

DAVID KÄSTLE-LAMPARTER

# Welt der Kommentare

*Grundlagen der  
Rechtswissenschaft*

30

---

**Mohr Siebeck**

# Grundlagen der Rechtswissenschaft

herausgegeben von

Horst Dreier, Ulrike Müßig und Michael Stolleis

30





David Kästle-Lamparter

# Welt der Kommentare

Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer  
Kommentare in Geschichte und Gegenwart

Mohr Siebeck

*David Julius Kästle-Lamparter*, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaften und Griechischen Philologie in Tübingen und Oxford; 2007 Erste Juristische Staatsprüfung; 2008 Magister Juris (Oxford); 2009 Magister Artium in Griechischer Philologie; seit 2010 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtsgeschichte der Universität Münster; 2014 Promotion; 2014–2016 Rechtsreferendariat in Tübingen.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung des Exzellenzclusters „Religion und Politik“ an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, der Geschwister Boehringer Ingelheim Stiftung für Geisteswissenschaften in Ingelheim am Rhein und der Johanna und Fritz Buch-Gedächtnis-Stiftung.

D6

ISBN 978-3-16-154142-1 \ eISBN 978-3-16-159738-1 unveränderte Ebookausgabe 2020

ISSN 1614-8169 (Grundlagen der Rechtswissenschaft)

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

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

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

*Meinen Eltern  
dankbar gewidmet*

*S.D.G.*



# Vorwort

Von der Wiege bis zur Bahre:  
Kommentare, Kommentare!

Eine Welt ohne Kommentare ist für den deutschen Juristen kaum denkbar. Kommentare begleiten ihn von der Wiege der juristischen Ausbildung bis zur Bahre des juristischen Ruhestandes<sup>1</sup>. Umso erstaunlicher ist es, dass Geschichte und Theorie des juristischen Kommentars bislang noch weitgehend unerforscht sind. Das vorliegende Buch soll dazu beitragen, diese Forschungslücke zu schließen und dabei jene „heilsame Unruhe“ zu stiften, „die aus der Begegnung mit den Frag-Würdigkeiten der Grundlagen und Methoden unseres Faches entspringt“<sup>2</sup> und die mich selbst zum Schreiben dieses Buches motiviert hat.

Der Text bildet die überarbeitete Fassung meiner Dissertation, die bei Prof. Dr. Nils Jansen am Institut für Rechtsgeschichte in Münster entstanden ist. Ihm als meinem Doktorvater gebührt mein herzlicher Dank für die Anregung des Themas und für die wohlwollende Förderung und tatkräftige Unterstützung, die ich während der Promotionsphase und bei meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl erfahren habe; sie hat die Dissertation in dieser Form überhaupt erst möglich gemacht. Prof. Dr. Sebastian Lohsse danke ich herzlich für seine nicht nur zügige, sondern auch mit wertvollen Anregungen verbundene Erstellung des Zweitgutachtens. Weiterhin möchte ich den Professoren und Doktoranden in der Rheinisch-Westfälischen Graduiertenschule „Recht als Wissenschaft“ sowie allen Kolleginnen und Kollegen danken, die im Entstehungsprozess der Arbeit Ideen mit mir diskutiert und ihre Gedanken und Ratschläge mit mir geteilt haben. Mein besonderer Dank gilt Dorothea Barck, die den fertigen Text der ganzen Arbeit Korrektur gelesen und ihm mit großem Engagement und scharfem Auge zum letzten Feinschliff verholfen hat. Dr. Klaus Wille hat freundlicherweise meine Übersetzungen aus dem Lateinischen durchgesehen; für seine hilfreichen Vorschläge und Verbesserungen danke ich sehr. Vielen Dank schulde ich auch der Studienstiftung des Deutschen Volkes für die finanzielle und ideelle Unterstützung, zuletzt durch ein Promotionsstipendium,

---

<sup>1</sup> So bereits *Slapnicar*, Palandt, 1699, über den „Palandt“.

<sup>2</sup> *Hofmann/Weber/Wenz*, Editorial, in: *Seelmann*, Theologie und Jurisprudenz, 5.

ferner dem Exzellenzcluster „Religion und Politik“ der Westfälischen Wilhelms-Universität, der Geschwister Boehringer Ingelheim Stiftung für Geisteswissenschaften und der Johanna und Fritz Buch-Gedächtnis-Stiftung für die freundliche Gewährung von Druckkostenzuschüssen zu diesem Buch. Ferner bedanke ich mich bei der Bayerischen Staatsbibliothek in München, bei der Staatsbibliothek Bamberg, bei der Herzog August Bibliothek Wolfenbüttel und beim Cartoonisten vulkan für die Genehmigung der Abbildungen. Herrn Dr. Franz-Peter Gillig und den Mitarbeitern des Verlags Mohr Siebeck danke ich herzlich für die sehr angenehme Zusammenarbeit und den Herausgebern der „Grundlagen der Rechtswissenschaft“ für die freundliche Aufnahme in die Reihe. Meine Familie, meine Frau und meine Freunde und Kollegen haben mich während des Schreibens in vielfältiger Weise begleitet, unterstützt und motiviert. Für diese Unterstützung, die ich an dieser Stelle kaum angemessen würdigen kann, bin ich sehr dankbar. Zuvörderst danke ich meinen Eltern, die meine Ausbildung seit jeher gefördert und mich in jeder denkbaren Hinsicht unterstützt haben. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Tübingen, im Oktober 2015

David Kästle-Lamparter

PS: Nach Fertigstellung des Manuskripts ist die Festschrift Palandt aus Anlass der 75. Auflage 2016 erschienen. Sie bestätigt einige der hier gemachten Beobachtungen und bietet auch eine ganz vergnügliche Lektüre.

## Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
Abkürzungen . . . . .	XV
Einleitung . . . . .	1
I. Eine kurze Geschichte des juristischen Kommentars in Europa (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung) . .	19
II. Abenteuerlicher Aufbruch: Die Neuentdeckung des juristischen Kommentars durch die Glossatoren . . . . .	105
III. Zwischen Kontinuität und Paradigmenwechsel: Der Aufstieg des Gesetzeskommentars in Deutschland . . . . .	209
IV. Die Struktur des Kommentars: Versuch einer Phänomenologie . . . . .	289
Resümee und Ausblick: Welt der Kommentare – Wert der Kommentare . . . . .	339
Abbildungsverzeichnis . . . . .	345
Literaturverzeichnis . . . . .	347
Personenregister. . . . .	407
Sachregister . . . . .	411



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
Abkürzungen . . . . .	XV
Einleitung . . . . .	1
1. Bedeutung der Kommentare . . . . .	2
2. Forschungsstand . . . . .	6
3. Der Kommentar als Textform: Begriff und Proprium . . . . .	9
4. Methode und Gang der Untersuchung . . . . .	15
I. Eine kurze Geschichte des juristischen Kommentars in Europa (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung)	19
1. Rom – Die Wiege des Rechts . . . . .	20
2. Byzanz – Verbot der Kommentare? . . . . .	24
3. Bologna – Entdeckung und Entwicklung . . . . .	30
4. Bourges, Leiden, Wittenberg – Vielfalt in Europa . . . . .	38
5. Von Salamanca nach Halle – Vom Kommentar zum System . . . . .	49
6. Preußen – Vom Beruf der Zeit . . . . .	57
7. Deutsches Reich und Weimar – Der Aufstieg des Gesetzeskommentars . . . . .	69
8. Drittes Reich – Kommentarkritik und furchtbare Kommentare . . . . .	76
9. Bundesrepublik – Glanz und Elend der Kommentare . . . . .	84
10. Allerorten – Transnationales Recht und World Wide Web . . . . .	95
11. Zusammenfassung . . . . .	101
II. Abenteuerlicher Aufbruch: Die Neuentdeckung des juristischen Kommentars durch die Glossatoren . . . . .	105
1. Einleitung . . . . .	105
a) Die juristische Kommentarkultur im frühen Mittelalter . . . . .	105
b) Begriff und Herkunft der Glossentechnik . . . . .	108
c) Glosse und Kommentar – Glosse und Apparat . . . . .	111
2. Die Glossierung des Corpus iuris civilis . . . . .	113

a)	Das Corpus iuris civilis als Referenztext der Legisten . . . . .	113
b)	Überblick über die Literatur der Glossatoren . . . . .	120
c)	Die Legisten als Autoren . . . . .	126
d)	Dogmatisches Beispiel 1: Der Schatzfund . . . . .	129
e)	Dogmatisches Beispiel 2: „Kauf bricht Miete“? . . . . .	142
f)	Zielsetzung und Methoden der Legisten . . . . .	156
g)	Die Form der Kommentierung . . . . .	163
aa)	Die Notation der Glossen: Marginal- und Interlinearglossen . . . . .	163
bb)	Glossa und litera: Die Entwicklung des Glossenapparates . . . . .	165
cc)	Juristische Glosse und Bibelglosse – ein scharfer Gegensatz? . . . . .	170
h)	Diskursive und institutionelle Bezüge . . . . .	174
i)	Von Götzendienst und Katalyse: Die Autorität der Glossa ordinaria . . . . .	176
3.	Die Glossierung des Decretum Gratiani . . . . .	181
a)	Das Decretum als Referenztext . . . . .	182
b)	Die Kommentarliteratur zum Decretum Gratiani . . . . .	185
c)	Die Glossa ordinaria des Johannes Teutonicus und des Bartholomäus Brixienensis . . . . .	187
4.	Die Glossierung des Sachsenspiegels . . . . .	190
a)	Der Sachsenspiegel als Referenztext . . . . .	190
b)	Die Buch'sche Glosse zum Sachsenspiegel-Landrecht . . . . .	192
c)	Dogmatisches Beispiel: Der Schatzfund . . . . .	197
5.	Fazit . . . . .	205
III. Zwischen Kontinuität und Paradigmenwechsel:		
Der Aufstieg des Gesetzeskommentars in Deutschland . . . . .		209
1.	Einleitung . . . . .	209
2.	Die Vorboten des Aufstiegs:	
	Kommentare im Strafrecht und im Handelsrecht . . . . .	213
a)	Die Gesetzbücher des Partikularrechts . . . . .	213
b)	Das ADHGB von 1861 . . . . .	215
c)	Das RStGB von 1871 . . . . .	218
d)	Eine neue Methode? Hermann Staubs Kommentar zum ADHGB . . . . .	224
3.	Das BGB als Referenztext – Kommentar und Kodifikation . . . . .	230
4.	Formen der Kommentarliteratur zum BGB . . . . .	234
5.	Die Autoren der Kommentare . . . . .	240
a)	Praktiker und Professoren . . . . .	240
b)	Autorenteams . . . . .	241
c)	Autoren und Verleger . . . . .	243
6.	Staudinger und Planck – Die führenden Großkommentare . . . . .	246
a)	Der Kommentar Gottlieb Plancks . . . . .	247
b)	Der Kommentar Julius von Staudingers . . . . .	252
7.	Form und äußere Anlage der frühen BGB-Kommentare . . . . .	255
8.	Exemplarisch: Die Kommentierung des § 823 BGB . . . . .	261
a)	Aufbau und Systematik . . . . .	262
b)	Das „sonstige Recht“ im Sinne des § 823 I . . . . .	263

aa) Der Besitz . . . . .	264
bb) Forderungsrechte . . . . .	265
cc) Ehre und Persönlichkeitsrecht . . . . .	266
dd) Der Gewerbebetrieb . . . . .	268
ee) Zusammenfassung . . . . .	269
9. Methoden und Kommentarstil . . . . .	270
a) Buchstabenkultus? . . . . .	271
b) Materialienkultus? . . . . .	274
c) Präjudizienkultus? . . . . .	279
d) Wissenschaft und Praxis . . . . .	282
10. Fazit . . . . .	286

IV. Die Struktur des Kommentars:

Versuch einer Phänomenologie . . . . .	289
1. Kommentar und Referenztext . . . . .	289
a) Warum kommentieren? . . . . .	289
b) Was kommentieren? . . . . .	291
c) Kodifikation und Kommentar . . . . .	293
2. Methoden und Techniken . . . . .	296
a) Gestalt der Erläuterung . . . . .	297
b) Auslegung, „Anlegung“ und Fortbildung . . . . .	299
3. Diskursive und institutionelle Bezüge . . . . .	301
a) Wissenschaft und Praxis; Rechtsprechung und Lehre . . . . .	301
b) Autonomie und Kontrolle . . . . .	304
4. Form und Medialität . . . . .	307
5. Funktionen . . . . .	311
a) Erläutern, auslegen, entfalten – der Kommentar als Erläuterungsbuch . . . . .	312
b) Dokumentieren, konservieren, informieren – der Kommentar als Wissensspeicher . . . . .	313
c) Selektieren, kanalisieren, reduzieren – der Kommentar als Wissensfilter . . . . .	316
d) Ordnen, strukturieren, systematisieren – der Kommentar als Wissensorganisator . . . . .	318
e) Steuern, gestalten, dogmatisieren – der Kommentar als Wissensgestalter . . . . .	321
f) Konkretisieren, spezifizieren, illustrieren – der Kommentar als Feinmechaniker . . . . .	324
g) Vermitteln, harmonisieren, aktualisieren – der Kommentar als Brückenbauer . . . . .	325
h) Stabilisieren, kanonisieren, legitimieren – der Kommentar als Stabilisator . . . . .	327
i) Relativieren, flexibilisieren, kritisieren – der Kommentar als Kritiker . . . . .	329
j) Renovieren, fortbilden, vorarbeiten – der Kommentar als Erneuerer . . . . .	330

6. Der Kommentar als autoritatives Referenzwerk . . . . .	332
7. Zusammenfassung . . . . .	336
Resümee und Ausblick:	
Welt der Kommentare – Wert der Kommentare . . . . .	339
1. Die bunte Welt der Kommentare . . . . .	339
2. Wertlosigkeit des Kommentars als Literaturform? . . . . .	341
Abbildungsverzeichnis . . . . .	345
Literaturverzeichnis . . . . .	347
1. Quellen (vor 1800) . . . . .	347
2. Kommentare ab 1800 . . . . .	350
3. Sonstige Literatur ab 1800 . . . . .	358
Personenregister. . . . .	407
Sachregister . . . . .	411

## Abkürzungen

( )	verschiedene Abkürzungen in den Handschriften bzw. Ausgaben
< >	Ergänzungen
{ }	Streichungen
a. A.	anderer Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abb.	Abbildung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
Abh.	Abhandlung
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADB	Allgemeine Deutsche Biographie, hg. v. der Historischen Kommission bei der Königlichen Akademie der Wissenschaften, 56 Bde. (Leipzig, 1875–1912; ND 1967–1971) (online: <a href="http://www.deutsche-biographie.de">http://www.deutsche-biographie.de</a> )
<i>add.</i>	<i>addidit</i> (hinzugefügt)
Add.	Addendum
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. E.	am Ende
<i>ad l.</i>	<i>ad legem</i> (mittelalterliche Zitierweise beim Corpus iuris civilis)
AK	Alternativkommentar
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Anm.	Anmerkung(en)
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art., Artt.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
Bd., Bde., Bdn.	Band, Bände, Bänden
Bearb., bearb.	Bearbeiter, bearbeitet
Begr., begr.	Begründer, begründet
bes.	besonders
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BSB	Bayerische Staatsbibliothek (München)
Bsp., bspw.	Beispiel, beispielsweise
C.	Codex Iustinianus
ca.	circa
<i>can.</i>	<i>canon, canones</i>
CESL	Common European Sales Law
<i>cet.</i>	<i>ceteri, ceterae</i> (die übrigen Handschriften bzw. Editionen)

CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CPO	Civilprozeßordnung
D.	Digesta Iustiniani
dass., dems., dens., ders., dies.	dasselbe, demselben, denselben, derselbe(n), dieselbe(n)
<i>dec.</i>	<i>decisio</i>
DDR	Deutsche Demokratische Republik
<i>del.</i>	<i>delevit</i> (getilgt)
d. h.	das heißt
d. i.	das ist
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNP	H. Cancik <i>et al.</i> (Hg.), Der Neue Pauly: Enzyklopädie der Antike, 16 Bde. (1996–2003)
DR	Deutsches Recht
<i>dto.</i>	<i>ditto</i> (ebenso)
ebd.	ebenda
ed.	editio
chem.	ehemals, ehemalig
<i>ep.</i>	<i>epistula</i>
Erg.	Ergänzung(s-)
<i>et al.</i>	<i>et alii (aliae)</i>
f., ff.	folgende
ff.	Digesta Iustiniani (mittelalterliche Zitierweise)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote(n)
<i>fol.</i>	<i>folium</i>
GG	Grundgesetz
<i>gl.</i>	<i>glossa</i>
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Grat. C.	Decretum Gratiani, <i>causa</i> (2. Teil)
Grat. D.	Decretum Gratiani, <i>distinctio</i> (1. Teil)
griech.	griechisch
Halbbd., Halbbde.	Halbband, Halbbände
Hg.	Herausgeber(in, -innen)
hg. v.	herausgegeben von
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	<i>M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann</i> (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (2003 ff.)
HRG <sup>1</sup>	<i>A. Erler et al.</i> (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (1. Aufl., 1971–1998)
HRG <sup>2</sup>	<i>A. Cordes et al.</i> (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (2. Aufl., 2008 ff.)
Hs., Hss.	Handschrift(en)
HWbEuP	<i>J. Basedow/K.J. Hopt/R. Zimmermann</i> (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2 Bde. (2009)

insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
Inst.	Institutiones Iustiniani
IPR	Internationales Privatrecht
Jg.	Jahrgang
Jh.	Jahrhundert
JurLitBl	Juristisches Literaturblatt
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
<i>l.</i>	<i>lex</i> (mittelalterliche Zitierweise beim Corpus iuris civilis)
<i>lac.</i>	<i>lacuna</i> (Lücke im Handschriftentext)
lat.	lateinisch
<i>lib.</i>	<i>liber, libro</i>
Lief.	Lieferung
LMA	<i>R. Auty et al.</i> (Hg.), Lexikon des Mittelalters (1977–1999)
MGH	Monumenta Germaniae Historica
m.N., m. w. N.	mit (weiteren) Nachweisen
Ms., Mss.	Manuscriptum, -a
MüKo	Münchener Kommentar
ND	Nachdruck, Neudruck
NDB	Neue Deutsche Biographie, hg. v. der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, bisher 25 Bde. (1953 ff.) (online: <a href="http://www.deutsche-biographie.de">http://www.deutsche-biographie.de</a> )
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer(n)
<i>no.</i>	Rubrik (frühneuzeitliche Drucke)
o.g.	oben genannt
o.J.	ohne Jahr
<i>om.</i>	<i>omisit, omiserunt</i> (weggelassen, d. h. in der Handschrift fehlend)
ÖNB	Österreichische Nationalbibliothek (Wien)
o.P.	ohne Paginierung
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
<i>pr.</i>	<i>principium</i> (Anfang, insbes. eines Digestenfragments)
<i>qu.</i>	<i>quaestio</i>
<i>r</i> (a)/(b)	<i>recto</i> (linke Spalte)/(rechte Spalte) (Vorderseite eines Blattes)
Red.	Redaktor
reg.	regierte
Rez. v.	Rezension von
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDA	Revue Internationale des droits de l'Antiquité
RIDC	Rivista internazionale di diritto comune

Rn.	Randnummer(n)
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
S.	Seite(n)
sc.	scilicet
<i>sol.</i>	<i>solutio</i>
Sp.	Spalte(n)
StGB	Strafgesetzbuch
STh I, I-II, II-II	<i>Thomas von Aquin</i> , <i>Summa Theologiae, prima pars – prima pars secundae partis – secunda pars secundae partis</i> (z.B. in: <i>ders.</i> , <i>Opera omnia iussu impensaque Leonis XIII P.M. edita</i> [Rom, 1882 ff.], Bde. 4–12 [Editio Leonina])
StPO	Strafprozessordnung
s.v., s.vv.	<i>sub voce, sub vocibus</i>
Teilbd.	Teilband
<i>tit.</i>	<i>titulus</i>
TRE	<i>G. Müller/G. Krause</i> (Hg.), <i>Theologische Real-Enzyklopädie</i> (1977–2004)
TRG	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis</i>
u. a.	unter anderem, und anderes
übers.	übersetzt
u. ö.	und öfter
<i>v</i> (a)/(b)	<i>verso</i> (linke Spalte)/(rechte Spalte) (Rückseite eines Blattes)
VfB	Verein für Bewegungsspiele 1893 e.V.
vgl.	vergleiche
<i>vid.</i>	<i>videtur</i> (unsichere Lesart)
w.N.	weitere(n) Nachweise(n)
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	<i>Zeitschrift für Europäisches Privatrecht</i>
ZHR	<i>Zeitschrift für das gesam(m)te Handelsrecht</i>
ZNR	<i>Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte</i>
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG Germ. Abt.	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung</i>
ZRG Kan. Abt.	– Kanonistische Abteilung
ZRG Rom. Abt.	– Romanistische Abteilung
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

# Einleitung

Die Commentare sind ein betrübendes Naturereignis;  
ein Missverständnis aber ist es, wenn man  
über die Commentare neue Bücher schreibt.

*Franz von Liszt* (1881)<sup>1</sup>

Ein neues Buch – ein altes Missverständnis? Natürlich hat *Franz von Liszt* nicht alle Bücher über Kommentare gemeint, und es wäre wiederum ein neues Missverständnis, wollte man dem großen Strafrechtslehrer unterstellen, er hätte sich eine Forschungsarbeit über die Kommentarliteratur verbeten. Ihm ging es um etwas anderes. Von den Kommentaren seiner Zeit hatte *Liszt* keine hohe Meinung; unter vieler Spreu hat er nur wenig Weizen gesehen<sup>2</sup>. Geradezu absurd schien ihm dann, dass ein Autor es unternahm, diese unfruchtbaren Kommentare zu exzerpieren und auf diese Weise in einem neuen Buch „Kontroversen zum Strafprozessrecht“ zusammenzustellen<sup>3</sup>. Die Zielsetzung der vorliegenden Studie ist freilich eine andere und ihre Methode ist nicht die des Exzerpts, auch wenn hier und da einmal aus einem Kommentar zitiert wird. Dennoch bleibt die Frage: Warum ein Buch über Kommentare?

Juristen haben eine „intrikate Beziehung zum Kommentieren“<sup>4</sup>. Das gilt für den deutschen Juristen des 21. Jahrhunderts, sei er Leser oder Autor von Kommentaren, sei er Praktiker oder Wissenschaftler. Das gilt aber auch für den deutschen Juristen um 1900, für den europäischen Juristen der Frühen Neuzeit, für den mittelalterlichen Juristen in Bologna und auch für den Juristen im antiken Rom – von denen alle auf ganz unterschiedliche Weise mit der Textform des Kommentars verbunden sind. Dass solche intrikatzen Beziehungen bestehen, mag für die Juristen selbstverständlich sein; auch in der Forschung wird gelegentlich darauf verwiesen, selten aber genauer reflektiert. Zunächst ist daher auf die Bedeutung der Kommentarliteratur einerseits (unten 1.) und auf den dürftigen Forschungsstand zu Kommentaren andererseits (unten 2.) ein-

---

<sup>1</sup> *v. Liszt*, Rez. Voitus, 1120.

<sup>2</sup> *v. Liszt*, Rez. Voitus, 1119f.; weitere Nachweise unten S. 222ff.

<sup>3</sup> *Voitus*, Kontroversen.

<sup>4</sup> *Vec*, Flaggschiffe und Stiefkinder, 547.

zugehen. Nach einigen Vorüberlegungen zum Kommentar als Gegenstand der Betrachtung (unten 3.) folgt ein Überblick über den Gang der Untersuchung und ihre Methode (unten 4.).

## 1. Bedeutung der Kommentare

Kommentare haben Konjunktur. Das war bereits in der Geburtsstunde des BGB der Fall<sup>5</sup>, und es hat sich in Deutschland, ein gutes Jahrhundert später, wenig daran geändert. Ein Blick ins Bibliotheksregal sagt hier mehr als tausend Worte: Die Kommentarliteratur floriert, trotz prekären Rahmenbedingungen wie der immer weiter wachsenden Masse an zu verarbeitenden Publikationen und veröffentlichten Urteilen<sup>6</sup> – oder vielleicht gerade deshalb. Juristische Kommentare gibt es allenthalben, zu den großen Kodifikationen wie dem BGB, StGB oder dem Grundgesetz ebenso wie zu den vielen kleinen Gesetzen, etwa dem Buchpreisbindungsgesetz oder dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz. „Dem Gesetzgeber folgt der Kommentator wie der Schatten dem Lichte“<sup>7</sup> – heute wie vor 100 Jahren. Wer daher eine „litterarische Sintflut“<sup>8</sup> oder eine „veritable Kommentar-Schwemme“<sup>9</sup> feststellt, tut dies mit einem kritischen Unterton: Zu viele Kommentare versprechen zu wenig juristische Erkenntnis. Das hat im Zuge der Plagiatsdebatte, die in Deutschland infolge der *causa* Guttenberg entbrannte, zur Brandmarkung des juristischen Kommentars als „plagiatsgeneigte“ Publikationsform geführt<sup>10</sup>. Auch der Wissenschaftsrat äußerte sich im Jahr 2012 skeptisch zum wissenschaftlichen Mehrwert zusätzlicher Kommentare<sup>11</sup>.

Der Kommentar also eine Gefahr für die Wissenschaft? Gewiss, der nach dem Motto „e pluribus unum“ fabrizierte Kommentar ist keine Chimäre. „Jeder kennt Kommentierungen, die offenbar lieblos aus anderen Kommentierungen

<sup>5</sup> Statt aller *Weil*, Litterarische Sintflut; weiter hierzu unten Kap. III, 1.

<sup>6</sup> Aus Kommentatorenseite etwa Schönke/Schröder/*Eser et al.*, StGB<sup>29</sup>, Vorwort. Weitere Nachweise unten S. 91 Fn. 592.

<sup>7</sup> So im Jahre 1896 *Weil*, Litterarische Sintflut, 276.

<sup>8</sup> Ebd.

<sup>9</sup> *Zimmermann*, Bücher des Jahres [2011], 3557.

<sup>10</sup> *Heinig/Möllers*, Kultur der Kumpanei, Sp. 3; ähnlich bereits *Derleder*, Von Schreibern und Textorganisatoren, der sich u. a. auf das Plagiat beim BGB-Kommentar von Prütting/Wegen/Weinreich bezieht; dazu und zu weiteren Kommentarplagiaten *Rieble*, Wissenschaftsplagiat, 24 ff. m. w. N. Dezidiert konträr *Canaris/Reiner Schmidt*, Hohe Kultur, Sp. 3: „Hier von ‚Plagiatsgeneignetheit‘ zu schwadronieren zeugt nicht nur erneut von der Verkenning des Praxisbezugs der Rechtswissenschaft, sondern stellt geradezu eine Diffamierung vieler Kommentatoren dar“; in der Sache ähnlich *P. M. Huber/Radtke*, Leistungsfähig und vorbildlich, Sp. 3.

<sup>11</sup> *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft, 68, wo dem Genre aber auch das nötige Lob nicht versagt wird.

zusammengeschustert worden sind, in denen eine kritische Auseinandersetzung mit der monografischen Literatur nicht stattfindet und denen die Würze eigener, weiterführender Gedanken fehlt<sup>12</sup>. Das war 1881 oder 1896, als man noch vordigital vom Kopieren mit „Papierscheere und Kleistertopf“ sprach<sup>13</sup>, nicht anders als heute im Zeitalter von *copy & paste*, auch wenn sich manche Rahmenbedingungen grundlegend geändert haben<sup>14</sup>. Diese negativen Implikationen der „Kommentar-Schwemme“ machen es aber nicht zu einem Missverständnis, über Kommentare zu forschen – im Gegenteil: Sie fordern es geradezu heraus, genauer nach der Bedeutung von Kommentaren in Geschichte und Gegenwart zu fragen und ihre spezifischen Funktionen für den jeweiligen Fachdiskurs herauszuarbeiten.

Sicherlich lässt sich die Bedeutung von Kommentaren nicht allein am Umfang von Bibliotheksregalen oder an Absatzzahlen ablesen. Signifikanter sind Bemerkungen über die Autorität der Kommentare, die sich hier und dort verstreut finden, nicht nur in Rezensionen, und die ein Schlaglicht auf den bewusst-unbewussten Umgang der Juristen mit Kommentaren werfen. Da heißt es über den „Palandt“, jenen zum Symbol des deutschen Juristen gewordenen, berühmten BGB-Kommentar<sup>15</sup>, lapidar: „Was da drin steht, gilt“<sup>16</sup>. Teilweise wird auch – etwas scherzhaft, zugegeben – der Umkehrschluss gezogen: „Quod non est in Palandt, non est in mundo“<sup>17</sup>. Scherz und Ernst liegen hier nahe beisammen. Ist es nicht tatsächlich so, dass man das Recht weniger dem Gesetz entnimmt als dem Kommentar, der die dürren Worte des Gesetzes durch Rechtsprechung und Literatur erst angereichert, die abstrakten Normen mit Leben gefüllt hat<sup>18</sup>? Eher als der Blick ins Gesetz ist es also der Blick in den Kommentar, der die Rechtsfindung erleichtert<sup>19</sup>. *Iura novit commentarius*.

Dabei würde es zu kurz greifen, diese Wahrnehmung der Kommentare als praktische Äußerlichkeit zu qualifizieren. Natürlich: Wenn es heißt „Was im

<sup>12</sup> Zimmermann, Bücher des Jahres [2011], 3557.

<sup>13</sup> Hier zitiert nach Zitelmann, Gefahren des BGB, 12; zur Metapher vgl. unten S. 216 und 275.

<sup>14</sup> Die Masse des zu verarbeitenden Stoffs ist heute um ein Vielfaches höher (siehe bereits Fn. 6); ebenso die Standards des Urheberrechts und der Zitierkonventionen. Mit der „Papierscheere“ hat man früher auch eher bei den Gesetzesmaterialien angesetzt als bei den Konkurrenzkommentaren; siehe etwa Weil, Litterarische Sintflut, 276 f.

<sup>15</sup> Vgl. etwa *Slapnicar*, Palandt, 1692; *Kästle*, Recht durch Kommentare, 430 (der Kommentar als „Requisit“ des Juristen); allgemein zum Symbol des Kommentars auch *Vec*, Flaggschiffe und Stiefkinder, 547.

<sup>16</sup> *Wrobel*, Palandt, 1; ebenso bereits *E. Schneider*, Rez. Palandt, 54: „Was im ‚Palandt‘ steht, das gilt“. Der Beck-Verlag hat die Formulierung offenbar in einer Werbung für die 26. Aufl. 1967 aufgegriffen (so berichtet *K. Schmidt*, Staub in Staub’s Kommentar, 113).

<sup>17</sup> *Bergschneider*, Rez. Palandt, 1034, verweist auf einen „Spruch von Walter Krug“ (gemeint ist wohl der Vors. Richter am LG Stuttgart a.D.). Zur Redewendung „Quod non est in actis, non est in mundo“ vgl. etwa *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln, 199.

<sup>18</sup> Vgl. bereits *Henne*, Prägung des Juristen, 352.

<sup>19</sup> *Morlok*, Text hinter dem Text, 104.

Palandt steht, gilt“, dann ist offenbar etwas anderes damit gemeint als die normentheoretisch klare und verfassungsrechtlich sanktionierte Gebundenheit des Richters an ein Gesetz. Wenn ein Student daher fragt: „Ich habe mich an Art. 20 III GG und an Art. 97 I GG, also an die Bindung nur an Recht und Gesetz, gehalten, und habe daher keine Kommentare in meiner juristischen Hausarbeit zitiert. Der Korrekturassistent hat das moniert. Zu Recht?“<sup>20</sup>, so zeugt das nicht nur von einer Verkennung wissenssoziologischer Realitäten, sondern birgt im Kern eine berechnete rechtstheoretische Anfrage. Bilden Kommentare das Recht nur ab oder schaffen sie Recht? Wer das Kommentieren für eine Kunst hält, wird hierin einen falschen Gegensatz erkennen. Abbilden und Schaffen erscheinen vielmehr als zwei Seiten derselben Medaille. Wer bereits dem Richter die Stellung eines Pianisten zubilligt, der die Partitur des Gesetzes „mehr oder weniger virtuos“ interpretiert<sup>21</sup>, müsste der den Kommentator, der doch noch viel weniger als der Richter bloß der „Mund des Gesetzes“ ist<sup>22</sup>, nicht erst recht für einen solchen Künstler halten, der die „Kunst des Guten und Gerechten“<sup>23</sup> eben auf der Klaviatur des Kommentars spielt? Oder anders gefragt: Beschreiben Kommentare das Recht nur, gleichsam von außen, oder sind sie selbst Recht – und könnte man den fragenden Studenten dann nicht sogar auf den Begriff des Rechts in der Wendung „Gesetz und Recht“ verweisen, der einem strengen Gesetzespositivismus offenbar widerspricht?

Klar ist jedenfalls, dass eine Rechtstheorie, aber auch eine rechtshistorische Forschung, unterkomplex bleibt, wenn sie derartige Fragestellungen ausblendet<sup>24</sup>. Gerade die Wahrnehmung von Kommentaren als „informellen Autoritäten“ des juristischen Diskurses verträgt sich nicht mit einer positivistischen Verengung des Rechtsbegriffs auf staatlich gesetzte Normen und einer Reduktion der juristischen Argumentation auf die Auslegung und Anwendung dieser Normen nach bestimmten methodischen Standards<sup>25</sup>. Wer die Bedeutung von Kommentaren für das Rechtssystem untersuchen möchte, ist daher gut beraten, Recht nicht nur als statisches Konstrukt von Regeln zu sehen, die in einer Normenpyramide hierarchisch geordnet sind, sondern als „spezielles Netz-

<sup>20</sup> Als wahre Geschichte überliefert bei *Henne*, Prägung des Juristen, 352.

<sup>21</sup> *Hirsch*, Zwischenruf, 161. Gegen dieses Bild u. a. *Rüthers*, Zwischenruf. Zur Diskussion weiterhin etwa *Wenzel*, Bindung des Richters; *Gruschke*, Zwei Modelle richterlicher Gesetzesauslegung.

<sup>22</sup> *Rieß*, Kommentare, 93; vgl. *Montesquieu*, De l'Esprit des Lois, livre 11, chapitre 6: „Mais les juges de la nation ne sont ... que la bouche qui prononce les paroles de la loi“ (Bd. 1, S. 225 = *ders.*, Geist der Gesetze I, 171).

<sup>23</sup> *Celsus* bei *Ulpian*, D. 1,1,1 *pr.*: „Ius est ars boni et aequi“.

<sup>24</sup> *Henne*, Prägung des Juristen, 353; *Jansen*, Rechtssystem und informelle Autorität, 71 ff.

<sup>25</sup> Vgl. *Jansen*, Rechtssystem und informelle Autorität, bes. 64, 71 f.; *dens.*, Informelle Autoritäten transnationalen Privatrechts, 117 f.

werk gesellschaftlicher Selbstverständigung<sup>26</sup>, als Kommunikationssystem<sup>27</sup>, das neben Regeln aus Akteuren, Institutionen und Medien<sup>28</sup> besteht, kurz: als Diskurs<sup>29</sup>. Maßgeblich vollzieht sich dieser Diskurs im Medium der Schrift, also in einem Geflecht aus miteinander verwobenen Texten<sup>30</sup>. Bestimmte Traditionen und Textgattungen bilden „zeichenbezogene Konfigurationen“ des Diskurses<sup>31</sup>. Wie jeder Diskurs kennt auch das Recht verschiedene Spielarten der Intertextualität<sup>32</sup>. Der Kommentar erscheint hier als besonders wichtiges Medium der Kommunikation über Recht<sup>33</sup>, nicht nur wegen seiner praktischen Relevanz, sondern auch wegen seiner modellhaften Anknüpfung an einen bestimmten Referenztext, der dem Kommentar zugrunde liegt<sup>34</sup>.

Kommentare als Medien des juristischen Diskurses und als informelle Autoritäten in den Blick zu nehmen, vermag demnach einen Beitrag zur Selbstreflexion der Jurisprudenz zu leisten. Schließlich gehört der richtige Umgang mit den verschiedenen juristischen Textformen wesentlich zur Professionalität des Juristen<sup>35</sup>. So wird der Student früh lernen (spätestens bei der Korrektur der ersten Hausarbeit), dass es etwas anderes ist, einen anerkannten Standardkommentar zu zitieren als einen irgendwo ausgegrabenen Festschriftbeitrag oder gar ein graues Ausbildungsskript oder eben überhaupt keine Literatur. Zu den Gründen hierfür wird er dagegen im Zweifel wenig lernen<sup>36</sup>. Über die Medien des juristischen Diskurses zu reflektieren, ist aber gerade deshalb wichtig, weil Juristen den Umgang mit bestimmten Textformen nicht nur erlernen und dann als etwas Vorgegebenes praktisch vollziehen, sondern selbst prägen und mitkonstituieren. Das gilt vor allem für die Autorität von Texten, die durch das professionelle Verhalten der Juristen und ihre Erwartungen maßgeblich mitbestimmt wird: „Juristen sollten sich bewusst sein, dass sie für die Kultivierung der informellen Autoritäten in ihrem Recht die Verantwortung tragen“<sup>37</sup>.

<sup>26</sup> *Stolleis*, Verschwinden verbrauchten Rechts, 551; *ders.*, Erwartungen an das Recht, 43 (und ff.).

<sup>27</sup> Vgl. *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 35 ff., 54 f.; *Morlok*, Text hinter dem Text, 127 und *passim*.

<sup>28</sup> Zur medientheoretischen Perspektive statt aller *Vesting*, Medien des Rechts I, 9 ff., bes. 13, 39.

<sup>29</sup> Zur Idee des juristischen Diskurses vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, bes. 261 ff. Seine Ausführungen zur argumentationstheoretischen Struktur des juristischen Diskurses sind hier aber nicht im Einzelnen zugrunde gelegt.

<sup>30</sup> Vgl. *Vesting*, Medien des Rechts II.

<sup>31</sup> *Oesterreicher*, Autorität der Form, 14.

<sup>32</sup> *Morlok*, Text hinter dem Text, 103–122 (zum Kommentar 103 f.).

<sup>33</sup> *Henne*, Prägung des Juristen, 352 f.

<sup>34</sup> Dazu sogleich unter 3.

<sup>35</sup> *Morlok*, Text hinter dem Text, 128; *Jansen*, Rechtssystem und informelle Autorität, 72.

<sup>36</sup> Ähnlich *Jansen*, Rechtssystem und informelle Autorität, 71 f.

<sup>37</sup> *Jansen*, Rechtssystem und informelle Autorität, 72.

## 2. Forschungsstand

Intensive Reflexionen über Struktur, Stellenwert und Funktionen juristischer Kommentare sind in der Forschung bisher Mangelware<sup>38</sup>. Die hohe Bedeutung von Kommentaren kontrastiert mit einem relativen „Reflexionsdefizit“ der Rechtswissenschaft<sup>39</sup>. Überhaupt ist die Bedeutung von Textformen für den juristischen Diskurs wenig erforscht<sup>40</sup>. Immerhin haben in den letzten Jahren einige Beiträge diese Lücke offengelegt, einzelne Felder bestellt und damit auch Ansatzpunkte für eine weitere Diskussion geliefert. Monographien über die Kommentarliteratur fehlen aber bisher. Der Forschungsstand ist dabei nicht nur hinsichtlich der theoretischen Reflexion der gegenwärtigen Kommentarliteratur in Deutschland relativ dürrig, sondern auch hinsichtlich der Geschichte juristischer Kommentare.

Überblicke über die juristische Literatur einzelner historischer Epochen bietet das unter der Ägide *Helmut Coings* entstandene „Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte“. Dort finden sich grundlegende Beiträge über die Kommentarliteratur des Mittelalters und der Frühen Neuzeit, die auch heute noch wertvoll sind, obwohl sie den Forschungsstand der siebziger Jahre widerspiegeln<sup>41</sup>. Eine vergleichbare aktuellere Darstellung gibt es nicht<sup>42</sup>. Der Schwerpunkt der Beiträge im „Handbuch“ liegt freilich auf der Typologie der Literatur; die Bedeutung der Textformen für den juristischen Diskurs gerät nur ansatzweise in den Blick. Zudem endet die Beschreibung mit dem *Usus modernus* des 17. Jahrhunderts; die Gesetzeskommentare des Kodifikationszeitalters sind ebenso wenig behandelt wie die juristische Literatur des Vernunftrechts<sup>43</sup>. Für diese Zeit bleibt als zusammenfassende Darstellung nur das altherwürdige, aber in mancherlei Hinsicht zeitgebundene und heute überholte Standardwerk von *Stintzing* und *Landsberg* über die Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft bis etwa 1870<sup>44</sup>. Der

<sup>38</sup> So auch die Feststellungen von *Henne*, Prägung des Juristen, 352f.; *Pollähne*, Commentare, 146; *Vec*, Flaggschiffe und Stiefkinder, 547; betreffend das 20. Jh. auch *Willoweit*, Juristische Literatur, 4.

<sup>39</sup> *Morlok*, Text hinter dem Text, 94 (allgemein zur Textualität der Rechtswissenschaft).

<sup>40</sup> Zur Textform Zeitschriften siehe aber *Stolleis* (Hg.), Juristische Zeitschriften; *dens./T. Simon* (Hg.), Juristische Zeitschriften in Europa; *Weber*, Zeitschriften des Verlages C.H. Beck; *Brupbacher*, Zeit des Rechts. Zu verschiedenen Gattungen *Häberle*, Verfassungslehre (wo Kommentare erstaunlich wenig zur Sprache kommen).

<sup>41</sup> *Weimar*, in: Handbuch der Quellen; *N. Horn*, in: Handbuch der Quellen (beide 1973); *Holthöfer*, Literatur; *Söllner*, Literatur; *Troje*, Literatur; *Bergfeld*, Katholische Moralthologie (alle 1977). Im Folgenden ist jeweils die Jahreszahl der Veröffentlichung mit angegeben.

<sup>42</sup> Zum Mittelalter siehe aber die Handbücher von *Lange*, Römisches Recht I (1997); *dems./Kriechebaum*, Römisches Recht II (2007).

<sup>43</sup> Für Letztere war ursprünglich ein Abschnitt im Teilband II/3 geplant, der aber nie erschienen ist.

<sup>44</sup> v. *Stintzing/Landsberg*, Geschichte (1880–1910).

Fokus liegt hier allerdings überhaupt nicht auf den einzelnen Literaturformen, sondern auf dem wissenschaftlichen Fortschritt. Über die Rechtsliteratur des 20. Jahrhunderts schließlich hat vor einigen Jahren *Dietmar Willoweit* einen sehr aufschlussreichen Überblick vorgelegt, um die vorhandene Forschungslücke „wenigstens notdürftig zu schließen“<sup>45</sup>. Für die Zeit um 1900 hat zudem *Heinz Mohnhaupt* in einem längeren Aufsatz wichtige Pflöcke eingeschlagen<sup>46</sup>.

Auskunft über die Kommentarliteratur des 19. und 20. Jahrhunderts enthalten ferner einige Werke der Verlagsgeschichte<sup>47</sup>. Diese bilden zwar eine wahre Fundgrube für einzelne Informationen über Kommentare. Sie beschränken sich aber oft auf eine äußerliche Beschreibung der verlagseigenen Literatur; weiterführende Reflexionen sind die Ausnahme<sup>48</sup>. Im Übrigen sind sie zu meist, selbst bei einem etwas allgemeiner gewählten Thema, aus der Beteiligtenperspektive entweder des Verlegers oder des beteiligten Kommentators geschrieben<sup>49</sup>. Auch außerhalb der Verlagsgeschichte sind der Kommentarliteratur nur wenige Aufsätze und Miszellen gewidmet worden, so ein Festschriftenbeitrag von *Peter Rieß*, der auf knappem Raum wertvolle „Bemerkungen zu Stellenwert und Funktion juristischer Kommentare“ skizziert<sup>50</sup>. Gute Anregungen bietet mit seinen teils überspitzten Thesen ferner ein Aufsatz von *Thomas Henne* über die „Prägung des Juristen durch die Kommentarliteratur“<sup>51</sup>. Schließlich hat *Bernadette Tuschak* die Rolle der Kommentare als „Bezugs-

<sup>45</sup> *Willoweit*, Juristische Literatur (2007), 4.

<sup>46</sup> *Mohnhaupt*, Kommentare (2000). Siehe nun auch *dens.*, Kodifikation und Rechtsprechung (2012), zu den ABGB-Kommentaren des 19. Jh. in Österreich; sowie *Pollähne*, Kommentare (2011), über die ersten Kommentare zum RStGB 1871.

<sup>47</sup> Siehe bes. zum Verlag C.H. Beck: *O. Beck*, Geschichtliche Einleitung (1913); *H. Beck* (Hg.), Festschrift C.H. Beck (1963); *Heinrich*, Bibliographie C.H. Beck (1988); *Juristen im Portrait* (1988) [mit Fortschreibung der Verlagsgeschichte]; *Willoweit* (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur (2007) [geht vielfach über den Verlag hinaus]; *Wesel*, 250 Jahre C.H. Beck (2013) [ausführlich bes. zum 20. Jh.]. Zur Geschichte des Heymann'schen Verlages: *Ule et al.* (Hg.), Recht im Wandel (1965). Zur Geschichte des Kohlhammer-Verlages: Hundert Jahre Kohlhammer (1966). Zur Geschichte des Staudinger-Kommentars siehe den Symposiumsband *Martinek/P.L. Sellier* (Hg.), 100 Jahre Staudinger (1999). Auf weitere Jubiläumsbände darf man gespannt sein, vielleicht 150 Jahre Kohlhammer (2016), 150 Jahre Vahlen (2020) oder 100 Jahre Beck'sche Kurz-Kommentare (2024)?

<sup>48</sup> Zu diesen Ausnahmen zählen einige Beiträge in *Willoweit* (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur (2007); daneben *R. Schmidt*, Kommentar als Darstellungsform (1966).

<sup>49</sup> Das gilt für die meisten Beiträge in *Willoweit* (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur (2007); ferner *Prölss*, Glanz und Elend (1963); *Brügelmann/Brügelmann*, Anfertigung von Kommentaren (1966).

<sup>50</sup> *Rieß*, Kommentare (1996). Siehe auch zuvor *Westermann*, Glanz und Elend (1989); *Zöllner*, Bürgerliches Recht (1984); *Henckel*, Kommentarliteratur (1984); *Köttgen*, Kommentare zum Grundgesetz (1960). Es ist sicherlich kein Zufall, dass auch *R. Schmidt*, *Rieß*, *Westermann*, *Zöllner* und *Henckel* als Verfasser von Kommentaren alle ihre eigene „intrikate Beziehung“ zum Kommentieren haben, auch wenn sie diese in ihren Beiträgen nicht oder nur am Rande problematisieren. Siehe jetzt auch *T. Fischer*, Kommentatoren (2014).

<sup>51</sup> *Henne*, Prägung des Juristen (2006). Die Thesen sind leicht verändert wiederholt in: *dens.*, Entstehung der Gesetzeskommentare (2014), 318–323.

quellen“ herrschender Meinung untersucht<sup>52</sup>. Bei diesen Werken ist allerdings der moderne Gesetzeskommentar deutscher Prägung Gegenstand und Grenze der Überlegungen<sup>53</sup>. Ein breiteres historisches Spektrum von der Antike bis zur Moderne versucht jetzt ein interdisziplinär angelegter Sammelband „Kommentare in Recht und Religion“ zu erschließen<sup>54</sup>.

Überhaupt steht die stiefmütterliche Behandlung des Kommentargenres in der rechtshistorischen und rechtstheoretischen Forschung nicht nur in einem auffälligen Kontrast zur Bedeutung der Kommentare, sondern auch zur intensiven Diskussion über Kommentare in anderen Disziplinen. So gibt es vor allem in der Literaturwissenschaft eine starke „gattungstheoretische“ Reflexion von Kommentaren<sup>55</sup>. Mehrere Sammelbände, oft interdisziplinär unter Einbeziehung von Philosophie, Theologie und Religionswissenschaften entstanden, halten ein reiches Material, häufig auch theoretisch weiterführende Gedanken bereit<sup>56</sup>. Juristische Kommentare sind in derartigen interdisziplinären Bänden leider stark unterrepräsentiert. Das dürfte vor allem dem mangelnden Gespräch zwischen der Rechtswissenschaft und anderen Disziplinen geschuldet sein. Natürlich ist der juristische Kommentar in gewisser Weise ein Kommentar „sui generis“<sup>57</sup>; dem Vergleich mit Kommentarspezies aus anderen „Familien“ sollte das aber nicht im Wege stehen<sup>58</sup>. Zumindest lassen sich auch für die Beschäftigung mit juristischen Kommentaren die anderweitig erarbeiteten theoretischen Ansätze<sup>59</sup> fruchtbar machen.

<sup>52</sup> *Tuschak*, Herrschende Meinung (2009), 79–130, 216–276.

<sup>53</sup> *Tuschak*, ebd., behandelt zwar vergleichend die angelsächsische Rechtsliteratur; als Kommentare sind aber nur die modernen Gesetzeskommentare im Blickfeld.

<sup>54</sup> *Kästle/Jansen* (Hg.), *Kommentare* (2014).

<sup>55</sup> Überblick etwa bei *Lüdeke*, *Kommentar* (o.J.). Abrisse der Gattungsgeschichte finden sich etwa bei *Fladerer/Börner-Klein*, *Kommentar* (2006) [Antike]; *Guthmüller/Marshall/Leuteri*, *Kommentar* (2000) [Spätantike bis Renaissance]. Vgl. aber auch die jüngst erhobene Klage von *Saltzwedel*, Mit fortgehenden Noten, 85, dass auf die elementare Frage, was man von Kommentaren überhaupt zu halten habe, die Theoretiker doch „recht wenig“ sagen.

<sup>56</sup> Zu nennen ist hier vor allem *Assmann/Gladigow* (Hg.), *Text und Kommentar* (1995) [breites Spektrum]; weiterhin *Most* (Hg.), *Commentaries* (1999) [dto.]; *Goulet-Cazé* (Hg.), *Commentaire entre tradition et innovation* (2000) [Antike, Mittelalter und Renaissance]; *Geerlings/C. Schulze* (Hg.), *Kommentar in Antike und Mittelalter*, 2 Bde. (2002/2004); *Häfner/Völkel* (Hg.), *Kommentar in der Frühen Neuzeit* (2006); *Quisinsky/Walter* (Hg.), *Kommentarkulturen* (2007) [religionswissenschaftlich-vergleichend]; *Wabel/Weichenhan* (Hg.), *Kommentare* (2011) [breites Spektrum; siehe dazu *Kästle*, *Rez. Wabel/Weichenhan*]; *Mejor/Jazdzewska/Zajchowska*, *Glossae, Scholia, Commentarii* (2014) [Antike und Mittelalter]. Siehe ferner die 2009 gegründete Zeitschrift „Glossator: Practice and Theory of the Commentary“ ([www.glossator.org](http://www.glossator.org)). Monographien scheinen aber auch hier zu fehlen.

<sup>57</sup> Vgl. *Köttgen*, *Kommentare zum Grundgesetz*, 77.

<sup>58</sup> Siehe dazu *Kästle/Jansen* (Hg.), *Kommentare* (2014).

<sup>59</sup> Siehe außer der bisher zitierten Literatur die Beiträge in der Zeitschrift für Ideengeschichte III/1 2009: *Krajewski/Vismann*, *Kommentar, Code und Kodifikation*; *Plachta*, *Philologie als Brückenbau*; *T. Meyer*, *Moderne Traditionalisten*; *M. Schneider*, *König im Text*; aus der sonstigen Literatur etwa *Gumbrecht*, *Fill up Your Margins*; *ders.*, *Macht der Philologie*, 69–87; *Palmer*, *Selbständige Anlehnung*; *Vismann*, *Benjamin als Kommentator*.

### 3. Der Kommentar als Textform: Begriff und Proprium

Was aber ist überhaupt ein juristischer Kommentar? „Jeder Kenner des juristischen Schrifttums weiß um die literarische Spannweite, die sich gerade hier hinter dem Begriff des Kommentars verbirgt. Was ist nicht alles juristisch kommentiert worden, von wem und mit welcher Absicht“<sup>60</sup>. Tatsächlich ist der Kommentar, und nicht nur der juristische, schwer auf den Begriff zu bringen. Vielleicht wird auch deshalb so häufig versucht, seine Eigenschaften mit Metaphern zu umschreiben: Er sei Komplize des Textes<sup>61</sup> und doch andererseits dessen Hypothek<sup>62</sup>, der Schatten der Rechtsregel<sup>63</sup>, ein Computer der Diskursdaten<sup>64</sup>, juristische Dampfmaschine<sup>65</sup> – oder doch eher Kochbuch für juristische Praktiker<sup>66</sup>?

Eine trennscharfe Definition des Kommentars zu geben und ihn präzise von anderen Gattungen abzugrenzen, ist wohl weder heuristisch nötig noch überhaupt möglich<sup>67</sup>. Zu breit ist hierfür das Spektrum vorhandener und möglicher Textformen, in dem sich Juristen und Autoren anderer Disziplinen bewegen. Auch eine etymologische Erkundung trüge wenig zur Eingrenzung bei, sondern wäre, angesichts der Bandbreite an Bedeutungen des lateinischen Ausdrucks *commentarius* bzw. *commentariū*, eher geeignet, Verwirrung zu stiften<sup>68</sup>. Um den Gegenstand der vorliegenden Arbeit zu konkretisieren, scheint es daher angebracht, sich auf einen formal ausgerichteten Kommentarbegriff zu stützen. Kommentar ist demnach jeder Text, der sich strukturell an einen anderen Text anlehnt (Primärtext, Basistext, Referenztext) und diesen fortlaufend erläutert.

Mit dieser Definition sind einige Weichenstellungen verbunden: Referenzobjekt eines juristischen Kommentars ist ein bestimmter juristischer *Text*. Dieser Text wird eine gewisse Autorität und normative Funktion haben; es muss

<sup>60</sup> Mit diesen Worten beginnt *Köttgen*, *Kommentare zum Grundgesetz*, 65, seine „kritische Betrachtung“.

<sup>61</sup> *Vismann*, *Benjamin als Kommentator*, 349: „Während der eine Schmiere steht, kann der andere in Ruhe sein Ding drehen, so erhält das ewige Gesetz Deckung vom allzeit wachsamen, jede Änderung registrierenden und jederzeit aktualisierbaren Kommentar“.

<sup>62</sup> *Gladigow*, *Kommentar als Hypothek*.

<sup>63</sup> *G.-P. Calliess*, *Kommentar und Dogmatik*, 386; ähnlich *Weil*, *Litterarische Sintflut*, 276 (zitiert oben unter 1.).

<sup>64</sup> *Kegel*, *Handwerkliche Notizen*, 186: Der Kommentator speist Daten ein, der Benutzer ruft sie ab.

<sup>65</sup> *Hedemann*, *Staudingers Kommentar*, 3: „Ein kühner Vergleich könnte etwa dahin gehen, daß der Kommentar der Dampfmaschine gleicht. Er arbeitet rascher, sicherer, präziser“.

<sup>66</sup> *Rasehorn*, *ZPO-Kommentar*, 154 (als Frage); ähnlich bereits *ders.*, *Alternative für die Rechtspraxis*, 228.

<sup>67</sup> Ebenso für die Antike *Fladerer/Börner-Klein*, *Kommentar*, 275.

<sup>68</sup> Ähnlich *Fuhrmann*, *Kommentierte Klassiker*, 49; *Gumbrecht*, *Fill up Your Margins*, 444; *ders.*, *Macht der Philologie*, 71. Zur Begriffsgeschichte von *commentariū* in der Antike siehe *Fladerer/Börner-Klein*, *Kommentar*, 278 ff. m. w. N.

sich aber nicht um ein staatliches Gesetz oder eine Rechtsnorm handeln<sup>69</sup>. Der Begriff des Kommentars wird damit hier nicht auf Gesetzeskommentare moderner Prägung beschränkt. Als Referenztexte kommen prinzipiell auch nicht-legislative Kodifikationen, Rechtsaufzeichnungen, Kompilationen oder Werke des juristischen Schrifttums wie Lehrbücher in Betracht. Nur ein solchermaßen weites Verständnis legt den Blick dafür frei, dass die heutigen Gesetzeskommentare auf einem doppelten Erbe beruhen: Ihre unmittelbaren Wurzeln haben Sie zwar im Gesetzgebungsstaat der Neuzeit, im Besonderen in der Zeit des Kaiserreichs. Tiefergehende Wurzeln der Jurisprudenz als Textwissenschaft reichen aber bis mindestens ins Mittelalter zurück.

Umgekehrt wird als Referenzobjekt nicht das Recht an sich oder eine bestimmte Rechtsmaterie verstanden<sup>70</sup>, sondern das Recht, soweit es in einem konkreten Text Gestalt gewonnen hat<sup>71</sup>. Das schließt manches aus dem Kommentarbegriff aus, etwa *William Blackstones* berühmte „Commentaries on the Laws of England“ (1765–1769), die keinen spezifischen Basistext zugrunde legen, sondern eine Aufzeichnung des damals geltenden Rechts in der Vielfalt seiner Rechtsquellen enthalten<sup>72</sup>. Indes brächte eine weiter gezogene Definition die Gefahr mit sich, bestimmte Spezifika eines texterläuternden Kommentars aus dem Blick zu verlieren. Kommentierende Elemente gibt es aber in jedem wissenschaftlichen Werk, wie es ja allgemein charakteristisch für die menschliche Kommunikation ist, auf etwas Vorhandenes Bezug zu nehmen und in diesem Sinne zu „kommentieren“<sup>73</sup>.

Dass nicht ausufernd alles „Kommentarhafte“<sup>74</sup> dem Kommentarbegriff zugeschlagen werden muss, garantieren ferner die Definitionsmerkmale der *fortlaufenden Erläuterung* und der *strukturellen Anlehnung*<sup>75</sup>. So kann der Kommentar als selbständige Literaturgattung von Textformen abgegrenzt werden,

<sup>69</sup> Anders Brockhaus XV, 343, s.v. Kommentar, 4. Recht („Erläuterung ... eines Gesetzes“); *Morlok*, Text hinter dem Text, 103 („Erläuterung eines Normtextes“).

<sup>70</sup> Anders *G.-P. Calliess*, Kommentar und Dogmatik, 381.

<sup>71</sup> Diese Differenzierung ist natürlich nur dann sinnvoll, wenn man nicht entgrenzend alles zu Deutende als „Text“ ansieht (in dem Sinne, dass man ‚die Wirklichkeit liest‘); vgl. *Assmann*, Text und Kommentar, 13 ff. Zum Textbegriff vgl. allgemein etwa *Eblich*, Textbegriff; *Knobloch*, Geschichte des Textbegriffs; *Belvedere*, Texts and Discourse, 147 f.

<sup>72</sup> Zu Blackstone siehe u. a. *Holdsworth*, History of English Law XII, 702 ff.; *Cairns*, Blackstone; biographisch *Prest*, Blackstone: Law and Letters; sowie jüngst die Sammelbände *ders.* (Hg.), Blackstone and His Commentaries; *ders.* (Hg.), Re-Interpreting Blackstone's Commentaries; instruktiv *Müßig*, Blackstone.

<sup>73</sup> Vgl. *Raible*, Arten des Kommentierens, 65 ff.; auch *R. Schmidt*, Kommentar als Darstellungsform, 184 f. Auch der journalistische Kommentar knüpft nicht an einen Text an, sondern an ein Geschehen, das er kommentiert; vgl. zu dieser journalistischen Form *Nowag/Schalkowski*, Kommentar und Glosse; *Schalkowski*, Kommentar, Glosse, Kritik.

<sup>74</sup> Vgl. *C. Schulze*, Nichtkommentierung, 32 f.; und bes. *Raible*, Arten des Kommentierens, 65 ff., der einen „Kommentar im engeren Sinne“ (66) von weiteren kommentierenden Gattungen unterscheidet.

<sup>75</sup> Vgl. *Söllner*, Literatur, 524; Brockhaus XV, 343 (aber enger); zur strukturellen Anleh-

die zwar auf einen anderen Text Bezug nehmen, aber nicht durch eine mindestens lose Orientierung an der Struktur eines Referenztextes gekennzeichnet sind. Damit fallen etwa Urteilsanmerkungen oder Rezensionen aus dem Kommentarbegriff heraus; ihre Intertextualität hat ein anderes Gepräge als die eines fortlaufenden Kommentars<sup>76</sup>. Auch alphabetisch oder selbständig-systematisch angeordnete Werke sind keine Kommentare in diesem Sinne, selbst wenn sie unter der Flagge des Kommentars segeln<sup>77</sup>.

Die strukturelle Anlehnung an den Basistext kann beim juristischen Kommentar freilich sehr unterschiedlich ausgeprägt sein: Das Spektrum umfasst Kommentare, die eng am Text arbeiten und ihn Wort für Wort erläutern, und solche, die sich nur grobmaschig an den Referenztext anlehnen. Auch das Merkmal der fortlaufenden Erläuterung ist deskriptiv gemeint; es soll den Kommentarbegriff nicht inhaltlich aufladen und auf ein bestimmtes hermeneutisches Programm verpflichten (etwa auf eine philologisch-dienende<sup>78</sup> oder eine materiell-kerygmatische Entfaltung<sup>79</sup>), sondern formal typisieren. Das betrifft unter anderem den Umfang des Kommentars: Bei vereinzelt Randbemerkungen und Zusätzen, wie sie ähnlich bei der eigenen Lektüre eines Buches entstehen<sup>80</sup>, wird man nicht von einem Kommentar, sondern eher von einer kommentierten Textausgabe sprechen. Die Grenze ist allerdings fließend, wie nicht nur ein Blick auf die frühneuzeitliche Gattung der *additiones*, sondern auch die Entwicklung der mittelalterlichen Kommentarliteratur aus anfänglichen Streuglossen hin zu umfangreichen Glossenapparaten veranschaulicht<sup>81</sup>. Schmal kommentierte Gesetzesausgaben hat es insbesondere im 19. und frühen 20. Jahrhundert vielfach gegeben; manche von ihnen haben sich ebenfalls schrittweise zu einem „echten“ Kommentar fortentwickelt<sup>82</sup>.

Sowohl was den Umfang der Kommentierung als auch was das „Kerngeschäft“ der Texterläuterung angeht, gibt es keine trennscharfen Grenzen zwischen Kommentaren und anderen Textformen, sondern allenfalls einen Be-

---

nung auch *Gladigow*, Kommentar als Hypothek, 48; *Most*, Preface, VII; zum Aspekt des „Fortlaufens“ *Gumbrecht*, Fill up Your Margins, 445.

<sup>76</sup> Vgl. *Morlok*, Text hinter dem Text, 104.

<sup>77</sup> So etwa einige juristische „StichwortKommentare“; dazu unten S. 92f.

<sup>78</sup> Als möglicher Kommentarbegriff etwa bei *Weichenhan*, Kommentar als Transformationsmedium, 9f., der mit Schleiermacher auf die „Hinwegräumung der vorläufigen Schwierigkeiten“ verweist; vgl. *Lüdeke*, Kommentar, Abschnitt 1.

<sup>79</sup> Für den Bibelkommentar: *Lohfink*, Kommentar als Gattung, 1 Anm. \* („Herausarbeitung des eigentlichen Gedankengangs“) und 7f. („sachgemäße“ Auslegung). In diese Richtung auch für den juristischen Kommentar *Köttgen*, Kommentare zum Grundgesetz, 66, 72.

<sup>80</sup> Z.B. „siehe auch D. 50,17,9“, „ebenso Bartolus“, „a. A. h.M.“, „Quatsch!“ oder dergleichen.

<sup>81</sup> Vgl. unten Kap. II, 1.c). Zu den *additiones* der Frühen Neuzeit etwa *Holtböfer*, Literatur, 426f.

<sup>82</sup> Vgl. unten Kap. III, 4.

griffskern und einen Begriffshof<sup>83</sup>. Jedenfalls aber umfasst das Genus des Kommentars verschiedene Typen und Formen<sup>84</sup>. Kriterien, die eine Differenzierung der Kommentarliteratur ermöglichen, sind neben dem Umfang und anderen, auf den ersten Blick äußerlichen Kriterien wie der Publikationsform (Auflagenfolge, Seitenlayout, Buchformat – Stichwort: Loseblattsammlung) vor allem: Methodik und Darstellungsform (lemmatisch? systematisch?), Zielsetzung, Adressatenkreis, weiterhin der Autor selbst, sein Diskursumfeld, mögliche institutionelle Bezüge, die diskursive Funktionalität des Kommentars, schließlich der Grad an Autorität, den der Kommentar eventuell selbst als Referenzquelle gewinnt. Bei dieser Fülle relevanter Aspekte kann eine Typologie von Kommentaren nicht die Form einer schematischen Übersicht annehmen, sondern nur versuchen, einige Unterscheidungskriterien aufzuzeigen<sup>85</sup>.

Der Kommentar als Textform entzieht sich schließlich nicht nur in seiner Vielgestaltigkeit einer präzisen Definition, sondern ist auch seiner Grundstruktur nach eine paradoxe Erscheinung<sup>86</sup>. Wesentlich für den Kommentar ist sein Rekurs auf einen Referenztext. Er denkt ausgehend von einem anderen Text. Diesen legt er seiner Betrachtung als fundamental zugrunde, lehnt sich strukturell an ihn an und bekräftigt damit auch implizit die Relevanz dieses Textes. Damit lenkt der Kommentar den Blick des Rezipienten auf den Text. Der juristische Kommentar vermittelt die Botschaft, dass das Recht in diesem Text vorgegeben ist und nur entfaltet werden muss. Der Kommentar geriert sich als juristischer Sekundärtext, der zum Recht hinzu tritt<sup>87</sup>.

Andererseits aber nimmt der Kommentar für sich in Anspruch, den Text zu interpretieren, seinen Sinn zu klären, den Text zu konkretisieren, ihm Detail und Substanz zu verleihen. Er denkt den Text weiter<sup>88</sup>. Den Rezipienten lässt

<sup>83</sup> Diese Terminologie wurde für die juristische Methodik geprägt von *Heck*, Gesetzesauslegung, 173: „Ein sicherer Bedeutungskern ist von einem allmählich verschwindenden Bedeutungshof umgeben“.

<sup>84</sup> Zur Typisierung moderner Gesetzeskommentare vgl. bes. *Rieß*, Kommentare, 83–88; auch *Prölss*, Glanz und Elend, 261 f.; *Willoweit*, Juristische Literatur, 16–41.

<sup>85</sup> Vgl. unten Kap. IV; zu den Kriterien näher sogleich 4.

<sup>86</sup> Vgl. zum Folgenden *Morlok*, Text hinter dem Text, 104; *Henne*, Entstehung des Gesetzeskommentars, 320 f. Was hier als Paradox beschrieben wird, bildet zugleich Spannungspole für unterschiedliche Kommentartypen; vgl. *Stierle*, Lieux du commentaire, 20 f., der „deux conceptions extrêmes“ beschreibt.

<sup>87</sup> Zum Charakter des Kommentars als Meta- bzw. Sekundärtext vgl. *Foucault*, Ordnung des Diskurses, 18 ff.; *Assmann*, Text und Kommentar, 28; *Morlok*, Text hinter dem Text, 98.

<sup>88</sup> Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 108 [110]: „So ist die juristische Auslegung nicht Nachdenken eines Vorgedachten, sondern Zuendedenken eines Gedachten. Sie geht von der philologischen Interpretation des Gesetzes aus, um bald über sie hinauszugehen – wie ein Schiff bei der Ausfahrt vom Lotsen auf vorgeschriebenem Wege durch die Hafengewässer gesteuert wird, dann aber unter der Führung des Kapitäns auf freier See den eigenen Kurs sucht“.

er den Primärtext durch die Brille des Sekundärtextes lesen<sup>89</sup>. Damit lenkt der Kommentar den Blick auf sich selbst. Der juristische Kommentar vermittelt die Botschaft, doch selbst das ‚eigentliche Recht‘ zu repräsentieren<sup>90</sup>, das ‚Recht hinter dem Recht‘<sup>91</sup>. Der Kommentar wird zum Haupttext, der Primärtext zum Subtext, der ebenso wenig ohne den Kommentar auskommt wie der Kommentar ohne den Text<sup>92</sup>. Nicht ohne Grund hat man in diesem Verhältnis von Text und Kommentar die Dialektik von Herr und Knecht wiedererkannt, die bald diesen, bald jenen als den eigentlichen Dirigenten des Geschehens erscheinen lässt<sup>93</sup>. Wollte man das Wechselspiel des Kommentars in Abwandlung einer bekannten Formulierung<sup>94</sup> fassen, könnte man auch sagen: Der Kommentar lässt den Blick „hin- und herwandern“ zwischen Text und Kommentar.

Ein „potentielles Ärgernis“<sup>95</sup> ist der Kommentar dabei in beide Richtungen. Er kann in seiner dienenden Funktion als Ausdruck geistiger Unselbständigkeit gedeutet werden, die kritischer Distanz zu einem vorgefundenen Text oder wissenschaftlicher Originalität keinen Raum gibt. Er kann aber auch umgekehrt als heimliche Übermacht empfunden werden, die den Text in den Hintergrund drängt und verdeckt, die Auslegung steuert, die Souveränität des Lesers beschneidet, den Text für seine Zwecke instrumentalisiert<sup>96</sup>. Der kommentierende Jurist erscheint dann nicht als gehorsamer Diensthote einer vorrangigen Autorität, sondern als selbstbewusster Dompteur des Rechts wie im folgenden Cartoon.

<sup>89</sup> Gruenwald, *Scripture-Effect*, 86. Zum Beispiel der mittelalterlichen *Glossae ordinariae* C.H.F. Meyer, *Ordnung durch Ordnen*, 377.

<sup>90</sup> Vgl. *Wurst-Kuchel-Wolber/Wrobel*, Palandt, 20: „In Kommentaren schreiben sachkundige juristische Schriftsteller zum allgemeinen Gebrauch auf, was *wirklich* in einem Gesetz steht“ (Hervorhebung im Original).

<sup>91</sup> B. Jansen, *Alternativkommentare*, 90.

<sup>92</sup> Vgl. allgemein Gruenwald, *Scripture-Effect*, 86f.

<sup>93</sup> Weichenhan, *Kommentar als Transformationsmedium*, 11, im Anschluss an Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, 132–136 (Kap. B.IV.A). Ebenso für die juristische Interpretation Isensee, *Arbeiter am Text*, 41: „*serva padrona*“. Ähnlich auch Stierle, *Lieux du commentaire*, 22.

<sup>94</sup> Vgl. Engisch, *Logische Studien*, 15: „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Oberbats und Lebenssachverhalt“.

<sup>95</sup> Köttgen, *Kommentare zum Grundgesetz*, 66.

<sup>96</sup> Vgl. Gladigow, *Kommentar als Hypothek*, 35f., 49: Der Kommentar greife in das Verhältnis von Text und Leser ein; Fricke, *Kommentare als Archiv*, 330: Der Kommentar übe eine „geistige Gewalt“ aus; Büрге, *Quelle exégèse?*, 4 m. w. N. zum Diktum, *Kommentare töteten das Gesetz* („les commentaires tuent la loi“); zur Frage des „Kommentarpositivismus“ ferner unten Kap. IV, 6.



Abbildung 1: Cartoon: wulkan

## 4. Methode und Gang der Untersuchung

Um das vielschichtige und paradoxe Phänomen der juristischen Kommentarliteratur näher unter die Lupe zu nehmen, bieten sich mehrere Vorgehensweisen an. Man könnte, ausgehend von der gegenwärtigen Kommentarlanschaft, rechtstheoretisch den Stellenwert des Kommentars für die Rechtsordnung bzw. den juristischen Diskurs erörtern. Andererseits könnte man versuchen, den Wert von Kommentaren wissenssoziologisch zu bestimmen, indem man das tatsächliche Benutzerverhalten empirisch ermittelt und in Bezug etwa zum Informationsbedarf der Juristen setzt<sup>97</sup>. Schließlich könnte man rechtsvergleichend ansetzen und fragen, ob der Gesetzeskommentar ein Spezifikum des bundesdeutschen juristischen Diskurses oder vielleicht des deutschen Rechtskreises ist und welche Unterschiede zum Common law einerseits und zu den romanischen Rechtskreisen andererseits bestehen<sup>98</sup>.

Mit allen solchen Ansätzen wäre gewiss etwas über das Phänomen der Kommentare zu lernen. Wenn demgegenüber im Folgenden ein primär historischer Ansatz gewählt wird, so beruht dies im Wesentlichen auf drei Gründen: erstens auf der Beobachtung, dass Kommentare bereits in der Vergangenheit eine große Rolle für die Vermittlung und Gestaltung des Rechts gespielt haben, so dass sich eine geschichtliche Betrachtung allein deshalb lohnt; zweitens auf der Erkenntnis, dass erst die historische Dimension die grundlegende rechtskulturelle Bedeutung des Kommentierens umfänglich aufzuschließen vermag; schließlich drittens auf der Annahme, dass der Blick in die Geschichte ein Reflexionswissen entfaltet, von dem auch die genannten anderen Perspektiven nachhaltig profitieren können. Ein Großteil des vorliegenden Buches widmet sich daher der historischen Untersuchung der Kommentarliteratur. Dabei konzentriert sich die Untersuchung durchgängig auf das Privatrecht, auch wenn immer wieder auf das Strafrecht und das Öffentliche Recht verwiesen wird. Diese Schwer-

<sup>97</sup> Vgl. etwa eine Studie aus dem Jahre 1974: *Jungjohann et al.* (Hg.), Informationsverhalten. Dort ging es insgesamt um den Informationsbedarf von Juristen und nur am Rande um Kommentare; ihre Relevanz als Informationsquelle (auch für den ersten Zugriff) wird aber aus den Statistiken deutlich: a. a. O., Bd. 1, 7, 13 ff., 24 ff. Ähnlich eine Studie aus dem Jahr 1998: *Haft* (Hg.), Informationsbeschaffung, 24 ff. Vgl. weiter *Tuschak*, Herrschende Meinung, 54 f., 60, 63 f., 86–130.

<sup>98</sup> Ein kursorischer Überblick zeigt für die Schweiz und Österreich eine recht starke Verbreitung von Gesetzeskommentaren. Bei den romanischen Rechtsordnungen scheint Italien vornean, obwohl es auch in Frankreich eine lange Tradition des Annotierens und Kommentierens gibt (etwa die rote Reihe von „Dalloz“). In Spanien gibt es offenbar erst seit kurzem Kommentare nach deutschem Muster. Im Common law haben Gesetzeskommentare schon wegen der andersartigen Struktur der Rechtsordnung einen niedrigeren Stellenwert. Eine vergleichende Untersuchung müsste auch nach der Bedeutung von Rechtsdogmatik in den jeweiligen Ländern fragen; vgl. dazu *Jestaedt*, Wissenschaft im Recht, 1 f., 9 f. Zum Zusammenhang zwischen Rechtskultur und Kommentarliteratur auch *Tuschak*, Herrschende Meinung, 70 f., 366 f.

punktsetzung entspricht der Dominanz des Privatrechts über den juristischen Diskurs, wie sie bis weit ins 20. Jahrhundert hinein Bestand hatte, ist aber auch der Tatsache geschuldet, dass das Strafrecht sowohl historisch als auch rechtstheoretisch Probleme eigener Art aufweist<sup>99</sup>. Ähnliches gilt für das Verfassungsrecht<sup>100</sup>.

Der Hauptteil der Arbeit gliedert sich in vier Kapitel. Am Anfang steht eine kurze Geschichte des juristischen Kommentars von der Antike bis zur Gegenwart (Kapitel I). Hier geht es natürlich nicht um eine vollständige Darstellung, sondern um einen historischen Grundriss mit individueller Schwerpunktsetzung. Auch wenn sich die Darstellung bei einem solch breiten historischen Spektrum naturgemäß nicht überall auf eine eigene Analyse der Primärquellen stützen kann, erscheint ein solcher Überblick angezeigt. Schließlich ist eine epochenübergreifende Geschichte des juristischen Kommentars bislang nicht geschrieben und die Andeutungen hierzu in der bisherigen Literatur sind minimal und wenig befriedigend<sup>101</sup>.

Auf diesen raschen Überflug folgen zwei ausführlichere Fußmärsche in verschiedenen Gefilden. Die erste Erkundung führt in die juristische Kommentarkultur des Mittelalters, vor allem zu den Glossatoren des *Corpus iuris civilis* bis zu *Accursius* (Kapitel II). Der zweite Weg nimmt seinen Ausgang im 19. Jahrhundert und beschreibt den Aufstieg des Gesetzeskommentars anhand der frühen Kommentare zum BGB (Kapitel III). Beide Epochen weisen ganz unterschiedliche diskursive und wissenschaftskulturelle Rahmenbedingungen auf; beide haben aber ein *tertium comparationis* darin, dass sie Zeitalter eines Aufbruchs sind: einer Bewegung des Privatrechtsdiskurses, die entscheidenden Anstoß von einem neuen bzw. wieder entdeckten eminenten Referenztext erfährt und die maßgeblich durch die kommentierende Entfaltung dieses Textes geprägt wird.

Die Analyse der Kommentarliteratur erfolgt anhand verschiedener bereits angedeuteter Kriterien, die das Verhältnis von Text, Kommentar und Diskurs näher qualifizieren<sup>102</sup>. Als erstes ist der Referenztext selbst in den Blick zu nehmen, insbesondere seine Struktur und Autorität sowie ganz elementar die Frage, warum er als Text kommentiert wird. Zweitens wird ein Überblick über die verschiedenen Literaturformen der jeweiligen Epoche erarbeitet. Damit ist sowohl eine erste Einordnung der Kommentarliteratur in den Gesamtkontext des juristischen Diskurses verbunden als auch eine Typologie der Kommentare, besonders nach formalen Kriterien. Drittens sollen die Autoren der Kom-

<sup>99</sup> Vgl. *Pollähne*, *Commentare*, 146ff. Erinnert sei nur an das strafrechtliche Analogieverbot.

<sup>100</sup> Vgl. *Köttgen*, *Commentare zum Grundgesetz*, 72ff.; auch *Häberle*, *Verfassungslehre*.

<sup>101</sup> Ganz kurze Überblicke bei *R. Schmidt*, *Kommentar als Darstellungsform*, 186f. (dankeenswert, aber mit gravierenden Irrtümern); *Henne*, *Kommentar*, 1972f.; *F. Neumann*, *Kommentar*, 977f. (jeweils sehr knapp und historisch nicht immer präzise).

<sup>102</sup> Vgl. auch die Leitfragen bei *Most*, *Preface*, VIII: „It is worth asking (1) whose text is elucidated, (2) for whom, (3) by whom, (4) where, and (5) why“.

mentare und ihr Diskursumfeld beschrieben werden. Viertens ist nach der Zielsetzung und Methodik der Kommentare zu fragen. Exemplarisch werden hier einzelne Werke anhand dogmatischer Beispiele vergleichend analysiert. Fünftens werden die Kommentare auf ihre Form und mediale Präsentation hin untersucht. Dabei geht es nicht nur um die äußere Gestaltung eines Textes, sondern auch um die Wirkung der Form, etwa ob die Autorität des Referenztextes nachgerade medial inszeniert wird<sup>103</sup>. Sechstens ist auf die institutionellen und diskursiven Bezüge der Kommentare einzugehen. Dazu gehört das Verhältnis zur gerichtlichen Praxis und zur Gesetzgebung ebenso wie die Verbindungslinien zum universitären Rechtsunterricht. Schließlich ist siebtens nach der Autorität zu fragen, die Kommentare selbst als Referenzwerke der Juristen erhalten.

Diese Kriterien dienen als Leitmarken, werden aber nicht schematisch angewandt oder gar in die Geschichte projiziert. Ziel der Untersuchung bleibt vielmehr, die Phänomene der Kommentarliteratur in der Eigenart der jeweiligen Epoche historisch zu erfassen. Dafür bilden die genannten Kriterien einen analytischen Bezugsrahmen<sup>104</sup>. Zur historischen Analyse in diesem Sinne ist es notwendig, das Recht nicht nur als normative Ordnung zu begreifen, sondern als soziales Gefüge, als Diskurs, an dem verschiedene Akteure beteiligt sind und der vor einem bestimmten institutionellen Hintergrund abläuft<sup>105</sup>. Auf diese Weise verbindet sich eine diskursorientierte Sichtweise mit einer kulturwissenschaftlichen Methode, die Recht als Kultur im Sinne eines kollektiven Ordnungs- und Sinnsystems erfasst<sup>106</sup>. Kommentare sind als Medien der juristischen Kommunikation Teil dieser Rechts-Kultur; sie gehören zu den „medialen Bedingtheiten und Formen, in denen sich das Bedeutungssystem ‚Recht‘ materialisiert“<sup>107</sup>. Die rechtshistorische Untersuchung von Kommentaren darf sich daher nicht mit einer dogmengeschichtlichen Methode begnügen, sondern muss Kommentare in ihrem kulturhistorischen Kontext betrachten.

Kapitel IV bietet schlussendlich weniger eine reine Zusammenfassung der Ergebnisse als das theoretische Substrat der Arbeit in seiner von den Ergebnissen der historischen Analyse gesättigten Form<sup>108</sup>. Dort wird, sozusagen dem

<sup>103</sup> Vgl. *Jansen*, Making of Legal Authority, 111–121; *dens.*, Methoden, Institutionen, Texte, 61–70.

<sup>104</sup> Vgl. zum Problem eines Bezugsrahmens rechtshistorischer Forschung jüngst *Duве*, Von der Europäischen Rechtsgeschichte, 56 f. (das Problem ist nicht auf die geographische Komponente beschränkt).

<sup>105</sup> Dazu bereits oben S. 4 f.

<sup>106</sup> Vgl. dazu *Stollberg-Rilinger*, Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte, 4 ff. und *passim*; *Gephardt*, Geisteswissenschaftliche Erforschung von Recht, 21 f. Vgl. auch *Duве*, Von der Europäischen Rechtsgeschichte, 55 sowie die Nachweise dort.

<sup>107</sup> *Duве*, Von der Europäischen Rechtsgeschichte, 55 (ohne Bezug zur Kommentarform); vgl. auch *Hespanha*, Form and content, 38 f. und *passim*.

<sup>108</sup> Teile dieses Kapitels sind bereits veröffentlicht im Beitrag *Kästle*, Farbe des Chamäleons.

Paradox des Kommentars gehorchend, wiederholt, was noch gar nicht gesagt ist, und zum ersten Mal gesagt, was eigentlich bereits gesagt ist<sup>109</sup>. Im Hinblick auf Struktur, Funktion und Stellenwert werden Ansätze zu einer Phänomenologie des juristischen Kommentars präsentiert. Mit diesen Ausführungen versucht die Arbeit, auch den rechtstheoretischen Implikationen des Kommentars als Diskursmedium von Juristen gerecht zu werden, ohne die historische Varianz einzelner Kommentarformen theoretisch zu verklären. Die in diesem letzten Kapitel vorgestellten Ansätze bilden keine geschlossene Theorie des juristischen Kommentars, die vielleicht auch gar nicht möglich ist, sondern ein theoretisches Gerüst, wie es dieser Arbeit zugrunde liegt, wie es aber auch für weitergehende Analysen von Kommentaren und Kommentarliteratur fruchtbar gemacht werden kann. In der Welt der Kommentare gibt es noch viel zu entdecken. In diesem Sinne versteht sich das vorliegende Buch auch als Anregung zu weiterer Forschung und als Impuls für eine Reflexion der gegenwärtigen Rechtswissenschaft über den Status quo und das Quo vadis ihrer Literaturgattungen<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Vgl. *Foucault*, Ordnung des Diskurses, 19. „Er [der Kommentar] muß (einem Paradox gehorchend, das er immer verschiebt, aber dem er niemals entrinnt) zum ersten Mal das sagen, was doch schon gesagt worden ist, und muß unablässig das wiederholen, was eigentlich niemals gesagt worden ist“.

<sup>110</sup> Vgl. hierzu etwa *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft, 66 ff. sowie *Voßkuhle*, Allgemeines Verwaltungs- und Verwaltungsprozeßrecht, 966 ff.; *Zimmermann*, Juristische Bücher [2011], 3557 ff.; *dens.*, Juristische Bücher [2012], 3558 f.; jüngst auch *Djeflal*, Commentary on Commentaries.

# I.

## Eine kurze Geschichte des juristischen Kommentars in Europa (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung)

Am Anfang war das Wort, dann kam sofort der Kommentar.

*Claus Leggewie & Elke Mühlleitner (2007)*<sup>1</sup>

Seit Erfindung der Schrift bestand auch für das Recht die Option, in Textform gefasst und überliefert zu werden. Für die soziale Wirksamkeit solcher Rechtstexte bedurfte es der verstehenden Aneignung. Eine solche Aneignung kann, aber muss sich nicht im Medium eines schriftlichen Kommentars vollziehen. Wo die Urquellen des juristischen Kommentars zu finden sind, liegt dabei auch im Auge des Betrachters und bestimmt sich danach, wie weit er in den „Brunnen der Vergangenheit“<sup>2</sup> hinabblicken möchte. Was aber läge für den folgenden geschichtlichen Überblick näher als bei der vielbeschworenen Geburtsstunde der Rechtswissenschaft zu beginnen: bei jenen Rechtskommentaren, die vielleicht als erste wissenschaftlich genannt werden können<sup>3</sup>? Für die römischen Juristen des Prinzipats war der Kommentar zur wohl wichtigsten Form juristischer Literatur geworden<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Leggewie/Mühlleitner*, Die akademische Hintertreppe, 159 (s.v. Kommentar).

<sup>2</sup> Vgl. *Mann*, Joseph und seine Brüder I, Vorspiel. Höllenfahrt; dazu *Jansen*, Tief ist der Brunnen, 202f.

<sup>3</sup> Hinter den Römern wird es, wie so oft, dunkel: Nach *Seidl*, Methode der Kommentatoren, 119, hat man „bisher keinen Kommentar zu den uns bekannten Gesetzen der vorrömischen Antike“ gefunden; siehe auch *Assmann*, Text und Kommentar, 18: „... scheint es Rechtskommentare weder in Ägypten noch in Mesopotamien zu geben“. Zu denken wäre noch an die jüdische Rechtstradition; vgl. dazu *Fladerer/Börner-Klein*, Kommentar, 297 ff. Dagegen lassen *F. Neumann*, Kommentar, 977, und *Henne*, Kommentar, 1972, die Geschichte juristischer Kommentare erst mit Bologna beginnen (aber ohne nähere Begründung). *R. Schmidt*, Kommentar als Darstellungsform, 186, stellt den Byzantiner Theophilus an den Anfang (den er irrtümlich als Autor der Basiliken benennt) und hält die Postglossatoren für „die ersten (im modernen Sinne) rechtswissenschaftlichen Kommentarschreiber“ – auch hier bleiben die Gründe im Dunkeln. Zu den Urquellen literarischer Kommentierung im Griechenland des 6. Jh. v.Chr. siehe *Goulet-Cazé*, Avant-propos, 6.

<sup>4</sup> *Schulz*, Geschichte, 225; *Behrends*, Kommentar, 423: „Die antike römische Rechtsliteratur wird vom Kommentar geradezu beherrscht“.

„Von Rom nach Brüssel“ heißt es oft in diesen Tagen. Auch die Geschichte des juristischen Kommentars lässt sich als Reise erzählen, die im antiken Rom ihren Ausgangspunkt nimmt und in die Gegenwart des europäischen Staatenbundes hineinführt. Bis dahin ist es aber ein langer Weg. Von Rom aus wird man zunächst nach Byzanz weiterziehen, in das neue Rom des Ostens, wo Kaiser Justinian über die Kommentare gebot. Durch die dunklen Jahrhunderte geht die Reise weiter nach Oberitalien, wo man mit *Accursius* und *Bartolus* der gelehrten Kommentarkultur begegnet. Von Bologna bietet sich ein kurzer Abstecher nach Sachsen an, um dort den ersten Spuren gelehrter Kommentare in Deutschland nachzugehen. Auf der folgenden Rundreise durch Europa kann man in Bourges, Leiden und Wittenberg Station machen, um zumindest einen flüchtigen Eindruck von der Vielfalt der frühneuzeitlichen Kommentarliteratur zu erhalten. Nach einem Ausflug zu den Spätscholastikern in Salamanca kehrt man zurück auf deutschen Boden. In Halle, einem der universitären Zentren der Naturrechtslehre, gilt es, das Verschwinden der Kommentarkultur aufzuklären. Da man in Preußen auch nach 1794 nur wenige Kommentare finden wird, lohnen sich Exkursionen nach Bayern, Frankreich und Österreich. Der Aufschwung des Gesetzeskommentars lässt sich dann im Deutschen Reich und in der Weimarer Republik verfolgen. Für das 20. Jahrhundert bleibt die Tour auf Deutschland beschränkt; Sehenswürdigkeiten der Kommentarkultur (und -unkultur) gibt es hier in ausreichendem Maße. Spätestens an der Schwelle zum 21. Jahrhundert muss die nationalstaatliche Perspektive aber wieder europäisch ergänzt werden. Im Reisegepäck befindet sich übrigens, nicht nur aus Platzgründen, hauptsächlich Privatrecht<sup>5</sup>.

## 1. Rom – Die Wiege des Rechts

Im kaiserzeitlichen Rom entfaltet sich dem Besucher das Panorama einer blühenden Kommentarlanschaft, deren Wurzeln allerdings bis in die Zeit der römischen Republik zurückreichen. Schon um das Jahr 200 v. Chr. verfasste *Sextus Aelius Paetus Catus* einen ersten Kommentar zu den Zwölftafeln, dem großen archaischen Rechtstext der Römer. Sein Kommentar, genannt „Tripertita“ (sc. *commentaria*), war in drei Teile gegliedert: Auf eine Wiedergabe des Gesetzestextes folgten die jeweilige Interpretation der Priester und schließlich die Prozessformeln. Freilich ist uns der Kommentar des *Sextus Aelius* nicht einmal fragmentarisch überliefert, so dass diesbezüglich vieles Spekulation bleiben muss. Bemerkenswert ist jedenfalls, dass hier erstmalig ein autoritativer Text als ganzer wiedergegeben und dann durch eine fortlaufende Erläuterung für die

---

<sup>5</sup> Vgl. dazu bereits oben S. 15f.

juristische Praxis fruchtbar gemacht wird<sup>6</sup>. Offenbar war dem Werk ein großer Erfolg beschieden: Noch Jahrhunderte später wird es von *Pomponius* als „Wiege des Rechts“ gerühmt<sup>7</sup>. Inwieweit es methodische Standards für die Folgezeit gesetzt hat, lässt sich nicht abschließend klären; die Form des Zwölftafelkommentars wird jedenfalls von den Nachfolgern nicht übernommen, auch wenn diese in gewisser Weise Interpreten der Zwölftafeln bleiben<sup>8</sup>. Dass es zunächst relativ wenige Kommentare gab und andere Literaturformen vorherrschten, dürfte nicht zuletzt mit dem schöpferischen Selbstverständnis der Jurisprudenz in dieser Zeit zusammenhängen<sup>9</sup>.

Während das Zwölftafelgesetz auch später nur noch vereinzelt kommentiert wurde<sup>10</sup>, gibt es für die Zeit der klassischen Jurisprudenz zwei bedeutende Formen: die Kommentare zum Edikt des Prätors<sup>11</sup>, in dem dieser die zulässigen Klagen und Einreden verhiess, und die Kommentare zu anderen Juristenschriften, insbesondere zu den Werken des *Quintus Mucius* und des *Sabinus*<sup>12</sup>. Dabei setzten diese drei Typen nacheinander ein, ohne dass sie einander unmittelbar abgelöst hätten<sup>13</sup>. Den ersten kurzen Ediktskommentar hat im 1. Jahrhundert v. Chr. *Servius Sulpicius Rufus* geschrieben; auf ihn folgte ein ausführlicherer Kommentar seines Schülers *Aulus Ofilius*<sup>14</sup>. Von beiden Kommentaren wissen wir nichts Genaueres, doch rückte mit ihnen langsam das Edikt ins „Zentrum der Rechtswissenschaft“<sup>15</sup>. Möglicherweise war mit der Wahl des Edikts als Referenztext ein gewisser Systemwechsel intendiert<sup>16</sup>. Jedenfalls prägte fortan der Dualismus von Zivil- und Amtsrecht das Recht und seine Darstellung. Im Laufe des Prinzipats ist der Ediktskommentar zu einer immens wichtigen Textform, ja zum „Schlussstein der klassischen römischen Jurisprudenz“<sup>17</sup> gewor-

<sup>6</sup> Vgl. *Behrends*, Kommentar, 430 ff.

<sup>7</sup> *Pomponius*, D. 1,2,2,38: „cunabula iuris ... continet“.

<sup>8</sup> Vgl. ausführlich *Behrends*, Kommentar, 432 ff.

<sup>9</sup> *Schulz*, Geschichte, 106 f.: Über weitere Zwölftafelkommentare in der Republik gibt es jedenfalls keine zuverlässigen Nachrichten. L. Acilius Glabrio hat vielleicht einen eigenen Kommentar geschrieben. Als „großartigste literarische Leistung der Zeit“ (a. a. O., 111) gilt vielmehr das „Ius civile“ des *Quintus Mucius Scaevola* in 18 Büchern, ein erstes systematisches Werk großen Stils.

<sup>10</sup> Die Kommentare von *Labeo* (1. Jh. v. Chr.) und *Gaius* (2. Jh. n. Chr.) entspringen wohl primär historischem bzw. didaktischem Interesse, vgl. *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte II, 41.

<sup>11</sup> Zu diesen Kommentaren allgemein *Schulz*, Geschichte, 233–252; *Behrends*, Kommentar, 441–445; speziell zum Ediktskommentar des *Ulpian Babusiaux*, Kommentar als Haupttext.

<sup>12</sup> *Schulz*, Geschichte, 252–281; *Behrends*, Kommentar, 452–459.

<sup>13</sup> Vgl. *Behrends*, Kommentar, 424: „im Sinne eines Hinzutretens ... eine gewisse Abfolge“.

<sup>14</sup> *Pomp. D.* 1,2,2,44; *Schulz*, Geschichte, 107.

<sup>15</sup> *Behrends*, Kommentar, 441.

<sup>16</sup> So *Behrends*, Kommentar, 427, 441 ff., mit Verweis auf *Cicero*, *De legibus* I 5 [17]; dazu zurückhaltender *Schulz*, Geschichte, 233.

<sup>17</sup> *Jansen*, Rez. Vogenauer/Kleinheisterkamp, 1008.

den. Dies zeigen die Kommentare von *Labeo* (dem „Pionier der Gattung“<sup>18</sup>), *Gaius* (zum Provinzialedikt), *Pomponius*, *Paulus* und *Ulpian*. Da außer *Labeos* Werk alle Kommentare der Hoch- und Spätclassik entstammen, scheint die Kommentierung durch die abschließende Redaktion des Edikts unter Kaiser Hadrian (um 130 n.Chr.) begünstigt worden zu sein: War das Edikt erst als Rechtstext konsolidiert, gleichsam kodifiziert<sup>19</sup>, konnte es umso leichter kommentiert werden<sup>20</sup>. Dabei hat *Ulrike Babusiaux* jüngst nachgewiesen, dass die Beschreibung der Ediktskommentare als lemmatisch-exegetische Kommentare mit eingebetteten Exkursen nur bedingt zutrifft<sup>21</sup>. Jedenfalls bei *Ulpian* († 223 n.Chr.) bildet das Edikt eher einen äußeren Anknüpfungspunkt und die „Inspirationsquelle“ für eine selbständige Bearbeitung des gesamten Rechtsstoffes unter Einschluss des *ius civile* und des Kaiserrechts<sup>22</sup>. Auch die Ediktskommentare der großen römischen Juristen waren also keine streng exegetischen „Gesetzeskommentare“. Obwohl die Reihenfolge der Ediktsworte den Kommentar gliederte, verschwommen so die Grenzen zwischen Gesetz und Kommentar<sup>23</sup>.

Außer dem prätorischen Edikt und einzelnen *leges* oder *senatusconsulta*<sup>24</sup> wurden auch die Schriften früherer Juristen Gegenstand von Kommentaren. Vor allem zum Unterrichtsbuch des *Sabinus* („*Libri tres iuris civilis*“) und zum großen alten Handbuch des *Quintus Mucius Scaevola* („*Libri XVIII iuris civilis*“) entstanden bedeutende Kommentare von *Pomponius*, *Paulus* und *Ulpian*<sup>25</sup>. Warum die hoch- und spätclassischen Juristen sich auf diese Referenztexte stützten, bedarf noch weiterer Klärung. Schließlich war das „Grundbuch der römischen Jurisprudenz“<sup>26</sup> des *Quintus Mucius* „ebenso berühmt wie veraltet“<sup>27</sup>; das knappe Lehrbuch des *Sabinus* zu kommentieren, mag wegen seiner

<sup>18</sup> *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte II, 54.

<sup>19</sup> Zum (quasi-)kodifikatorischen Charakter vgl. *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte I, 469.

<sup>20</sup> *Liebs*, Jurisprudenz, 140. Vgl. *Lenel*, *Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, 11 ff., der davon ausgeht, dass *Ulpian* anders als *Paulus* und *Gaius* von der ursprünglichen Ordnung abgewichen ist.

<sup>21</sup> *Babusiaux*, Kommentar als Haupttext, bes. 46, 54 f. Eine andere Frage ist, ob man den Begriff *commentarii* im Sinne von Amtsbüchern für die Beschreibung der Ediktskommentare fruchtbar machen kann; vgl. a. a. O., 46–54. Anders zum Begriff *commentarii* *Behrends*, Kommentar, 448–452.

<sup>22</sup> *Babusiaux*, Kommentar als Haupttext, 55; kritisch zur Beschreibung als „lemmatisch“ bereits *Liebs*, *Variae Lectiones*, 73 Fn. 92; *ders.*, *Jurisprudenz*, 140 sowie 156 f. (zu *Paulus*); *D. Nörr*, *Pomponius*, 544 f., 548. Auch *Behrends*, Kommentar, 443, betont die Darstellung des gesamten Rechtsstoffes.

<sup>23</sup> *Scheltema*, Kommentarverbot, 329.

<sup>24</sup> Dazu *Schulz*, *Geschichte*, 229–233.

<sup>25</sup> *Pomponius* schrieb 39 Bücher *ad Q. Mucium* und 35 Bücher *ad Sabinum*, *Paulus* 16 Bücher *ad Sabinum* und *Ulpian* mindestens 51; vgl. *Schulz*, *Geschichte*, 253, 262–265; *Liebs*, *Jurisprudenz*, 147 f., 152, 178 f. m. w. N.; *D. Nörr*, *Pomponius*, 544–548.

<sup>26</sup> *Schulz*, *Geschichte*, 252.

<sup>27</sup> *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte II, 109.

systematischen Mängel als „wunderliche Idee“ erscheinen<sup>28</sup>. Vieles dürfte mit dem Reiz zusammenhängen, den die kritische Auseinandersetzung mit den Vorgängern allgemein auf die römischen Juristen ausgeübt hat<sup>29</sup>, vielleicht auch mit dem „Bedürfnis nach einer Fixierung der gegenwärtigen Jurisprudenz in der Geschichte“<sup>30</sup>. Jedenfalls für *Pomponius*, der als Trendsetter der Werkgattung gelten kann, ist ein solches historisches Interesse plausibel. Aber auch abseits der genannten Großkommentare begegnen verschiedene Kommentartypen oder kommentarähnliche Gattungen, in denen sich die Juristen der Klassik mit ihren Vorgängern auseinandergesetzt haben, etwa im Rahmen von kommentierten oder annotierten Werkausügen<sup>31</sup>.

Dabei ist es nicht nur schwierig, diese kommentierende Literatur zu typisieren, sondern überhaupt Kommentare von anderen Literaturgattungen wie Monographien und Problemliteratur abzugrenzen<sup>32</sup>. Idealtypische Gegenpole zur Kommentarliteratur bilden Entscheidungssammlungen und ähnliche fall- und problembezogene Literatur (Responsen, Digesten, Quästionen, Disputationen)<sup>33</sup>. Diese Gattungen scheinen eher der Ort für innovative Lösungen und anspruchsvolle Erörterungen, wie wir sie im Werk von *Julian* und *Papinian* sehen, während die spätklassischen Kommentare von *Paulus* und *Ulpian* eher für Konsolidierung und Systematisierung stehen. Eine pauschale Gegenüberstellung von produktiven und rezeptiven Literaturformen würde den Realitäten aber nicht gerecht. Allgemein stößt die Beurteilung der römischen Kommentarliteratur und ihrer Methodik auf die Schwierigkeit, dass uns weder die Referenztexte noch die Kommentartexte adäquat überliefert sind, sondern beide nur aus den Fragmenten rekonstruiert werden können, die Justinian in die Digesten seines *Corpus iuris civilis* übernommen hat. Somit besteht hier noch einiger

<sup>28</sup> *Schulz*, Geschichte, 262: „... dieses Werk, dessen Reiz grade in seiner Kürze ... lag, zu einem Opus von 35 libri aufzublähen, das war eigentlich ein groteskes Unternehmen. Es zeigt das Epigonentum des Pomponius und seine (freilich echt klassische) Anästhesie gegenüber systematischen Mängeln“.

<sup>29</sup> Vgl. *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte II, 139 (bzgl. Paulus). Einen Bezug zu den Rechtsschulen stellt (wie so oft) *Behrends* her: Vorgängerkommentare dienten der Sicherung der Schulkontinuität, Kommentare zur gegnerischen Tradition dienten der Integration der komplex gewordenen Rechtsordnung (*Behrends*, Kommentar, 428 f., 452–459).

<sup>30</sup> *D. Nörr*, Pomponius, 547, 593 ff. m. w. N. (das Zitat 595); in diese Richtung auch *Bretone*, Geschichte, 191, der von den „humanistischen“ Tendenzen der hadrianischen und der Antoninenzeit“ spricht.

<sup>31</sup> *Schulz*, Geschichte, 227 f. und *Liebs*, Rechtsschulen, 218 ff., unterscheiden kommentierte Textausgaben (*notae*) und kommentierte Epitome (merkwürdig *Schulz*, ebd.: „kommentierende“); vorsichtiger diesbezüglich *Behrends*, Kommentar in der römischen Rechtsliteratur, 453. Zu den Werken siehe im Einzelnen *Liebs*, Jurisprudenz, 147 f., 151–155; *Behrends*, a. a. O., 453–459; *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte II, 42.

<sup>32</sup> Vgl. *Schulz*, Geschichte, 282 (Kommentar/Problemliteratur); *Liebs*, Jurisprudenz, 174 f. (Kommentar/Monographie); zu Papinian vgl. auch *Babusiaux*, Kommentare des Kaiserrechts.

<sup>33</sup> Hierzu *Schulz*, Geschichte, 281–309; *Liebs*, Jurisprudenz, 99–126 („kasuistische Literatur“).

Forschungsbedarf, etwa was methodische Unterschiede zwischen den Edikts- und Sabinuskomentaren angeht<sup>34</sup>. Kommentare waren für die Juristen der römischen Klassik offenbar ein wichtiges Medium, das Recht für die praktische Anwendung aufzubereiten und es fortzubilden<sup>35</sup>.

## 2. Byzanz – Verbot der Kommentare?

Umso bemerkenswerter muss es scheinen, wenn Kaiser Justinian später seine Digesten aus dem Jahre 533 mit einem Kommentierungsverbot<sup>36</sup> belegt hat: Kein Gelehrter solle es wagen, dieser Rechtssammlung Kommentare hinzuzufügen (*commentarios applicare* bzw. *adnectere*), damit das Recht nicht durch viele Worte (*verbositas*) in Unordnung gerate<sup>37</sup>. Die Tragweite des in mehreren Kaiserkonstitutionen<sup>38</sup> ausgesprochenen Verbots Justinians ist allerdings in der rechtshistorischen Forschung sehr umstritten. Auf diese Problematik ist kurz einzugehen, während es angezeigt scheint, die Kommentare der vorjustinianischen Nachklassik in diesem kurzen Überblick unberücksichtigt zu lassen<sup>39</sup>. Das Kommentierungsverbot Justinians stößt schon deshalb auf Verwunderung, weil eine Untersagung der wissenschaftlichen Erläuterung nicht zu dem Bild Justinians als Kurator der klassischen römischen Rechtswissenschaft passt; denn „wie konnte derselbe Herrscher, der in seinen Digesten die Rechtswissenschaft für die Nachwelt gerettet hatte, ihre weitere Entwicklung verboten haben?“<sup>40</sup> Es will aber auch nicht zu der ergiebigen griechischsprachigen Literatur passen, die dann doch bald nach der Verkündung des Corpus iuris kommentierend an die Texte anknüpfte. Dass diese Erläuterungswerke aber sogleich unter

<sup>34</sup> Vgl. *Seidl*, Methode der Kommentatoren, 128 f.

<sup>35</sup> Vgl. *Behrends*, Kommentar, 453, 460.

<sup>36</sup> Zu Kommentier- und Auslegungsverboten allgemein siehe unten S. 304 ff.

<sup>37</sup> *Constitutio Deo Auctore* vom 15.12.530, § 12 bzw. *Const. Tanta/Δέδοκεν* vom 16.12.533, § 21. Siehe sogleich in Fn. 61.

<sup>38</sup> Zum einen in der Einführungsconstitution zu den Digesten vom 16.12.533 (lat. Version: *Constitutio Tanta*; griech. Version: *Constitutio Δέδοκεν*; jeweils § 21), zum anderen in der den Auftrag für die Digesten enthaltenden *Constitutio Deo Auctore* vom 15.12.530, § 12. Die lat. Texte sind abgedruckt bei *Mommsen/Krüger*, Corpus iuris civilis I, sowie inkl. einer deutschen Übersetzung bei *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Corpus iuris civilis II. Die Texte sind zudem repliziert im Codex Iustinianus, C. 1,17.

<sup>39</sup> Am bekanntesten sind etwa der Kommentar von Autun zu den Institutionen des Gaius (dazu *Schulz*, Geschichte, 380 f.; *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte II, 245 f.) sowie die Scholia Sinaitica, ein griechischsprachiger Kommentar zu Ulpian's „Libri ad Sabinum“ (dazu *Schulz*, Geschichte, 411 ff.; *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte II, 281; *Pieler*, Byzantinische Rechtsliteratur, 391 f.).

<sup>40</sup> *Scheltema*, Kommentarverbot, 307. Erklärungsansätze bei *Pringsheim*, Justinian's Prohibition, 386 ff.; auch *Torrent Ruiz*, Fractura justiniana, 24 ff.

Verstoß gegen das Verbot geschrieben worden sind, ist kaum vorstellbar<sup>41</sup>, zumal einige der Kommentatoren wie *Dorotheus* und *Theophilus* im Auftrag Justinians an der Herstellung der Digesten beteiligt waren<sup>42</sup>. Es kann also für diese Kommentare das Verbot schwerlich je gegolten haben.

Die nächstliegende Erklärung wäre, dass sie unter die von Justinian selbst aufgestellten Ausnahmen fielen. Erlaubt waren lediglich einige Anmerkungsformen, nämlich *παράτιτλα* (*parátitla*) sowie Übersetzungen *κατὰ πόδα* (*katà póda*) und/oder *indices*<sup>43</sup>. Mit den „auf dem Fuß folgenden“ Übersetzungen (*κατὰ πόδα*) waren solche gemeint, die Wort für Wort das griechische Pendant für den lateinischen Ausdruck boten<sup>44</sup>. *Indices* bezeichneten nicht etwa Register, sondern freie Paraphrasen einer Textstelle, die mehr oder weniger ausführlich geraten konnten und teils Zusatzbemerkungen enthielten; mit „Einweisung“ dürfte das Wort *index* treffend wiedergegeben sein<sup>45</sup>. Unter *παράτιτλα* (in etwa: „Zusatzbemerkungen“ oder „Titelergänzungen“) verstand man wohl Randbemerkungen, die typischerweise Auszüge aus anderen einschlägigen Stellen des Corpus iuris enthielten<sup>46</sup>. Angesichts der Unsicherheit, was *κατὰ πόδα*, *indices* und *παράτιτλα* alles umfassten, und ob die *indices* vielleicht ein Spezialfall der *παράτιτλα* waren<sup>47</sup> oder doch eher die Übersetzungen *κατὰ πόδα* ein Spezialfall der *indices*<sup>48</sup>, ist freilich kaum darüber Gewissheit zu erlangen, ob die byzantinischen Kommentare auch nur der ersten Generation (der sogenannten Antezessoren) unter diese Ausnahmetrias fielen<sup>49</sup>.

<sup>41</sup> So aber die herrschende Annahme vor 1950; siehe die Nachweise bei *Berger*, Justinian's Ban, 124f.

<sup>42</sup> Siehe *Const. Tanta/Δέδοκεν*, § 9.

<sup>43</sup> *Const. Tanta*, § 21: „nisi tantum si velit eas in Graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua et voces Romanae positae sunt hoc quod Graeci *κατὰ πόδα* dicunt), et si qui forsitan per titulum suptilitatem adnotare maluerint et ea quae *παράτιτλα* nuncupantur componere“; *Const. Δέδοκεν*, § 21: „πλὴν εἰ μὴ βουλευθεῖεν εἰς μὲν τὴν Ἑλληνῶν γλῶτταν αὐτὰ [oder αὐτοῦς?] μεταβαλεῖν, μόνη δὲ τῇ *κατὰ πόδα* καλουμένη χρήσασθαι τῶν νόμων ἔρμηνεία, καὶ εἰ τι *κατὰ τὴν τῶν ὀνομαζομένων παρατίτλων* ὡς εἰκὸς προσγράψαι βουλευθεῖεν χρεῖαν“; *Const. Deo Auctore*, § 12: „sed sufficiat per indices tantummodo et titulorum suptilitatem <quae paratitla nuncupantur> quaedam admonitoria eius facere“. Trotz der ersichtlichen Schwierigkeiten der Texte geht es zu weit, wenn *Kuypers*, Justinians Verbot, 54–76, bes. 57, die gesamten Ausnahmetatbestände als spätere Interpolation (evtl. der Kommissionsmitglieder selbst: a. a. O., 74) zurückweist.

<sup>44</sup> *Scheltema*, Enseignement, 15; anders aber *Berger*, Justinian's Ban, 136–147: auch Auslegungen; dagegen bereits *Pringsheim*, Justinian's Prohibition, 398ff.

<sup>45</sup> *Scheltema*, Enseignement, 13f.; *D. Simon*, Rez. Scheltema, 482; *Pieler*, Byzantinische Rechtsliteratur, 405.

<sup>46</sup> *Scheltema*, Kommentarverbot, 322–324; *ders.*, Rez. Pieler, 275f.; vgl. (etwas abweichend) *Berger*, Justinian's Ban, 132ff.

<sup>47</sup> So *Scheltema*, Kommentarverbot, 325.

<sup>48</sup> So noch *Pringsheim*, Justinian's Prohibition, 406f.

<sup>49</sup> So etwa *Berger*, Justinian's Ban, 154f., 167; *Pringsheim*, Justinian's Prohibition, 409, 412; *D. Simon*, Rez. Scheltema, 482; ablehnend *Scheltema*, Kommentarverbot, 328; *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte II, 300; gar nicht erwogen bei *Pieler*, Byzantinische Rechtsliteratur, 404ff.; tendenziell auch ablehnend *Wallinga*, Tanta, 109ff., 114; *ders.*, Reception, 379.