

§ 3. Die Positivierung des Rechts

These 3

Die Unterscheidung von rechtlicher Geltung und wissenschaftlicher Wahrheit geht auf Diskussionen in der politischen Theorie im 17. Jahrhundert und auf eine parallele Neuausrichtung der Rechtswissenschaft im usus modernus zurück. Zu einer wirklichen Differenzierung von Rechtswissenschaft und Rechtssystem hat diese Unterscheidung indes nicht geführt; und sie trägt seither eine doppelte Bedeutung.

Mit dem Begriff der Positivierung ist üblicherweise ein Differenzierungs- bzw. Modernisierungsprozess gemeint,⁵⁰ der zu einem positivistischen Rechtsverständnis hinführt, das als ein Kennzeichen moderner Rechtsordnungen gilt. Dabei ist der Begriff des Rechtspositivismus allerdings mehrdeutig wie wenig andere Begriffe der Rechtswissenschaft; und er trägt unklare normative Konnotationen mit sich. Insbesondere kann die Positivierung des Rechts eine Entkoppelung des Rechts von der Moral bedeuten, die man bedauern oder begrüßen kann. Ebenso kann man damit aber auch die Vorstellung des Rechts als einer im Kern kontingenten Normordnung verbinden, die ihre Legitimation nurmehr aus dem Feld der gesetzgebenden Politik bezieht.

Im Rahmen einer Differenzierungsgeschichte scheint es mir allerdings hilfreicher zu sein, nicht auf eine derart normativ aufgeladene Vorstellung eines positivistischen Rechtsbegriffs abzustellen, sondern die Positivierung des Rechts primär als Differenzierung von rechtlicher Geltung und wissenschaftlicher Wahrheit und damit von Wissenschaft und Rechtssystem zu begreifen. Denn oben (These 1) ist deutlich geworden, dass die Legistik ihre Autonomie ursprünglich als Wissenschaft vom römischen Recht gewann; ihre zentrale Institution blieb immer die Universität, nicht das Gericht. Ein selbständiges Rechts-

50 N. Luhmann, Rechtssoziologie (1972), 4. Aufl., 2008, 190–205.

system neben dem Wissenschaftssystem konnte es dementsprechend zunächst nicht geben. Eine Unterscheidung rechtlicher Geltungs- und wissenschaftlicher Wahrheitsansprüche wäre den Legisten Bolognas jedenfalls ebenso wenig in den Sinn gekommen wie heutigen politischen Philosophen wie etwa *Rawls* oder *Habermas*. Für Juristen ist die Unterscheidung indes selbstverständlich.

„Auctoritas non Veritas facit legem“:⁵¹ In dieser prägnanten Formulierung von *Thomas Hobbes* (1668), die in der englischen Originalversion des *Leviathan* von 1651 übrigens keine direkte Entsprechung findet,⁵² ist die Differenz von Wahrheit und Geltung in der Welt: Wissenschaftler unterscheiden wahre von falschen Aussagen. Juristen entscheiden: Sie unterscheiden Normen, die gelten, von solchen, bei denen das nicht der Fall ist. Im Recht gibt es also keine Wahrheit; hier geht es um die Frage „was gilt?“

Diese Differenz von Geltung und Wahrheit ist etwas anderes als die Differenz von positivem Recht und Naturrecht.⁵³ Allenfalls mittelbar trennt sie Recht und Moral; primär geht es um den Unterschied von

51 *T. Hobbes, Leviathan* (engl./lat. 1651/1668), hrsgg. von N. Malcolm, 3 Bde, 2012, Bd. II und III (engl./lat.), cap. 26 (II/431): „In Civitate constituta, Legum Naturae Interpretatio non à Doctoribus & Scriptoribus Moralis Philosophiae dependet, sed ab Autoritate Civitatis. Doctrinae quidem verae esse possunt; sed Auctoritas non Veritas facit legem.“

52 Vgl. parallel *Hobbes, Leviathan* (engl.) (Fn. 51), cap. 26 (II/430): „The Interpretation of the Lawes of Nature, in a Common-wealth, dependeth not on the books of Morall Philosophy. The Authority of writers, without the Authority of the Common-wealth, maketh not their opinions Law, be they never so true. That which I have written in this Treatise concerning the Morall Vertues, and of their necessity, for the procuring, and maintaining peace, though it bee evident Truth, is not therefore presently Law; but because in all Common-wealths in the world, it is part of the Civill Law: For though it be naturally reasonable; yet it is by the Sovereigne Power that it is Law: Otherwise, it were a great errour to call the Lawes of Nature unwritten Law; whereof we see so many volumes published, and in them so many contradictions of one another, and of themselves.“

53 Insoweit verkürzt *J. Schröder, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit*, 2. Aufl., 2012, 99 ff., der „die ‚Positivierung‘ des positiven Rechts“ auf einen dualistischen Rechtsbegriff zurückführt, der Natur- und positives Recht unterscheiden habe. Indes ist die Differenz von Naturrecht und positivem Recht so alt wie die Vorstellung eines Naturrechts; in der Form der Differenz von *ius naturae* und *ius civile* war sie im 15. Jahrhundert zum Motor der Fort-

wissenschaftlichen Wahrheits- und politischen Herrschaftsansprüchen. Dahinter steht die Überzeugung, dass Herrscher zu entscheiden haben, wo man nicht wissen kann, was wahr und falsch ist. Es bildet deshalb keinen Zufall, dass diese Differenz im Zeitalter der Religions- und Bürgerkriege formuliert wurde, und dass die Formulierung aus der Feder eines Autors floss, der außerhalb des Felds der Wissenschaft stand und als Berater politischer Akteure agierte:⁵⁴ *Hobbes* war weder Jurist noch Professor. Er verdankte seine gesellschaftliche Stellung seiner humanistischen Bildung und Anstellungen an Höfen des Hochadels. Diese gesellschaftliche Positionierung ist repräsentativ für die politischen Intellektuellen der frühen Neuzeit. Ähnlich agierten auch andere Intellektuelle wie *Grotius* und *Locke* außerhalb juristischer und theologischer Fakultäten und fanden ihre Beschäftigungen im Feld der Politik. Das Interesse dieser Autoren galt den politisch-religiösen Katastrophen ihrer Zeit und den politischen Interessen der Akteure, bei denen sie ihr Brot verdienten. Entsprechend strebten sie nicht primär nach akademischer Anerkennung. Und natürlich hatten sie ganz andere Interessen, Präferenzen und Wertvorstellungen als zeitgenössische Professoren.

Mit seiner Differenzierung von *auctoritas* und *veritas* wandte *Hobbes* sich insbesondere gegen Theologen und Juristen. Denn „... commonly they that call for right reason to decide any controversy, do mean their own“.⁵⁵ *Hobbes* hatte im *civil war* gesehen, wie Wahrheitsansprüche von Klerikern und Juristen zu Quellen von Terror und Gewalt wurden.⁵⁶ Ihm musste deshalb daran gelegen sein, diese *noblesse*

bildung des Naturrechts in der Spätscholastik geworden. Den entscheidenden Impuls im Zeitalter der Religionskriege setzte vielmehr die Konfessionalisierung der Wahrheit.

54 Zu den politischen und religiösen Frontlinien, die in England zum *civil war* führten, und zur antiklerikalen politischen Philosophie skeptischer Humanisten wie John Selden, ausführlich und anschaulich, *R. Tuck*, *Philosophy and Government*. 1572–1651, 1993, 202–278.

55 So 1640 *T. Hobbes*, *The Elements of Law. Natural and Politic*, hrsgg. von F. Tönnies, 2. Aufl., 1969, 188.

56 Näher *Tuck*, *Philosophy* (Fn. 54), 314 m.N. Ende 1640, kurz vor dem *civil war*, hatte er selbst aufgrund royalistischer Positionen nach Paris emigrieren müssen.

de la robe aus dem Feld der Politik zu drängen. Wo normative Fragen verbindlich zu entscheiden waren, konnte das legitim nicht im Rückgriff auf den „right reason“ von Professoren, sondern nur politisch geschehen.⁵⁷ In Hobbes' Rechtssystem war deshalb von vornherein kein Raum mehr für eine gelehrte Jurisprudenz, denn Juristen stritten nicht weniger über das Recht als Theologen über die Religion.⁵⁸ Für Hobbes bedeutete es eine Anmaßung, derartig streitige normative Fragen im Modus der Wahrheit zu entscheiden. Solche Entscheidungen fielen in die Kompetenz souveräner Herrscher, und das hieß: ihrer politisch verantwortlichen Administration.

Hobbes hat seinen voluntativ-positivistischen Rechtsbegriff wesentlich schärfer formuliert als andere Zeitgenossen. Freilich konnte er sich in vielem insbesondere an *Grotius* anlehnen,⁵⁹ der ebenso wie *Hobbes*⁶⁰ dem Naturrecht das *ius voluntarium* gegenübergestellt hatte, also das im Kern positive Recht, dessen Bindungswirkung auf einem Willensakt beruhte,⁶¹ und das inhaltlich dementsprechend beliebig war. Ebenso wie *Hobbes* hatte *Grotius* dabei das Gesetz gedanklich ins Zentrum gestellt;⁶² das auf dem Kontinent zentrale gemeine Recht fand hier keinen rechten Platz. Und ganz genau wie *Hobbes* hatte *Grotius* schließlich die Bindungswirkung des Rechts mit der *summa po-*

57 *Hobbes*, *Elements of Law* (Fn. 55), 189: „for example, upon the occasion of some strange and deformed birth, it shall not be decided by Aristotle, or the philosophers, whether the same be a man or no, but by the laws.“

58 *Hobbes*, *Leviathan* (engl./lat.) (Fn. 51), *cap.* 26 (II/422 ff.). Daher die These, die einzige (legitime) Form der Gesetzesauslegung sei die *interpretatio authentica* durch den Herrscher selbst: *loc. cit.*, *cap.* 26 (II/430 f.).

59 *H. Grotius*, *De iure belli ac pacis libri tres, cum notis Jo. Fr. Gronovii et Joannis Barbeyracii* (Leipzig 1758; zuerst 1625), *lib.* I, *cap.* I: „Quid bellum? Quid ius?“.

60 *Hobbes*, *Leviathan* (engl./lat.) (Fn. 51), *cap.* 26 (II/441 f.): „Another division of Lawes, is into *Naturall* and *Positive*. ... *Positive*, are those which have not been from Eternity; but have been made Lawes by the Will of those that have had the Sovereign Power over other; and are either written, or made known to men, by some other argument of the Will of their Legislator.“

61 *Grotius*, *De iure belli ac pacis* (Fn. 59), *lib.* I, *cap.* I, § IX, *n.* 2.

62 *Grotius*, *De iure belli ac pacis* (Fn. 59), *lib.* I, *cap.* I, § XIV, *n.* 1: „Est ergo hoc (*scil.* ius humanum) vel civile, vel latius patens, vel arctius.“

testas des Souveräns erklärt.⁶³ Besonders interessant ist dabei vor allem, wie *Grotius* diese *summa potestas* bestimmte,⁶⁴ nämlich mittels der Unterscheidung von *potestas* und *auctoritas*. Mit informeller politischer *auctoritas*, wie sie der römische Senat mit seinen *Senatusconsulta* ausgeübt hatte, konnte *Grotius* nichts anfangen.⁶⁵ Herrscher befahlen und entschieden. Sie taten das in Gesetzen, Urteilssprüchen und Einzelfallentscheidungen.⁶⁶ Herrscher brauchten nicht zu argumentieren, und sie sollten das auch gar nicht tun. Nichts anderes meinte *Hobbes* mit der Gegenüberstellung von *authoritas* und *veritas*. Denn *authoritas* trägt hier gerade nicht die ursprüngliche Bedeutung, sondern steht als Zentralbegriff einer Repräsentationstheorie politischer Herrschaft und bezeichnet die legitime Macht des „autorisierten“ politischen Vertreters; in der Sache geht es um die *potestas* des Souveräns.⁶⁷

Wenn in der politischen Theorie des 17. Jahrhunderts mit alldem selbstverständlich wurde, dass das Recht einen Ausdruck letztlich beliebiger Entscheidungen politischer Herrscher bildete,⁶⁸ so war dies also nicht einfach das Resultat einer theoretischen Kontroverse. Viel-

63 *Hobbes*, *Leviathan* (engl./lat.) (Fn. 51), *cap.* 26, *passim*; *Grotius*, *De iure belli ac pacis* (Fn. 59), *lib.* I, *cap.* I, § XIV, n. 1.

64 *Grotius*, *De iure belli ac pacis* (Fn. 59), *lib.* I, *cap.* IIII („Belli partitio in publicum et privatum. Summi imperii explicatio“), §§ VI ff.

65 *Grotius*, *De iure belli ac pacis* (Fn. 59), *lib.* I, *cap.* IIII, § XIX: Die *auctoritas senatus*, so *Grotius* (schief) sei letztlich dem Volk untertan gewesen; man müsse dementsprechend sagen, dass das römische Volk eine unbeschränkte Alleinherrschaft ausgeübt habe. An anderer Stelle sprach *Grotius* daher von einer *potestas senatus* (*loc. cit.* § X, n. 5) oder von einem *senatus iudicium* (*loc. cit.* § V, n. 5), wo in Rom von einem *senatus consultum* die Rede gewesen wäre.

66 *Grotius*, *De iure belli ac pacis* (Fn. 59), *lib.* I, *cap.* IIII, §§ VI, n. 1.

67 *Hobbes*, *Leviathan* (lat.) (Fn. 51), *cap.* 26 (II/414 ff.); zum Ganzen *H.F. Pitkin*, *Hobbes's Conception of Representation I, und II*, *American Political Science Review* 58 (1964), 328–340 und 902–918; *ead.*, *The Concept of Representation*, 1967; *A.P. Martinich*, *Authorization and Representation in Hobbes's Leviathan*, in: *id.*, *K. Hoekstra* (Hg.), *The Oxford Handbook of Hobbes*, 2016, 315–338. Den historischen Kontext rekonstruiert insbesondere *Q. Skinner*, *Hobbes on Representation*, *European Journal of Philosophy* 13 (2005), 155–184.

68 Repräsentativ und autoritativ *S. Pufendorf*, *De iure naturae et gentium libri octo* (cum integris commentariis *Io. Nic. Hertii* atque *Io. Barbeyraci*, Frankfurt/Leipzig

mehr traten hier politische Akteure gegen juristische und theologische Eliten an und kämpften um gesellschaftlichen Einfluss. Den politischen Akteuren einer Ausdifferenzierung von Recht und Politik ging es um eine politische Delegitimierung von Theologie und gelehrter Jurisprudenz. Einfache Gesetze, so nahm man an, könnten Juristen entbehrlich machen. *Hobbes'* Positivismus stand damit für ein politisches Programm: für eine Aufwertung der Politik und eine Abwertung wissenschaftlicher Expertise bei der Entscheidung normativer Konflikte.

Um die Positivierung des Rechts zu verstehen, genügt es freilich nicht, die Ideengeschichte politischer Theorien nachzuzeichnen. Entscheidend waren vielmehr Prozesse innerhalb des Felds des Rechts; und es gilt deshalb nach der Reaktion von Juristen auf derartige Verschiebungen politischer Legitimationsvorstellungen zu fragen. Dabei war am Ende des 17. Jahrhunderts auch im Alten Reich nicht mehr zu verkennen, dass die Zukunft dem Fürstenstaat gehörte; und es war nur natürlich, dass diese Entwicklung ihren Widerhall nicht nur in der politischen Theorie, sondern auch in der Rechts Theorie und insbesondere in der Rechtsquellenlehre fand.⁶⁹ Mit der neuen politischen Theorie wurde nämlich unklar, warum deutsche Gerichte überhaupt das *Corpus iuris* anwenden sollten,⁷⁰ das indes die selbstverständliche Grundlage der gelehrten Rechtspraxis im Alten Reich bildete. Denn es war bekannt, dass die Anwendung des römischen Rechts ihre Grundlage jedenfalls nicht im Anwendungsbefehl eines Kaisers fand.⁷¹

Gleichwohl mochten Juristen das Programm einer Umstellung des Rechts auf fürstliche Gesetzgebung nicht akzeptieren. Aus ihrer Per-

1759), *lib. I, cap. VI, § 1* (Abgrenzung von *lex* und *consilium*), § 4 (*lex* als Gebot des Herrschers an seine Untertanen; *potestas*, nicht *ratio* als Grundlage der Verbindlichkeit).

69 Für den Forschungsstand: *Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 53), 99 ff.

70 *K. Luig*, *Der Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland*, in: *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Atti del terzo congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto), Bd. II, 1977, 819–845.

71 *S. Stryk*, *Discursus Praeliminaris de Usu et Auctoritate Juris Romani in Foris Germaniae*, in: *id.*, *Specimen Usus modernus Pandectarum*, 6. Aufl., 1723 (zuerst 1690 ff.), § 19 ff.

spektive hatte dies Programm auch nur wenig für sich. Zum einen verdankten die Juristen der Frühen Neuzeit, nicht anders als die des Mittelalters, ihre soziale Stellung und ihr Vermögen ihrer Expertise auf dem Gebiet des gelehrten Rechts. Das galt umso mehr, als die juristischen Fakultäten als Spruchkollegien in die Gerichtsverfassung eingebunden waren und in dieser Funktion tagtäglich über Anfragen aus der Praxis zu entscheiden hatten.⁷² Zum anderen hatten die Juristen wenig Grund, ihr Vertrauen auf die fürstliche Gesetzgebung zu setzen. Denn die politisch-religiösen Großkonflikte, die die späthumanistischen politischen Intellektuellen umtrieben, lagen jenseits ihres Alltags von Verträgen, Testamenten, Abgaben und Unfällen. Hier lebte man ohne Kodifikationen in einer oft unüberschaubaren Rechtsvielfalt von lokalen Statuten, Policeygesetzen, örtlichen und überörtlichen Gewohnheiten, Privilegien einzelner Bevölkerungsgruppen sowie überregionalen gemeinen Rechten.⁷³ Gewiss stand hier vieles im Streit. Aber dass Gesetzgeber hier mit umfassenden Gesetzen helfen könnten, war schlechterdings nicht zu erwarten.⁷⁴ Nur ein pragmatischer Umgang mit den komplizierten Regeln des römisch-gemeinen Rechts⁷⁵ versprach hier praxistaugliche Lösungen.

Vor diesem Hintergrund mussten die Professoren ihre Aufgabe darin sehen, die einschlägigen Rechtsmassen dogmatisch zusammenzuführen. Sie begannen deshalb, in ihren Kommentaren zum römischen Recht die Praxis von Gerichten und Spruchfakultäten zu verarbeiten, machten also das tatsächlich geltende Recht zum Gegenstand wissenschaftlicher Literatur.⁷⁶ Damit wurde allerdings unmittelbar sichtbar,

72 Vgl. P. Oestmann, *Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren*, 2015, 189–194.

73 Statt aller Jansen, *Ius commune* (gemeines Recht), in: HWBEuP I (Fn. 41), 916–920 m.w.N.

74 Ausdrücklich Stryk, *De Usu et Auctoritate Juris Romani* (Fn. 71), § 42.

75 Dazu P. Oestmann, *Rechtsvielfalt*, in: N. Jansen, P. Oestmann (Hg.), *Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung*, 2011, 99–123, 111 ff.

76 Siehe etwa G.A. Struve, *Jurisprudentia romano-germanica forensis* (zuerst 1670); Stryk, *Usus modernus* (Fn. 71; ab 1690); J. Voet, *Commentarius ad Pandectas* (1698/1704).

dass römisches Recht nirgendwo in seiner Gesamtheit an die Stelle anderer Rechte getreten war. In Geltung standen, sah man näher hin, immer nur einzelne römische Regeln oder Institute, die jeweils von lokalem Recht ergänzt, überformt und auch uneinheitlich interpretiert wurden. Man konnte römisches Recht also nicht mehr als Ausdruck juristischer Rationalität anwenden; entscheidend war vielmehr die Rezeptionsfrage, wie weit römische Regeln tatsächlich Eingang in die Rechtspraxis gefunden hatten.⁷⁷ Entschieden wurde diese Frage nicht zuletzt von Professoren der Spruchfakultäten.

Damit wurde die kontingente Faktizität auch des gemeinen Rechts zu einem zentralen Diskussionsthema der gelehrten Jurisprudenz; und das bedeutet, dass die Differenz von Geltung und Wahrheit jetzt auch im Feld des Rechts sichtbar wurde. Die im 18. Jahrhundert maßgebliche Erläuterung dazu findet sich in *Samuel Stryk*s Hauptwerk *Usus modernus pandectarum*, mit dem *Stryk* seiner Epoche – dem *usus modernus* – ihren Namen geben sollte.⁷⁸ Anders als Zeitgenossen wie etwa *Simon van Groenewegen*⁷⁹ fragte *Stryk* bei der Anwendbarkeit römischen Rechts allerdings nicht einfach nach dem *usus*, der tatsächlichen Anwendung, denn, so *Stryk* auf dem Boden der herrschenden Rechtsquellendoktrin: nicht auf die Praxis von Untertanen komme es an, sondern auf den Willen des Fürsten.⁸⁰ Entscheidend sei deshalb die *auctoritas* der römischen Quellen, also bemerkenswerterweise genau der Begriff, den *Grotius* als Grundlage einer politischen Theorie ver-

77 *J. Schilter*, *Praxis Juris Romani in Foro Germanico* (Frankfurt/Main, 1733; zuerst 1698), exerc. I, § XII: „... videtur, ut nec Iustiniani promulgatio, ad nos nihil attinens, nos obliget, nec ius illud sub autoritate necessaria, sed probabili tantum ... receptum valet, neque nisi ab observantia, usuque approbantium auctoritatem vimque obtineat“. Entsprechend sei im Prozess nicht abweichendes Recht zu allegieren, sondern umgekehrt der Gebrauch des römischen Rechts darzutun.

78 *Stryk*, *De Usu et Auctoritate Juris Romani* (Fn. 71). Dazu insbesondere *K. Luig*, *Samuel Stryk* (1640–1710) und der „*Usus modernus pandectarum*“, in: *Festschrift für Sten Gagnér*, 1991, 219–235, 223 ff.

79 *S. van Groenewegen*, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque provincibus*, Den Haag 1649.

80 *Stryk*, *De Usu et Auctoritate Juris Romani* (Fn. 71), § 35: „voluntas Principis est anima Legis“.

worfen⁸¹ und den *Hobbes* fundamental re-interpretiert hatte.⁸² *Stryk* verwendete den Begriff freilich in der unter Juristen üblichen ursprünglichen römischen Bedeutung.

Mit der Frage nach der *auctoritas* des römischen Rechts ging es *Stryk* um den von Rechts wegen erwarteten Rückgriff auf die römischen Quellen. Auch *Stryk* argumentierte also im Kern positivistisch. Er fragte nicht, ob eine Norm vernünftig war, sondern ob sie als autoritativ galt, ob also Juristen davon ausgingen, es werde von ihnen erwartet, diese Norm anzuwenden.⁸³ *Stryk* ging es darum, die in diesem Sinne anwendbaren Normen des römischen Rechts von denen zu unterscheiden, die nicht in diesem Sinne verbindlich waren. Damit hatte *Strys* *auctoritas* eine ähnliche Funktion wie der heutige Begriff der Geltung, folgte aber einer anderen, informell-flexiblen Anwendungslogik. Denn wer von *auctoritas* sprach, kam ohne einen Rechtsanwendungsbefehl aus, der sich für das *Corpus iuris* nun einmal nicht nachweisen ließ;⁸⁴ zudem war der Begriff graduierbar: Jedermann wusste,

81 Oben bei Fn. 64 ff. Das Folgende baut auf auf *Jansen*, Rechtssystem und informelle Autorität, in: P. Becchi u.a. (Hg.), *Texte und Autoritäten. Autorität der Texte*, 2012, 52–78.

82 Oben bei Fn. 67.

83 Zu diesem Konzept der Autorität rechtlicher Texte *Jansen*, *The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, 2010, 41–45. Solche Autorität beruht auf komplexen Anerkennungsprozessen, in denen faktische und normative Faktoren zusammenspielen: Juristen wissen, dass von ihnen erwartet wird, bestimmte Texte als rechtliche Autoritäten zu behandeln; und sie halten diese Erwartungen für legitim. Solche über Erwartungs-Erwartungen vermittelte Anerkennungsprozesse unterscheiden sich strukturell nicht von den Anerkennungsprozessen, die letztlich jede Institution tragen; dazu, aus soziologischer Perspektive, etwa *K.-S. Rehberg*, *Institutionen als symbolische Ordnungen. Leitfragen und Grundkategorien zur Theorie und Analyse institutioneller Mechanismen*, in: G. Göhler (Hg.), *Die Eigenart der Institutionen. Zum Profil politischer Institutionentheorie*, 1994, 47–84, besonders 58 ff.; *id.*, *Weltrepräsentanz und Verkörperung. Institutionelle Analyse und Symboltheorien – Eine Einführung in systematischer Absicht*, in: G. Melville (Hg.), *Institutionalität und Symbolisierung. Verstetigungen kultureller Ordnungsmuster in Vergangenheit und Gegenwart*, 2001, 3–49; *P.L. Berger*, *T. Luckmann*, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Theorie der Wissenssoziologie* (engl./dt. 1966/1969), 22. Aufl., 2009, insb. 57 ff.

84 *Stryk*, *De Usu et Auctoritate Juris Romani* (Fn. 71), §§ 16, 19 ff.

dass die unterschiedlichen *auctoritates*, die es in der juristischen Argumentation zu berücksichtigen galt, von ganz unterschiedlichem Gewicht waren.

Mit seinem *Usus modernus* setzte Stryk auch methodisch Maßstäbe für eine – seinerzeit – moderne Rechtswissenschaft. Anders als die Glossatoren leistete er freilich keine Exegese der Quellen; Stryk nahm für sich gar nicht mehr in Anspruch, die ursprüngliche oder eine „eigentlich richtige“ Bedeutung der römischen Texte zu erläutern. Vielmehr beschrieb er ihren *usus* – ihren Gebrauch in der zeitgenössischen Rechtspraxis.⁸⁵ Der gelehrten Jurisprudenz ging es also nicht um Wahrheit, sondern um die Faktizität des geltenden Rechts. Paradoxiertweise war dieser *usus* für Stryk nun allerdings die gelehrte Wissenschaft selbst. Als Autoritäten allegierte er praktisch ausschließlich gelehrte Literatur sowie Entscheidungen seiner Spruchfakultät. Detailliert beschrieb er die vielstimmigen Kontroversen zu konkreten Fragen des geltenden Rechts; er benannte die Abweichungen des *usus modernus* vom Recht der Römer; und er fügte all das, so gut das ging, in einfache,⁸⁶ kohärente Bilder. Genau das sollte also als Recht gelten, was die gelehrte Jurisprudenz für Recht hielt.

Mit alldem ging es auch Stryk, nicht anders als *Hobbes*, ausschließlich um das positiv geltende Recht seiner Zeit. Allerdings war das positive Recht bei Stryk etwas ganz anderes als das Gesetzesrecht bei *Hobbes*. Denn obgleich der Begriff der *auctoritas* das Recht normativ an den Fürstenwillen band, war Strys Recht – trotz seiner etatistischen Geltungstheorie – in seiner normativen Substanz herrschaftsunabhängig. Es wurde von gelehrten Juristen administriert und an die Bedürfnisse der Zeit angepasst. Eine andere Positivität als die der gelehrten Jurisprudenz war in der Praxis seiner Zeit freilich kaum zu finden. Eine ernstzunehmende privatrechtliche Gesetzgebung gab es nicht, und Gerichte pflegten ihre Entscheidungen nur ausnahmsweise

85 Vgl. Stryk, *Usus modernus* (Fn. 71), *lib.* II, *tit.* XIV, § 1: „Hodie ex omni pacto datur actio“; *lib.* III, *tit.* V, § 1: „Titulus hic in foro utilis“; *lib.* IX, *tit.* II, § 1: „Tituli praesentis usus amplissimus“; *lib.* IX, *tit.* III, § 1: „Usum fori quod attinet“.

86 *Luig*, Stryk (Fn. 78), 228 ff.

zu veröffentlichen.⁸⁷ Entsprechend war das Recht, anders als bei *Hobbes*, gerade nicht inhaltlich beliebig: Zwar befand es sich in stetem Wandel. Aber obwohl es ein Produkt von Entscheidungen gelehrter Juristen bildete, stand es nicht zur Disposition des Einzelnen.

Wenn die gelehrte Jurisprudenz bei *Stryk* auf diese Weise ihre Entscheidungen als geltendes Recht beschrieb, so ließen die Juristen – das ist für die hier gewählte differenzierungstheoretische Fragestellung entscheidend – die Felder der Wissenschaft und des Rechts allerdings weiterhin undifferenziert ineinanderfließen: Einerseits lehrten sie an Universitäten und verfassten gelehrte Wissenschaftsliteratur. Andererseits waren sie als Hauptakteure im Rechtssystem sichtbar. Zwar musste die Jurisprudenz damit letztlich auf den Anspruch der Scholastik verzichten, wissenschaftlich wahre Sätze über das Recht zu formulieren. Zu Problemen innerhalb der Universität hat das aber offenbar nicht geführt; denn solange das Rechtssystem für seine Entscheidungen auf Professorenexpertise angewiesen war, und solange der Gelehrte, nicht der Forscher, den dominanten Wissenschaftlertypus bildete, blieb der gesellschaftliche Status der gelehrten Juristen unangefochten.⁸⁸

- 87 Erst seit dem 19. Jahrhundert gibt es systematische Entscheidungssammlungen, und erst seither hat die Rechtsprechung die Publikation ihrer Entscheidungen selbstbewusst in eigene Hände genommen. Sie folgte damit dem Beispiel der juristischen Spruchfakultäten, die seit dem 17. Jahrhundert ihre im Rahmen von Aktenversendungen ergangenen Entscheidungen für den professionell-akademischen Diskurs publiziert hatten. Näher zum Ganzen *J.P. Dawson*, *The Oracles of the Law*, 1968, 218 ff., 226 ff., 432 ff.; *H. Mohnhaupt*, *Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung im späten 18. und 19. Jahrhundert in Deutschland. Zu Funktion und Zweck ihrer Publizität*, in: F. Battenberg, F. Ranieri (Hg.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa*, Festschrift für Bernhard Diestelkamp zum 65. Geburtstag, 1994, 403–420; *Jansen*, *Methoden, Institutionen, Texte. Zur diskursiven Funktion und medialen Präsenz dogmatisierender Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster in Recht und Religion*, ZRG (germ.) 128 (2011), 1–71, 36–39 m.w.N.
- 88 Die Frage nach der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft ist zwar alt (vgl. *I. Kant*, *Der Streit der Fakultäten*, Königsberg 1798), doch ging es zunächst vor allem um das Selbstverständnis der Fakultäten und der Universität (freilich auch um politisch-gesellschaftlichen Einfluss: *loc. cit.*, 42). Erst seit dem 20. Jahrhundert spürt die dogmatische Rechtswissenschaft ernsthaft Gegenwind etwa bei der Ver-

Seit dem 17. Jahrhundert steht damit fest, dass die Geltung von Rechtsnormen und juristische Wahrheit zweierlei sind. Wenn Juristen entscheiden – nur darauf zielt die juristische Argumentation –, unterscheiden sie also geltende von nicht geltenden Normen.⁸⁹ Was das bedeutet, blieb freilich lange Zeit offen. Denn mit der Differenzierung von Geltung und Wahrheit waren zwei Begriffe positiven Rechts in der Welt: das tradierte Recht, wie es in der Praxis faktisch galt und sich im Durcheinander von Gelehrtenkontroversen, örtlichen Gewohnheiten und der Rechtssetzung regionaler Herrscher herausgebildet hatte, und das politische Recht, das in der Gesetzgebung wie in der Rechtsanwendung beliebig zur Disposition von Herrschern stehen sollte. Nur nach diesem zweiten gesetzesorientierten Rechtsbegriff von *Hobbes* führte die Differenz von Geltung und Wahrheit zu einer institutionellen Differenz von politisch gestaltetem Recht und Wissenschaft; nur mit dem ersten juristischen Rechtsbegriff hatte sich das (gemeine) Recht als ein gelehrtes Recht gegen seine Umwelt weitgehend abgeschlossen.⁹⁰ Dabei hatte *Hobbes* seinen Rechtsbegriff programmatisch provokant, *Stryk* das Gegenmodell pragmatisch klug formuliert. Zwar war die *auctoritas* einer Norm bei *Stryk* ebenso wie bei *Hobbes* eine normative Frage der politischen Verfassungsordnung. Für die Rechtspraxis änderte sich indes nichts. Juristen durften die Frage, welche Normen autoritativ waren, weiterhin als eine sozial-rechtliche Tatsache behandeln. Nur bei *Hobbes* wurde das Recht dementsprechend zu einem Instrument politischer Herrschaft und war folglich auch inhaltlich beliebig änderbar; bei *Stryk* blieb es, obwohl Produkt der Rechtswissenschaft, auch für Juristen unverfügbar.

teilung von Forschungsgeldern durch die DFG einerseits und die Universitätsleitungen andererseits.

89 Näher unten These 5, S. 44 ff.

90 Von einem autopoietischen System sollte man hier freilich nicht sprechen, weil das Recht hier in informellen Anerkennungs- und Autorisierungsprozessen innerhalb des Wissenschaftssystems entstand und sich nicht rechtsförmig durch Rechtsakte reproduzierte; vgl. *G. Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989, 28 ff.