschichte II* (Fn. 84), 175f.

Ähnlich stellten die Autoren der spanischen Spätscholastik ihre systematischen Abhandlungen typischerweise als Kommentare zur *Summa Theologica* Thomas von Aquins dar²⁰⁰; und noch im 18. Jahrhundert, als die Deduktion längst den methodischen Standard naturrechtlicher Argumentation bildete, blieb es eine verbreitete Praxis, das Naturrecht in der Form von Kommentaren zu den autoritativen Schriften von Hugo Grotius²⁰¹ und Samuel Pufendorf²⁰² zu unterrichten und akademisch zu diskutieren. Bisweilen wurde sogar das römisch-gemeine Recht nicht in Kommentaren zum *Corpus iuris civilis*, sondern in Kommentaren zu einflussreichen Kommentaren anderer Autoren erläutert²⁰³.

²⁰⁰ Francisco de Vitoria, *Commentaria in secundam secundae* (unter dem Titel *Commentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás* hrsgg. von V. Beltrán de Heredia, 1932-1952); Domenico de Soto, *De iustitia et iure* (1556; Faksimiledruck 1968); danach etwa Luis de Molina, *De iustitia et iure* (zuerst 1593ff.); Leonardus Lessius, *De iustitia et iure* (zuerst 1605). In diesen Diskussionszusammenhang gehörte insbesondere auch der einflussreiche Thomas-Kommentar Kardinal Cajetans (sogleich Fn. 208). Siehe zum Ganzen auch Repgen, *Juristisches Dogma* (Fn. 91), M 1ff.

²⁰¹ Besonders bekannt waren insb. Johann Gottlieb Heineccius, *Praelectiones academicae in Hugonis Grotii de iure belli ac pacis libros III*, Berlin 1744; H. von Cocceji, *Grotius illustratus* (Fn. 103). Ferner etwa Johann Heinrich Boeckler, *In Hugonis Grotii Ius Belli Et Pacis ...* (Straßburg 1663 und andere Ausgaben); Johannes Felden, *Annotata in Grotium* (Amsterdam 1653); Gerhard Ernst von Hamm, *Hugo Grotius De Iure Belli Et Pacis, Sive Prodrömus Iurisprudentiae quadripartitae, Naturalis, Gentium, Publicae Universalis, & Privatae ...* (Köln 1732); Johann Wolfgang Jäger, *Hugonis Grotii libri tres de iure belli et pacis, observationibus theologicis, moralibus & politicis illustrati* (Tübingen 1710); Johann Georg Kulpis, *Collegium Grotianum, super iure belli ac pacis ...* (Gießen 1682 und öfter); Johannes Gerhard Scheffer, *Grotius enucleatus ...* (Groningen 1771 und öfter); Valentin Veltheim, *Introductio ad Hugonis Grotii illustre ac commendatissimum opus ...* (Jena 1676); Casper Ziegler, *In Hugonis Grotii de Jure Belli Ac Pacis Libros, Quibus Natura & Gentium jus explicavit, Notae ...* (Wittenberg 1666 und öfter). Auch Dissertationen wurden bisweilen als Kommentar zu einem *caput* eines solchen autoritativen Werks verfasst; vgl. Georg Adam Struve/Christoph Wilhelm von Tuppau, *Grotii enucleati sive controversiarum de iure belli ac pacis ex naturae ac gentium institutis ...*, Jena 1660; Johann Georg Simon/Andreas Plectz, *Hugonis Grotii De iure belli ac pacis libr. II. cap. X De obligatione quae ex paraphrasi illustratum*, Jena 1676. Wichtige spätere Ausgaben haben dann häufig mehrere Kommentierungen zusammengeführt; vgl. Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis, Cum annotatis auctoris, nec non J. f. Gronovii notis, & J. Barbeyracii animadversionibus; commentariis insuper locupletissimis Henr. L. B. de Cocceii sub titulo Grotii illustrati antea editis insertis quoque observationibus Samuelis L. B. de Cocceii*, Lausanne 1758ff.

²⁰² Siehe insbesondere Johann Gottlieb Heineccius, *Praelectiones academicae in Sam. Pufendorffii De officio hominis et civis libros II*, Berlin 1742. Ferner etwa Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium libri octo* (Fn. 92). Für eine Dissertation etwa Immanuel Weber/Christoph Arnold von Voigt, *Ius hominis circa se ipsum, commentario ad illustris Pufendorffii l. I. c. V. De officiis, illustratum*, Gießen 1708.

²⁰³ Siehe insbesondere den weit verbreiteten Kommentar Peter Müllers zu Struves Pandektenkommentar: Georg Adam Struve, *Syntagma Jurisprudentiae Secundum ordinem Pandectarum, Cum Additionibus Petri Mülleri* (1692; viele weitere Ausgaben). Die zusätzlichen Kommentare Peter Müllers nehmen hier weitaus größeren Raum ein als der ursprünglich Kommentar Struves. Ähnliche Befunde gelten für die Anmerkungen Bachovs in: Matthaues Wesenbeck, *Commentarii in Pandectas Juris Civilis et Codicem Justinianum Olim Dicti Paratitla (cum notis & observantibus Reinhardi Bachovii*, Amsterdam 1665).

Ein derart hohes Maß an dogmatisierender Selbstreferentialität führt typischerweise zur Autorisierung wissenschaftlicher Texte als Referenzwerken. Dabei besteht auch keine strikte Alternative zwischen Normtexten und wissenschaftlichen Referenzwerken. Die wichtigsten juristischen Referenztexte des Mittelalters und der frühen Neuzeit, das *Corpus iuris civilis* und das *Decretum Gratiani*, waren Kompilationen von Normen und gelehrten Texten²⁰⁴; und die juristischen Standardglossen (*Glossae ordinariae*) zu den *Corpora iuris civilis* bzw. *canonici*, die den juristischen Diskurs für die folgenden Jahrhunderte strukturieren sollten²⁰⁵, verdankten ihre Autorität nicht zuletzt dem engen Bezug auf die autoritativen Referenztexte.

All diese Befunde werden durch einen vergleichenden Blick auf die Theologie bestätigt. So standen im Diskurs des Mittelalters neben den heiligen Schriften früh auch andere Autoritäten wie die Kirchenväter²⁰⁶ und später die *Glossa ordinaria* zur Heiligen Schrift. Seit dem 13. Jahrhundert waren dann die *Sententiae* des Petrus Lombardus, also ein wissenschaftlicher Traktat, zum Gegenstand theologischer Vorlesungen und wissenschaftlicher Kommentare geworden. Dieser Text verlor seinen hervorgehobenen Status, als Dominikaner wie Petrus Crockaert 1509 in Paris und später sein Schüler Francisco de Vitoria²⁰⁷ in Salamanca die *Summa Theologica* Thomas von Aquins an Stelle der *Sententiae Lombardi* zur Vorlesungsgrundlage machten und Kardinal Thomas Cajetan²⁰⁸ und Ignatius von Loyola diese Thomas-Renaissance dann allgemein durchsetzten²⁰⁹. Auch in diesen Texten stehen ganz selbstverständlich doktrinale neben normativen Aussagen. Gewiss war es dabei – auch schon vor Luther – streitig, ob es überhaupt andere Textautoritäten als die Heilige Schrift geben dürfe²¹⁰. Aber ein solcher Streit bestätigt nur die tatsächliche Autorität dieser Schriften in der Praxis theologischer Diskurse.

²⁰⁴ Zu solchen Kompilationen Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 90ff.

²⁰⁵ Lepsius, *Auflösung und Neubildung* (Fn. 90), II.; Ranieri, *Kasustik und Regelbildung* (Fn. 90), sub II.1 a.E., II.3; vgl. bereits oben bei Fn. 108ff.

²⁰⁶ Vgl. auch Filser, *Präzisierung und Systematisierung* (Fn. 89), sub I.4.

²⁰⁷ Eben Fn. 200.

²⁰⁸ *Secunda Secundae Summae Theologiae S. Thomae Aquinatis Cum Commentariis ... D.D. Thomae de Vio, Caietani*, Rom 1570.

²⁰⁹ Zum Ganzen Georg Schurhammer, *Franz Xaver, Sein Leben und seine Zeit*, Bd. I, Europa 1506-1544, 1955, 236f.; Gottfried Marón, *Ignatius von Loyola, Mystik, Theologie, Kirche*, 2001, 115.

²¹⁰ Zu Franz von Assisi und anderen Stimmen im 12. Jahrhundert Lesley Smith, *The Glossa Ordinaria, The Making of a Medieval Bible Commentary*, 2009, 9; zur Lehre John Wyclifs Neuner, *Wie lehren die Kirchen verbindlich?* (Fn. 39), sub III.3.

3. Relative und absolute Autorität; Textnähe und Textdistanz:

Wo autoritative Texte miteinander konkurrieren, relativiert solche Konkurrenz unweigerlich die jeweilige Autorität der einzelnen Texte. Das gilt erst recht, wenn keine strikte Hierarchie zwischen verschiedenen Textautoritäten besteht. Eine derartige Relativierung der Autorität konkurrierender Texte kann durchaus dazu führen, dass diese ihrer Funktion nicht mehr gerecht zu werden vermögen, den Diskurs zu stabilisieren; gerade im Recht lässt sich das immer wieder beobachten. So waren die Institutionalisierung der Rechtsprechung als Rechtsquelle und die Kodifikationsbewegung nicht zuletzt ein Versuch, das unüberschaubare Stimmgewirr relativer Autoritäten im *usus modernus*²¹¹ durch Etablierung einer einzigen, absoluten Autorität zu ordnen²¹².

Eine ähnlich desolante Situation bestand zu Beginn des 20. Jahrhunderts im Amerikanischen *common law*²¹³: Infolge einer Fülle widersprüchlicher Präjudizien und Gesetze war das Recht auch für professionelle Juristen völlig unübersichtlich geworden; etwa 50 % der erstinstanzlichen Entscheidungen wurden in zweiter Instanz aufgehoben²¹⁴. Unter führenden amerikanischen Juristen galt dieser Zustand als völlig inakzeptabel²¹⁵. Als dann auch noch Kodifikationsanläufe gescheitert waren, die hier politisch für Abhilfe sorgen sollten, halfen sich die amerikanischen Juristen mit der Gründung des American Law Institute und der Formulierung der *Restatements of the Law*²¹⁶. Zwar zielten die *Restatements* nicht auf eine absolute, gesetzesgleiche Autorität. Gleichwohl ging es den Gründervätern des Instituts darum, besonders hervorgehobene Autoritäten zu etablieren, die die übrigen Autoritäten ordnen und weitgehend ersetzen sollten. Von Anfang an sollte den *Restatements* eine solche Autorität zukommen, „as is now accorded a prior decision of the highest court of the jurisdiction“²¹⁷. Auch hier ging es also um die Etablierung einer höchsten Textautorität.

²¹¹ Oben nach Fn. 123

²¹² Zu den Kodifikationen Duve, *Mit der Autorität gegen die Autoritäten?* (Fn. 125), 244ff.; zur Rechtsprechung eben nach Fn. 166.

²¹³ American Law Institute, *Report of the Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law Proposing the Establishment of an American Law Institute*, *Proceedings of the American Law Institute* 1 (1923), 1-109, 6ff., 66ff., 69ff., 77f.; w.N. bei Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 50ff.

²¹⁴ American Bar Association, *Report of the Special Committee Appointed to Consider and Report Whether the Present Delay and Uncertainty in Judicial Administration Can be Lessened, and If So, By What Means*, *Annual Report of the American Bar Association* 8 (1885), 323, 329ff.

²¹⁵ In den Worten von Benjamin Cardozo, *The Growth of the Law*, 1924, 3: „Our law stands indicted for uncertainty, and the names of weighty witnesses are endorsed upon the bill“.

²¹⁶ Cardozo, *Growth of the Law* (Fn. 215), 9. Aus der heutigen Literatur Lawrence M. Friedman, *A History of American Law*, 3. Aufl. Nachdruck 2007, 304; Arthur T. von Mehren, *Some Reflections on Codification and Case Law in the Twenty-First Century*, *University of California, Davis LR* 31 (1998), 659-670, 668f.; Jansen/Michaels, *Private Law and the State* (Fn. 126), 387f.

²¹⁷ ALI, *Report of the Committee Proposing the Establishment of an American Law Institute* (Fn. 213), 1ff., 25; vgl. auch 29.

Freilich entspricht eine enge Bindung an Textautoritäten nicht immer den Bedürfnissen eines normativen Diskurses. Häufig lassen neue Fragen und Probleme sich auf der Grundlage tradierter Texte nicht adäquat beantworten. Es kann dann wünschenswert sein, die Bindung an solche Referenztexte zu lockern. Auch solche Prozesse sind vielgestaltig; sie haben nicht nur textlich-inhaltliche, sondern auch methodische und mediale Aspekte. So relativiert die Etablierung neuer Autoritäten unweigerlich die Autorität vorhandener Texte. Besonders anschaulich war das in der Theologie des Mittelalters: Die jeweils neuen Textautoritäten standen hier für neue Paradigmen zum Umgang mit der Heiligen Schrift, deren Autorität zwar nicht in Frage gestellt, aber durch die neuen Autoritäten eben doch relativiert wurde.

3.1 Historisierung:

Die Autorität von Texten wird freilich nicht nur durch eine Konkurrenz mit anderen Texten geschwächt; vielmehr gibt es auch methodische Mittel, die es möglich machen, sich von den Aussagen eines Textes zu emanzipieren. Solche Methoden können durchaus auf guten sachlichen Gründen beruhen. Insbesondere gilt das für die Historisierung heiliger und anderer eminenten Texte²¹⁸. Bei einem historisierenden Blick auf einen Text verlieren einzelne Aussagen ihre ursprüngliche unmittelbare Verbindlichkeit. Denn wenn die Fragen rekonstruiert sind, auf die ein Text einst eine Antwort bot²¹⁹, dann wird offenkundig, dass dieser Text allenfalls mittelbar Antworten auf die möglicherweise ganz anderen Fragen späterer Leser bietet.

Solche Fälle, in denen Texte dadurch an normativer Verbindlichkeit verloren, dass sie historisiert wurden, hat es gleichermaßen im Recht und in der Theologie gegeben. Die Historisierungen der römischen Rechtstexte durch die französischen Humanisten²²⁰ und durch die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts²²¹ hat deren Autorität ebenso erschüttert wie die Historisierung der Bibeltexte durch die protestantische Theologie seit dem 18. Jahrhundert. Im 19. Jahrhundert waren die Digesten deshalb nur noch als Textgrundlage des „heutigen Rechts“ verbindlich²²²; Friedrich Carl von Savigny und Georg Friedrich Puchta stellten ihre Geltung offen unter den Vorbehalt des professionellen Wissens der Rechtswissenschaft²²³. Und an die Stelle einer Rückbesinnung auf die Heilige Schrift als solche (*sola scriptura*)²²⁴ ist insbesondere in der protestantischen Theologie die Deutung des Offenbarungsgeschehens als Ganzem getreten²²⁵.

²¹⁸ Zu Gadamer's Begriff eines „eminenten Textes“ etwa Emil Angehrn, Interpretation und Dekonstruktion, Untersuchungen zur Hermeneutik, 2003, 75ff.

²¹⁹ Vgl. Hans-Georg Gadamer, Wahrheit und Methode, 6. Aufl. 1990 (Gesammelte Werke, Bd. I), 375ff.: Einen Text verstehen heiße die Fragen verstehen, zu denen der Text Antworten biete.

²²⁰ Manlio Bellomo, Europäische Rechtseinheit, Grundlagen und System des Ius Commune, 2005, 210ff.

²²¹ Statt aller Reinhard Zimmermann, Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today, 2001, 22ff., 46ff.; Haferkamp, Dogmatisierungsprozesse (Fn. 7), sub V m.w.N.

²²² Gustav Hugo, Institutionen des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1789; v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts (Fn. 6).

²²³ Haferkamp, Dogmatisierungsprozesse (Fn. 7), sub IV-VII.

²²⁴ Oben Fn. 19.

²²⁵ Die Diskussion zeichnet nach: Lauster, Prinzip und Methode (Fn. 18), besonders 277ff., 440ff. m.w.N.

3.2 Distanzierung:

Die Bindung an autoritative Texte lässt sich freilich auch ohne eine solche Konkurrenz verschiedener Autoritäten und ohne eine sachlich begründete Historisierung lockern. Ein Mittel dafür besteht in der methodisch-argumentativen Distanzierung vom Text. Denn es liegt auf der Hand, dass die Autorität eines Textes nicht zuletzt von den methodischen Standards abhängt, die den Umgang mit normativen Texten leiten: Wo erwartet wird, dass normative Argumentation in der Exegese eines bestimmten Textes besteht, ist dessen Autorität naturgemäß größer, als wenn die Aussagen des Textes nur einen – wenn auch wichtigen – Aspekt im normativen Diskurs bilden. Deutlich wird das etwa in der juristischen Argumentation der spanischen Spätscholastiker, die zwar häufig an den Texten der *Corpora iuris civilis* und *canonici* orientiert blieb, dabei aber zunehmend auch mit nicht textgebundenen Argumenten operierte und auf der Grundlage solcher Argumente gegen den Wortlaut entschied²²⁶. Eine freiere Form der normativen Argumentation kann freilich bisweilen auch einfach aus einer emanzipierenden Distanzierung gegenüber einer zuvor exegetisch angewendeten Textautorität resultieren. Beispielhaft zeigt das der römisch-gemeinrechtliche Diskurs, der sich seit dem 14. Jahrhundert als Prozess einer ständig zunehmenden Entfernung von den autoritativen Texten des *Corpus iuris civilis* beschreiben lässt.

²²⁶ Vgl. Reppen, Juristisches Dogma (Fn. 91), M 34ff.; Jansen, Zur Diskussion um die Restitutionslehre bei Francisco de Vitoria und seinen Nachfolgern, demnächst in: K. Bunge u.a. (Hgg.), Die Normativität des Rechts in der spanischen Spätscholastik, 2011.

Den Ausgangspunkt hatte hier die *Glossa ordinaria* gebildet, die den Referenztext mit wiedergab und ihre kommentierenden Erläuterungen eng mit dem Referenztext verknüpfte (Abb. 1): Die meist kurzen Glossierungen waren durch „Fußnotenzeichen“ unmittelbar mit einzelnen Sätzen, Satzteilen oder auch nur Begriffen des römischen Referenztextes verbunden. In der Sache ging es um eine Wortexegese einzelner Textpassagen, um Verweise auf parallele bzw. verwandte Textstellen und gegebenenfalls um die Beseitigung von Widersprüchen. Demgegenüber haben die systematischen Digestenkommentare späterer Juristen von einem Abdruck des Digestentextes abgesehen und damit von vornherein eine größere Distanz zu dem autoritativen Referenztext geschaffen²²⁷. Gewiss gab es dafür durchaus gute pragmatische Gründe: Ein Jurist, der mit solchen Werken arbeitete, kannte den Digestentext weitgehend auswendig. Zudem hatte er normalerweise ohnehin eine glossierte Version der Digesten zur Hand, denn die Glosse bildete grundsätzlich den Ausgangspunkt gelehrter juristischer Argumentation²²⁸. Solche pragmatischen Gesichtspunkte ändern indes nichts daran, dass diese Distanzierung einen neuartigen Umgang mit den Quellen beförderte: Die enge Textexegese der Glosse wurde jetzt durch eine systematischere und innovativere Art der juristischen Argumentation abgelöst: Es ging nicht mehr nur um die Bedeutung der jeweiligen konkreten Textstelle, sondern um einen konstruktiveren, aus heutiger Sicht bisweilen kurios freien, Umgang mit den Quellen und damit um eine Fortbildung des Rechts²²⁹.

²²⁷ Bei den Institutionen hat demgegenüber noch Arnold Vinnius (*In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, zuerst Lyon 1642) den Referenztext mit abgedruckt, wohl weil er bei einem solchen Lehrbuch nicht davon ausgehen konnte, dass die Studenten den glossierten römischen Text zur Hand hätten. Freilich haben auch hier spätere Autoren wie Johann Gottlieb Heineccius (*Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, zuerst Amsterdam 1725) und Ludwig Julius Friedrich Höpfner (*Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen*, zuerst Frankfurt a.M. 1783) von einem Abdruck abgesehen.

²²⁸ Oben Fn. 111.

²²⁹ Näher, mit Beispielen, oben Fn. 101.



Abbildung 1: *Corpus Iuris Civilis* (Digesta) mit *Glossa Ordinaria*²³⁰

Während der folgenden Jahrhunderte hat diese distanzierende Emanzipation gegenüber dem Digestentext kontinuierlich zugenommen. Waren die Kommentare der italienischen Legisten typischerweise auf die einzelne *lex*, also auf meist kurze Abschnitte mit wenigen Sätzen, bezogen, so sind die Kommentare der niederländischen eleganten Schule²³¹ und des deutschen *usus modernus*²³² nur noch nach den einzelnen Digestentiteln gegliedert²³³.

²³⁰ Digesten (*Infortiatum*), italienisches Manuskript, ca. 1270-80, Free Library of Philadelphia (Signatur: Lewis E 244), fol. 50 v.

²³¹ Siehe etwa Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas* (Lyon 1698/1704; viele weitere Auflagen).

²³² Siehe etwa Samuel Stryk, *Specimen Usus moderni Pandectarum* (zuerst Halle 1690ff.); Wolfgang Adam Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum ad quinquaginta Pandectarum libros* (zuerst Tübingen 1690ff.).

Innerhalb dieser Titel folgten sie jetzt einer je eigenen systematisierenden Ordnung. Erläutert wurde damit also nicht mehr eine einzelne *lex*, sondern das jeweilige Rechtsinstitut als Ganzes, etwa das Haftungsrecht der *lex Aquilia* oder die *negotiorum gestio*. Zudem wurden in diesem Rahmen zunehmend auch andere Autoritäten, insbesondere Auszüge aus Urteilen oder Fakultätsentscheidungen, mit abgedruckt. Im Laufe des 17. und 18. Jahrhunderts hat sich diese Entwicklung dann noch weiter fortgesetzt: So stellte Peter Müller das gemeine Recht nicht mehr in einem Digestenkommentar, sondern in einem Kommentar zu einem weitverbreiteten Kurzkomentar zu den Digesten dar²³⁴. Und Augustin Leyzers *Meditationes ad Pandectas* (1713-1748) bildeten in der Sache eine Sammlung von einzelnen Dissertationen bzw. selbständigen Abhandlungen zu einzelnen Sachproblemen und Urteilen, wobei sich die Rechtsgrundlagen nicht nur im römisch-gemeinen Recht, sondern auch im sächsischen Recht und Naturrecht finden²³⁵. Wenn Leyser diese Abhandlungen in der Ordnung der Digesten veröffentlichte, so waren diese nurmehr eine äußere Ordnung zur Gliederung des Rechts. Nicht wesentlich anders präsentierte sich dann auch Glücks *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: ein Commentar* (1790 ff.)²³⁶. Glück kündigte das Werk zwar als einen systematischen Kommentar an; er widmete aber jedem Digestentitel eine eigene umfassende und systematische Abhandlung. Ersichtlich handelt es sich weniger um eine textbezogene Kommentierung als um den großangelegten Versuch, die gelehrte Diskussion von Jahrhunderten zusammenzufassen und zu ordnen. Auch hier bildet die Form eines Digestenkommentars lediglich einen äußeren Ordnungsrahmen.

²³³ Freilich hat es keinen plötzlichen Bruch gegeben. Ein innovatives, von der Legalordnung der Digesten unabhängiges Format wählte bereits 1565 Matthaeus Wesenbeck: *Commentarii in Pandectas Juris Civilis ...* (unter dem Titel *Paratitla* viele weitere Auflagen); ähnlich etwa Georg Adam Struve, *Syntagma Jurisprudentiae Secundum ordinem Pandectarum* (zuerst Jena 1653). Demgegenüber hat etwa Johannes Brunnemann noch am Ende des 17. Jahrhunderts an der Legalordnung der Justinianischen Texte festgehalten: *Commentarius In Quinquaginta Libros Pandectarum* (zuerst Frankfurt/Oder 1670); ders., *Commentarius in duodecim libros Codicis Iustiniani* (zuerst Leipzig 1663).

²³⁴ Siehe oben Fn. 203.

²³⁵ Vgl. etwa Klaus Luig, Richterkönigtum und Kadijurisprudenz im Zeitalter von Naturrecht und Usus modernus: Augustin Leyser (1683-1752), in: ders./D. Liebs (Hgg.), *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition*, Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Franz Wieacker, 1980, 295- 333, 298f. und *passim*. Praktisch durchgehend argumentiert Leyser auf der Grundlage der gelehrten Literatur und Rechtsprechung zum Gemeinen Recht und zum sächsischen Recht; daneben stehen stets auch naturrechtliche Argumente, die sich aber nur ausnahmsweise gegen das positive römische Recht durchsetzen.

²³⁶ Alessandro Hirata, *Die Vollendung des usus modernus pandectarum: Christian Friedrich von Glück (1755-1831)*, ZRG Rom. Abt. 123 (2006), 330-343, 333ff.

Es war nur konsequent, dass die Juristen des 19. Jahrhunderts schließlich auch die Pandektenordnung hinter sich ließen und das Recht jetzt im Rahmen systematisch neu konzipierter Pandektenlehrbücher erörterten. Sie konnten damit an ältere Versuche humanistischer²³⁷ und naturrechtlicher²³⁸ Autoren anknüpfen, die sich innerhalb des *mainstream* des gelehrten juristischen Diskurses freilich zunächst nicht hatten durchsetzen können. In diesen Pandektenlehrbüchern wurde jetzt endgültig sichtbar, dass der intellektuelle Anspruch eines logisch folgerichtig konstruierten Systems in einem Spannungsverhältnis zur überkommenen Autorität der römischen Referenztexte stand²³⁹. Eine größere Distanz gegenüber dem weiterhin als autoritativ geltenden römischen Quellentexten als deren Rekonzeptualisierung in einem „heutigen“²⁴⁰ „System“²⁴¹ war wohl kaum denkbar. Es erschien jetzt nicht mehr unplausibel, die Fortgeltung antiker Rechtssätze abzulehnen, wenn diese nicht zu den „heutigen“ gesellschaftlichen Rahmenbedingungen passten; und es war durchaus möglich, Texte gegen ihren offenkundigen historischen Sinn zu lesen²⁴². Dabei galten systematische Überlegungen stets als wichtige Argumentationshilfen. Der Systemanspruch einer dynamisch innovativen Rechtswissenschaft hatte die Verbindlichkeit der römischen Quellentexte noch weiter relativiert.

Es ist vor diesem Hintergrund übrigens bemerkenswert, dass das 20. Jahrhundert von einer gegenläufigen Entwicklung gekennzeichnet ist. Längst hat der exegetisch angelegte Kommentar das systematische Lehrbuch wieder als primäre Literaturform der juristischen Praxis abgelöst.

²³⁷ Zu nennen sind hier insbesondere Hugo Donellus, *Commentarii de iure civili* (zuerst Frankfurt 1589ff.) sowie Johannes Althusius, *Dicaelogicae libri tres totum ... methodice complectentes* (zuerst Herborn 1617).

²³⁸ Wichtig waren hier vor allem Hugo Grotius, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd* (zuerst Den Haag 1631) sowie Jean Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (zuerst Paris 1689).

²³⁹ Vgl. Anton Friedrich Justus Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, 4. Aufl. Jena 1814, Bd. I, IIIf. (Vorrede zur ersten Aufl.): „Meine Absicht war, im Wesentlichen das Materielle des bisherigen Pandekten-Vortrages beizubehalten, aber alles in einer neuen systematischen Verbindung darzustellen. ... Die von mir gewählte Ordnung ist kein Werk des Zufalls. Ehe ich eine Feder ansetzte, habe ich mich lange damit beschäftigt, jedem kleinsten Theil seinen Platz anzuweisen ... Daß ich kein vollendetes System geliefert habe, gestehe ich gern ... wie sollte der Jurist aus dem, ihm gegebenen Haufen verwirrter, willkürlicher Bestimmungen ein ideales System bilden können?“.

²⁴⁰ Siehe nur Hugo, *Institutionen des heutigen Römischen Rechts* (Fn. 222); v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (Fn. 6).

²⁴¹ Siehe nur Thibaut, *System des Pandekten-Rechts* (Fn. 239); v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (Fn. 6).

²⁴² Haferkamp, *Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 7), sub V-VII.

V. Mediale Inszenierung

Schon diese letzten Beobachtungen machen augenscheinlich, wie wichtig auch mediale bzw. symbolische Gesichtspunkte für das Verständnis von Dogmatisierungsprozessen sein können. So machte das Pandektenlehrbuch des 19. Jahrhunderts die Emanzipation des Systemanspruchs der Pandektistik von der gewachsenen Struktur der Digesten offenkundig. In dieser neuen Publikationsform wurden gleichermaßen das Ideal eines systematisch folgerichtig rekonstruierten Rechts und die Distanz zu den Quellen medial inszeniert. Denn damit wurde das logisch-systematische Postulat innerer Folgerichtigkeit als normativer Maßstab des Rechts sichtbar und wirksam. Jedem Juristen stand damit unmittelbar vor Augen, dass dies Postulat in Konkurrenz zum Geltungsanspruch der Quellen trat und zum verbindlichen Ordnungsrahmen juristischer Argumentation wurde; es verdrängte die römischen Quellentexte endgültig in die Fußnoten. Man kann deshalb durchaus sagen, dass das systematische Lehrbuch dem juristischen Diskurs ein bestimmtes Deutungs- und Ordnungsmuster, nämlich den Systemgedanken, in medialer Form aufzwang.

In der Sache war eine solche dogmatisierende Bedeutung der Medialität freilich nichts Neues. Das pandektistische System besetzte einen Platz, den im vernunftrechtlichen Diskurs zuvor in vergleichbarer Weise offenbar die *demonstratio* eingenommen hatte²⁴³. Denn nach Samuel Pufendorf war die *demonstratio* zum Dreh- und Angelpunkt naturrechtlicher Ordnungsbildung geworden. Die *demonstratio* repräsentierte den Wissenschaftsanspruch des säkularen Naturrechts, indem sie die naturrechtliche Vernunft als einen nicht mehr hinterfragbaren Ordnungsrahmen allgegenwärtig werden ließ, und zwar gleichermaßen in der Vorlesung wie in der wissenschaftlichen Abhandlung. Damit wurde die *demonstratio* zum allgemeinen Medium naturrechtlicher Argumentation: Nur ein Argument, das als *demonstratio* präsentiert wurde, hatte überhaupt eine Chance, im naturrechtlichen Diskurs Gehör zu finden bzw. als wissenschaftliche Aussage ernst genommen zu werden. Wieder erlangten die grundlegenden Anforderungen an die normative Theoriebildung in medial „vermittelter“ Form allgemeine Verbindlichkeit.

²⁴³ Anschaulich und völlig überzeugend dazu Thier, Dogmatik und Hierarchie (Fn. 24), sub III.1.

Zwar ist hier bislang nur wenig erforscht, weil Juristen und Theologen in ihrer Argumentation normalerweise auf die Inhalte von Texten fokussiert sind und daher die mögliche Bedeutung der medialen Form solcher Texte von vornherein nicht in den Blick nehmen. Gleichwohl lässt es sich aber kaum bezweifeln, dass der methodische Umgang mit einem Text und damit eben auch dessen Autorität nicht zuletzt davon abhängen, in welcher Form dieser Text normalerweise im normativen Diskurs präsent ist bzw. präsentiert wird²⁴⁴. Offenkundig ist das nicht zuletzt bei der Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen. Auch hier lässt sich heute nämlich nicht mehr ernsthaft bezweifeln, „daß Umfang, Bildung und Wirkung von Richterrecht in der kontinentalen Rechtstradition wesentlich von unterschiedlichen Formen bei der Formulierung und bei der Veröffentlichung von Urteilen bestimmt und geprägt wurden“²⁴⁵.

Solche Befunde verlieren ihren befremdlichen Charakter, wenn man sich bewusst macht, dass begriffliche, methodische und institutionelle Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster nur dann wirksam werden können, wenn sie im normativen Alltagsdiskurs präsent sind. Denn solche Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster bilden ein normatives Wissen, das im normativen Diskurs normalerweise nicht ausdrücklich thematisiert werden kann, weil es die Voraussetzungen normativer Argumentation betrifft und überhaupt erst den Rahmen der jeweiligen Diskurse festlegt: Stets geht es ja auch um die Frage, was als relevantes und akzeptables Argument gilt und was als inakzeptabler oder irrelevanter Einwand unabhängig vom Inhalt des Arguments verworfen wird. Wenn es in einer Rechtsordnung wie Deutschland unüblich ist, ausländische Rechtsprechung als autoritativ zu berücksichtigen, nützt es einer Partei normalerweise nichts, solche Rechtsprechung anzuführen. Dabei würden Parteien aber auch nicht mit dem Argument gehört, dass solche Rechtsprechung berücksichtigt werden sollte. Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster sind nämlich nur dann wirksam, wenn die Teilnehmer an einem normativen Diskurs normalerweise ein gleiches Wissen voraussetzen und davon ausgehen dürfen, dass auch ihre Diskurspartner sich einerseits selbst daran ausrichten und andererseits erwarten, dass diese Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster allgemein vorausgesetzt werden.

Die Rechtsprechung eines Gerichts wird deshalb nur dann zu einer institutionellen Autorität im juristischen Diskurs, wenn Juristen davon ausgehen, dass andere Juristen diese Rechtsprechung zur Kenntnis nehmen, als autoritativ betrachten und über professionelle Methoden zum Umgang damit verfügen.

²⁴⁴ Jansen, *The Making of Legal Authority* (Fn. 23), 111-136.

²⁴⁵ Filippo Ranieri, *Die publizierte europäische Rechtsprechung und ihre Quellen (1800-1945)*, Inhalt und Ziele einer Dokumentation, in: ders., *Gedruckte Quellen I* (Fn. 157), XXXV–LXXI, LII.

Grundbegriffe, Methoden, Institutionen und Referenztexte müssen also allgemein bekannt sein und eine weitgehend allgemeine Anerkennung gefunden haben, um als dogmatisierende Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster wirksam zu werden. Das schließt nicht aus, dass solche Methoden, Institutionen und Texte im Einzelfall im Streit stehen und im Diskurs angegriffen werden. Wer solche Kritik äußert, setzt ja eine entsprechende allgemeine Praxis voraus und bestätigt sie damit implizit. Beispielsweise kann man im Rahmen eines Prozesses selbstverständlich die Richtigkeit und damit die Autorität einer einzelnen Gerichtsentscheidung bestreiten. Heutzutage wäre es aber aussichtslos, die Autorität von Präjudizien überhaupt in Frage zu stellen.

Mit anderen Worten: Begriffliche, methodische und institutionelle Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster werden nur dann zu verbindlichen epistemischen Standards, wenn sie in dem Sinne stabilisiert sind, dass sie normalerweise von Menschen internalisiert werden, dem Einfluss einzelner entzogen sind und in diesem Sinne objektiv gelten. Soweit Normativität professionell verhandelt wird, also eine spezialisierte Ausbildung voraussetzt, muss deshalb der Prägung an Universitäten bzw. anderen Lehranstalten eine entscheidende Bedeutung zukommen. Insbesondere gilt das für die methodischen Aspekte von Dogmatisierungsprozessen: Die jeweiligen methodischen Fachstandards werden in der Ausbildung vermittelt und dann von den meisten Juristen und Theologen in ihrer späteren professionellen Praxis nicht mehr in Zweifel gezogen. Soweit Dogmatisierungsprozesse demgegenüber inhaltlich-begriffliche Aspekte und insbesondere institutionelle oder textliche Autoritäten betreffen, liegt es nahe, auf kultursoziologische Erkenntnisse und Beobachtungen zurückzugreifen²⁴⁶ und das Augenmerk auf die Sichtbarkeit im Diskurs, also auf die symbolische Präsenz und mediale Inszenierung dogmatisierter Wissensbestände, zu legen.

²⁴⁶ Hierzu anschaulich Barbara Stollberg-Rilinger, *Des Kaisers alte Kleider, Verfassungsgeschichte und Symbolsprache des Alten Reiches*, 2008, 9ff.; dies., *Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte*, ZRG Germ. Abt. 127 (2010), 1-32, 5ff.; zur Theorie etwa Karl-Siegbert Rehberg, *Institutionen als symbolische Ordnungen, Leitfragen und Grundkategorien zur Theorie und Analyse institutioneller Mechanismen*, in: G. Göhler (Hg.), *Die Eigenart der Institutionen, Zum Profil politischer Institutionentheorie*, 1994, 47-84, besonders 58ff.; ders., *Weltrepräsentanz und Verkörperung, Institutionelle Analyse und Symboltheorien – Eine Einführung in systematischer Absicht*, in: G. Melville (Hg.), *Institutionalität und Symbolisierung, Verstetigungen kultureller Ordnungsmuster in Vergangenheit und Gegenwart*, 2001, 3-49; Peter L. Berger/Thomas Luckmann, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, Eine Theorie der Wissenssoziologie*, 22. Aufl. 2009, insb. 57ff.

Für Institutionen als solche hat längst eine Vielzahl soziologischer und historischer Studien die Fruchtbarkeit eines solchen Ansatzes erwiesen: Institutionen erscheinen für den einzelnen Menschen nicht zuletzt deshalb als objektiv und unverfügbar, weil sie ihm „immer schon auf Schritt und Tritt in symbolischen Formen gegenüberreten“²⁴⁷. Solche Befunde bestätigen sich insbesondere auch bei einem Blick auf religiöse und rechtliche Institutionalisierungsprozesse; das wird an der Architektur von Parlaments- und Gerichtsgebäuden ebenso deutlich²⁴⁸ wie am Konzil von Nikaia, wo es Konstantin gelang, sich und die Bischöfe als Teil eines politisch-religiösen Herrschaftsverbandes zu inszenieren, dem es zukam, Glaubensfragen verbindlich zu entscheiden und einen darauf bezogenen Konsens zu erzwingen²⁴⁹. Für Dogmatisierungsprozesse fehlt es demgegenüber an vergleichbaren Untersuchungen. Dabei ist eine kultursoziologische Parallelisierung von Institutionen und dogmatisierenden Ordnungsvorstellungen und Deutungsmustern freilich schon deshalb plausibel, weil es letztlich gleichermaßen um eine epistemische Verfestigung sozialer Erwartungen geht. Auch die symbolische Präsenz von Institutionen beruht auf einem kollektiven sozialen Wissen, das in solchen symbolischen Formen zugleich stabilisiert wird. Denn die Symbole und Formen, in denen Institutionen gesellschaftlich wirklich werden, können nur dann funktionieren, wenn sie „einem kollektiven Code“ folgen, „den der Einzelne erlernt, indem er in die betreffende Ordnung hineinwächst und die er in seinem Sprechen und Handeln seinerseits reproduziert“²⁵⁰. Genau dasselbe gilt für dogmatisierende Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster. Die mediale Inszenierung theologischer und juristischer Deutungsmuster und Ordnungsvorstellungen als verbindliches, praktisch wirksames Wissen verdient deshalb besondere Aufmerksamkeit.

²⁴⁷ Stollberg-Rilinger, *Des Kaisers alte Kleider* (Fn. 246), 10 m.w.N.

²⁴⁸ Für Parlamentsgebäude etwa Heinrich Oberreuter, *Institution und Inszenierung, Parlamente im Symbolgebrauch der Mediengesellschaft*, in: Melville, *Institutionalität und Symbolisierung* (Fn. 246), 659-670; Werner Patzelt, *Symbolizität und Stabilität, Vier Repräsentationsinstitutionen im Vergleich*, a.a.O., 603-637, 624ff. Interessant ist hier auch ein kultursoziologischer Blick auf die Gerichtsarchitektur (vgl. allgemein, aber ohne historische Perspektive, Werner Gephart, *Recht als Kultur, Zur kultursoziologischen Analyse des Rechts*, 2006, 238ff.). Während das Reichskammergericht niemals über ein wirklich repräsentatives Gebäude verfügte (repräsentativ waren nur die wohlinszenierten Verfahren vor dem Gericht: Barbara Stollberg-Rilinger, *Die Würde des Gerichts, Spielten symbolische Formen an den Höchsten Reichsgerichten eine Rolle?*, in: Oestmann, *Zwischen Formstrenge und Billigkeit* [Fn. 118], 191-216), haben die Staaten des 19. Jahrhundert ihren Herrschaftsanspruch nicht zuletzt auch in der Architektur ihrer Obergerichte zum Ausdruck gebracht: Als die Judikative zu einer institutionellen Autorität im Prozess der Rechtsgewinnung wurde, wurde sie auch mit Gerichtsgebäuden ausgestattet, die unvergleichbar viel repräsentativer waren als das schmale Wohnhaus des Reichskammergerichts, das immer ein Provisorium geblieben war. Beispiele bieten nicht nur die Justizpaläste des ausgehenden 19. Jahrhunderts in Leipzig und München sondern etwa auch die Gebäude des OAG Rostock (1841f.; heute Zoologische Sammlung, Universitätsplatz 2) und des OAG Celle (1840-43). Schon in den frühen 1820er Jahren hatte das Lübecker Oberappellationsgericht der vier Freien Städte seinen Sitz in einem ausgesprochen repräsentativen Gebäude (das ehemalige Haus der Zirkelgesellschaft, einer Vereinigung der Lübecker Patrizier; heute Willi-Brandt-Haus, Königstr. 21) bezogen; und das OAG Mannheim wurde 1766 im „Kaufhaus“, einem spätbarocken Prachtbau (1725-1747), untergebracht.

²⁴⁹ Siehe bereits oben bei Fn. 139ff.; näher Essen, *Spätantike Dogmatisierungsprozesse* (Fn. 4), sub III.

²⁵⁰ Stollberg-Rilinger, *Des Kaisers alte Kleider* (Fn. 246), 10.

1. Glaubenswahrheiten:

Auch insoweit erscheint wieder das Konzil von Nikaia besonders interessant. Denn offenbar war die griechisch-philosophische Theoretisierung des frühen Christentums gerade deshalb so wirkungsmächtig, weil sie ihren symbolischen Ort im Glaubensbekenntnis und damit an einem zentralen Ort in der Liturgie fand²⁵¹. Seit dem 5. Jahrhundert wird die Glaubensdoktrin des *Credo* von Millionen von Christen Sonntag für Sonntag, Messe für Messe, bekräftigt und tradiert²⁵², wobei die Kirche bis heute den griechischen Begriff „ὁμοούσιος“ (wesensgleich) verwendet, um die Menschwerdung Gottes zu beschreiben²⁵³. Für die Stabilisierung einer bestimmten theologischen Semantik ist ein effektiveres Medium als ein derart ritualgleich in die Liturgie integriertes kollektives Bekenntnis aber kaum vorstellbar: Was alle immer wieder gemeinsam bekennen, kann man kaum bezweifeln. Es prägt die religiöse und intellektuelle Identität. Für junge Menschen, die in den christlichen Glauben hineinwachsen, ist es deshalb selbstverständlich, sich Gott in philosophischen Kategorien wie „wesensgleich“ vorzustellen: „Wie eine Mutter, die ihre Kinder sprechen und damit zu verstehen und zusammenzuleben lehrt“, so heißt es im Katechismus der Katholischen Kirche, „lehrt uns die Kirche, unsere Mutter, die Sprache des Glaubens“²⁵⁴.

Das gemeinsame Bekenntnis bietet den zentralen Ort für solche Lehren. Es verwundert deshalb nicht, dass auch nach Nikaia der genaue Wortlaut des Credo immer wieder im Zentrum dogmatischer und konfessioneller Kontroversen gestanden hat. Insbesondere gilt dies für die Aussage, dass der Heilige Geist „vom Vater und Sohn (*filioque*)“ ausgehe, die seit dem großen Schisma die Katholische von der Orthodoxen Kirche trennt. Dabei galt dieser Zusatz auch innerhalb der Katholischen Kirche von Anfang an als theologisch und ökumenisch problematisch, weil er sich über die Festlegungen eines gesamtkirchlichen Konzils hinwegsetzte. Insbesondere Papst Leo III. hatte sich deshalb mit Nachdruck gegen die Einführung des *filioque*-Zusatzes gewehrt, zumal die Einführung erhebliche politische Irritationen zur Folge hatte²⁵⁵.

²⁵¹ Vgl. Pelikan, *Credo* (Fn. 11), 85f.

²⁵² Pelikan, *Credo* (Fn. 11), 178ff. Von jeher hatte das Bekenntnis einen zentralen Platz in der – im Frühchristentum zentralen – Tauf liturgie.

²⁵³ Katechismus der Katholischen Kirche (1993), Rn. 465.

²⁵⁴ Katechismus der Katholischen Kirche (1993), Rn. 171.

²⁵⁵ Näher zum Ganzen Michael Borgolte, Papst Leo III., Karl der Große und der Filioque-Streit von Jerusalem, *Byzantina* 10 (1980), 401-427, 407ff. m.w.N.

Wenn die Katholische Kirche trotz alledem an diesem Zusatz festgehalten hat, so findet das seine Erklärung offenbar nicht in überzeugenden theologischen Überlegungen, sondern vor allem in der Tatsache, dass der Zusatz seit dem 8. Jahrhundert der allgemeinen liturgischen Praxis im Frankenreich entsprach und insbesondere auch in der Pfalzkapelle von Aachen gesungen wurde – trotz der Aufforderung Leos III., das zu unterlassen²⁵⁶. Erst 1014 wurde dieser Zusatz dann auch offiziell in die römische Liturgie übernommen. Wichtiger als theologische Argumente war offenbar die gemeinsame Praxis, die sich später nur noch durch Klarstellungen qualifizieren²⁵⁷, aber nicht mehr revidieren ließ²⁵⁸. Und nichts macht das kollektive Unbehagen heutiger Gemeinden gegenüber einer Dogmatisierung individuellen Glaubens deutlicher als die zunehmende Praxis, das gesprochene Bekenntnis durch ein „einfacheres“, weniger doktrinäres, Bekenntnislied zu ersetzen.

Glaubenswahrheiten lassen sich freilich nicht nur positiv, sondern auch negativ, in der Ausrottung von Irrlehren, inszenieren. Die Geschichte der Häresieprozesse bietet hier reiches Anschauungsmaterial. So sollten mittelalterliche Bücherverbrennungen symbolisch bewirken, was sie darstellten: die physische Vernichtung der falschen Lehre. Und als Johannes Hus nicht bereit war, von seinen Lehren abzurücken, wurde er vom Konzil von Konstanz abgesetzt und seines Ranges entkleidet²⁵⁹. Vor seiner öffentlichen Hinrichtung auf dem Scheiterhaufen schloss man ihn symbolisch aus der Gemeinschaft Christi aus: Bischöfe nahmen ihm den Priesterkelch weg, um ihn vor den Augen der Christenheit zu entwürdigen²⁶⁰; wie auf dem Theater entkleideten sie ihn mitten in der Kirche seiner priesterlichen Gewänder, die man ihm zuvor vollständig angelegt hatte. Schließlich entstellten sie seine Tonsur und setzten ihm eine Papiermütze mit der Aufschrift *Hic est haeresiarcha pertinax* und den Bildern dreier Teufel auf den Kopf²⁶¹. Ganz offenkundig mussten sein Ausschluss aus der Kirche und die Ausrottung seiner Lehren symbolisch vollzogen werden, um sichtbar und damit wirksam zu werden.

²⁵⁶ Borgolte, Filioque-Streit (Fn. 255), 423. Leo III. hatte deshalb sogar zwei Silbertafeln im Petersdom (am Grab des Hl. Petrus) anbringen lassen, die das Bekenntnis in kanonischer Form, also ohne den *filioque*-Zusatz, wiedergaben.

²⁵⁷ Insbesondere wurde auf dem Zweiten Konzil von Lyon (1274) klargestellt, dass der Heilige Geist aus Vater und Sohn „nicht als aus zwei Prinzipien, sondern als aus einem Prinzip“ hervorgeht: Const. II,1.

²⁵⁸ Näher zum Ganzen Michael Böhnke, Kein anderer Glaube? Das Veränderungsverbot des nizänischen Glaubens in Spätantike und Frühmittelalter, in: Essen/Jansen, Dogmatisierungsprozesse (Fn. 4), sub II.

²⁵⁹ Neuner, Wie lehren die Kirchen verbindlich? (Fn. 39), sub III.3.

²⁶⁰ Siehe den Bericht von Johannes Barbatius: *Narratio de supplicio M. Joannis Hus*, in: F. Palacky (Hg.), *Documenta Mag. Joh. Hus vitam, doctrinam, causam in Constantiensi concilio actam illustrantia*, Prag 1869, 556-558: *hodie calicem a te auferendo degradamus, inhabilitamus seponimusque te a consortio Christi fidelium*.

²⁶¹ Siehe die Berichte von Johannes Barbatius (eben Fn. 260) und von Petrus de Mladenowic: *Relatio de M.J. Hus Condemnatione et supplicio*, in: Palacky, *Documenta Mag. Joh. Hus* (Fn. 260), 316-324, 320f. Aus der Literatur Neuner, *Wie lehren die Kirchen verbindlich?* (Fn. 39), sub III.3; Joseph Gill, *Konstanz und Basel-Florenz* (G. Dumeige/H. Bacht [Hgg.], *Geschichte der ökumenischen Konzilien*, Bd. IX), 1967, 104f. m.w.N.

2. Texte:

Von besonderer Bedeutung sind Aspekte medialer Inszenierung aber auch bei Referenztexten, deren Autorität sich nicht – wie bei einem Konzilsdokument oder einem Akt moderner Gesetzgebung – unmittelbar von einer institutionellen Autorität, wie der Kirche als Ganzer oder dem Staat, ableiten lässt. Das zeigt schon der Umgang der byzantinischen Juristen mit den klassischen römischen Juristenschriften, die bekanntlich dadurch zu Referenztexten wurden, dass sie den Hauptgegenstand des Rechtsunterrichts bildeten²⁶². Signifikant erleichtert wurde dies dadurch, dass diese Texte beim Übergang von der Buchrolle zum Codex typographisch standardisiert worden waren und damit exakt zitiert werden konnten²⁶³. Dieser mediale Umbruch bildete eine wichtige Voraussetzung dafür, den juristische Diskurs insgesamt auf eine Exegese der Klassiker umzustellen: eine Entwicklung, die schließlich noch dadurch begünstigt wurde, dass das Lateinische auch dann die Fachsprache des Rechts blieb, als die Byzantiner ganz allgemein griechisch sprachen und schrieben. Die römischen Texte wurden auf Latein tradiert, *termini technici* blieben lateinisch (gegebenenfalls gräzisiert als lateinischer Wortstamm mit griechischer Endung). Durch diese Praxis wurden die römischen Klassikerschriften als autoritative Rechtsquellen sichtbar; sie wurden dann rasch kanonisiert und erhielten damit einen gesetzsgleichen Status²⁶⁴. Es war deshalb nur folgerichtig, wenn die oströmischen Professoren ihre Aufgabe nurmehr in einer paraphrasierenden Exegese dieser Werke sahen und allenfalls in diesem Rahmen neue Lehrsätze entwickelten²⁶⁵.

²⁵⁹ Neuner, Wie lehren die Kirchen verbindlich? (Fn. 39), sub III.3.

²⁶⁰ Siehe den Bericht von Johannes Barbatus: *Narratio de supplicio M. Joannis Hus*, in: F. Palacky (Hg.), *Documenta Mag. Joh. Hus vitam, doctrinam, causam in Constantiensi concilio actam illustrantia*, Prag 1869, 556-558: *hodie calicem a te auferendo degradamus, inhabilitamus seponimusque te a consortio Christi fidelium*.

²⁶¹ Siehe die Berichte von Johannes Barbatus (eben Fn. 260) und von Petrus de Mladenowic: *Relatio de M.J. Hus Condemnatione et supplicio*, in: Palacky, *Documenta Mag. Joh. Hus* (Fn. 260), 316-324, 320f. Aus der Literatur Neuner, *Wie lehren die Kirchen verbindlich?* (Fn. 39), sub III.3; Joseph Gill, *Konstanz und Basel-Florenz* (G. Dumeige/H. Bacht [Hgg.], *Geschichte der ökumenischen Konzilien*, Bd. IX), 1967, 104f. m.w.N.

²⁶² Vgl. Detlef Liebs, *Juristenausbildung in der Spätantike*, in: C. Baldus/T. Finkenauer/T. Rübner (Hgg.), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, 2008, 31-45, 34ff.

²⁶³ Liebs, *Juristenausbildung in der Spätantike* (Fn. 262), 41f.

²⁶⁴ Schulz, *Rechtswissenschaft* (Fn. 52), 357ff.; Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte II* (Fn. 84), 202ff.

²⁶⁵ Siehe oben bei Fn. 84ff.

Ein ähnliches, freilich wesentlich besser dokumentiertes Bild bietet das Mittelalter, wobei die standardisierten Glossen (*Glossae ordinariae*) als spezifische Textform der mittelalterlichen Theologie und Rechtswissenschaft²⁶⁶ besondere Aufmerksamkeit verdienen. Insbesondere gilt dies für die *Glossa Magna* des Accursius zum *Corpus iuris* Justinians (Abb. 1), die seit dem 13. Jahrhundert zur zentralen gelehrten Autorität des gemeinen Rechts wurde, überall den gelehrten Diskurs strukturierte und vielerorts wie ein Gesetz angewendet wurde²⁶⁷. Dabei bildete diese *Glossa ordinaria* eines der ersten Werke in der Geschichte Europas, das das Recht als eine exegetische Wissenschaft präsentierte. Dies ist schon deshalb bemerkenswert, weil die Idee, rationale und legitime Lösungen für normative Konflikte mittels einer methodisch rationalen Exegese autoritativer Referenztexte finden, einen zentralen Aspekt juristischer und theologischer Reformbewegungen in der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts bildete²⁶⁸. Die Umstellung vom allgemein praktischen auf einen exegetischen, normtextbezogenen Diskurs bildete dabei die Voraussetzung dafür, juristische Aussagen als wahrheitsfähig und damit rational zu präsentieren. Ebenso wie das in der Religion von jeher der Fall gewesen war²⁶⁹, wurde die Sprache des Rechts damit deskriptiv²⁷⁰. Die „deklaratorische Theorie“ richterlicher Rechtsfindung, wie sie später etwa von Blackstone, Savigny, Dworkin oder Canaris formuliert wurde²⁷¹, findet hier ihre historische Grundlage²⁷².

Bei einem solchen textbezogenen Ansatz musste es für die mittelalterlichen Juristen einerseits darum gehen, autoritative Rechtstexte zu etablieren, und andererseits darum, ihre Aussagen als korrekte Interpretationen dieser Texte zu präsentieren. Dabei war es allerdings kaum möglich, eine Textautorität mittels rationaler Argumente allein zu etablieren. Es war daher nicht unüblich, die Textautoritäten, auf die man sich berief, spektakulär in Szene zu setzen. So ließ Gilbert von Poitiers in dem gegen ihn angestregten Häresieprozess – einem der berühmtesten Theologenprozesse des 12. Jahrhunderts – seine Leute Stöße von Büchern in den Verhandlungssaal tragen²⁷³.

²⁶⁶ Zwar wurde die Form der Glosse auch in anderen Disziplinen (und auch außerhalb des westeuropäisch-christlichen Diskurses) verwendet; und in der Theologie wurden auch andere Texte als die Bibel glossiert. Standardisierte Glossenapparate (*Glossae ordinariae*; dazu gleich nach Fn. 275) hat es aber, soweit ersichtlich, nur zur Heiligen Schrift, zu den *Corpora iuris civilis* und *canonici* und später (als Buch'sche Glosse) zum Sachsenspiegel gegeben.

²⁶⁷ Nachweise oben Fn. 228.

²⁶⁸ Näher Jansen, Das gelehrte Recht und der Staat, in: R. Zimmermann u.a. (Hgg.), Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Bd. II Nichtstaatliches Privatrecht – Geltung und Genese, 2008, 159-186, 161ff.

²⁶⁹ Oben bei Fn. 39ff.

²⁷⁰ Siehe bereits oben Fn. 41 m.N.

²⁷¹ Nachweise oben Fn. 5f.

²⁷² Näher Jansen, The Making of Legal Authority (Fn. 23), 114 m.w.N.

²⁷³ Gottfried von Auxerre, Epistola ad Albinum cardinalem et episcopum Albanensem, De condemnatione errorum Gilberti Porretani, in: J.P. Migne (Hg.), Patrologiae cursus completus (Bd. 185, pars prior, 1859), 587-596, 589: *magnorum voluminum corpora per clericos suos Pictaviensis fecisset afferrī*; siehe auch Otto von Freising, Ottonis Gesta Friderici I. imperatoris (hrsgg. von G. Waiz/B. v. Simson, in: Monumenta Germaniae Historica: Scriptores rerum Germanicarum in usum scholarum, Bd. 46, 3. Aufl. 1912), 1-161, lib. I, cap. LVIII.

Er wollte damit nicht nur seine besondere Gelehrsamkeit zum Ausdruck bringen, sondern vor allem die „in ihren Schriften unversehrten Autoritäten der Kirchenväter herbeischaffen“²⁷⁴. Gilbert führte mit diesem Auftritt jedermann vor Augen, dass er sich auf die Autoritäten der Kirchenväter stützte, und er wollte diese Autoritäten vor dem Gericht sichtbar präsent werden lassen. Eine andere – zwar weniger spektakuläre aber doch kaum weniger effiziente – Möglichkeit, Autorität in Szene zu setzen, machte sich die bildlich-typographische Medialität von Büchern zunutze. Sie bestand darin, autoritative Texte zusammen mit einer standardisierten Glosse zu veröffentlichen. Dabei wurde der zentrale Text typischerweise in etwas größeren Buchstaben geschrieben und häufig mit kostbaren Miniaturen geschmückt, die seine besondere Würde und Autorität unterstrichen. Wichtiger war freilich, dass neben diesem zentralen Text typographisch selbständig eine Glosse stand: eine geordnete Sammlung einzelner Anmerkungen zum Zentraltext. Diese Glossen waren normalerweise in einer besonderen Schrifttype geschrieben, die auch in Kleinschrift gut lesbar blieb²⁷⁵. Sie erläuterten die Bedeutung des Textes oder diskutierten einzelne, spezifisch auf den Text bezogene Probleme. Als standardisierte Glossenapparate (*Glossae ordinariae*)²⁷⁶ sammelten und definierten sie damit das allgemein anerkannte doktrinale Wissen ihrer Zeit. Insoweit lässt sich die Bedeutung dieser Werke kaum überschätzen, wobei dieser bemerkenswerte Erfolg offenkundig auf dem je spezifischen „combination of layout and contents“ dieser Standardglossen beruhte²⁷⁷.

Nun hat sich diese Form der Glosse aus der Tradition der mittelalterlichen Bildungskultur entwickelt und bildete ursprünglich auch kein Spezifikum der Rechtswissenschaft bzw. Theologie²⁷⁸.

²⁷⁴ Otto von Freising (eben Fn. 273): *orthodoxorum patrum ... in corpore librorum integras attulerat... auctoritates*.

²⁷⁵ Otto Mazal, Geschichte der Buchkultur, Bd. 3/1 Frühmittelalter, 2003, 213f. Buchstaben unterschiedlicher Größe bilden keine Erfindung späterer Buchdrucker. Die These, die spezifische typographische Präsentation der gedruckten Standardglossen habe die Farbe als Mittel der Textgliederung ersetzt (so Klaus F. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, 332), geht daher fehl. Vielmehr waren praktisch sämtliche Techniken der typographischen Strukturierung gedruckter Bücher bereits in den mittelalterlichen Handschriften gebräuchlich; näher Wolfgang Raible, Die Semiotik der Textgestalt, Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse 1991, Abh. 1, 8ff.; Roger Chartier, Lesewelten. Buch und Lektüre in der frühen Neuzeit, 1990, 34f.

²⁷⁶ Der Begriff stammt erst aus dem 14. Jahrhundert. Insbesondere bei der Bibelglosse handelte es sich allerdings noch lange um einen dynamischen, wandlungsfähigen Text; hier ist vieles noch unklar. Gerade für das 12. Jahrhundert ist eine Reihe von abweichenden, bisweilen gekürzten Kopien überliefert; und der Text ist auch in der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts noch weiterentwickelt worden. Erst um 1200 ist die Entwicklung weitgehend zum Stillstand gekommen; seither handelt es sich im Großen und Ganzen um ein kanonisiertes Textcorpus. Auch später kam es aber noch zu Kürzungen, Abweichungen und Entwicklungen im Einzelnen. Näher Smith, *The Glossa Ordinaria* (Fn. 210), 2ff., 12ff., 73ff. m.w.N. Ich danke hier Christel Meier-Staubach für wichtige Hinweise.

²⁷⁷ Smith, *The Glossa Ordinaria* (Fn. 210), 2, 91ff.

²⁷⁸ Zum Hintergrund etwa John W. Baldwin, *The Scholastic Culture of the Middle Ages, 1000-1300*, 1971, 61, 72ff.; vgl. auch zu den voraccursianischen Glossen Gero Dolezalek, *Libri magistrorum and the Transmission of Glosses in Legal Textbooks (12th and Early 13th Century)*, in: V. Colli (Hg.), *Juristische Buchproduktion im Mittelalter*, 2002, 315-349; zu den Bibelglossen in der Schule von Laon Smith, *The Glossa Ordinaria* (Fn. 210), 2, 4ff., jeweils m.w.N.

Dabei waren die ersten Glossen nicht viel mehr als kleinere erläuternde Anmerkungen am Text; sie unterschieden sich nicht wesentlich von den Notizen heutiger Schüler, die die Bedeutung eines lateinischen Worts an den Rand oder zwischen die Zeilen des lateinischen Textes schreiben: *γλῶσσα* bedeutet ursprünglich nicht mehr als eine Erklärung eines schwierigen Worts oder Satzes. Solche Glossen ließen sich leicht auf freiem Raum auf dem Pergament einfügen und wurden häufig auch auf ältere Handschriften gesetzt. Allerdings wurde die Form der Glosse auch dann beibehalten, als die individuellen Glossen zu großen, systematischer angelegten Textapparaten fortentwickelt worden waren und textlich standardisiert wurden. Derartige Kommentare als Glosse zu produzieren, war nun allerdings ausgesprochen aufwändig und erforderte eine komplizierte, auf die unterschiedlich umfangreichen Glossen angepasste Seitengestaltung²⁷⁹. Wesentlich einfacher wäre es gewesen, die Glossen als Fußnoten unter den Text zu setzen, die gelehrten Erläuterungen in Form kontinuierlicher Kommentare mit eingeschobenen Textstücken des Referenztextes (Lemmata) zu präsentieren, oder die Erläuterungen jeweils an einen Absatz des Referenztextes anzufügen. Derartige Textformen waren im Mittelalter durchaus bekannt, weil sie in der Spätantike üblich gewesen²⁸⁰ und ins Mittelalter tradiert worden waren. Bisweilen wurde ein solches einfacheres Format auch in der Schulpraxis genutzt²⁸¹. Ganz offenkundig wurde die mediale Form der Glosse also bewusst gewählt; das wird nicht zuletzt dadurch bestätigt, dass Gilbert von Poitiers, dessen Gespür für die Inszenierung von Texten bereits eben deutlich geworden ist, auch als ein Hauptakteur bei der typographischen Gestaltung der Glossen zur Heiligen Schrift in Erscheinung trat²⁸².

Zwar ist ein solcher Blick auf die Texte des Mittelalters für heutige Juristen und Theologen ungewöhnlich, doch kann kein Zweifel daran bestehen, dass die typographische Gestaltung eines Textes Aussagen zu transportieren vermag.

²⁷⁹ Dies bildet den Grund dafür, dass moderne „kritische“ Editionen der Glosse zur Heiligen Schrift die Interlinearglosse zwischen den Zeilen nicht widergegeben haben; vgl. Beryl Smalley, *Glossa ordinaria*, in: *Theologische Realenzyklopädie*, Bd. 13, 1984, 452-457, 454; Henning Graf Reventlow, *Epochen der Bibelauslegung*, Bd. II *Von der Spätantike bis zum Mittelalter*, 1994, 149.

²⁸⁰ Siehe Schulz, *Rechtswissenschaft* (Fn. 52), 225f., auch zu nichtjuristischen Kommentaren.

²⁸¹ Dies gilt insbesondere auch für die Theologie: Margaret T. Gibson, *The Glossed Bible*, in: *Biblia Latina cum Glossa Ordinaria*, Straßburg 1480f., hrsgg. von K. Froehlich/M.T. Gibson, 1992, Bd. I, vii-xi, ix; Smith, *The Glossa Ordinaria* (Fn. 210), 7, 91f.

²⁸² Mazal, *Geschichte der Buchkultur* 3/1 (Fn. 275), 91f.; Smalley, *Glossa ordinaria* (Fn. 279), 453f.; näher Smith, *The Glossa Ordinaria* (Fn. 210), 2, 17ff., 71, 123ff.

Insbesondere kann die typographische Gliederung verschiedener Textkörper diesen Texten eine je unterschiedliche Bedeutung zukommen bzw. spezifische gedankliche Beziehungen und Rangverhältnisse zwischen einzelnen Textkörpern entstehen lassen²⁸³. Dass das insbesondere auch für die Glossen des in besonderer Weise bildlich geprägten und hierarchisch denkenden Mittelalters gilt, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die (etwas späteren) Glossen zu Rechtstexten ganz anders als die Glossen zur Heiligen Schrift präsentiert wurden (Abb. 2)²⁸⁴. Denn seit dem 12. Jahrhundert wurden hier stets eine Marginal- und eine Interlinearglosse zunehmend kunstvoll²⁸⁵ miteinander kombiniert²⁸⁶; gleichzeitig verschwanden die Interlinearglossen, die ursprünglich auch unter Juristen üblich gewesen waren, aus den juristischen Texten.

²⁸³ Siehe Susanne Wehde, *Typographische Kultur, Eine zeichentheoretische und kulturgeschichtliche Studie zur Typographie und ihrer Entwicklung*, 2000, 119ff., 168ff.; Raible, *Semiotik der Textgestalt* (Fn. 275). Zum antiken lemmatischen Kommentar, der in mancher Hinsicht einen Vorläufer der mittelalterlichen Glossen bildet, siehe Hubert Cancik, *Der Text als Bild, Über optische Zeichen zur Konstitution von Satzgruppen in antiken Texten*, in: H. Brunner u.a. (Hgg.), *Wort und Bild*, 1979, 81-100, 85ff.

²⁸⁴ Smalley, *Glossa ordinaria* (Fn. 279), 452-456; Gibson, *The Glossed Bible* (Fn. 281), viii. Ausführlich zur Typographie der biblischen *Glossa ordinaria* Smith, *The Glossa Ordinaria* (Fn. 210), 91ff. Vgl. ferner Mazal, *Geschichte der Buchkultur* 3/1 (Fn. 275), 91f.; Graf Reventlow, *Epochen der Bibelauslegung II* (Fn. 279), 147ff., zur Geschichte der *Glossa ordinaria* zur Heiligen Schrift. In den modernen Ausgaben findet sich diese Darstellungsform freilich nicht mehr; siehe aber den wunderbaren Erstdruck von Adolph Rusch (*Biblia Latina cum Glossa Ordinaria* [Fn. 281], Straßburg 1480f.). Auch später wurde die Glosse immer wieder in dieser komplexen Form nachgedruckt.

²⁸⁵ Lesley Smith unterscheidet zwei klar unterscheidbare Entwicklungsstufen der typographischen Gestaltung der Bibelglosse: *The Glossa Ordinaria* (Fn. 210), 94ff., 105ff. Während die ursprünglichen Glossen den Text auf drei klar gegliederte, der Größe nach standardisierte Spalten aufteilte, ohne dabei den Raum auf dem Pergament stets voll auszunutzen („simple layout“), wurde es ab 1160, insbesondere in Paris, üblich, den zentralen Bibeltext und die Glossen komplex miteinander zu verschränken („complex layout“).

²⁸⁶ Ausführlich Smith, *The Glossa Ordinaria* (Fn. 210), 83ff. Offenbar geht dies typographische Format auf Anselm von Laon, den Vater der Glosse, zurück. Dabei konnten einzelne Glossen freilich immer wieder von der Marginal- in die Interlinearglosse bzw. von dieser in jene verschoben werden.

Im Gegensatz dazu schuf die Struktur der juristischen Marginalglossen eine eindeutig hierarchische Beziehung zwischen dem autoritativen Text und der darauf bezogenen, vom Referenztext abhängigen Lehre. Damit repräsentierte die Marginalglosse zugleich auch eine dialektische Anerkennungs- und Autoritätsrelation zwischen dem zentralen Referenztext und der glossierenden Lehre: Die Glosse leitete ihre Autorität und Legitimität von dem Zentraltext ab, auf den sie bezogen war; zugleich wurde dieser Zentraltext aber gerade dadurch autoritativ, dass er als Gegenstand einer gelehrten *Glossa magna* präsentiert wurde. Er wurde damit zum autoritativen Referenzzentrum des Rechts, von dem sich die Legitimität und Wahrheit weiterer normativer Aussagen ableitete.

Im scharfen Gegensatz zur *Glossa ordinaria* zur Heiligen Schrift wurde mit dieser Präsentation eine deutliche Trennung zwischen dem Zentraltext und der Marginalglosse geschaffen, die für die institutionelle Trennung zwischen dem Recht und seiner wissenschaftlichen Beschreibung stand. Diese institutionelle Trennung bildet ein Spezifikum des Rechts; sie findet keine Parallele in der Religion²⁹⁰. Im Recht gilt diese Unterscheidung jedoch bis heute als selbstverständlich. Sie bildet ein zentrales Element westlichen Rechtsdenkens, obgleich sie in der Sache alles andere als naturgegeben oder evident ist: Das Recht entsteht als Menschenwerk in juristischen Diskursen, in der Hand juristischer Eliten; eine strikte Trennung des Rechts von seiner Beschreibung ist daher ohne ein artifizielles Element juristischer Fiktion nicht möglich. Dies gilt insbesondere auch für das Mittelalter. Denn hier ergab sich die juristische Bedeutung einzelner Aussagen des *Corpus iuris civilis* häufig erst aus der Glosse: *quicquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia* – Interpretationen des römischen Rechts, die keinen Anhalt in der Glosse fanden, wurden von Gerichten nicht berücksichtigt²⁹¹. Gleichwohl war diese Unterscheidung²⁹² für die soziale Funktion des Rechts und wohl auch für den Erfolg der akademischen Rechtswissenschaft²⁹² aber von entscheidender Bedeutung. Denn erst diese Trennung machte es möglich, den juristischen Diskurs institutionell von der Politik, der Religion und der Moral zu entkoppeln; damit machte sie das Recht zu einem rationalen Diskurs. Juristen internalisieren diese Unterscheidung; sie wissen deshalb, dass sie das Recht nicht willkürlich auf der Grundlage politisch umstrittener *policies* oder Glaubenswahrheiten entwickeln dürfen. Für sie ist die technische intrinsische Rationalität des Rechts ebenso selbstverständlich wie die Geltung politischer Gesetzgebung.

²⁹⁰ Oben bei Fn. 39ff.

²⁹¹ Siehe bereits oben Fn. 111.

²⁹² Vgl. hierzu Ernst H. Kantorowicz, *Kingship under the Impact of Scientific Jurisprudence*, in: M. Clagett u.a. (Hgg.), *Twelfth-Century Europe and the Foundations of Modern Society*, 1961, 89-111.

Die *Glossa ordinaria* setzte die institutionelle Unterscheidung des Rechts von seiner Beschreibung in Form klar getrennter Texte medial in Szene und machte dabei zugleich die wechselseitige gedankliche Abhängigkeit und Verbindung dieser Texte offenkundig. Damit institutionalisierte die Glosse die Unterscheidung des Rechts von seiner Beschreibung als eine soziale Tatsache. Sowohl typographisch als auch in ihrer exegetisch-deskriptiven Sprache präsentierte die Glosse sich als eine bloße Erklärung der Bedeutung des Zentraltextes. Umgekehrt erschien dieser Text damit als unmittelbarer normativer Ausdruck des Rechts, nicht als sekundäre Beschreibung dessen, was von Rechts wegen galt. Wenn die Unterscheidung dabei als offenkundige Tatsache präsentiert wurde, so bildete das einen wichtigen Beitrag dazu, ihren fiktionalen Charakter zu verdrängen. Die Darstellung verkörperte ja geradezu die kategoriale Unterscheidung des Rechts – „innen“, im Zentraltext – von seiner peripheren Beschreibung – „von außen“²⁹³: Hier trat die institutionelle Grundstruktur des juristischen Diskurses dem Leser unmittelbar vor Augen. Der Status eines Rechtssatzes konnte jetzt jedenfalls nicht mehr zweifelhaft sein: Stand ein solcher Satz im Zentraltext, so galt er als Recht, stand er glossierend am Rand, so handelte es sich nur um eine Beschreibung oder Erklärung dessen, was galt. Fiktionen funktionieren nur dann, wenn sie plausibel vermittelt werden: Hier wurde die Unterscheidung in ihrer typographischen Präsentation unmittelbar anschaulich; das war für ihre Plausibilität und damit für die Legitimität und Anerkennung *beider* Texte als autoritativ von entscheidender Bedeutung. Trotz des enormen Aufwands einer Glossierung²⁹⁴ wurden im Mittelalter deshalb nur ausnahmsweise Exemplare des *Corpus iuris* ohne eine Glosse hergestellt.

An solchen Glossen wird deutlich, wie die mediale Präsentation von Texten dazu beizutragen vermag, Textautoritäten und Elemente einer institutionellen Ordnung symbolisch in Szene zu setzen und damit zu erzeugen. Sowohl die Autorität des *Corpus iuris civilis* als auch die Fiktion einer institutionellen Trennung des Rechts von seiner wissenschaftlichen Beschreibung beruhten in ganz erheblichem Maße auf der typographischen Gestaltung der Glosse. Dabei wirkte diese Autorisierung auch umgekehrt auf die Glosse zurück: Als das *Corpus iuris* zur zentralen Textgrundlage des *ius commune* wurde, wurde die Glosse zugleich zu dessen erster und wichtigster wissenschaftlicher Autorität²⁹⁵. Gleiches geschah mit dem *Decretum Gratiani* und seiner Glosse²⁹⁶ sowie später auch mit dem Sachsenspiegel²⁹⁷.

²⁹³ Zur symbolischen Verkörperung institutioneller Vorstellungen Rehberg, Weltrepräsentanz und Verkörperung (Fn. 246), 33ff.

²⁹⁴ So benötigte ein erfahrener Schreiber etwa ein Jahr, um das *Digestum vetus* zu kopieren, und ein weiteres Jahr für die begleitende Glosse; vgl. Frank Soetermeer, Exemplar und Pecia, Zur Herstellung juristischer Bücher in Bologna im 13. und 14. Jahrhundert, in: Colli, Juristische Buchproduktion im Mittelalter (Fn. 278), 481-516, 483.

²⁹⁵ Oben Fn. 111.

²⁹⁶ Rudolf Weigand, Glossen, kanonische, in: Theologische Realenzyklopädie, Bd. 13, 1984, 457-459.

²⁹⁷ Bernd Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts durch die Buch'sche Glosse, 2007, 18ff.

Jeweils bildete die Glosse einen wesentlichen Beitrag zur Autorisierung dieser Referenztexte: Erst die Buch'sche Glosse zum Sachsenspiegel machte aus diesem Text, der zuvor lediglich als Beweis sächsischen Gewohnheitsrechts anerkannt worden war, einen allgemein anerkannten Referenztext des *ius commune*, der von den Gerichten ohne weiteren Beweis angewendet wurde²⁹⁸. Ebenso wie die *Glossa magna* des Accursius wurden die *Glossa ordinaria* zum *Decretum* und die Buch'sche Glosse zum Sachsenspiegel damit zu genuinen Rechtsquellen.

²⁹⁸ Karl Kroeschell, Rechtsaufzeichnung und Rechtswirklichkeit, Das Beispiel des Sachsenspiegels, in: P. Classen (Hg.), Recht und Schrift im Mittelalter, 1977, 349-380, 379f.

VI. Ergebnisse

Dogmatisierungen erscheinen nach allem als ausgesprochen komplexe, je historisch einzigartige Prozesse, in denen ein verbindliches Wissen über Grundbegriffe, Deutungsmuster und Ordnungsvorstellungen für einen normativen Diskurs stabilisiert wird. Das gilt gleichermaßen für das Recht wie für die christliche, insbesondere die katholische, Theologie; trotz aller Unterschiede dieser Diskurse zeigen sich hier bei einer vergleichenden Perspektive wichtige strukturelle Gemeinsamkeiten. Dabei lenkt eine solche Perspektive den Blick auch auf solche Aspekte von Dogmatisierungsprozessen, die in der bisherigen rechtshistorischen Forschung eher vernachlässigt worden sind, und die sich erst mit dem begrifflichen Instrumentarium der Kulturwissenschaften fassen lassen. Dazu gehört insbesondere die mediale Präsenz dogmatisierender Deutungsmuster und Ordnungsvorstellungen im Diskurs. Dogmatisierungen können nämlich nur dort erforderlich und legitim sein, wo einerseits ein Bedürfnis nach normativer Eindeutigkeit besteht und es andererseits keinen „zwanglosen Zwang des besseren Arguments“ gibt. In der Theologie und in der Rechtswissenschaft ist das auf Schritt und Tritt der Fall; es bildet eine alte Erfahrung, dass vernünftige Argumente hier immer wieder inkonklusiv geblieben sind. Es verwundert daher nicht, dass Dogmatisierungsprozesse sich nicht richtig verstehen lassen, wenn nicht auch Phänomene der symbolischen Inszenierung und medialen Präsentation mit in den Blick genommen werden. Denn Grundbegriffe, Deutungsmuster und Ordnungsvorstellungen müssen für jedermann sichtbar werden, wenn sie eine derart allgemeine Präsenz im normativen Diskurs erlangen sollen, dass sie dem einzelnen als unverfügbar erscheinen. Nur dann können sie aber zu einem praktisch wirksamen normativen Wissen werden.

Der Beitrag untersucht nur einige exemplarische Dogmatisierungsprozesse; freilich wäre eine vollständige Analyse von Dogmatisierungsprozessen im Recht und im theologischen Diskurs des Christentums weder möglich noch interessant. Denn bereits ein solcher exemplarischer Ansatz zeigt deutlich, dass Dogmatisierungsprozesse häufig auf ganz verschiedenen Ebenen ablaufen. Wichtig sind offenbar die jeweiligen methodischen Standards der normativen Argumentation, die insbesondere im Recht häufig auf eine Beschränkung bzw. Hierarchisierung der einschlägigen Argumente zielen, sowie die Autorisierung von Institutionen – etwa Konzilen, Universitäten und Gerichten – und Texten als Ausgangs- und Bezugspunkt normativer Argumentation. Während im Christentum Dogmatisierungen häufig das Ergebnis institutioneller Konflikte bildeten und mit institutionellem Zwang durchgesetzt wurden, hat die Jurisprudenz zumeist weniger förmliche Wege

auf den Ebenen der Methode und der Autorisierung von Texten gesucht und Streit über Einzelfragen akzeptieren können, solange der Rahmen der Argumentation feststand und endgültige Entscheidungen von Gerichten gewährleistet wurden. Schon das erklärt, warum Juristen und Theologen unter Dogmatik je Verschiedenes verstehen. Umso bemerkenswerter erscheinen deshalb die strukturellen Parallelen der hier untersuchten Dogmatisierungsprozesse.