



Honos alit artes

Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri

L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA
Giuristi e istituzioni tra Europa e America

a cura di

Paola Maffei e Gian Maria Varanini



Reti Medievali E-Book

19/IV

Honos alit artes

**Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri**

**L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA
Giuristi e istituzioni tra Europa e America**

**a cura di
Paola Maffei e Gian Maria Varanini**

**Firenze University Press
2014**

Rechtsprechungssammlungen als Spiegel konkurrierender Rechtsquellen Beispiele aus Italien und Deutschland

von Heinz Mohnhaupt

1. Mario Ascheris Forschungen und Veröffentlichungen umfassen den gesamten Kosmos "Europäischer Rechtsgeschichte". Dieser universale Forschungsradius macht es leicht, mit dem folgenden Beitrag zu seinen Ehren an ein Teilgebiet seiner wissenschaftlichen Arbeiten anzuschließen, nämlich an die Untersuchungen zur Rechtsprechung. Mario Ascheri hat 1976 eine umfassende Darstellung, Analyse und Bibliographie der italienischen Rechtsprechungssammlungen vom 16. bis 18. Jahrhundert in Coings *Handbuch* veröffentlicht¹, die er durch zahlreiche Publikationen ergänzt und vertieft hat². Er hat dabei die heute als dritte Gewalt bezeichnete Gerichtsbarkeit und ihre Urteilspraxis nie isoliert betrachtet, sondern immer im Kontext konkurrierender Rechtsquellen gesehen. Dieser Aspekt ist bis heute als ein Kriterium für Untersuchungen von Rechtsprechung im Rechtssystem einer jeden nationalen oder supranationalen Rechtsordnung zu berücksichtigen³. Ascheri hat für das Verhältnis zwischen italienischer Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in Gestalt der *opiniones* im 16. bis 18. Jahrhundert sehr klarsichtig festgestellt, dass zwischen diesen beiden Rechtsgattungen «kein Gegensatz, sondern eher Parallelität und Wechselwirkung besteht», nämlich zwischen dem «Richterrecht und dem Recht der Praktiker und Theoretiker (Juristenrecht, Professorenrecht)»⁴. Das gilt jedoch nicht nur

¹ M. Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen: Italien* (unter Verwendung der hinterlassenen Materialien von Carl Blell), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* II/2, hg. H. Coing, München 1976, pp. 1113-1221.

² Nur als Beispiele seien genannt: M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1989; M. Ascheri, *I grandi tribunali e la ricerca di Gino Gorla*, in *Grandi tribunali e rote nell'Italia di antico regime*, a cura di M. Sbriccoli, A. Bettoni, Milano 1993, pp. XI-XXXI-II; M. Ascheri, *Höchste Gerichte in Italien zur Zeit des Ancien Régime*, in *Frieden durch Recht. Das Reichskammergericht von 1495 bis 1806*, hg. I. Scheurmann, Mainz 1994, pp. 428-434.

³ Cf. H. Mohnhaupt, *Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18. bis 20. Jahrhundert)*, in *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, a cura di P. Costa, I = «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 40 (2011), pp. 19-52.

⁴ Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (Anm. 1), p. 1123.

für die italienische Rechtsquellenordnung, sondern ist ein generelles Phänomen, das sich in verschiedenen Epochen finden lässt und bis in das 19. und 20. Jahrhundert zu beobachten ist. Dieser Befund lässt sich auch aus den Rechtsprechungssammlungen in Deutschland ablesen, deren Publikationen im 19. Jahrhundert in einem diachronen Blick betrachtet werden sollen. Jede Rechtsprechung ist bestimmt durch die der richterlichen Entscheidung zugrunde liegende Rechtsgrundlage, – nämlich das Gesetz, das als Rechtsquelle seit dem 16. Jahrhundert ständig an Bedeutung gewinnt. Der ursprünglich dominierende Rang der Rechtswissenschaft des *ius commune*, der *opinioes*, des Gewohnheitsrechts und der Privilegien trat dagegen zurück. Die Qualität, Mängel und Struktur des Gesetzes beeinflussen auch das Urteil und seine Autorität, wobei die Rechtswissenschaft als normativer Faktor eine Rolle spielen kann oder die Urteilspraxis selber Normqualität entwickelt. Das kann aus Rechtsprechungssammlungen abgelesen werden, wobei Ascheris Beschreibung und Analyse der italienischen Rechtsprechungspraxis des 16. bis 18. Jahrhundert eine diachron verlaufende Beobachtung der Urteilssammlungen im deutschen 19. Jahrhundert ermöglicht. Ein gemeinsamer Beobachtungsgegenstand besteht einmal in der Struktur des Gesetzes sowie andererseits in den konkurrierenden Entscheidungsgrundlagen der Rechtsprechung und ihrer unterschiedlichen quasigesetzlichen Bindungskraft.

2. Eine treibende Kraft zur Aufzeichnung und Publikation der Rechtsprechungsprodukte war die im Ancien Régime häufig formulierte Kritik an der fehlenden Einheitlichkeit und der daraus folgenden Unsicherheit des Rechts, die die Suche nach einem „*ius certum*“ verstärkte⁵ und im 18. Jahrhundert zur Forderung nach einer systematischen Kodifikation führte.

Bereits die um Systematik bemühte Kompilation des römischen *Corpus iuris civilis* Kaiser Justinians verfolgte den Zweck,

ut nihil neque contrarium neque idem neque simile in ea inveniatur (...) quidquid dubium et incertum inveniebatur⁶.

Als das große Ziel der Justinianischen Kompilation wird immer wieder betont, die «*opera iam paene confusa et dissoluta*» zu sammeln und «*certo moderamini tradere*»⁷. Die Beseitigung aller Widersprüche und Zweifel im Recht sollte eine «*tutissimam quietem*»⁸ bewirken und «*in stabilitatem redactum*» führen.⁹ Auf diese Weise wurde das Ideal eines Gesetzes umschrieben, für das Justinian zwei Adressaten benannte: 1) «*omnibus (...) hominibus eandem*

⁵ Cf. H. Mohnhaupt, „*Lex certa*“ and „*ius certum*“: *The Search for Legal Certainty and Security, in Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe. Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy*, edited by L. Daston and M. Stolleis, Aldershot 2008, pp. 73-88.

⁶ *Corpus iuris civilis*, *Constitutio Tanta*, Prooemium (vor 1.).

⁷ *Constitutio Tanta*, 1.

⁸ *Ibidem*, 10.

⁹ *Ibidem*, 11.

sanctionem manifestam facere necessarium perspeximus»¹⁰ und 2) die Richter, deren bisherige Praxis darin bestanden habe: «voluntate iudicium magis quam legitima auctoritate lites dirimebantur»¹¹.

Freilich war auch dem römischen Kaiser und Gesetzgeber bewusst, dass keine gesetzliche Regelung «stare perpetuo possit»¹².

So lag es nur in der Konsequenz dieser Gesetzesauffassung, das Verbot auszusprechen, «commentarios isdem legibus adnectere» und «legum interpretationes» vorzunehmen. Das Verbot betraf ausdrücklich den Richter: «si quid vero (...) ambiguum fuerit visum hoc ad imperiale culmen (...) referatur»¹³. Zur Sicherung des Gesetzes gegen kommentierende Aufweichungen und zur Festigung des Rechtsetzungsmonopols der kaiserlichen Gewalt schließt die *Constitutio* Tanta mit dem Gebot an die Richter: «Omnes itaque iudices nostri pro sua iurisdictione easdem leges suscipiant»¹⁴.

Die in der *Constitutio* Tanta formulierten Anforderungen an das Gesetz wirkten weiter bis in die Diskussionen über eine systematische Kodifikation in der Aufklärungsepoche. In diesen Bestimmungen ist im Grunde die gesamte Problematik der Strukturschwäche des Gesetzes als staatliches Lenkungsinstrument eingefangen; nämlich 1) die nur temporäre Regelungskapazität des Gesetzes bzw. der Kodifikation angesichts sich ständig wandelnder Verhältnisse; 2) die wechselnden Anforderungen an die Steuerungsfähigkeit des Gesetzes; 3) die daraus resultierende schwankende Effektivität und Unsicherheit des gesetzlichen Regelungstextes; 4) das zeitweise Erstarken alternativer Entscheidungsgrundlagen zur Lösung der aufgetretenen Konfliktlagen; 5) das wechselnde Maß der Beweglichkeit richterlicher Umsetzung des Gesetzes oder der alternativen Rechtsquellen; 6) das sich daraus ergebende Spannungsverhältnis zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung als ein generelles Rechtsquellenproblem.

3. Der wechselnde Rang von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Entscheidungsprozessen gehört zu den Dauerfragen in der historischen Rechtsforschung und zeigt zugleich ein Konkurrenzverhältnis zwischen diesen beiden – modern gesprochen – “Gewalten” an. «Potestas legislativa» und «potestas iudiciaria» galten als Funktionen einer als Einheit gedachten und praktizierten Herrschermacht. Sowohl die legistische als auch die kanonistische Lehre gingen ursprünglich vom Vorrang der richterlichen Gewalt aus. Ascheri brachte diesen Befund auf die griffige Formel: «In principio era il giudice»¹⁵. Entsprechend der Statutendoktrin umfasste die Rechtsprechung auch

¹⁰ *Ibidem*, 13.

¹¹ *Ibidem*, 17.

¹² *Ibidem*, 18.

¹³ *Ibidem*, 21.

¹⁴ *Ibidem*, 24.

¹⁵ Ascheri, *Grandi tribunali* (n. 2), p. XXI. Portalis hatte 1803 bei der Vorlage des endgültigen

die Gesetzgebung: «sed statuta condere est iurisdictionis: quia qui statuit, ius dicit»¹⁶. Erst mit der Begründung des Souveränitätsprinzips durch Bodin wurde die Gesetzgebung zu «la première marque du prince»¹⁷.

Die Unterscheidung in den vorrangigen Gesetzgeber und den nachrangigen Richter in der Person des Herrschers bedeutete keinen «acte de partage des pouvoirs» im Sinne einer verfassungsrechtlichen Gewaltenteilung. Überlagerungen von Gesetzgebung und Rechtsprechung sowie “Wechselwirkungen” zwischen diesen beiden Institutionen, wie sie Ascheri im Verhältnis zwischen dem «Richterrecht und Professorenrecht» bezeichnet hat¹⁸, prägen mit unterschiedlicher Intensität ein jedes Rechtssystem. Nur im – nicht erreichbaren – Idealfall eines sprachlich perfekt formulierten und alle denkbaren Fälle systematisch erfassenden Gesetzes konnte der Richter «la bouche qui prononce les paroles de la loi» genannt werden¹⁹.

Der Bewegungsspielraum des Richters bei der Anwendung des Gesetzestextes konnte dort größer sein, wo ihm eine autonome Interpretationskompetenz zugebilligt wurde, wie z.B. für den revolutionär inspirierten französischen *Code civil*²⁰. Nach 1804 werden die neuen Gewichte zwischen Gesetz und Richter in metaphorischen Sprachbildern verdeutlicht, nämlich dass «das Gesetz ein stummer Richter, der Richter aber ein redendes Gesetz» sei; oder «alles (...) bewirkt des Gesetzes stummer Buchstabe; aber nur durch des Richters lebendes Organ: Er spricht, und das Gesetz redet»²¹.

Solche Formulierungen stützten sich teilweise ausdrücklich auf Cicero, der in *De legibus* formuliert hatte: «vereque dici potest magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum»²².

Die Position des Richters erscheint in diesen Formeln gestärkt – trotz des Vorrangs des Gesetzes. Die grundsätzliche Prerogative des Gesetzes konnte jedoch das Problem nicht lösen, woher der Richter seine Entscheidungsgrundlage nehmen soll, wenn ein Gesetz fehlt oder dessen Regelungen widersprüchlich sind. Das betraf grundsätzlich jedes Gesetz jeder Rechtsepoche.

Entwurfs des Code civil in den «Règles pour les Juges» erklärt: «Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois»; in *Recueil de lois composant le Code civil. Avec les discours des orateurs ...*, I, Paris 1803, p. 19, nr. 6.

¹⁶ Baldus de Ubaldis, *Commentaria in Digestum Vetus*, Lugduni 1562 (excudebat Claudius Seruanus), f. 12, nr. 4, ad D 1.1.9: lex Omnes populi.

¹⁷ J. Bodin, *Les six livres de la république*, Paris, chez Jacques du Puys, 1578³, p. 161.

¹⁸ Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (n.1), p. 1123.

¹⁹ Montesquieu, *De l'Esprit des lois* (1748), Livre XI, Capitre VI.

²⁰ H. Mohnhaupt, *Das Rechtsverweigerungsverbot des Art. 4 Code civil*, in Z. Pokrovac und I. Padjen (ed.), *Zabrana uskrate pravosuda i prava. Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot*, Split-Zagreb 2010, pp. 77-114.

²¹ So der Präsident von Strombeck in seiner Rede vom 16. August 1808 vor der «Versammlung der Westphälischen Reichsstände» zur Einführung der französischen Gerichtsordnung im napoleonischen Königreich Westphalen, pp. 3 s., in *Drucksachen des Reichstages des Königreichs Westfalen*, Cassel 1808, Nr. 20.

²² Cicero, *De legibus*, liber III, nr. 2.

In der Gesetzgebungslehre galt es als ein Erfahrungssatz, dass einerseits für die Urteilstätigkeit des Richters eine unzweideutige Gesetzessprache notwendig ist, andererseits aber, dass – wie schon die *Constitutio Tanta* erklärt hatte und die Literatur des 17./18. Jahrhunderts immer wieder betonte²³ – kein Gesetz alle möglichen regelungsbedürftigen Fälle vorausschauend sprachlich erfassen kann. Da das Gesetz auf eine generalisierende und abstrahierende Sprache und Begrifflichkeit angewiesen ist, geht diese zulasten einer konkreten Einzelfallgerechtigkeit. Die schwierige Aufgabe des Richters besteht darin, aus dem allgemein formulierten Gesetzestext die gerechte Lösung für den Einzelfall zu entwickeln. Das Problem dieser Gesetzesstruktur sah schon Aristoteles darin, dass jedes Gesetz notwendiger Weise «allgemein ist, in einigen Dingen aber in allgemeiner Weise nicht korrekt gesprochen» werden könne. Der Fehler liege «weder im Gesetz noch beim Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache»²⁴.

Diese Strukturschwäche des Gesetzes bestimmt auch das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Richter und macht das Gesetz zu einer unsicheren Entscheidungsgrundlage. Die Rechtsprechungssammlungen reflektieren diese richterliche Tätigkeit durch die Anwendung unterschiedlicher Entscheidungsgrundlagen in Gestalt von Gesetz, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, die einen ganz unterschiedlichen Rechtsquellencharakter besitzen können.

4. Die aus der Gesetzesstruktur sich ergebenden Unsicherheiten für das Judizieren sind in der rechtswissenschaftlichen Literatur seit dem Mittelalter immer wieder behandelt worden. Ascheri hat für diese Fragen immer wieder die Entscheidungssammlungen der Rota Romana hervorgehoben und analysiert²⁵. Dabei ist zu bedenken, dass die veröffentlichten Entscheidungen der Gerichte nicht Urteile im heutigen Sinne darstellten, sondern einen starken wissenschaftlichen Charakter trugen. Die *decisiones* beruhten auf *consilia*, die etwa seit 1360 gesammelt wurden²⁶. Rubeus hat den wissenschaftlichen Charakter seiner Sammlung von Rota-Entscheidungen so erläutert:

hic non discutamus de veritate Decisionum (...) sed solum quid de suis ipsis Decisionibus ipsamet Rota senserit, qualiter eas agnoverit²⁷.

²³ Cf. dazu oben zu n. 12. Die Formulierung der *Constitutio Tanta* (18.), «nihil est (...) quod stare perpetuo possit», übernahm z.B. J.Chr. Herpfer, *Praecepta iuris politica*, Basileae, typis Ioan. Iacobi Genathii, 1615, s.p. (de legislatione et de legibus, III, IV) fast wörtlich: «plerumque turbat emergentium varietas causarum (...) et nihil est in eo, quod perpetuo stare possit».

²⁴ Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, ed. O. Gigon, Zürich-Stuttgart 1967², 1137 b 10-30 (pp. 177 s.); cf. dazu auch Mohnhaupt, *Das Verhältnis* (n. 3), pp. 31-34.

²⁵ Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (n. 1), pp. 1118, 1122 s., 1126. Die Sammlungen der Rota und italienischen Gerichtshöfe sind von Ascheri mustergültig zusammengestellt: pp. 1179-1194.

²⁶ K.W. Nörr, *Ein Kapitel aus der Geschichte der Rechtsprechung: Die Rota Romana*, in «Ius Commune», 5 (1975), pp. 192-209 (193 s.); Ascheri, *Höchste Gerichte in Italien* (n. 2), p. 429; Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (n. 1), p. 1136.

²⁷ Th. Rubeus, *Singularia ex Sacrae Rotae Romanae decisionibus selecta*, Romae, ex typographia Iacobi Mascardi, 1624, ad lectorem (s.p.).

Die gedanklichen Operationen und der argumentative Entscheidungsweg der Richter bestimmen das wissenschaftliche Interesse, das die Sammlungen der Rota vermitteln und publizieren sollen. So sieht Rubeus den Nutzen der gesammelten *decisiones* sowohl für die Wissenschaft als auch für die Gerichte in gleicher Weise gegeben – «omnibus tam in scholis, quam foro versantibus» –, da durch die Autorität der Rota nicht nur Gesetze, sondern auch Meinungen der *doctores* gesichert seien²⁸. Die Intention der Sammlung ergibt sich aus dem Zusammenspiel der drei „Gewalten“, nämlich Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung²⁹, wobei letzterer eine sichernde und bestätigende Funktion zugemessen wird. Das in der Sammlung wiedergegebene Spruchmaterial hat eine rechtswissenschaftliche Bedeutung für die *communis opinio* und die *conclusiones notabiles*. Rubeus zählt sechs Zweckrichtungen für die von ihm ausgewählten Entscheidungen der Rota auf: 1. die «decisiones concordantes» aus der älteren und der neueren Entscheidungspraxis; 2. «stylus» und «observantiae» des «Sacri Tribunalis»; 3. die von der Rota gebilligten Meinungen der *Doctores*; 4. die besonderen «practicabilia ecclesiastica»; 5. den «intellectus legum»; 6. die «interpretatio statutorum»³⁰. In den Rota-Entscheidungen und ihren Editionen sammeln sich somit wie in einem Brennspeigel Theorie und Praxis verschiedener Rechtsquellen. Ein von den Editoren oft behandeltes Problem war die Masse der Rota-Praxis und die daraus zu treffende Auswahl. Rubeus erklärt: «Nam ex ultra duodecim millibus Sacrae Rotae Decisionibus manuscriptis (...) selegimus»³¹.

Diese Frage betraf grundsätzlich auch die weltliche Gerichtsbarkeit, da die «decisiones (...) in immensam multitudinem excreverint»³². Die Edition folgt dem typischen Zweck fast aller Rechtsprechungssammlungen bis in das 19. Jahrhundert³³, «ad tollendas controversias, et sopiendas lites (...) ut rationes (...) in similibus secundum facti circumstantias sequerentur»³⁴.

Orientierungshilfen werden im Beispiel ähnlicher Entscheidungen gesucht, wie auch im Alten Reich im Mainzer Landfrieden von 1235 bestimmt worden war, «omnes sententias» aufzuschreiben, «ut in posterum in casibus similibus ambiguitas rescindatur»³⁵. Im Sammlungszweck zeigt sich eine Unsicherheit des Rechtsquellensystems, die oft durch *ambiguitas*, *incertitudo*, *controversia* bezeichnet wurde. Daraus resultiert die Frage nach dem Rang der Urteilspraxis

²⁸ Wie n. 27.

²⁹ Cf. in diesem Sinne zuletzt M. Ascheri, *Le radici medievali della manutenzione delle regole*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 43 (2010), N. 170, 4, pp. 27-33 (28), der neben dem «Medioevo dei professori», «della legislazione» «e dottrinale» mit Recht noch «il Medioevo consuetudinario» hervorhebt.

³⁰ Wie n. 27.

³¹ Wie n. 27.

³² C. Borellus, *Decisionum universarum, et totius christiani orbis rerum omnium iudicatarum, summa*, Venetiis, apud Iuntas, 1618, Erudito ac studioso lectori Typographus (s.p.).

³³ Siehe dazu unten p. 359 mit n. 68.

³⁴ So Borellus (wie n. 32).

³⁵ In K. Zeumer, *Quellensammlung I*, 2.ed., Tübingen 1913, p. 77 (nr. 58).

angesichts der unsicheren Gesetzgebung und Doktrin. Das bis heute diskutierte Problem bestand darin, ob und in welchem Maße der Rechtsprechung eine Bindungswirkung zukommen kann, wie sie im angloamerikanischen Rechtskreis in Gestalt des *case-law*³⁶ und seiner «binding force» der «precedents» oder der «books of authority»³⁷ bekannt ist. Auch zu diesem Fragenkreis haben die Rota Romana und die kanonistische Literatur problembewusst argumentiert. Die häufig gebrauchten vier Begriffe «auctoritas», «decisiones probabiles»³⁸, «argumentum Rotae», «vis legis» kennzeichnen diese Problemlage. Ascheri und Nörr haben darauf hingewiesen, dass die Bindungskraft der Rota-Entscheidungen sehr unterschiedlich bewertet wurde. Cleriacus z.B. betont einerseits, «et ab opinione Rotae Romae nemini recedere licet»³⁹, andererseits schließt er sich der gegenteiligen Meinung von Fagnanus an: «nullus Judex teneatur eas sequi, neque secundum illas iudicare»⁴⁰.

Zu einer einheitlichen Bewertung in der Rangfrage konkurrierender Rechtsquellen gelangen Lehre und Praxis nicht. Die Autorität der Rota-Entscheidungen ist aber ohne Zweifel von großer Bedeutung. 1563 wurde sogar die Rota Romana in gewissen Grenzen an ihre eigenen Entscheidungen gebunden⁴¹. Eine gesetzliche Kraft ihrer Entscheidungen wird aber in der Regel abgelehnt, deren "Autorität" für die Judikatur jedoch immer betont:

Decisiones Rotae Romanae non faciunt Jus universale, sed (...) magnum habeant pondus autoritatis⁴².

Auch wenn die «decisiones non habent vim legis», wird die Autorität der Rota im Rechtsquellensystem als «auriga et magistra, Iurisque Lucerna, tamquam totum illuminans orbem» bezeichnet⁴³.

De Luca hat in seinem *Theatrum veritatis* das Konkurrenzverhältnis von Gesetz, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung als mögliche richterliche Entscheidungsgrundlagen sehr klar differenziert⁴⁴. Wo das Gesetz fehlte und eine

³⁶ R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1968², p. 3.

³⁷ R. David, *Sources of Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, Chap. 3, Tübingen (e.a.) 1984, pp. 142 s. (B. Academic Works, 271).

³⁸ Cf. zuletzt zu den «probatii auctores» als Orientierungshilfe bei der Suche nach sicheren Rechtspositionen: Chr.H.F. Meyer, *Probatii auctores. Ursprünge und Funktionen einer wenig beachteten Quelle kanonistischer Tradition und Argumentation*, in «Rechtsgeschichte», 20 (2012), pp. 138-154: 146 s.

³⁹ J. Cleriacus, *Discordiae forenses de pensionibus ecclesiasticis*, pars II, Venetiis, apud Andreae Poleti, 1708, p. 7 (*Discordia I*, nr. 39); dazu Nörr, *Kapitel* (n. 26), p. 198.

⁴⁰ Cleriacus, *Discordiae forenses II* (n. 39), p. 29 (*Discordia VII*, nr. 45); Nörr, *Kapitel* (n. 26), p. 198.

⁴¹ Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (n. 1), p. 1124.

⁴² So F. Reiffenstuel, *Jus canonicum universum, clara methodo iuxta titulos quinque librorum decretalium in quaestiones distributum*, Tomus I, Monachij, typis Mariae Magdalanae Rauchin, 1702, Prooemium, § VIII, nr 140 (p. 28).

⁴³ B. Greven, *Practicae conclusiones iuris, singulis Dn. Andreae Gaillii (...) item considerationes (...) antiquis, novis et novissimis decisionibus (...) firmatae*, Francofurti, ex Officina Paltheniana, 1603, Prooemium nr. 62-64 (s.p.); Nörr, *Kapitel* (n. 26), p. 197.

⁴⁴ J.B. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae, sive decisivi discursus, ad veritatem editi in forensibus controversiis, canonicis, et civilibus*, Tomus VII, Coloniae Agrippinae, sumptibus Wilhelmi

Entscheidung getroffen werden musste, konnte die Autorität von Rechtsprechung und Wissenschaft automatisch einen höheren Rang erlangen.

Die rechtswissenschaftliche Theorie und die Gerichtspraxis versuchten jedoch zu vermeiden, diesen höheren Autoritätsrang als einen „gesetzlichen“ zu bezeichnen. Auch in dieser Frage gibt es keine einheitliche Meinung, denn der Richter sollte keine gesetzgeberischen Aufgaben erfüllen. Das Problem trat besonders im Verfahrensrecht auf, wo der gewohnheitsrechtlich praktizierte *stylus curiae* ein Regelwerk für die Gerichtspraxis darstellte. Bei De Luca heißt es:

Id etenim non continet legem (ut pragmaticorum ignarum vulgus credit, quoniam Iudices non sunt legislatores)⁴⁵.

Die Untergerichte waren aber an diesen verfahrensrechtlichen *stylus* gebunden, der damit durch die Rechtsprechung eine Bedeutung als normative Regel erhielt, ohne dass diese hier als „Gesetz“ bezeichnet werden sollte. Die Probabilität der Rechtsmeinung entschied darüber, welche bindende Qualität einer *opinio* zukommen sollte⁴⁶.

Der begriffliche Schritt von der allgemeinen *regula* zur Qualität einer generellen *lex* auf dem Gebiet des Verfahrensrechts ist gleichfalls bei De Luca zu beobachten, wenn er sagt:

Multo vero magis, ubi non agatur de lege, quae auctoritas necessaria dicitur, sed de doctrina, quae ut Practici dicunt, in casibus in iure non provisus haberi debet in iudicando pro casu legis⁴⁷.

Reiffenstuel geht noch einen Schritt weiter, wenn er die Urteile der Rota Romana in verfahrensrechtlichen Fragen sogar zu *ius* mit Gesetzesrang schlechthin erklärt, dem gefolgt werden müsse:

quod Decisiones Rotae jus faciunt in Curia ad instar Styli (...) consuetudinem (...) vim legis obtinere debere⁴⁸.

Reiffenstuel bezog sich für diese Auffassung auf D 1.3.38. Den Entscheidungen der Rota kam zumeist eine Leitbildfunktion zu. Daraus erklärt sich die große Zahl der publizierten Entscheidungssammlungen⁴⁹.

Das Rechtsquellensystem ist instabil und variabel mit der Folge, dass bei Fehlen eines Gesetzes die Doktrin durch die Rechtsprechung in den Rang eines

Metternich, 1706, Discursus XXXV, pp. 133-151; cf. Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsilien-sammlungen* (n. 1), p. 1121 mit n. 4.

⁴⁵ De Luca, *Theatrum* (n. 44), Discursus XXXV, nr. 72 (p. 148).

⁴⁶ *Ibidem*, nr. 79 (p. 149).

⁴⁷ *Ibidem*, nr. 82 (p. 150); cf. Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsilien-sammlungen* (n. 1), pp. 1127-1129.

⁴⁸ Reiffenstuel, *Ius canonicum* (n. 42), Prooemium, § VIII, nr. 145 (p. 28).

⁴⁹ Cf. für die frühen Sammlungen: D. Osler, *A Census of Seventeenth Century Italian Legal Imprints: Jurisprudence of the Baroque*, Frankfurt am Main 2009 (Bibliographica Iuridica 5; Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, 236), pp. 642-664.

casus legis oder einer *vis legis* gehoben werden konnte. Alle drei Rechtsquellengattungen werden in solchen Fällen zu wechselseitiger Entscheidungshilfe zusammengeführt. Das ist besonders typisch im Prozessrecht. Diese Situation bestand auch im französischen sowie spanischen und portugiesischen Prozessrecht, wo die *arrêts des règlements*⁵⁰ und die *assentos*⁵¹ als gesetzgleiche Regeln durch die Rechtsprechung gebildet wurden. Auch im Alten Reich galten die *decreta communia*, die vom Reichskammergericht für das Prozessverfahren festgelegt wurden, als eine «singularis quaedam potestatis legislativae species»⁵². Diese «provisorische Gesetzgebungsgewalt» der obersten Gerichte im Alten Reich wurde auch als «ein Surrogat einer freyen Gesetzgebung» bezeichnet⁵³ und zeigte eine europäische Signatur.

5. Richtet man vor dem Hintergrund dieses gemeinrechtlichen Befundes im weltlichen und geistlichen Italien den Blick auf die noch im 19. Jahrhundert gemeinrechtlichen deutschen Verhältnisse, so sind Parallelen zu beobachten. Sie sind in der allgemeinen Struktur des Gesetzes⁵⁴ und der daraus entstehenden Anwendungsproblematik begründet. Im Ancien Régime war die “incertitudo iuris” ein oft behandeltes Thema⁵⁵. Rechtsquellenlehre und Praxis behandeln bis heute diese Dauerfrage des Rechts. Die Rechtsprechungssammlungen zeigen im 19. Jahrhundert in der Darstellung und Auswahl der Urteile auch die Auffassungen über die Aufgaben, Funktionen und Intentionen des Rechtslenkungsinstrumentes “Gesetz”. Sie bilden – wie Gönner 1810 formulierte – «jenen Spiegel», in dem man auch die «Lücken, Mängel oder Vorzüge des Gesetzbuchs (...) in ihrer wahren Gestalt erblickt»⁵⁶. Es ist heute unbestritten, dass – wie Max Weber erklärte – «dieses Versagen das prinzipielle Schicksal aller Gesetze gegenüber der Irrationalität der Tatsachen» darstellt⁵⁷.

Die «anticipirte Erfahrung» des normierenden Gesetzgebers wird erst bei der Anwendung durch den Richter «im Concreten reproducirt» und offenbart erst im Entscheidungsprozess die «Lücken, Fehler und Mängel des positiven Rechts»⁵⁸. Erst durch die Arbeit des Gerichts wird das Gesetz «zu einer

⁵⁰ Cf. Fleury, *Droit public de France*, tome I, partie 2, à Paris 1769, p. 22.

⁵¹ Cf. *Collecção chronologica dos assentos das casas da supplicação e do civil*, Coimbra, na Imp. da Univ., 1791.

⁵² J.St. Pütter, *Institutiones iuris publici Germanici*, Göttingen, sumtibus viduae Vandenhoeck, 1782³, p. 282 (§ 273).

⁵³ E.A. Haus, *Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs sowohl an den deutschen Territorial- als höchsten Reichsgerichten*, Erlangen 1798, p. 102.

⁵⁴ Cf. dazu oben pp. 350-352.

⁵⁵ J.R. Ernestus, *Dissertatio iuridica de iuris incertitudine*, Altdorf, Litteris Iod. Guil. Kohlesii, 1718.

⁵⁶ N.Th. von Gönner, *Vorschlag einer Sammlung aller wichtigen Urtheile besonders von den Obergerichten, als Mittel zur Vervollkommnung der Gesetze. Ein Beitrag über das Verhältniß der Jurisprudence zur Doctrin und Legislation*, in N.Th. von Gönner, *Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums*, 3. Band, Landshut 1810, p. 213.

⁵⁷ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, ed. von J. Winckelmann, Köln-Berlin 1964, p. 649.

⁵⁸ So heißt es in *Archiv für practische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts ...mit namentlicher Rücksicht auf Gerichtsaussprüche und Gesetzgebung*, ed. M. Schäfer (e.a.), Band I,

Vollendung geführt»⁵⁹. Das dokumentieren die Rechtsprechungssammlungen in allen Ländern, die vor allem in Deutschland im 19. Jahrhundert in so großer Zahl erschienen⁶⁰, dass auch Kritik an der Masse dieser Publikationen geübt wurde⁶¹.

6. Was die *Constitutio Tanta*⁶² bereits als eine Erfahrung festgestellt hatte, dass nämlich «nihil est in ea, quod stare perpetuo possit», glaubte auch der Redaktor der ersten Kommission (1881) für das deutsche *Bürgerliche Gesetzbuch* bei seiner Vorlage 1887 wiederholen zu sollen:

Kein Gesetz kann (...) vollständig sein (...) Haben wir einmal einen einheimischen Kodex: so soll die Wissenschaft und Praxis ihn ganz in seinem Geiste fortbilden und auf seinem Geist fortbauen⁶³.

Gebhardt stellt die drei Rechtsquellen Gesetz, Wissenschaft und Rechtsprechung in einen wechselseitigen Ergänzungszusammenhang, durch den fehlende Gesetzgebung im Wege der "Analogie" ergänzt werden soll. Damit folgte Gebhardt der Ansicht von Wächter⁶⁴ und berief sich zusätzlich auf D 1.3.27:

Semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas res pertinent, quae quandoque similes erunt.

Die *res similes* sollten als Leitfigur und Hilfskonstruktion zur Lückenfüllung dienen, wie es in der spätmittelalterlichen Lehre gefordert worden war⁶⁵. Diese Aufgabe wurde der «Wissenschaft und Praxis» gestellt und kann aus den Sammlungen abgelesen werden. Die Normativkraft schwankt zwischen abgestufter Gesetzesbindung sowie richterlicher Selbstbindung und repräsentiert dementsprechend entweder den autonomen «Richterkönig» oder den zur «leblosen Maschine»⁶⁶ herabgesunkenen «Subsumtionsautomaten»⁶⁷.

Regensburg 1852, p. VI s. Cf. dazu H. Mohnhaupt, *Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung im späten 18. und 19. Jahrhundert in Deutschland. Zu Funktion und Zweck ihrer Publizität*, in F. Battenberg und F. Ranieri (ed.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa. Festschrift für B. Diestelkamp*, Weimar-Köln-Wien 1994, pp. 403-420: 420.

⁵⁹ *Archiv* (n. 58), p. VII.

⁶⁰ Cf. H. Mohnhaupt, *Rechtsprechungssammlungen: Deutschland*, in F. Ranieri (ed.), *Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa (1800-1945)*, 1. Halbband, Frankfurt am Main 1992 (Rechtsprechung. Materialien und Studien, 3), pp. 95-325.

⁶¹ P. Krückmann, *Die Gerichtlichen Entscheidungssammlungen im Buchhandel*, in «Archiv für Bürgerliches Recht», 33 (1909), pp. 273-277.

⁶² Cf. oben zu n. 12; ebenso Aristoteles (oben n. 24).

⁶³ A. Gebhardt, *Allgemeiner Teil*, Teil 1, ed. W. Schubert, Berlin-New York 1981, p. 35.

⁶⁴ K.G. von Wächter, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen*, Leipzig 1853, p. 269.

⁶⁵ Cf. oben die Beispiele zu n. 34 und n. 35.

⁶⁶ So Gönner, *Vorschlag* (n. 56), p. 207.

⁶⁷ Cf. den bezeichnenden Titel von R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986 (Rechtsprechung. Materialien und Studien, 1).

Das Hauptziel der Sammlungen besteht darin, die Einheitlichkeit der Urteilspraxis zu garantieren.

So wichtig als die Einheit des Gesetzes ist aber auch die Einheit und Gleichförmigkeit in der Anwendung desselben⁶⁸.

Nur diese «Gleichförmigkeit» konnte die Rechtssicherheit ermöglichen, die das Ziel aller praktischen Jurisprudenz war und ist⁶⁹. Präjudizieneigenschaft und gewohnheitsrechtliche Urteilspraxis dienten als Legitimation für eine gesetzesähnliche Normativkraft der Urteile, nämlich «eine constante Entscheidung zweifelhafter Rechtsfragen heranzubilden» und auf diesem Wege «die Lücken der Gesetzgebung auszufüllen»⁷⁰. In diesem Zusammenhang gewinnt der Begriff der «Autorität» des Urteils⁷¹ – wie in der Rota-Literatur – in den Sammlungen an Gewicht. So wird den Urteilen auf Grund «stets gleichförmiger Anwendung eine solche Autorität» zugesprochen,

daß sie gerade so beobachtet werden müssen, als ob sie förmlich vom Gesetzgeber ausgegangen seien⁷².

Dieser Herausgeber ging sogar soweit zu erklären, dass bei Zweifeln und Lücken im Gesetz der Richter «hier zugleich Gesetzgeber» werde.⁷³ Die grundsätzliche Frage: «Wie verhalten sich nun Urteilssprüche zum Rechte?», beantworten die Sammler der preußischen *Rechtssprüche* ganz in diesem Sinne:

So lange keine Gesetze vorhanden sind, vertreten sie gewissermaßen Gesetzesstelle. Durch die Urteile gibt sich das Recht kund⁷⁴.

Den Zusammenhang zwischen fehlendem Gesetz und daraus folgendem Autoritätszuwachs für das Urteil hatte schon De Luca betont⁷⁵. Die Bewertungen «konstanter» Rechtsprechung mit dem Rang von «Gesetzen» – «pondus auctoritatis», «vis legis» im 16. Jahrhundert⁷⁶ oder der Autorität des gewohnheitsrechtlichen «Gerichtsgebrauchs» im 19. Jahrhundert – sind nicht im streng verfassungsrechtlichen Sinne zu interpretieren. Sie zeigen aber das große

⁶⁸ So die Kaiserliche Verordnung vom Januar 1852, in «Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung», Nr. 21. III. Jahrgang, Wien, 17. 2. 1852, p. 81.

⁶⁹ Cf dazu im Einzelnen H. Mohnhaupt, *Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland*, in C. Peterson (ed.), *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit*, Lund 1993 (Rättshistoriska Studier, Serien II, 19), pp. 117-143.

⁷⁰ C. Arends (ed.), *Sammlung interessanter Erkenntnisse aus dem gemeinen und bayer'schen Civil-Rechte*, I, Nördlingen 1845, pp. III s.

⁷¹ Cf. G. Gorla, *L'origine e l'autorità delle raccolte di giurisprudenza*, in «Annuario di diritto comparato e di studi legislativi», 44 (1970), pp. 4-23.

⁷² E. Kind (ed.), *Sammlung auserlesener Rechtssprüche und Rechtsgutachten für Richter und Advokaten*, Leipzig 1836, p. V.

⁷³ Kind, *Sammlung* (n. 72), p. VI.

⁷⁴ A.H. Simon und H.L. v. Strampf (ed.), *Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe*, I, Berlin 1834², p. V.

⁷⁵ Cf. oben zu n. 47.

⁷⁶ Cf. oben zu n. 42.

Bedürfnis, angesichts der Strukturmängel des Gesetzes Normativität durch Urteile zu begründen, wo eine ausreichende Gesetzes-Normativität nicht besteht und das Gesetz «hinter der fortschreitenden Cultur des Rechts und der Politik zurückgeblieben ist»⁷⁷. Folglich wurde auch der Gerichtsgebrauch «nach gemeinem Rechte (als) eine gültige Norm» bewertet⁷⁸. Darin sah Nahmer 1824 ein “Wechsel-Verhältnis” zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung, wie es Ascheri treffend für das 16./17. Jahrhundert als “Wechselwirkung” bezeichnet hatte⁷⁹. In diese “Wechselwirkung” war in den Rechtsprechungssammlungen teilweise auch die Rechtswissenschaft einbezogen. Die normative Kraft des Gerichtsgebrauchs soll erst durch die Zustimmung der Rechtswissenschaft möglich werden⁸⁰.

Andererseits erklären einige Sammlungen es als ihre Aufgabe, durch die Publikation der kontroversen Urteile der Gesetzgebung zuzuarbeiten⁸¹, um aus den «Materialien» der Gerichte «förmliche Gesetze bilden zu können»⁸².

In diesem Sinne haben Gerichte und Herausgeber von Rechtsprechungssammlungen so genannte “Rechtssätze”, und “Grundsätze” formuliert, die auch als “leitende Norm” bezeichnet wurden.

Die rechtshistorische Erfahrung zeigt, dass das Rechtsquellensystem darauf angewiesen ist, Versagen und Strukturschwäche der Rechtsgattung “Gesetz” in einem andauernden Prozess der Selbstkorrektur durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nachzubessern und funktionsfähig zu halten. Dieser Befund zeigt auch, dass das Ideal der umfassenden Kodifikation brüchig geworden ist. Auch auf diesen Zusammenhang zwischen Rechtsprechung und Kodifikation hat Mario Ascheri klarsichtig hingewiesen⁸³.

⁷⁷ C.F.G. Merkel, *Die Politic der Rechtspflege dargestellt in ihren Verhältnissen zum allgemeinen Privatrechte*, Theil I, Leipzig 1808, p. 49.

⁷⁸ So W. von der Nahmer, *Abhandlung über den Gerichtsgebrauch und über den Zweck, die Vortheile und Nachtheile der Sammlungen von gerichtlichen Erkenntnissen*, in W. von der Nahmer, *Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des (...) Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden*, 1. Band, Frankfurt am Main 1824, pp. 9, 18.

⁷⁹ Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (n. 1), p. 1123 (cf. oben p. 349).

⁸⁰ Cf. A. Habicht, *Rechtliche Erörterungen und Entscheidungen gemeinrechtlicher Controversen entnommen aus den richterlichen Arbeiten*, I, Zerbst 1843, p. VII.

⁸¹ Ph.G.L.W. Waldeck (ed.), *Controversen-Entscheidungen des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichts des Herzogthums Braunschweig*, Theil I, Braunschweig 1827, pp. IX-XII.

⁸² Chr.Fr.A. Tafel, *Auserlesene Civil-Rechtssprüche der höheren Gerichtsstellen*, Band I, Stuttgart 1846, p. VIII.

⁸³ Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (n. 1), p. 1115.