

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

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 Ruhestandes¹. 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“² 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,

¹ So bereits *Slapnicar*, Palandt, 1699, über den „Palandt“.

² *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: http://www.deutsche-biographie.de)
<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 ¹	<i>A. Erler et al.</i> (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (1. Aufl., 1971–1998)
HRG ²	<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: http://www.deutsche-biographie.de)
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> , Summa Theologiae, <i>prima pars – prima pars secundae partis – secunda pars secundae partis</i> (z.B. in: <i>ders.</i> , Opera omnia iussu impensaque Leonis XIII P.M. edita [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.), Theologische Real-Enzyklopädie (1977–2004)
TRG	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
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	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesam(m)te Handelsrecht
ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG Germ. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG Kan. Abt.	– Kanonistische Abteilung
ZRG Rom. Abt.	– Romanistische Abteilung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

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

Franz von Liszt (1881)¹

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 gesehen². 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“ zusammenzustellen³. 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“⁴. 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-

¹ *v. Liszt*, Rez. Voitus, 1120.

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

³ *Voitus*, Kontroversen.

⁴ *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 Fall⁵, 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 Urteilen⁶ – 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“⁷ – heute wie vor 100 Jahren. Wer daher eine „litterarische Sintflut“⁸ oder eine „veritable Kommentar-Schwemme“⁹ 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 geführt¹⁰. Auch der Wissenschaftsrat äußerte sich im Jahr 2012 skeptisch zum wissenschaftlichen Mehrwert zusätzlicher Kommentare¹¹.

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

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

⁶ Aus Kommentatorenseite etwa Schönke/Schröder/*Eser et al.*, StGB²⁹, Vorwort. Weitere Nachweise unten S. 91 Fn. 592.

⁷ So im Jahre 1896 *Weil*, Litterarische Sintflut, 276.

⁸ Ebd.

⁹ *Zimmermann*, Bücher des Jahres [2011], 3557.

¹⁰ *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.

¹¹ *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 fehlt¹². Das war 1881 oder 1896, als man noch vordigital vom Kopieren mit „Papierscheere und Kleistertopf“ sprach¹³, nicht anders als heute im Zeitalter von *copy & paste*, auch wenn sich manche Rahmenbedingungen grundlegend geändert haben¹⁴. 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-Kommentar¹⁵, lapidar: „Was da drin steht, gilt“¹⁶. Teilweise wird auch – etwas scherzhaft, zugegeben – der Umkehrschluss gezogen: „Quod non est in Palandt, non est in mundo“¹⁷. 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 hat¹⁸? Eher als der Blick ins Gesetz ist es also der Blick in den Kommentar, der die Rechtsfindung erleichtert¹⁹. *Iura novit commentarius*.

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

¹² Zimmermann, Bücher des Jahres [2011], 3557.

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

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ *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).

¹⁷ *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.

¹⁸ Vgl. bereits *Henne*, Prägung des Juristen, 352.

¹⁹ *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?“²⁰, so zeugt das nicht nur von einer Verkennung wissenssoziologischer Realitäten, sondern birgt im Kern eine berechtigte 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“ interpretiert²¹, müsste der den Kommentator, der doch noch viel weniger als der Richter bloß der „Mund des Gesetzes“ ist²², nicht erst recht für einen solchen Künstler halten, der die „Kunst des Guten und Gerechten“²³ 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 widerstreitet?

Klar ist jedenfalls, dass eine Rechtstheorie, aber auch eine rechtshistorische Forschung, unterkomplex bleibt, wenn sie derartige Fragestellungen ausblendet²⁴. 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 Standards²⁵. 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-

²⁰ Als wahre Geschichte überliefert bei *Henne*, Prägung des Juristen, 352.

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

²² *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).

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

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

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

werk gesellschaftlicher Selbstverständigung²⁶, als Kommunikationssystem²⁷, das neben Regeln aus Akteuren, Institutionen und Medien²⁸ besteht, kurz: als Diskurs²⁹. Maßgeblich vollzieht sich dieser Diskurs im Medium der Schrift, also in einem Geflecht aus miteinander verwobenen Texten³⁰. Bestimmte Traditionen und Textgattungen bilden „zeichenbezogene Konfigurationen“ des Diskurses³¹. Wie jeder Diskurs kennt auch das Recht verschiedene Spielarten der Intertextualität³². Der Kommentar erscheint hier als besonders wichtiges Medium der Kommunikation über Recht³³, nicht nur wegen seiner praktischen Relevanz, sondern auch wegen seiner modellhaften Anknüpfung an einen bestimmten Referenztext, der dem Kommentar zugrunde liegt³⁴.

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 Juristen³⁵. 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 lernen³⁶. 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“³⁷.

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

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

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

²⁹ 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.

³⁰ Vgl. *Vesting*, Medien des Rechts II.

³¹ *Oesterreicher*, Autorität der Form, 14.

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

³³ *Henne*, Prägung des Juristen, 352 f.

³⁴ Dazu sogleich unter 3.

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

³⁶ Ähnlich *Jansen*, Rechtssystem und informelle Autorität, 71 f.

³⁷ *Jansen*, Rechtssystem und informelle Autorität, 72.

2. Forschungsstand

Intensive Reflexionen über Struktur, Stellenwert und Funktionen juristischer Kommentare sind in der Forschung bisher Mangelware³⁸. Die hohe Bedeutung von Kommentaren kontrastiert mit einem relativen „Reflexionsdefizit“ der Rechtswissenschaft³⁹. Überhaupt ist die Bedeutung von Textformen für den juristischen Diskurs wenig erforscht⁴⁰. 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 widerspiegeln⁴¹. Eine vergleichbare aktuellere Darstellung gibt es nicht⁴². 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 Vernunftrechts⁴³. 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 1870⁴⁴. Der

³⁸ 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.

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

⁴⁰ 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).

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

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

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

⁴⁴ 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“⁴⁵. Für die Zeit um 1900 hat zudem *Heinz Mohnhaupt* in einem längeren Aufsatz wichtige Pflöcke eingeschlagen⁴⁶.

Auskunft über die Kommentarliteratur des 19. und 20. Jahrhunderts enthalten ferner einige Werke der Verlagsgeschichte⁴⁷. 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 Ausnahme⁴⁸. Im Übrigen sind sie zu meist, selbst bei einem etwas allgemeiner gewählten Thema, aus der Beteiligtenperspektive entweder des Verlegers oder des beteiligten Kommentators geschrieben⁴⁹. 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“ skizziert⁵⁰. Gute Anregungen bietet mit seinen teils überspitzten Thesen ferner ein Aufsatz von *Thomas Henne* über die „Prägung des Juristen durch die Kommentarliteratur“⁵¹. Schließlich hat *Bernadette Tuschak* die Rolle der Kommentare als „Bezugs-

⁴⁵ *Willoweit*, Juristische Literatur (2007), 4.

⁴⁶ *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.

⁴⁷ 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)?

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

⁴⁹ 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).

⁵⁰ *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).

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

quellen“ herrschender Meinung untersucht⁵². Bei diesen Werken ist allerdings der moderne Gesetzeskommentar deutscher Prägung Gegenstand und Grenze der Überlegungen⁵³. Ein breiteres historisches Spektrum von der Antike bis zur Moderne versucht jetzt ein interdisziplinär angelegter Sammelband „Kommentare in Recht und Religion“ zu erschließen⁵⁴.

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 Kommentaren⁵⁵. Mehrere Sammelbände, oft interdisziplinär unter Einbeziehung von Philosophie, Theologie und Religionswissenschaften entstanden, halten ein reiches Material, häufig auch theoretisch weiterführende Gedanken bereit⁵⁶. 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“⁵⁷; dem Vergleich mit Kommentarspezies aus anderen „Familien“ sollte das aber nicht im Wege stehen⁵⁸. Zumindest lassen sich auch für die Beschäftigung mit juristischen Kommentaren die anderweitig erarbeiteten theoretischen Ansätze⁵⁹ fruchtbar machen.

⁵² *Tuschak*, Herrschende Meinung (2009), 79–130, 216–276.

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

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

⁵⁵ Überblick etwa bei *Lüdeke*, *Kommentar* (o.J.). Abrisse der Gattungsgeschichte finden sich etwa bei *Fladerer/Börner-Klein*, *Kommentar* (2006) [Antike]; *Guthmüller/Marshall/Eleuteri*, *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.

⁵⁶ 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). Monographien scheinen aber auch hier zu fehlen.

⁵⁷ Vgl. *Köttgen*, *Kommentare zum Grundgesetz*, 77.

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

⁵⁹ 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“⁶⁰. 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 Textes⁶¹ und doch andererseits dessen Hypothek⁶², der Schatten der Rechtsregel⁶³, ein Computer der Diskursdaten⁶⁴, juristische Dampfmaschine⁶⁵ – oder doch eher Kochbuch für juristische Praktiker⁶⁶?

Eine trennscharfe Definition des Kommentars zu geben und ihn präzise von anderen Gattungen abzugrenzen, ist wohl weder heuristisch nötig noch überhaupt möglich⁶⁷. 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 stiften⁶⁸. 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

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

⁶¹ *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“.

⁶² *Gladigow*, *Kommentar als Hypothek*.

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

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

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

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

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

⁶⁸ 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 handeln⁶⁹. 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 verstanden⁷⁰, sondern das Recht, soweit es in einem konkreten Text Gestalt gewonnen hat⁷¹. 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 enthalten⁷². 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“⁷³.

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

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

⁷⁰ Anders *G.-P. Calliess*, Kommentar und Dogmatik, 381.

⁷¹ 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.

⁷² 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.

⁷³ 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.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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 Kommentars⁷⁶. Auch alphabetisch oder selbständig-systematisch angeordnete Werke sind keine Kommentare in diesem Sinne, selbst wenn sie unter der Flagge des Kommentars segeln⁷⁷.

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-dienende⁷⁸ oder eine materiell-kerygmatische Entfaltung⁷⁹), 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 entstehen⁸⁰, 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 veranschaulicht⁸¹. 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 fortentwickelt⁸².

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.

⁷⁶ Vgl. *Morlok*, Text hinter dem Text, 104.

⁷⁷ So etwa einige juristische „StichwortKommentare“; dazu unten S. 92f.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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.

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

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

⁸² Vgl. unten Kap. III, 4.