

Informelle Autoritäten in der Entwicklung des transnationalen Privatrechts

Nils Jansen, Münster

Was sind Autoritäten *im Recht*? Gibt es so etwas überhaupt?

Eine Antwort auf solche Fragen scheint viel schwieriger als eine Antwort auf die Frage nach der Autorität *des Rechts*. Denn von Autoritäten *im Recht* ist in der rechtstheoretischen bzw. rechtsphilosophischen Diskussion kaum jemals die Rede. Demgegenüber handelt es sich bei der „Autorität des Rechts“ um einen geradezu axiomatisierten Zentralbegriff der Rechtstheorie des 20. Jahrhunderts. Hier erklärt die Autorität des Rechts (*authority*) den unbedingten Geltungsanspruch bzw. die „Normativität (*normativity*)“ von Rechtsnormen,¹ wobei Rechtsnormen als zwingende Handlungsgebote beschrieben werden. Rechtsnormen, so heißt es, konstituieren Gründe für ein bestimmtes Verhalten, deren spezifisches Charakteristikum darin besteht, dass sie „content-independent and preemptory“² bzw. „pre-emptive“³ wirken. Ganz unabhängig von ihrem Inhalt sollen Rechtsnormen also weitere Handlungsgründe ausschließen bzw. an die Stelle anderer Überlegungen treten, die möglicherweise einen Grund für ein abweichendes Verhalten gebildet hätten.⁴ In der heutigen rechtstheoretischen Diskussion gelten solche Beschreibungen rechtlicher Autorität offenbar als alternativlos. Die Diskussion knüpft daran an und diskutiert Folgeprobleme, etwa die Frage, ob solche Autorität überhaupt moralisch akzeptabel sein kann. So heißt es im *Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*: „Authorities claim a right of immense power ... the right to impose their will on others regardless of whether their judgments are correct. In doing so, they appear to place themselves above the truth – their right does not seem to depend on their being right“.⁵

Nimmt man das Recht aus der Perspektive seiner Adressaten in den Blick, so ist ein solcher Begriff der Autorität des Rechts in der Tat plausibel: Selbstverständlich muss man dem Gesetz unbedingt gehorchen. Seine Verbindlichkeit ist letztlich durch die Zwangsapparate der Judikative und Exekutive abgesichert bzw., wo eine solche Durchsetzung ausscheidet (etwa zwischen Verfassungsorganen), in vergleichbarer Weise institutionell abgesichert. Entsprechend soll die Geltung des Rechts nach verbreiteter Vorstellung ihre Grundlage im Willen des Staates finden.⁶ Sie beruht auf dem legitimen Machtanspruch des Souveräns, das Recht

¹ Siehe insb. *H.L.A. Hart*, *Commands and Authoritative Legal Reasons*, in: *ders.*, *Essays on Bentham* (1982), 243-268; *Joseph Raz*, *The Authority of Law* (1979); *ders.*, *The Morality of Freedom* (1986); *ders.*, *Law, Authority and Morality*, in: *ders.*, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics* (revised edition 2001), 201-237.

² *Hart*, *Commands* (Fn. 1), 253 ff.; *Raz*, *Law, Authority and Morality* (Fn. 1), 212.

³ *Raz*, *The Morality of Freedom* (Fn. 1), 57 ff.; *ders.*, *Law, Authority and Morality* (Fn. 1), 212 ff.

⁴ *Hart*, *Commands* (Fn. 1), 253 ff.; *Raz*, *Morality of Freedom* (Fn. 1), 59; *ders.*, *Law, Authority and Morality* (Fn. 1), 212 ff.

⁵ *S. Shapiro*, *Authority*, in: *Jules Coleman/S. Shapiro* (Hg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, 2002, 383-439, 383.

⁶ Vgl. etwa *K.F. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*², 2001, 184 ff., 282 ff.; *B. Rütters*, *Rechtstheorie*⁴, 2008, Rn. 55 ff.; *D. Grimm*, *Rechtsentstehung*, in: *ders.* (Hg.), *Einführung in das Recht*², 1991, 40-94, 41: Produkt staatlicher Entscheidung; *J. Braun*, *Einführung in die Rechtswissenschaft*², 2001, 216 ff.; *R.M. Unger*,

nach seinem politischen Willen zu gestalten.⁷ Gesetze binden den Bürger nicht, weil sie als vernünftig oder sachgerecht gelten, sondern aufgrund der Tatsache, dass der politische Gesetzgeber über die verfassungsrechtliche Kompetenz zur Rechtssetzung verfügt. Solche Autorität ist unabhängig von inhaltlicher Rationalität oder moralischer Vernünftigkeit: Auch ungerechte Gesetze binden – das zeigt das Steuerrecht mit seinen Typisierungen und Pauschalierungen.

I. Formale und informelle Autorität

Damit charakterisiert die Autorität *des Rechts* die äußere Fassade staatlicher Rechtssysteme, insbesondere die regulatorischen Gesetze, rechtskräftige Urteile und bestandskräftige Verwaltungsakte. Solche Autoritäten haben einen formalen Charakter. Denn wenn die Autorität des Rechts unabhängig von seinem Inhalt sein soll, muss es möglich sein, Rechtsnormen unabhängig von ihrem Inhalt zu erkennen und anzuerkennen. Rechtssysteme funktionieren nur dann, wenn die Normadressaten Gesetze und sonstige von Rechts wegen bindende Befehle einfach und anhand eindeutiger Kriterien identifizieren können⁸ – letztlich mithilfe eines Blicks ins Gesetzblatt. Die Systemgrenze zwischen dem Recht und bloßer Politik: zwischen Gesetzgebung, Gerichtsurteilen und Verwaltungsakten einerseits und den Bereichen des Sozialen und Politischen andererseits, kann deshalb nur anhand formaler Kriterien bestimmt werden.⁹ Konkret bedeutet das, dass die Personen bzw. Institutionen, die über die Kompetenz zur Rechtssetzung verfügen – die Gesetzgeber, Gerichte und die öffentliche Verwaltung – anhand abstrakter, formaler Eigenschaften identifizierbar sein müssen.¹⁰ Ebenso kann auch die Frage, ob eine Erklärung des Parlaments oder eines anderen Gesetzgebers rechtliche Verbindlichkeit als Gesetz beansprucht oder bloß als nicht bindende politische Äußerung zu verstehen ist, ausschließlich anhand formaler Kriterien beantwortet werden.¹¹

Ein solches Konzept rechtlicher Autorität erlaubt es freilich nicht, hinter die äußere Fassade des Rechts zu schauen. Denn es bedeutet, den Begriff des Rechts *volens nolens* auf formal autoritative Normen zu reduzieren. Rechtsnormen erscheinen damit als ein – als sol-

Knowledge and Politics, 1975, 281-284; für einen Überblick *E. Bodenheimer*, Jurisprudence, 1940, 52 ff. Auch Gewohnheitsrecht kann bei einem solchen Ansatz nur dann gelten, wenn es ausdrückliche Anerkennung durch den Gesetzgeber bzw. ein zur Normsetzung befugtes Gericht gefunden hat: *J. Raz*, Legal Principles and the Limits of Law, Yale LJ 81 (1972), 823-854, 825, 848 f. Der Gedanke, die Geltung des Gewohnheitsrechts auf den – häufig fiktiven – Willen des Gesetzgebers zurückzuführen, ist alt; siehe *T. Hobbes*, Leviathan. Or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil (hg. von M. Oakeshott, 1960), *chapt.* XXVI, *nn.* 3 u. 5; lat.: Leviathan. Sive De materia, forma, et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis (Opera philosophica quae latine scripsit omnia, Bd. III, London, 1841), *cap.* 26, *tert.* und *quint.*; *R. Garré*, Consuetudo, 2005, 151 ff., 159 f.; *P. Oestmann*, Rechtsvielfalt vor Gericht, 2002, 367 f.

⁷ *M. Weber*, Die drei Typen der legitimen Herrschaft, in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre⁷, 1988, 475-488; vgl. auch *dens.*, Wirtschaft und Gesellschaft⁵, 1972, 28 f., 122 ff.

⁸ Siehe bereits *Hobbes*, Leviathan (Fn. 6), *chap.* XXVI, *n.* 8.; vgl. auch *Raz*, Authority and Morality (Fn. 1), 221.

⁹ *Rober S. Summers*, Form and Function in a Legal System – A General Study (2006), 18 f.

¹⁰ Bemerkenswerterweise war das bereits im frühneuzeitlichen staatlichen Recht der Fall; vgl. nur *B. Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikation (2004), 211 ff., 214 ff.

¹¹ Diese Betonung der Formalität des Rechts verbindet das moderne Konzept verbindlicher Autorität gedanklich mit positivistischen Rechtstheorien, wie sie seit der frühen Neuzeit in immer wieder neuen Varianten vorgetragen worden sind; vgl. oben Fn. 1.

ches statisches – Ergebnis politischer Prozesse.¹² Wo das Recht Entscheidungen nicht determiniert, bleibt nur die ungesteuerte Interpretation bzw. die Dezision.¹³ Entwicklungsprozesse *innerhalb* des Rechts vermögen jedenfalls nicht in den Blick zu kommen. Freilich weiß jeder Jurist, zumindest unbewusst, dass ein solches Bild schief ist. Gerichtliche Präjudizien und anerkannte Standardcommentierungen haben im juristischen Diskurs zumeist ein viel höheres Gewicht als andere Formen juristischer Literatur; bereits *Robert Alexy* hat das bei seiner Rekonstruktion des juristischen Diskurses als eines Sonderfalls des allgemeinen praktischen Diskurses betont.¹⁴ Auch innerhalb des juristischen Diskurses gilt, dass Juristen sich auf den „zwanglosen Zwang des besseren Arguments“¹⁵ allein nicht verlassen können.

Besonders deutlich ist das bei der Judikatur. Dass Gerichte nicht nur beschreiben, was gilt,¹⁶ sondern in legitimer Weise neues Recht schaffen, kann heute kaum mehr zweifelhaft sein:¹⁷ Neben dem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht steht heute wie selbstverständlich das Richterrecht. Dass höchstrichterliche Entscheidungen – zunächst beim Bundesverfassungsgericht und später auch beim BGH – Namen erhalten und mit diesen Namen zitiert werden, macht das augenscheinlich. Die Diskussion gilt längst spezielleren Fragen wie der „Auslegung und Fortbildung von Richterrecht“¹⁸ und dem Schutz des Bürgers gegen rückwirkende Rechtsprechungsänderung.¹⁹ Freilich bindet auch eine ständige Rechtsprechung nicht in gleicher Weise wie ein Gesetz; vielmehr kommt es, mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts, auf die „Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie (die) Autorität ... des Gerichts“ an.²⁰ Solches Richterrecht bereitet nur dann konzeptionelle Schwierigkeiten, wenn man das Recht begrifflich auf förmlich verbindliche Normen reduziert.²¹

¹² *J. Raz*, *Between Authority and Interpretation*, 2009, 99 ff.: „law as the authoritative voice of a political community“.

¹³ Vgl. aus der jüngeren Diskussion nur so unterschiedliche Stimmen wie *Raz*, *Authority and Interpretation* (Fn. 12), 106 ff., 122 ff., 317 ff. und öfter, und *A. Fischer-Lescano/R. Christensen*, *Auctoritatis Interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie*, *Der Staat* 44 (2005), 213-242.

¹⁴ *R. Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*³, 1996, 256 f., 326 ff., 334 ff.; zur Sonderfallthese a.a.O., 261 ff.

¹⁵ *J. Habermas*, *Wahrheitstheorien*, in: *ders.*, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1995, 127-183, 161.

¹⁶ So *F.C. von Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1840, 13 ff., 45 ff., 83 ff.; *B. Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁷, Frankfurt a.M. 1891, Bd. I, 36 ff., 50 ff. (§§ 14 ff., 20 ff.); zu diesen Autoren *A. Brockmüller*, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, 1997, 89 ff., 93, 108 ff. Später noch *E. Picker*, *Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung* *JZ* 1988, 1-12 und 62-75, 62 ff.; *C.-W. Canaris*, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*², 1983, 67 ff.; weniger klar *K. Larenz/C.-W. Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³, 1995, 252 ff. Aus der internationalen Diskussion insb. *R. Dworkin*, *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1990, insb. 81 ff.

¹⁷ Vgl. *Jansen*, *The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, 2010, 87 f.; für ein historisches Bild *ders.*, *Methoden, Institutionen, Texte. Zur diskursiven Funktion und medialen Präsenz dogmatisierender Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster im normativen Diskurs*, *ZRG (germ.)* 128 (2011), 1-71, 35 ff.; siehe auch *S. Vogenauer*, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2001, Bd. I, 224 ff., 338 f., 427 f. m.w.N. Vielerorts hat die Rechtsprechung einen janusköpfigen Charakter; ihre Autorität verbindet informelle Elemente tradierter Anerkennung mit strikt bindenden Elementen politischer Herrschaft.

¹⁸ *K. Langenbucher*, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, 1996.

¹⁹ *R. Zimmermann/N. Jansen*, *Quieta Movere. Interpretative Change in a Codified System*, in: *P. Cane/J. Stapleton* (Hg.), *The Law of Obligations – GS Fleming*, 1998, 285-315; *K. Langenbucher*, *Rechtsprechung mit Wirkung für die Zukunft*, *JZ* 2003, 1132-1140; *dies.*, *Prospektive Rechtsprechungsänderungen im französischen Recht*, *FS Helmut Koziol*, 2010, 1411-1421, jeweils m.w.N.

²⁰ BVerfGE (26.6.1991 – 1 BvR 779/85) 84, 212, 227.

²¹ Vgl. exemplarisch *J. Esser*, *Grundsatz und Norm*⁴, 1990, 120 f.

Wer auf diese Weise von „Autorität“ spricht, meint offenkundig etwas ganz anderes als in der englischsprachigen Diskussion mit der *authority* des Rechts bezeichnet wird. Hier geht es um eine *informelle* Autorität, die darin besteht, dass Juristen solche Texte als Rechtsquellen akzeptieren, für deren Anwendung weitere Gründe nicht erforderlich sind.²² Dabei kann informelle Autorität größer oder geringer sein; diese Dimension des Gewichts unterscheidet diesen Begriff nicht zuletzt auch von dem der Geltung. Besonders gewichtig sind dabei Textautoritäten, deren Anwendung Juristen nicht nur als legitim akzeptieren, sondern geradezu erwarten, und für deren Nichtanwendung sie gute Gründe verlangen. In diesem Sinne darf man erwarten, dass Instanzgerichte einer ober- bzw. höchstrichterlichen Rechtsprechung folgen; Rechtsanwälte machen sich haftbar, wenn sie das nicht tun.²³

Über solche informelle Autorität verfügt in Deutschland freilich nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch Teile der Literatur.²⁴ Ein Verweis auf die „herrschende Meinung“ wird weithin als Autoritätsargument anerkannt, und zwar auch dann, wenn es noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung gibt.²⁵ Ebenso wie beim Umgang mit Präjudizien²⁶ gilt nämlich, dass besondere Gründe erforderlich sind, um von einer etablierten Lehre abzuweichen: Zu zeigen sei nicht nur die Plausibilität der alternativen Lösung; erforderlich seien vielmehr besondere Gründe, die „den Bruch mit der Tradition rechtfertigen“.²⁷ Zwar ist die Autorität wissenschaftlicher Literatur im Einzelnen ausgesprochen uneinheitlich²⁸ und sie reicht gewiss nicht mehr an ihre Bedeutung in vergangenen Zeiten heran.²⁹ Gleichwohl kann

²² Näher *Jansen*, *Authority* (Fn. 17), 42 ff.; siehe auch ZRG (germ.) 128 (2011), 25 ff. Ausführlich zu solchen „optional authorities“ auch *Frederick Schauer*, *Authority and Authorities*, Virginia LR 94 (2008), 1931-1961. Schauers Konzept von „optional authority“ entspricht weitgehend dem hier vorgestellten Begriff informeller Autorität, doch charakterisiert Schauer auch *optional authorities* als *content independent*. Aber die Autorität einer bestimmten präjudiziellen Entscheidung kann nicht zuletzt auch darauf beruhen, dass seine Begründung als besonders überzeugend gilt. Gewiss lassen Autoritätsargumente sich begrifflich eindeutig von substantiellen Argumenten unterscheiden, und die Autorität eines Gerichts oder eines Arztes ist unabhängig von der Begründung eines konkreten Urteils bzw. einer medizinischen Empfehlung. Das ändert aber nichts daran, dass die informelle Autorität eines Textes, um die es hier gehen soll, niemals gänzlich unabhängig von seinem Inhalt ist. In diesem Sinne sprechen englische Juristen verkürzt, aber nicht verfehlt, von „persuasive authorities“.

²³ *E.A. Kramer*, *Juristische Methodenlehre*³, 2010, 234 f.; Palandt⁷⁰/C. *Grüneberg*, 2011, § 280, Rn. 68.

²⁴ Vgl. *Alexy*, *Argumentation* (Fn. 14), 326 ff., 338.

²⁵ *U. Wesel*, hM, in: *Kursbuch 56. Unser Rechtsstaat, 1979*, 88-109, bes. 103; ausführlich *Rita Zimmermann*, *Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts*, 1983, 84 ff. und *passim*; *T. Drosdeck*, *Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle*, 1989, 19 ff., 95 ff. und *passim*.

²⁶ *Alexy*, *Argumentation* (Fn. 14), 337 ff.; *R. Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*¹⁰, 2006, 81 (§ 13 II); *E.A. Kramer*, *Methodenlehre* (Fn. 23), 277 ff., jeweils m.w.N. Standardargumente sind die Rechtsstaatsgrundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sowie das Gebot, Gleiches gleich zu behandeln.

²⁷ *Alexy*, *Argumentation* (Fn. 14), 327; vgl. auch *Rita Zimmermann*, *Herrschende Meinung* (Fn. 25), 98 f.: Gleichbehandlung und Rechtssicherheit.

²⁸ Entscheidende Faktoren sind hier die Reputation des jeweiligen Autors oder auch die mediale Form der Literatur. Ausführlich *Jansen*, *Authority* (Fn. 17), 105-136; ZRG (germ.) 128 (2011), 44 ff., 55 ff.

²⁹ Dazu *Jansen*, ZRG (germ.) 128 (2011), 26 f.; *F. Ranieri*, *Kasuistik und Regelbildung bei der Rechtsfindung im europäischen Ius Commune des 16.-17. Jahrhunderts*, in: G. Essen/N. Jansen (Hg.), *Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion*, 2011, 153-187, 165 ff. Da häufig unklar oder umstritten war, was nach *ius commune* überhaupt galt, war das Bewusstsein um die Ergebnisoffenheit juristischer Hermeneutik früh mit einer offenbar spezifisch juristischen Bereitschaft zur professionellen Selbstbindung verbunden: Bis ins 18. Jahrhundert bildete die *Glossa ordinaria*, der spätmittelalterliche Standardkommentar zum *Corpus iuris civilis*, ganz selbstverständlich den Ausgangspunkt der juristischen Argumentation (*P. Weimar*, *Accursius*, in: M. Stolleis [Hg.], *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, 1995, 18 f.); noch für *Arthur Duck* († 1648) galt die Glosse als grundsätzlich verbindlich: *De Usu et Autoritate* (Fn. 57): „tantaque est *Accursii* Autoritas, ut ex ejus Sententia Causa judicanda sit quoties insignis aliquis Interpres ei adhaeret“. Der Verweis auf eine *communis opinio* galt als ein allgemein ak-

kein Zweifel daran bestehen, dass sich auch im Schrifttum informelle Autoritäten mit einem erheblichen Gewicht herausbilden. Insbesondere gilt das für die Kommentarliteratur, deren besondere Entlastungs-, Filter- und Stabilisierungsfunktion im juristischen Diskurs³⁰ schon in der Zitierpraxis deutscher Gerichte zum Ausdruck kommt:³¹ Argumente, die ihren Weg nicht in einen Standardkommentar wie den *Palandt* gefunden haben, werden nur ausnahmsweise berücksichtigt.³² Gewiss schaffen Kommentare nicht in gleicher Weise wie die Rechtsprechung positiv Recht. Aber die herrschenden Meinungen entstehen in der Kommentarliteratur; und vor allem wird dort bestimmt, was im juristischen Diskurs überhaupt als relevant gilt. Kommentare wie der *Palandt* prägen damit die Wahrnehmung des juristischen Meinungsbildes: Was die Gerichte und die Kommentarliteratur zu einer bestimmten Frage sagen, entnehmen Juristen häufig ausschließlich dem *Palandt*.³³ Denn nach herrschender Meinung gilt: der Anwalt „muss den Palandt einsehen u sich an der höchstrichterl Rspr orientieren“.³⁴

II. *Auctoritas und potestas*

Nun verfügen weder das Deutsche noch das Englische über eine geeignete Terminologie für diesen Gegensatz zwischen der informellen Autorität eines Gerichts oder Kommentars *im Recht* und der *authority of law*. Auch im Deutschen kann man von staatlicher Autorität bzw. von der Autorität des Rechts sprechen, und dann meint man dasselbe wie das englische *authority of law*. Umgekehrt ist auch in der englischen Diskussion von „persuasive authority“ die Rede; auch in England kann ein Arzt über *authority* verfügen, ohne dass sich das mit der zwingenden Autorität des Rechts vergleichen ließe. Vielmehr geht es hier um nicht strikt bindende Präjudizien bzw. um das besondere Gewicht anerkannten Expertenrats: um die begründete Erwartung, dass eine Expertenmeinung befolgt wird.

zeptiertes, in der Regel kaum zu widerlegendes juristisches Argument, und eine Entscheidung gegen eine *communis opinio* konnte den Richter haftbar machen.; näher *J. Schröder*, „*Communis opinio*“ als Argument in der Rechtstheorie des 17. und 18. Jahrhunderts, in: G. Köbler (Hg.), *Wege europäischer Rechtsgeschichte*. Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag, 1987, 404-418, 405; *ders.*, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*, 2001, 46 ff. Vgl. auch *P. Koschaker*, *Europa und das römische Recht*⁴, 1966, 99 ff.

³⁰ *Drosdeck*, *Herrschende Meinung* (Fn. 25), 105 f.; vgl. auch *Wesel*, *hM* (Fn. 25), 97 f. Rechtsgeschichte und Rechtstheorie haben die juristischen Kommentare gleichwohl bislang eher stiefmütterlich behandelt; vgl. *T. Henne*, *Die Prägung des Juristen durch die Kommentarliteratur*, *Betrifft Justiz* 22 (2006), 352-356.

³¹ So hat eine repräsentative Auswertung von Entscheidungen des BGH (BGHZ 5, 25, 45, 65, 85, 105, 125, 145, und 165) 1.574 Kommentarzitate, aber nur 318 Zitate von Monographien und Handbüchern (einschließlich Doktorarbeiten) ergeben. Solche Literatur wird in erster Linie in Rechtsgebieten zitiert, in denen es noch keine Kommentare gibt; daneben auch in Fällen, in denen sich der BGH mit Kritik auseinandersetzt. In solchen Fällen, insbesondere bei einer Rechtsprechungsänderung, waren die Richter offenbar bestrebt, die kritische Literatur vollständig zu erfassen, und haben häufig mehr als 20 Monographien und Zeitschriftenartikel für eine Ansicht angeführt. Zitate von Zeitschriftenartikeln betreffen meist aktuelle Fragen (838 von 1.404 Zitaten insgesamt), zu denen es noch keine Kommentarliteratur gibt. Einzelheiten zur Studie beim Verfasser.

³² Vgl. *Rita Zimmermann*, *Herrschende Meinung* (Fn. 25), 63 f.; *Jansen*, *Authority* (Fn. 17), 108 f.

³³ Vgl. die Empfehlungen bei *K. Adomeit/S. Hähnchen*, *Rechtstheorie für Studenten*, 2008, Rn. 90. Siehe auch *H.M. Pawlowski*, *Methodenlehre für Juristen*³, 1999, Rn. 393: Meinungen, die in führenden Kurzkomentaren wie dem *Palandt* vertreten würden, hätten im Zweifel ein höheres Gewicht.

³⁴ *Palandt*⁷⁰/*C. Grüneberg*, 2011, § 280, Rn. 68; siehe BGH, NJW1993, 3323, 3325: bei einem Meinungswechsel im *Palandt* sowie der dort nachgewiesenen Kommentarliteratur sei möglicherweise mit einer Rechtsprechungsänderung zu rechnen; BGH NJW 2009, 987 ff., Rn. 12: die Nichtbeachtung einer Entscheidung sei schuldhaft, wenn diese im *Palandt* nachgewiesen sei.

Demgegenüber bringt die lateinische Sprache diesen Gegensatz von *auctoritas* (informelle persönliche Autorität) und *potestas* (Herrschaftsgewalt) gleichermaßen subtil und präzise auf den Begriff und unterscheidet *potestas* zudem klar von nackter Gewalt (*vis* bzw. *violentia*).³⁵ Dies ist umso bemerkenswerter, als die Sachfragen, um die es hier geht, bis ins 18. Jahrhundert auf Latein verhandelt wurden und die Fragestellungen und begrifflichen Festlegungen des 16. und 17. Jahrhunderts bis heute nachwirken. Das Paradigma der römischen *potestas* war stets die *patria potestas* des Hausvaters über seine Kinder: Dem Willen ihres *paterfamilias* waren Hauskinder uneingeschränkt unterworfen; seine häusliche Herrschaftsgewalt reichte theoretisch bis zum Tötungsrecht.³⁶ Daneben stand der speziellere Begriff des *imperium*, mit dem die Römer die verfassungsrechtlichen Befugnisse ihrer Magistrate (Konsul, Prätor, Ädil etc.) umschrieben. Dieser – ursprünglich militärische – Begriff bezeichnete eine fast unbegrenzte Befehlsgewalt und Befugnis zur Gewaltausübung (*potestas*) innerhalb eines verhältnismäßig klar begrenzten Amtsbereiches.³⁷

Demgegenüber verfügte der römische Senat, das politische Machtzentrum der Republik, zu keinem Zeitpunkt der römischen Geschichte über eine solche Herrschaftsgewalt. Seine Handlungsform war vielmehr das *senatus consultum*: der in die Form einer Empfehlung gekleidete Beschluss. Förmlich bindend waren solche Beschlüsse nicht. Freilich genoss der Senat ein außerordentlich hohes Ansehen und einen kaum zu überschätzenden politischen Einfluss, der seine Grundlage im Herkommen fand: im allgemein anerkannten Selbstverständnis der römischen Aristokratie, für die Leistungen Roms zu stehen und das römische Gemeinwesen zu repräsentieren.³⁸ Aufgrund dieser *auctoritas* konnte er geradezu selbstverständlich erwarten, dass die zuständigen Magistrate seine Empfehlungen umsetzen würden³⁹ – gegebenenfalls auch in der Form des Rechts.⁴⁰ Entsprechendes galt, wenn man den römischen Historiographen Glauben schenkt, für die germanischen Könige, die in einer politischen Beratung nichts befehlen konnten, sondern nur über eine *auctoritas suadendi* verfügten, die auf Alter und Adel, auf Verdiensten im Krieg und Beredsamkeit beruhte.⁴¹ Eine solche *auctoritas* findet ihren ursprünglichen Ort auf den Gebieten der Beratung bzw. der politischen Argumentation. Wer hier über hohe *auctoritas* verfügt, wird mit seinen Argumenten und Empfehlungen

³⁵ Hierzu und zum Folgenden R. Geuss, Zwischen Athen und Rom. Eine begriffsgeschichtliche Fabel, Zeitschrift für Ideengeschichte 4 (2010), 23-40, 26 ff., 30 ff. Vgl. auch G. Agamben, Ausnahmezustand (*Homo sacer II.1*), 2004, 88 ff., 92 ff., jeweils m.w.N. zur Diskussion im 20. Jahrhundert.

³⁶ Näher M. Kaser, Das römische Privatrecht, Bd. I (Erster Abschnitt)², 1971, 60 ff., 341 ff. m.w.N.

³⁷ Vgl. etwa J. Bleicken, Imperium, in: K. Ziegler/W. Sontheimer (Hg.), Der Kleine Pauly, 1967, Bd. II, 1382 f.; dens., Die Verfassung der Römischen Republik. Grundlagen und Entwicklung⁷, 1995, 97 f., 152; W. Kunkel/R. Wittmann, Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik, Bd. II: Die Magistratur, 1995, 21 ff.

³⁸ Bleicken, Verfassung (Fn. 37), 209.

³⁹ Siehe etwa Bleicken, Verfassung (Fn. 37), 94 f., 207 ff.; Geuss, Athen und Rom (Fn. 35), 26 ff.

⁴⁰ Zwar zählte Gaius die *senatus consulta* in seiner Einführung in das Recht unter die Rechtsquellen (*Institutiones Gaii* I,2 und I,4). Freilich verfuhr er ebenso mit den Rechtsmeinungen der Rechtsgelehrten, bei denen es von vornherein nur um *auctoritas*, nicht um *imperium* oder *potestas* gehen konnte: *loc. cit.*, I,2 und I,7.

⁴¹ P. Cornelius Tacitus, Germania (A. Önnorfors [Hg.], De origine et situ Germanorum liber, in: P. Cornelii Taciti Libri qui supersunt, Bd. II, fasc. 2), cap. 11: „audiuntur auctoritate suadendi magis quam iubendi“. Ähnliche Formulierungen etwa bei Livius, Ab urbe condita, lib. I, cap. VII. Englische Übersetzungen, das ist bemerkenswert, verzichten hier auf den missverständlichen Begriff „authority“; so heißt es bei J.B. Rives „... more through his influence in persuasion than his power in command“: Tacitus, Germania, transl. with Introduction and Commentary by J.B. Rives, 1999, 82.

mit hoher Wahrscheinlichkeit Gehör finden. Befehlen kann er jedoch nichts; und aus solchen Empfehlungen entsteht keine förmliche Verpflichtung.

1. Politische Theorie ...

Damit bezeichnet *auctoritas* eine informelle Autorität von Personen und Institutionen, die gleichermaßen bei privaten Entscheidungen und in der öffentlichen Sphäre politischer Willensbildung wirksam werden kann. Für die politische Theorie des 17. Jahrhunderts, in der es darum ging, das neue Phänomen eines Staats auf den Begriff zu bringen und dazu die öffentliche Sphäre des Staates eindeutig von der privaten der Zivilgesellschaft abzugrenzen, war dies Konzept nicht hilfreich. *Bodin* hatte den Gedanken eines souveränen Staats daher im Rückgriff auf das lateinische *potestas* beschrieben und damit die spätere Diskussion in kaum zu überschätzender Weise geprägt.⁴² Entsprechend kam es nach *Grotius* für die *iurisdictio*, das frühneuzeitliche Symbol der Staatlichkeit, darauf an, wer Inhaber der obersten Herrschaftsgewalt (*summa potestas*) sei.⁴³ Dabei erläuterte *Grotius* dies Konzept nun mit einem bemerkenswerten, freilich ungenauen Hinweis auf einen Bericht von *Tacitus*, wonach der herausragende Status der Germanenkönige nicht etwa in einer *potestas iubendi*, sondern in ihrer *auctoritas suadendi* bestanden hätte.⁴⁴ Für *Grotius* war das eine inakzeptabel missverständliche „ambige“ Redeweise, vor der man nicht genug warnen könne: Spreche man auf diese Weise von Königen, so werde der Begriff in einer uneigentlichen Bedeutung verwendet.⁴⁵ Politische Herrschaft war jetzt ein einheitlicher, prinzipiell unbeschränkter Inbegriff von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Administration in einem politisch verfassten Gemeinwesen (*civitas*).⁴⁶ Herrscher befehlen und entscheiden. Sie brauchen nicht zu argumentieren.

Ganz auf dieser Linie waren Gesetze (*leges*) für *Grotius* förmlich bindende Regeln,⁴⁷ weltliche Gesetze ein primärer Ausdruck staatlicher Herrschaft.⁴⁸ Obgleich die herrschende

⁴² *J. Bodin*, de Republica Libri Sex (Oberursel 1601), *lib.* I, *cap.* VIII: „Maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas“. Zur Rezeption dieses Ansatzes durch die Rechtswissenschaft siehe *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. I, 1988, 172 ff.

⁴³ *H. Grotius*, De iure belli ac pacis libri tres (cum notis Jo. Fr. Gronovii et Joannis Barbeyracii, Leipzig 1758), *lib.* I, *cap.* III, § I, *n.* 1, § IV, *n.* 1, und § V, *n.* 7. Im weiteren Text ist häufig vom *summum imperium* und bisweilen auch von *regnum* statt von der *summa potestas* die Rede.

⁴⁴ *Grotius*, De iure belli (Fn. 43), *lib.* I, *cap.* III, § X, *n.* 2: „veteri Germaniae reges erant, quos Tacitus praefuisse ait auctoritate suadendi, non potestate iubendi“; ähnlich § XX, *n.* 4. Das weicht in bemerkenswerter Weise von der Formulierung bei *Tacitus* ab, der den Begriff der *potestas* hier gar nicht verwendet hatte (eben Fn. 41).

⁴⁵ *Grotius*, De iure belli (Fn. 43), *lib.* I, *cap.* III, § X, *n.* 1: „... ne decipiamur ambiguo nominis sono ...“. Auch mit der informellen politischen Autorität des römischen Senats wusste *Grotius* daher nichts anzufangen: Die *auctoritas senatus*, so *Grotius*, sei letztlich dem Volk untertan gewesen; man müsse dementsprechend sagen, dass das römische Volk eine unbeschränkte Alleinherrschaft ausgeübt habe: a.a.O., *lib.* I, *cap.* III, § XIX. An anderer Stelle spricht *Grotius* entsprechend von der *potestas senatus* (a.a.O., § X, *n.* 5) bzw. verwendet den Begriff eines „senatus iudicium“ wo die Römer von einem *senatus consultum* gesprochen hätten: a.a.O., § V, *n.* 5. In dieser historisch schiefen Darstellung wird deutlich, wie *auctoritas* für *Grotius* noch stärker als bei den römischen Autoren einen Gegenbegriff zu echter Herrschaft (*potestas* bzw. *imperium*) bildete; vgl. oben Fn. 44, insb. auch zur Abweichung von der ursprünglichen Formulierung bei *Tacitus*.

⁴⁶ *Grotius*, De iure belli (Fn. 43), *lib.* I, *cap.* III, §§ VI ff., XVII ff., insb. § VI. Nicht zufällig greift *Grotius* hier auf griechische Autoren (*Thukydides* und *Aristoteles*) und damit auf eine Begrifflichkeit zurück (§ VI, *n.* 1), in der sich kein Pendant zum römischen *auctoritas* findet; dazu *Geuss*, Athen und Rom (Fn. 35), 26 ff.

⁴⁷ *Grotius*, De iure belli (Fn. 43), *lib.* I, *cap.* I, § IX, *n.* 1: „... regula actuum moralium obligans ad id, quod rectum est. Obligationem requirimus: nam consilia, & si qua sunt alia praescripta, honesta quidem, sed non obligan-

Rechtslehre seiner Zeit es nicht einmal für wünschenswert hielt, Gesetze auf Anordnungen zu beschränken,⁴⁹ wird der Befehlscharakter des Rechts hier zu einem definierenden Begriffselement. Auch *Samuel Pufendorf*, der im deutschen Sprachraum wohl einflussreichste Naturrechtslehrer, begann seine Ausführungen zum Rechtsbegriff in diesem Sinne mit einer Abgrenzung von Gesetz (*lex*) und einer bloßen unverbindlichen Empfehlung (*consilium*).⁵⁰ Anders als eine Empfehlung, so *Pufendorf* unter Verweis auf *Hobbes*, binde ein Gesetz als allgemeines Gebot des Herrschers an seine Untertanen⁵¹ nicht aufgrund seiner *ratio*, sondern aufgrund der herrschaftlichen *potestas*. Die Rede von rechtlicher *auctoritas* wäre in dieser Tradition politischer Rechtsphilosophie, die die juristischen Grundbegriffe bis heute prägt, als irritierend empfunden worden.

Zwar hatte *Hobbes* nicht das lateinische *potestas*, sondern den Begriff *auctoritas* (*authoritas*) verwendet,⁵² um die souveräne Herrschaftsbefugnis des Staats und damit auch den Geltungsgrund des Rechts (*authoritas non veritas facit legem*)⁵³ zu kennzeichnen. Allerdings hatte er diesen Begriff zuvor im spezifischen Kontext seiner Repräsentationstheorie staatlicher Herrschaft umgedeutet: *Authoritas* sei die Befugnis (*ius agendi*) eines Repräsentanten (*auctor*), so für den Vertretenen bzw. Repräsentierten zu agieren, dass dieser ebenso wie durch eigenes Handeln gebunden werde.⁵⁴ Auch ohne den Hintergründen dieser Begriffsbildung weiter nachzugehen,⁵⁵ mit der *Hobbes* nicht zuletzt auch den Anspruch der Römischen Kirche auf universelle *auctoritas* angriff, wird damit deutlich, dass es *Hobbes* um autorisierte Herrschaft ging; *authoritas* bezeichnet die uneingeschränkte Repräsentations- und Herrschaftsbefugnis eines staatlichen Souveräns,⁵⁶ nicht die informelle *auctoritas* des römischen Senats. Seither meint, wer von der Autorität des Staates bzw. *authority of law* spricht, die unbedingte Herrschaftsbefugnis, die die Römer als *potestas* bezeichnet hätten.

tia, legis aut juris nomine non veniunt“. Ähnlich *ders.*, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd* (*ders.*, *The Jurisprudence of Holland*, Bd. I., übers. von R.W. Lee, 1926), *boeck I, deel II*, §§ 1 f., 13.

⁴⁸ *Grotius*, *De iure belli* (Fn. 43), *lib. I, cap. III, § VI, n. 1*. Auch dieser Gedanke geht auf Bodin zurück.

⁴⁹ Die Parömie *lex iubet non disputet* ist bei *Seneca*, *Epistulae, lib. XV, ep. XCIV, 38*, Gegenstand der Kritik. Bis ins 18. Jahrhundert ging die Lehre davon aus, dass Gesetze auch den jeweiligen dogmatischen Rahmen erklären sollten; siehe nur *J.G. Schlosser*, *Briefe über die Gesetzgebung*, Frankfurt a.M. 1789, 161, 338 ff.

⁵⁰ *S. Pufendorf*, *De iure naturae et gentium libri octo* (cum integris commentariis *Io. Nic. Hertii* atque *Io. Barbeyraci*, Frankfurt/Leipzig 1759), *lib. I, cap. VI, § 1*.

⁵¹ *Pufendorf*, *De iure naturae et gentium* (Fn. 50), *lib. I, cap. VI, § 4*.

⁵² Die Schreibweise *authoritas* statt *auctoritas* findet sich durchgehend bereits in der ersten Ausgabe von 1678; das möglicherweise volkssprachlich beeinflusste hypertrophe „h“ ist in der englischen Literatur des 17. Jahrhunderts allerdings keinesfalls unüblich. Ich danke hier Christel Meier-Staubach für hilfreiche Hinweise.

⁵³ *Hobbes*, *Leviathan* [lat.] (Fn. 6), *cap. XXVI, n. 8*.

⁵⁴ *Hobbes*, *Leviathan* [lat.] (Fn. 6), *cap. XVI*. *Hobbes* umschreibt *authoritas* hier als ein Repräsentationsrecht und charakterisiert dies (auch in der englischen Ausgabe) mittels einer Analogie zu den Befugnissen des Eigentümers einer Sache (*dominus; dominium*): „Qui autem in quaestione de bonis et possessionibus, dominus, in quaestione de verbis et actionibus, author appellatur: et ut jus habendi dominium, ita jus agendi authoritas dicitur“.

⁵⁵ Zur englischen Diskussion im Überblick *M. Llanque*, *Politische Ideengeschichte. Ein Gewebe politischer Diskurse*, 2008, 213 ff. *Hobbes* zielte mit dieser Begriffsbildung nicht zuletzt auch gegen die Römische Kirche, die mit der Zweiweltenlehre (*Gelasius I*) für sich eine universelle *auctoritas* – neben der *potestas* der weltlichen Gewalt – reklamierte; vgl. nur *Hobbes*, *Leviathan* (Fn. 6), *chap. XVI* (Gott könne nicht vertreten werden), *chap. XXXIII* (der Kirche könne keine Autorität zukommen, weil die Christenheit nicht in einer Staatsperson vereinigt sei).

⁵⁶ *Hobbes*, *Leviathan* (Fn. 6), *chap. XVI – XVIII*.

2. ... und juristische Argumentation

Unbefangener waren hier freilich die zeitgenössischen Zivilrechtslehrer. Noch am Ende des Jahrhunderts leitete *Samuel Stryk* sein Lehrbuch *Usus modernus pandectarum*, das seiner juristischen Epoche ihren Namen gegeben hat, mit einem Traktat über den „Gebrauch und die Autorität des römischen Rechts vor deutschen Gerichten“ ein.⁵⁷ Dabei kann kein Zweifel daran bestehen, dass *Stryk* hier *auctoritas* ganz bewusst in der ursprünglichen lateinischen Bedeutung des Begriffs verwendet hat, vor der *Grotius* seine Leser warnen wollte. Denn *Stryk* ging es nicht um die äußere Fassade des Rechts aus der Perspektive seiner Adressaten, sondern um die Begründung richterlicher Entscheidungen.

Konkret diskutierte *Stryk* mit diesem Begriff die schwierigen Rechtsanwendungsfragen, die angesichts einer heute kaum vorstellbaren Rechtsvielfalt das tägliche Brot frühneuzeitlicher Juristen bildeten. Hier standen einerseits die regionalen Gewohnheiten und eine unübersehbare Vielfalt örtlicher Statuten, die freilich kaum irgendwo irgendetwas umfassend regelten, sondern nur das entschieden, was wichtig schien. Schon deshalb waren sie auf eine Ergänzung durch das universelle *ius commune* andererseits angewiesen. Dies beruhte im Wesentlichen auf den *Corpora iuris civilis* und *canonici*⁵⁸ sowie auf der darauf bezogenen gelehrten Literatur.⁵⁹ Hier verfügten die vielen partikularen Statuten und auch das Gewohnheitsrecht stets über eine formale Autorität, wie sie auch heute staatlichen Gesetzen zukommt. Selbstverständlich lag die Anwendung dieser Normen nicht im Ermessen des Richters; nach der sogenannten Statuentheorie hatten sie einen grundsätzlich absoluten Vorrang vor dem gemeinen *ius commune*. Demgegenüber war die Autorität der römischen Rechtstexte und der gelehrten Literatur ganz anderer Art. Mit dem Gedanken politischer Herrschaft ließ sie sich jedenfalls nicht erklären;⁶⁰ und es war niemals ganz klar, warum römisches Recht überhaupt anwendbar war.⁶¹ In der Sache ging es hier jedenfalls um die Akzeptabilität und das Gewicht von Argumenten in dem informellen Gebiet juristischer Argumentation.

⁵⁷ *S. Stryk*, *Discursus Praeliminaris de Usu et Auctoritate Juris Romani in Foris Germaniae*, in: *ders.*, *Specimen Usus Moderni Pandectarum* (4. Aufl., Halle 1713), Bd. I, 1-38. Ähnlich etwa *W.A. Lauterbach*, *Prolegomena de praestantia, auctoritate et libri juris*, in: *ders.*, *Collegii Theoretico-Practici*, vor *lib. I* (Tübingen 1726, Bd. I, 1-28); dort insb. § II De Corpore Juris Civilis. Unter den Zeitgenossen von *Grotius* siehe *A. Duck*, *De Usu et Auctoritate Juris Civilis Romanorum*, in *Dominiis Principum Christianorum Libri Duo* (Leipzig 1668).

⁵⁸ Näher *Jansen*, *Ius commune* (gemeines Recht), in: *J. Basedow/K.J. Hopt/R. Zimmermann* (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (HWBEuP)*, 2009, 916-920. Regeln zum Umgang mit dieser Rechtsvielfalt formulierte dabei die Statuentheorie; siehe näher *P. Oestmann*, *Rechtsvielfalt vor Gericht*, in: *N. Jansen/P. Oestmann* (Hg.), *Gewohnheit, Gebot, Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart*, 2011, 99-123, 111 ff.; *R. Zimmermann*, *Statuta sunt stricte interpretanda? Statutes and the Common Law: A Continental Perspective*, *Cam. LJ* 56 (1997), 315-28, 316 ff., jeweils m.w.N.

⁵⁹ Siehe die Nachweise oben Fn. 29.

⁶⁰ Die sogenannte Lotharische Legende, wonach die Anwendung der Digesten 1137 von Kaiser Lothar III. von Supplinburg befohlen worden war, bildete einen politischen Mythos, der für die juristische Diskussion weitgehend irrelevant blieb; näher *K. Luig*, *Conring, das deutsche Recht und die Rechtsgeschichte*, in: *M. Stolleis* (Hg.), *H. Conring (1606-1681). Beiträge zu Leben und Werk*, 1983, 355-395, 372; *Jansen*, *The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, 2010, 35 ff.

⁶¹ Vgl. *C. Donahue*, *Private Law Without the State and During Its Formation*, in: *N. Jansen/R. Michaels* (Hg.), *Beyond the State. Rethinking Private Law*, 2008, 121-143, 129: „something of a mystery“. Zur Diskussion dieser Frage unter den gelehrten Juristen *Jansen*, *Das gelehrte Recht und der Staat*, in: *R. Zimmermann* (Hg.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Bd. II, 2008, 19-186 m.w.N.

Dabei beruhte die Autorität des *ius commune* zum einen auf der Überzeugung von der außerordentlichen juristischen Qualität des römischen Rechts und zum anderen auf der Erwartung, dass andere Juristen das *ius commune* ebenfalls als autoritativ behandeln würden. Das waren höchst informelle Kriterien, und es verwundert deshalb nicht, dass Juristen wie *Stryk* von *auctoritas* sprachen, um die Anwendbarkeit der römischen Quellen und vergleichbarer Texte (etwa des Sachsenspiegels) zu erklären.⁶² Anders als *Grotius*, für den die Anwendbarkeit des römischen Rechts nur gewohnheitsrechtlich zu begründen war,⁶³ konnten diese Juristen damit unmittelbar ansprechen, worum es bei der Anwendung des römischen Rechts tatsächlich ging: um Normen bzw. um Texte, die mangels eines herrschaftlichen Anwendungsbefehls gerade nicht förmlich verbindlich waren.⁶⁴ Die *auctoritas* des römischen Rechts, so *Stryk*, beruhte vielmehr ursprünglich auf universitärer Lehre⁶⁵ und später auf der Anerkennung durch Juristen und Herrscher.⁶⁶ Seit dem 14. Jahrhundert habe diese *auctoritas* in Deutschland ständig zugenommen⁶⁷ und sei dort größer als andernorts.⁶⁸ Gleichwohl dürften Richter auch in Deutschland vom römischen Recht abweichen; und dafür könne es auch gute Gründe geben.⁶⁹ Besonders groß sei die *auctoritas* des römischen Rechts übrigens bei Streitigkeiten zwischen den Fürsten des Reichs, denn hier seien andere Rechte nicht einschlägig.⁷⁰

Hätte das römische Recht tatsächlich aufgrund örtlicher Gewohnheiten gegolten, so wäre all das kaum zu erklären gewesen. Von Gewohnheitsrecht darf man nicht abweichen, und seine Geltung lässt auch kein mehr oder weniger zu. Gleichwohl konnte *Stryk* plausibel erklären, warum die Anwendung der römischen Texte im juristischen Diskurs nicht begründungsbedürftig war: Dass man juristische Argumente auf römische Quellen stützte, wurde allgemein erwartet und galt als richtig. Gleiches konnte unter Umständen freilich auch für Sächsische bzw. Magdeburgische Rechtstexte gelten.⁷¹ Kurz: die Anwendung von Rechtstexten, die nicht aufgrund eines souveränen Gesetzgebungsaktes verbindlich waren, beruhte auf ihrer jeweiligen *auctoritas*. Dass die verbindliche Autorität des Gesetzes dabei den Vorrang vor informellen Autoritäten hatte, war für *Stryk* freilich so selbstverständlich wie für heutige Juristen. Soweit die politische Herrschaft des Staates reicht, ist dieser zur Rechtssetzung berufen und findet damit normalerweise auch die Anerkennung durch die Rechtsgemeinschaft.⁷²

⁶² Siehe auch *Lauterbach*, Prolegomena (Fn. 57), § II, n. 5: „... tantae hodiernum (sic!) est autoritatis, ut, quasi Gentium Jus Commune, per totam fere Europam observetur“.

⁶³ *Grotius*, Inleidinge (Fn. 47), *boeck* I, *deel* II, § 22.

⁶⁴ *Stryk*, *Discursus Praeliminaris* (Fn. 57), § XVI; siehe auch §§ XIX ff.

⁶⁵ *Stryk*, *Discursus Praeliminaris* (Fn. 57), §§ XVI, XXII.

⁶⁶ *Stryk*, *Discursus Praeliminaris* (Fn. 57), §§ XXIV ff., XXIX.

⁶⁷ *Stryk*, *Discursus Praeliminaris* (Fn. 57), §§ XXIII ff.

⁶⁸ *Stryk*, *Discursus Praeliminaris* (Fn. 57), §§ XLII f.

⁶⁹ *Stryk*, *Discursus Praeliminaris* (Fn. 57), z.B. §§ XXVIII f., XXXIII ff.

⁷⁰ *Stryk*, *Discursus Praeliminaris* (Fn. 57), §§ XL f.

⁷¹ *Stryk*, *Discursus Praeliminaris* (Fn. 57), §§ XI f., XXXI.

⁷² Freilich gilt auch das nicht ausnahmslos; das zeigt die Kodifikationsgeschichte des 19. Jahrhunderts; näher *Jansen*, *Authority* (Fn. 17), 45 ff.

III. Nichtlegislative Kodifikationen im transnationalen Privatrecht

Dieser kurze Ausflug in die Begriffsgeschichte macht verständlich, warum die Rechtstheorie im 19. und 20. Jahrhundert informelle Autoritäten vernachlässigt bzw. aus dem Begriff des Rechts verabschiedet hat: Mit dem Gesetzgebungsstaat, insbesondere mit den großen Kodifikationen, schienen informelle Autoritäten zunehmend obsolet zu werden.⁷³ Auch die modernen staatlichen Gesetzgeber vermochten freilich niemals das Recht vollständig zu kontrollieren. Im juristischen Diskurs haben sich deshalb von Anfang an die informellen Autoritäten der Rechtsprechung und der Kommentarliteratur über die formal autoritativen Kodifikationstexte gelegt.⁷⁴ Ihr Anwendungsfeld beginnt dort, wo staatliche Herrschaft endet.

Heute wird das in zunehmendem Maße auch im transnationalen Privatrecht deutlich: Der internationale Seehandel,⁷⁵ die internationale Praxis der Rechnungslegung und der *corporate governance* und auch der Kauf auf Internetplattformen wie Ebay⁷⁶ unterliegen Normen und Normtexten, die von den beteiligten Akteuren – von Handelspartnern ebenso wie von Gerichten – als Rechtsnormen diskutiert werden, obgleich diese Regeln häufig allenfalls indirekt – etwa über die Anerkennung eines Schiedsspruchs – staatlich legitimiert sind. Hier gibt es weder eine einheitsstiftende und legitimitätsverbürgende Verfassung noch eine Kodifikation, die eine äußere Grenze des Rechts symbolisieren könnte. Ein solches Recht lässt sich deshalb nur schwer auf den Begriff bringen; gerade darin besteht freilich die Aufgabe der Rechtstheorie heute. Vieldiskutiert sind dabei die vielfältigen Instrumente privater Selbstregulierung:⁷⁷ Hier geht es um genuin privates Recht, das von privaten Akteuren im privaten Interesse selbst gesetzt und durchgesetzt wird.

Weniger diskutiert, theoretisch freilich besonders spannend sind demgegenüber die nichtlegislativen Kodifikationen des transnationalen Vertragsrechts: Normtexte, die von Juristen in Arbeitsgruppen kodifikationsförmig formuliert werden, nicht von der politischen Autorität eines staatlichen Gesetzgebers gedeckt sind, gleichwohl aber im juristischen Diskurs als

⁷³ Ein Blick auf das englische common law bietet hier nur scheinbar ein anderes Bild. Auch im common law führte das zunehmende Bedürfnis nach verbindlicher Normativität zu einer intensiven Kodifikationsdebatte; dazu C.M. Cook, *The American Codification Movement. A Study of Antebellum Legal Reform*, 1981; A. Braun, *The English codification debate and the role of jurists in the development of legal doctrines*, demnächst in: M. Lobban/J. Moses (Hg.), *The Making of Modern Tort Law: Social and Legal Philosophy*; N. Jansen/R. Michaels, *Private Law and the State. Comparative Perceptions and Historical Observations*, *RabelsZ* 71 (2007), 345-397, 383 ff. m.w.N. Freilich wurde dies Bedürfnis nach strikt bindenden Regeln hier letztlich von der Rechtsprechung befriedigt, deren Urteilen seit dem 19. Jahrhundert eine strikte Bindungswirkung zukommen sollte; vgl. S. Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2001, Bd. II, 776 f., 955 ff. m.w.N.; siehe auch Ranieri, *Kasuistik* (Fn. 59), 186 f.

⁷⁴ H. Mohnhaupt, *Die Kommentare um BGB als Reflex der Rechtsprechung (1897-1914)*, in: U. Falk/H. Mohnhaupt (Hg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, 2000, 495-531.

⁷⁵ Einen ausgezeichneten Überblick bietet jetzt A. Maurer, *Lex Maritima. Grundzüge eines transnationalen Seehandelsrechts*, 2012.

⁷⁶ G.-P. Callies/P. Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Law*, 2010.

⁷⁷ Für eine Bestandsaufnahme J. Köndgen, *Privatisierung des Rechts. Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung*, *AcP* 206 (2006), 477-525. Aus der schwer überschaubaren jüngeren Diskussion Callies/Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code* (Fn. 76); G. Bachmann, *Private Ordnung*, 2006; A. Fischer-Lescano/G. Teubner, *Regimekollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, 2006. Siehe auch die Beiträge zu N. Jansen/R. Michaels (Hg.), *Beyond the State: Rethinking Private Law*, 2008, jeweils mit umfangreichen w.N.

informell autoritativ gelten.⁷⁸ Hier geht es nicht um eine von privaten Interessen motivierte private Regulierung, sondern um die Formulierung eines allgemeinen bzw. universellen Privatrechts im rechtsordnungsübergreifenden Allgemeininteresse.⁷⁹ Solche nichtlegislativen Kodifikationen haben in jüngerer Zeit eine besondere Bedeutung erlangt. Insbesondere gilt das für die Principles of European Contract Law der sog. *Lando-Commission on European Contract Law*⁸⁰ und die UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts;⁸¹ daneben steht neuerdings der Draft Common Frame of Reference (DCFR),⁸² der zum Gegenstand kontroverser Debatten um die Zukunft des europäischen Privatrechts geworden ist.⁸³ Freilich bildet die Vorstellung, dass eine selbst konstituierte, politisch nicht legitimierte Expertengruppe einen Referenztext formulieren könnte, der dann unter Juristen eine außerordentlich hohe informelle Autorität erlangen soll, kein Spezifikum des transnationalen Rechts. Das Modell für die transnationalen Regelwerke waren vielmehr die American Restatements, die seit den 1930er Jahren am *American Law Institute* formuliert werden.⁸⁴

Ebenso wie die Autorität gerichtlicher Präjudizien nicht zuletzt darauf beruht, dass sich bei der juristischen Argumentation häufig keine exakte Grenze zwischen der auslegenden Beschreibung geltenden Rechts und der rechtsfortbildenden Argumentation ziehen lässt,⁸⁵ spielen diese nichtlegislativen Kodifikationen mit der Unschärfe zwischen der beschreibenden Wiedergabe des geltenden Rechts und der Schöpfung neuer Regeln; schon der hochambigie Begriff *restatement* bringt dies Programm zum Ausdruck. Ebenso wie die American Restatements, die nach dem Scheitern von Kodifikationsanläufen ausdrücklich als autoritative Rechtstexte Rechtssicherheit schaffen sollten,⁸⁶ würden deshalb auch die transnationalen Re-

⁷⁸ Ausführlicher zum Folgenden *Jansen*, Authority (Fn. 17), 50-77 und *passim*.

⁷⁹ Man sollte diese Texte daher nicht als Privatkodifikation bezeichnen; so aber *C. Kessedjian*, La codification privée, in: A. Borrás u.a. (Hg.), *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, 1996, 135-149 (*codification privée*); *R. Michaels*, Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, *RabelsZ* 62 (1998), 580-626, 590 f.; *ders.*, Preamble I, in: S. Vogenauer/*J. Kleinheisterkamp* (Hg.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT-Commentary)*, 2009, Rn. 5. Michaels spricht jetzt von *non-state codes*: Soft Codifications in Private Law: Towards Generalizable Knowledge, MS. Das Spezifikum dieser Texte besteht nicht in ihrer Privatheit, sondern in ihrer Unabhängigkeit von staatlicher Gesetzgebung. Näher *Jansen*, Authority (Fn. 17), 6 f.

⁸⁰ *O. Lando/H. Beale* (Hg.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, 2000; *O. Lando/E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann* (Hg.), *Principles of European Contract Law, Part III*, 2003; siehe *Zimmermann*, *Principles of European Contract Law*, in: HWBEuP (Fn. 58), 1177-1180.

⁸¹ UNIDROIT (Hg.), *Principles of International Commercial Contracts 2010*, 2010 (1. Aufl. 1994); online, ohne offizielle Comments: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>. Dazu *J. Kleinheisterkamp*, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in: HWBEuP (Fn. 58), 1547-1551.

⁸² *C. von Bar/E. Clive* (Hg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, 6 Bde, 2009; dazu *R. Zimmermann*, *Common Frame of Reference*, in: HWBEuP (Fn. 58), 276-280.

⁸³ Siehe nur *H. Eidenmüller/F. Faust/C. Grigoleit/N. Jansen/G. Wagner/R. Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, *JZ* 2008, 529-550; *N. Jansen/R. Zimmermann*, Was ist und wozu der DCFR?, *NJW* 2009, 3401-3406; *W. Doralt*, Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts – eine Prozessanalyse der jüngeren Entwicklungen, *RabelsZ* 75 (2011), 260-285, jeweils m.w.N. auch zu Einzelstudien zu einzelnen Abschnitten des DCFR.

⁸⁴ Dazu *R. Michaels*, Restatements, in: HWBEuP (Fn. 58), 1295-1299 m.w.N.

⁸⁵ *N. Jansen/R. Michaels*, Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts, *ZZP* 116 (2003), 3-55, 8 ff.

⁸⁶ Den Restatements sollte solche Autorität zukommen „as is now accorded a prior decision of the highest court of the jurisdiction“: *American Law Institute*, Report of the Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law Proposing the Establishment of an American Law Institute ..., Proceedings of the American Law Institute 1 (1923), 1-109, 1 ff., 25, 29. Entsprechend gilt das *American Law Institute* heute nicht als wissenschaftliche Organisation, sondern als „quasi-legislator“: *J. Zekoll*, Das American Law

gelwerke missverstanden, wenn man sie als wissenschaftliche Ergebnisse der Rechtsvergleichung behandelte.⁸⁷ Vielmehr handelt es sich ihrer Form und ihrem Anspruch nach um normsetzende Kodifikationen und damit um politische Texte, die die künftige Entwicklung des transnationalen bzw. europäischen Privatrechts gestalten sollen. Sie präsentieren zentrale Privatrechtsgebiete in der Form umfassender, systematisch angelegter Regelwerke; und sie zielen dabei darauf ab, von den Teilnehmern am juristischen Diskurs angewendet zu werden. Das zeigt sich nicht nur in ihrer Formulierung als Regelwerk, sondern insbesondere auch in den *Comments*, den „offiziellen“ Erläuterungen zu diesen Regeln. Anders als dies gelegentlich behauptet wird,⁸⁸ zielen diese *Comments* nämlich offenkundig nicht darauf ab, rechtsvergleichende oder sonstige juristische Informationen zu vermitteln,⁸⁹ und sie bieten auch keine juristischen Erörterungen der Argumente für bzw. gegen die jeweilige Regel. Dogmatische Überlegungen, etwa eine induktive Fallgruppenbildung oder die Prüfung von alternativen Formulierungen und Begriffen, fehlen.⁹⁰ *Lex iubeat, non disputet.*

Umso bemerkenswerter ist deshalb die hohe informelle Autorität, die die PECL und die UNIDROIT-Principles mittlerweile erlangt haben. Zwar sind diese Regelwerke in Europa weithin neben funktionierende Rechtssysteme getreten. Nichtlegislative Kodifikationen vermögen die nationalen Rechtsordnungen nicht zu konsolidieren oder zu stabilisieren; vielmehr müssen solche Regelwerke aus nationaler Perspektive als eine externe Irritation erscheinen. Für die deutsche Rechtspraxis sind diese Regelwerke daher weitgehend irrelevant geblieben. Eine andere Perspektive bietet sich jedoch Gesetzgebern, die bei Reform- und Neukodifikationsprojekten auf dem Gebiet des Vertragsrechts regelmäßig diese Regelwerke zugrunde gelegt haben, um ihr Recht an einen – angeblichen – internationalen Standard heranzuführen. Nicht zuletzt gilt das auch für die europäischen Gesetzgeber: Man zeichnet gewiss kein Zerrbild, wenn man den gegenwärtig diskutierten Vorschlag der Europäischen Kommission für ein Europäisches Vertragsgesetz als eine mehrfach revidierte Version der ursprünglichen Regeln der PECL charakterisiert.⁹¹ Denn die Regeln haben zunächst, in einer reformulierten Version, Eingang in den DCFR gefunden, um dann, weiter überarbeitet, in den Vorschlag der Europäischen Kommission zu münden.

Wenn nationale und europäische Gesetzgeber solche von Juristen formulierten Regelwerke als autoritative nichtlegislative Kodifikationen wahrnehmen, so hängt das nicht zuletzt

Institute – ein Vorbild für Europa?, in: Zimmermann (Hg.), Globalisierung (Fn. 61), 101-127, 117 m.w.N. Näher zum Ganzen Jansen, Authority (Fn. 17), 50 ff.

⁸⁷ Jansen/Zimmermann, NJW 2009, 3404 f.

⁸⁸ Zum DCFR H. Schulte-Nölke, Ziele und Arbeitsweisen von Study Group und Acquis Group bei der Vorbereitung des DCFR, in: M. Schmidt-Kessel (Hg.), Der gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung, 2009, 9-22, 14; vgl. auch dens., Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht: Fakten und populäre Irrtümer, NJW 2009, 2161-2167.

⁸⁹ Die einschlägige rechtsvergleichende Literatur wird jedenfalls typischerweise nicht erwähnt, obgleich sie doch zumeist wesentlich detaillierter und genauer ist; näher Jansen/Zimmermann, NJW 2009, 3404 f. m.w.N.

⁹⁰ Allenfalls bieten die *Comments* rechtspolitische Überlegungen oder erklären die beabsichtigte Bedeutung der jeweiligen Regel. Argumentationsstrukturell entsprechen sie damit den Motiven zu einem Gesetz.

⁹¹ Siehe zunächst die von der Europäischen Kommission veröffentlichte „Feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law“: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf, und sodann den Vorschlag der Kommission vom 11. Oktober 2011: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final. Dazu statt aller H. Eidenmüller/N. Jansen/E.-M. Kieninger/G. Wagner/R. Zimmermann, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts, JZ 2012, 269-289.

auch damit zusammen, dass insbesondere die UNIDROIT-Principles und die PECL auch in der Wissenschaft verbreitet als ein Ausdruck eines transnationalen Privatrechts gelten;⁹² längst sind sie deshalb zu einem „Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft“ geworden.⁹³ Obgleich diesen Texten, das gilt es zu betonen, jede politische oder demokratische Legitimation fehlt, haben auch traditionelle Rechtslehrer wie *Claus-Wilhelm Canaris* die UNIDROIT-Principles und die PECL als Rechtsquellen in einem weiten Sinne anerkannt;⁹⁴ und ein Blick in die deutsche Kommentarliteratur macht deutlich, wie weit diese Texte bereits als autoritativer Ausdruck transnationalen Rechts Anerkennung gefunden haben.⁹⁵ Noch höher ist die Autorität dieser Texte freilich in anderen Rechtsordnungen; es ist nicht mehr unüblich, dass Gerichte die PECL als autoritative Grundlage rechtsfortbildender Entscheidungen behandeln.⁹⁶

Fast mehr noch beeindruckt freilich der Erfolg der UNIDROIT-Principles in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Zwar sind die UNIDROIT-Principles und andere nichtlegislative Kodifikationen – wohl aufgrund anwaltlicher Berührungängste gegenüber neuartigen Instrumenten – nur ausnahmsweise Gegenstand vertraglicher Rechtswahl.⁹⁷ Gleichwohl

⁹² Prägnant *R. Michaels*, Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien. Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts, *RebelsZ* 73 (2009), 866-888.

⁹³ *R. Zimmermann*, Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand Europäischer Rechtswissenschaft, 2003; vgl. auch *dens.*, *Ius Commune* and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea, in: H.L. MacQueen/R. Zimmermann (Hg.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, 2006, 1-42, 33 ff.

⁹⁴ *C.-W. Canaris*, Die Stellung der ‚UNIDROIT Principles‘ und der ‚Principles of European Contract Law‘ im System der Rechtsquellen, in: J. Basedow (Hg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000, 5-31, 13 ff., 29 ff.: „Rechtsgewinnungsquelle“.

⁹⁵ Für die UNIDROIT-Principles und die PECL exemplarisch *MünchKomm BGB⁵/E.A. Kramer* (2006), § 119, Rn. 36, 113, 142; § 123, Rn. 43; § 145, Rn. 7; § 149, Rn. 1; § 150, Rn. 3 f.; § 151, Rn. 13 f., 50; § 154, Rn. 4; Einl. zum Recht der Schuldverhältnisse, Rn. 101; *MünchKomm BGB⁵/J. Basedow* (2007), § 305, Rn. 103. *Basedow* hatte schon früh vorgeschlagen, im Rahmen der AGB-Kontrolle auf die PECL bzw. auf den DCFR abzustellen, um einen europäischen Standard der Fairnesskontrolle zu gewinnen: *MünchKomm BGB⁴/J. Basedow* (2003), § 307, Rn. 26; ebenso *MünchKomm BGB⁵/E.-M. Kieninger* (2007), § 307, Rn. 26; dazu *Jansen*, Klauselkontrolle im Europäischen Privatrecht, *ZEuP* 18 (2010), 67-106, 98 ff. Für die PECL und die UNIDROIT-Principles ferner etwa *MünchKomm BGB⁵/G.H. Roth* (2007), § 242, Rn. 10; § 313, Rn. 61 ff.; *Staudinger/D. Looschelders/D. Olzen* (2009), § 242, Rn. 435, 1181 f., 1187; *Staudinger/S. Lorenz* (2007), § 818, Rn. 41; *Staudinger/A. Röthel* (2007), § 844, Rn. 16. Für ein bemerkenswert frühes Beispiel zum DCFR siehe die GoA-Kommentierung von *A. Bergmann* im *Staudinger* (2006), *passim*, die sich weitgehend an Vorarbeiten zum DCFR anlehnt; für eine Kritik der Referenzregeln im DCFR indes *Jansen*, *Negotiorum Gestio* und *Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law?*, *ZEuP* 15 (2007), 958-991; *L. Rademacher*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im europäischen Privatrecht, *JURA* 2008, 87-95. Später etwa *Staudinger/T. Reppen* (2009), § 186, Rn. 7, 18; § 187, Rn. 9, 13; § 193, Rn. 6, 27 f.; *Staudinger/D. Looschelders/D. Olzen* (2009), § 242, Rn. 1177 ff. Siehe im Übrigen – zu den PECL und UNIDROIT-Principles – etwa die Kommentierung des Deliktsrechts von *G. Wagner* im *MünchKomm⁵* (2009), der regelmäßig im Rahmen von Ausführungen zu Reformbestrebungen auf die internationalen Regelwerke verweist; ähnlich *Staudinger/H. Otto* (2009) zum Leistungsstörungsrecht; *Staudinger/D.W. Belling* (2008), § 831, Rn. 134, sowie die Kommentierungen von *W. Ernst*, die die Regelwerke allerdings häufig als repräsentativ für das transnationale Recht nennen; vgl. *MünchKomm BGB⁵/W. Ernst* (2007), Vor §§ 323 ff., Rn. 6; § 275, Rn. 23; § 280, Rn. 19; § 284, Rn. 1; § 311a, Rn. 8; § 323, Rn. 5, 131, 223 f. Glücklicher ist es, die Principles neben den vergleichenden Befund zu stellen; vgl. etwa *Staudinger/T. Reppen* (2009), § 226, Rn. 51.

⁹⁶ Zur bemerkenswerten Praxis spanischer Gerichte, auf die PECL zurückzugreifen, um das spanische Vertragsrecht gegen den Wortlaut geltender Bestimmungen zu modernisieren: *C. Vendrell Cervantes*, The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts, *ZEuP* 16 (2008), 534-548. Allein im Zeitraum von 2005 bis 2007 haben der *Tribunal Supremo* zwölfmal und andere Gerichte neunmal in diesem Sinne judiziert. Für weitere Rechtsordnungen vgl. *Jansen*, *Authority* (Fn. 17), 62 f. m.w.N.

⁹⁷ Das betont UNIDROIT-Commentary/*Vogenauer* (Fn. 79), Introduction, Rn. 40 f.; siehe auch *D. Oser*, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts. A Governing Law?, 2008, 28 f.; *F. Dasser*, Mouse or Monster? Some Facts and Figures on the *lex mercatoria*, in: *Zimmermann* (Hg.), *Globalisierung* (Fn. 61), 129-

ist dies Regelwerk zu einem Standardinstrument internationaler Schiedsrichter geworden. Aus deren Perspektive gilt nämlich: „the PICC are the most comprehensive and regularly updated statement of internationally recognized legal rules applicable to international commercial contracts“.⁹⁸ Entsprechend sind Schiedsrichter zunehmend bereit, die UNIDROIT-Principles anzuwenden, wenn die Parteien das nicht eindeutig ausgeschlossen haben.⁹⁹ Denn die UNIDROIT-Principles wurden unbeeinflusst von nationalen Regierungen formuliert; sie gelten daher als neutraler Standard internationaler Vertragsgerechtigkeit und als Ausdruck eines globalen Konsenses.¹⁰⁰ Viele Schiedsrichter wenden die UNIDROIT-Principles deshalb als „a set of backup provisions“ an;¹⁰¹ und sie stützen sich auf das Regelwerk, um Ergebnisse, die sie auf der Grundlage nationalen Rechts gefunden haben, zu legitimieren und zu kontrollieren.¹⁰² Als Allgemeiner Teil des transnationalen Vertragsrechts¹⁰³ haben die UNIDROIT-Principles längst auch Grundwertungen des internationalen Handelsrechts verändert.¹⁰⁴

Vor diesem Hintergrund kann es nicht mehr wirklich überraschen, dass die UNIDROIT-Principles mittlerweile auch zum Gegenstand eines juristischen Kommentars geworden sind.¹⁰⁵ Angesichts des im 20. Jahrhundert selbstverständlichen Fokus der Rechtswissenschaft auf staatliche Gesetzgebung bildet das freilich gleichwohl eine bemerkenswerte Entwicklung. Sie bringt die informelle Autorität zum Ausdruck, die die UNIDROIT-Principles als Textgrundlage des transnationalen Privatrechts erlangt haben. Zugleich trägt ein solcher Kommentar aber umgekehrt in einem ganz erheblichen Maße zur Autorität dieses Textes bei. Zum einen wird in der medialen Kommentarform nämlich die Autorität der Principles als Referenztext für jedermann sichtbar und damit gleichsam institutionell unverfügbar.¹⁰⁶ Denn die Autorität des Referenztextes erscheint im juristischen Kommentar als eine juristisch-soziale Tatsache. Zum anderen erleichtert der Kommentar aber auch die Anwendung dieses Textes und erhöht damit seine Brauchbarkeit in der Rechtspraxis in einem ganz erheblichen Maße.

IV. Autorität und Anerkennung

In solchen Anerkennungsprozessen werden Mechanismen deutlich, wie sie in vergleichbarer Weise auch die Autorität des *Corpus iuris civilis* im späten Mittelalter und in der frühen Neu-

158, 139 ff.

⁹⁸ UNIDROIT-Commentary/Scherer (Fn. 79), Preamble II, Rn. 27.

⁹⁹ F. Bortolotti, The UNIDROIT Principles and the arbitral tribunals, Uniform Law Review (ULR) 2000, 141-152, 142.

¹⁰⁰ Vgl. E. Brödermann, The Growing Importance of the UNIDROIT Principles in Europe – Review in Light of Market Needs, the Role of Law and the 2005 Rome I Proposal, ULR 2000, 749-770, 756 ff.; Oser, Governing Law? (Fn. 97), 57 ff., 154; zurückhaltender Bortolotti, ULR 2000, 143 ff.

¹⁰¹ UNIDROIT-Commentary/Scherer (Fn. 79), Preamble II, Rn. 60.

¹⁰² UNIDROIT-Commentary/Scherer (Fn. 79), Preamble II, Rn. 55 f.; F. Marella, Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Vanderbilt J. Transnational L. 36 (2003), 1137-1188, 1169, mit Beispielen für Fälle, in denen Schiedsgerichte auf die UNIDROIT-Principles zurückgegriffen haben, um Entscheidungen, die nach nationalem Recht begründet worden waren, einen „transnational status“ zu verleihen.

¹⁰³ Michaels, *RabelsZ* 73 (2009), 867 ff., 885 ff.

¹⁰⁴ P. Berger, The relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the new *lex mercatoria*, ULR 2000, 153-170.

¹⁰⁵ Vogenauer/Kleinheisterkamp (Hg.), UNIDROIT-Commentary (Fn. 97).

¹⁰⁶ Näher Jansen, Authority (Fn. 17), 111-136; ders., ZRG (germ.) 128 (2011), 41 ff., 55 ff.

zeit erklären: Die informelle Autorität nichtlegislativer Kodifikationen beruht auf komplexen Anerkennungsprozessen, die je ein faktisches und ein normatives Element verbinden. Juristen erwarten voneinander, dass von ihnen erwartet wird, solche Texte als rechtliche Autoritäten zu behandeln (faktisches Element); und sie halten solche Erwartungen für legitim (normatives Element). Solche über Erwartungs-Erwartungen vermittelte Anerkennungsprozesse unterscheiden sich nicht grundsätzlich von den Anerkennungsprozessen, die – vermittelt über eine Grundnorm (*rule of recognition*) – ein Rechtssystem als Ganzes¹⁰⁷ und letztlich jede Institution tragen.¹⁰⁸ Allerdings beziehen sie sich nicht auf ein Rechtssystem als Ganzes,¹⁰⁹ sondern unmittelbar auf einzelne Normtexte und vermitteln diesen auch lediglich eine informelle, keine formale Autorität.¹¹⁰ Ebenso wie vom Gemeinen Recht kann man von den nichtlegislativen Kodifikationen deshalb weder sagen, dass sie in einem juristischen Sinn gelten, noch dass sie nicht gelten.¹¹¹ Gleichwohl wäre es töricht, solche Phänomene aus dem Begriff des Rechts auszugrenzen.¹¹² Denn die PECL und die UNIDROIT-Principles sind längst zu primären Referenztexten des transnationalen Privatrechts geworden und damit ein Gegenstand rechtlicher Diskurse.¹¹³

1. Faktizität

Es bildet ein bemerkenswertes Charakteristikum solcher Anerkennungsprozesse, dass sie normalerweise weniger von der rechtlichen bzw. moralischen Normqualität der Regelwerke, als von ganz andersartigen Faktoren getragen sind. Hier ist nicht der Raum für Details; ein Bericht über die wesentlichen Forschungsergebnisse einiger historischer und rechtsvergleichender Studien muss genügen.¹¹⁴ Ein entscheidender Faktor war offenbar zumeist das kollektive Gefühl einer Krise des Rechtssystems. Nur in solchen Krisen sind Juristen bereit, sich von tradierten Autoritäten zu trennen und ihr Rechtssystem auf neue Referenztexte umzustellen bzw. um neue Referenztexte zu ergänzen. Wichtig ist dabei die professionell-soziale Iden-

¹⁰⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*², 1994, 94 ff.; vgl. auch R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*², 1994, 154 ff. Unterschiede im Einzelnen sind hier unerheblich, auch wenn eine offenkundige Nähe zur „soziologischen“ Deutung der Grundnorm bei Hart besteht.

¹⁰⁸ Aus der soziologischen Institutionentheorie 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.; *ders.*, *Weltrepräsentanz und Verkörperung. Institutionelle Analyse und Symboltheorien – Eine Einführung in systematischer Absicht*, in: G. Melville (Hg.), *Institutionalität und Symbolisierung. Verstetigungen kultureller Ordnungsmuster in Vergangenheit und Gegenwart*, 2001, 3-49; P.L. Berger/T. Luckmann, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Theorie der Wissenssoziologie*²², 2009, insb. 57 ff.

¹⁰⁹ Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn es einer einzelnen Institution, etwa einem Schiedsgericht, gelänge, ein bestimmtes Rechtsgebiet zu kontrollieren. Eine solche Entwicklung zeichnet sich möglicherweise im transnationalen Seehandelsrecht ab; vgl. Maurer, *Lex Maritima* (Fn. 75), 113 ff., 143 ff., 175 ff.

¹¹⁰ Vgl., für das *common law*, Schauer, *Authority and Authorities* (Fn. 22), 1956 ff.

¹¹¹ Vgl. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Fn. 107), 142 ff.: der Begriff der juristischen Geltung setzt die Vorstellung einer Grundnorm voraus. Dem entspricht, dass das Konzept der Geltung des Rechts erst im Zuge der begrifflichen Verknüpfung von Staat und Rechtssystem im 19. Jahrhundert geprägt worden ist; erhellend N. Luhmann, *Die Geltung des Rechts, Rechtstheorie* 22 (1991), 273-286.

¹¹² So etwa Bachmann, *Private Ordnung* (Fn. 77), 37 ff., 43 f., 304, 330 ff.

¹¹³ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, 15: „Das Recht bestimmt, was die Grenzen des Rechts sind, bestimmt also, was zum Recht gehört und was nicht“.

¹¹⁴ Jansen, *Authority* (Fn. 17), insb. 95-137.

tität der relevanten Juristen, die eine – legislative oder nichtlegislative – Kodifikation nur dann anerkennen, wenn sie darin ihr Rechtssystem und Rechtsverständnis ausgedrückt finden. Weitere Faktoren sind zudem der Eindruck professioneller Exzellenz der Verfasser, die es erlaubt, die Regeln als Expertenwissen zu präsentieren, sowie – neuerdings – die prozeduralen Prinzipien fairer Repräsentation sowie diskursiv offener Entscheidungsfindung.

Bei alledem hat sich die formale Gestaltung eines Textes als entscheidender, wenn auch – wie die Medialität des Rechts überhaupt¹¹⁵ – unterschätzter Faktor für die Autorität nichtlegislativer Kodifikationen erwiesen. Einerseits muss die praktische Brauchbarkeit und damit letztlich die Anwendung eines Referenztexts in der täglichen Praxis davon abhängen, wie weit er das Recht konsistent, geordnet und einfach anwendbar zu formulieren vermag. Andererseits kann die formale Präsentation eines Rechtstextes symbolisch zu seiner Institutionalisierung als informelle Autorität beitragen. Jedermann weiß, dass nichtlegislative Kodifikationen ein anderes typographisches Bild bieten als Romane oder Lehrbücher: Praktisch sämtliche autoritativen Rechtstexte – angefangen bei den mittelalterlichen Handschriften des *Corpus iuris* mit ihrer rahmenden *Glossa Ordinaria* über einen modernen Gesetzeskommentar bis hin zu den *American Restatements*, den PECL und den UNIDROIT-Principles – machen offenkundig, dass die Wirkung und Autorität juristischer Referenztexte zu einem ganz erheblichen Maße davon abhängen, ob es gelingt, diese Texte als legitime, autoritative Institutionen zu präsentieren. Nur dann, wenn die in solchen Texten formulierten Normen dem Einfluss Einzelner entzogen zu sein scheinen, können Juristen nämlich davon ausgehen, dass andere Juristen sich daran ausrichten. Dazu müssen die Texte normalerweise als Autoritäten sichtbar präsent sein. Es liegt deshalb nahe, mit der Kultursoziologie das Augenmerk auf die Inszenierung solcher Wissensbestände zu legen. Denn soziale Institutionen erscheinen für den einzelnen Menschen nicht zuletzt deshalb als objektiv und unverfügbar, weil sie ihm „immer schon auf Schritt und Tritt in symbolischen Formen gegenüberreten“.¹¹⁶ Dies bildet den Grund dafür, dass, wer sich daransetzt, einen autoritativen Referenztext zu schaffen, gut daran tut, diesen nicht als argumentativen Beitrag zum akademischen Diskurs, sondern als Kodifikation zu präsentieren.¹¹⁷ Den Vätern der *American Restatements* war das durchaus noch bewusst; sie haben deshalb zunächst gänzlich auf Hinweise zur Rechtsprechung einzelner Gerichte und auf Literaturnachweise verzichtet: „(i)t seemed that the Restatement would be more likely to achieve an authority of its own ... if exact rules were clearly stated without argument“.¹¹⁸ Ähnliches gilt für die UNIDROIT-Prinzipien: Die *Comments* „systematically refrain from referring to national laws in order to explain the origin and rationale of the solution retained“.¹¹⁹

2. Selbstreferentialität

¹¹⁵ Siehe jetzt *T. Vesting*, *Die Medien des Rechts*, Bd. I. Sprache, Bd. II. Schrift, 2011.

¹¹⁶ *B. Stollberg-Rilinger*, *Des Kaisers alte Kleider*, 2008, 9 ff. (10).

¹¹⁷ Näher *Jansen*, *Authority* (Fn. 17), 111 ff., 126 ff.

¹¹⁸ *S. Williston*, *The Restatement of Contracts*, *American Bar Association Journal* 18 (1932) 775-777, 777.

¹¹⁹ *Governing Council of UNIDROIT*, *Introduction to the 1994 Edition*, in: UNIDROIT (Hg.), *Principles of International Commercial Contracts*², 2004, xiv-xvi, xv.

Ein bemerkenswertes autoritätsstabilisierendes Charakteristikum der transnationalen nichtlegislativen Kodifikationen besteht schließlich darin, dass sie das Ergebnis eines Normierungsprozesses bilden, der innerhalb weniger Jahrzehnte hochgradig selbstreferentiell geworden ist. Wer einen solchen Text formuliert, tut dies nicht am grünen Tisch, sondern richtet sich an anderen bereits existierenden Texten aus und übernimmt dazu Formulierungen, die sich andernorts finden – primär aus anderen Regelwerken, aber auch aus dem Recht der Europäischen Union. Gewiss werden einzelne Formulierungen dabei auch verworfen und Formulierungen im Einzelnen modifiziert. Auch werden Regeln häufig von einem Kontext in einen anderen verschoben – etwa aus dem regulatorischen Wettbewerbsrecht ins allgemeine Vertragsrecht. Echte Alternativen werden in diesem Prozess aber nur ausnahmsweise erwogen. Vielmehr hängen die Texte genetisch voneinander ab; die jüngeren Texte bilden in der Regel einfach eine weitere Textstufe älterer Regeln.¹²⁰ Die UNIDROIT-Principles und die PECL waren jeweils stark vom Internationalen Kaufrecht (CISG) beeinflusst; zudem haben die Verfasser beide Regelwerke den jeweils anderen Text bei ihrer Formulierung berücksichtigt, so dass schon diese Regelwerke häufig gleiche bzw. ähnliche Normen enthalten. Das Vertragsrecht des DCFR bildet dann eine abgeleitete und um Regeln des europäischen Verbraucher-*acquis* ergänzte Version¹²¹ der PECL; und mit ihrem Vorschlag für ein Europäisches Vertragsrecht hat die Europäische Kommission jetzt – vermittelt über eine weitere Zwischenstufe – die jüngste Textstufe in diesem Prozess formuliert.¹²²

Diese Entwicklung etabliert bzw. stabilisiert einen beschränkten Kreis von Regelwerken als exklusive Autoritäten des europäischen Rechts: Für viele Juristen – innerhalb wie außerhalb der an diesen Prozessen beteiligten Arbeitsgruppen – ist es heute selbstverständlich, dass das europäische Privatrecht seine Grundlage in den PECL der *Lando*-Kommission bzw. in einer abgeleiteten Textstufe dieser Regeln findet.¹²³ Dabei tragen die je jüngeren Textstufen dialektisch zur Autorität der älteren Regelwerke bei, indem sie diese als Autoritäten anwenden; zugleich gewinnen sie ihre Legitimation umgekehrt daraus, dass sie sich als eine „verbesserte“ Version des früheren Regelwerks präsentieren. Die informelle Autorität nichtlegislativer Kodifikationen gilt damit nicht nur „nach außen“, bei der Rechtsanwendung, sondern in hohem Maße auch „nach innen“, bei der selbstreferentiellen Fortschreibung des transnationalen Privatrechts. Gedankliche Alternativen oder Argumente, die keinen Eingang in die Regelwerke (bzw. in ihre offiziellen *Comments*) gefunden haben, können dabei nur ganz ausnahmsweise Berücksichtigung finden. Denn die Fortschreibung des transnationalen Vertragsrechts hat ihren medialen Ort heute primär in den oralen Foren von Arbeitsgruppen, in denen man im großen Kreis und häufig unter erheblichem Zeitdruck diskutiert, aber gewiss nicht lesen kann.

¹²⁰ Näher *N. Jansen/R. Zimmermann*, Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht: Textstufen transnationaler Modellregelungen, AcP 210 (2010), 196-250, 197 ff. m.w.N.

¹²¹ Eine Zwischenstufe bildeten hier die *Acquis Principles* (ACQP, 2007), mit denen die *Research Group on the Existing EC Private Law* versucht hatte, ein allgemeines Vertragsrecht auf der Grundlage des europäischen *acquis communautaire* zu rekonstruieren; kritisch *N. Jansen/R. Zimmermann*, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2007, 1113-1126.

¹²² Oben Fn. 91.

¹²³ Siehe oben bei Fn. 91 ff.

V. Ergebnis und Ausblick

Wenn es heute so schwierig geworden ist, die Autorität solcher Texte in den Blick zu nehmen, so erklärt sich das nach allem nicht zuletzt mit der naturrechtlich geprägten Sprache des modernen Rechts, in der kein Platz für das ambige Phänomen informeller Autoritäten sein sollte. Nimmt man informelle Autoritäten demgegenüber als einen Teil des Rechts wahr, so erscheint dies zugleich reicher und uneindeutiger: Dass Autoritäten – und nicht nur Argumente – einander widersprechen können, entspricht freilich der täglichen Erfahrung von Juristen; man sollte das nicht mittels eines begrifflich verengten Rechtsbegriffs marginalisieren. Das gilt insbesondere auch für die Theorie des transnationalen Rechts: Erst dann, wenn die nicht-legislativen Kodifikationen als das in den Blick geraten, was sie sind: informelle Autoritäten selbstreferentiell entstehender Rechtssysteme, können Juristen die drängenden Fragen nach der Legitimität solcher Prozesse überhaupt thematisieren.

Bei alledem sollte deutlich geworden sein, dass Juristen informelle Autoritäten im Recht nicht einfach vorfinden. Denn solche Autoritäten sind nicht einfach vorhanden, sondern werden tagtäglich neu erzeugt und befinden sich folglich in einem ständigen Wandel. Jeder Jurist trägt mit seinem professionellen Verhalten und mit seinen Erwartungen an das professionelle Verhalten anderer zu solchen Prozessen bei. Je mehr Juristen ihren Blick beispielsweise auf die Rechtsprechung und wenige Standardkommentare richten, desto stabiler wird ein Rechtssystem; freilich droht es damit auch auf Dauer zu verkrusten. Wo Kommentatoren und Gerichte aber umgekehrt bereit sind, auch eine ständige Rechtsprechung oder eine wohletablierte Meinung in Frage zu stellen, relativieren sie deren Autorität; zugleich eröffnen sie damit Möglichkeiten einer dynamischen Innovation ihres Rechts. Juristen sollten sich darüber bewusst sein, dass sie für die Kultivierung der informellen Autoritäten in ihrem Recht die Verantwortung tragen. Erst recht gilt das, wenn sie ihre Rechtssysteme gegenüber transnationalen Argumenten öffnen.¹²⁴ Die informellen Autoritäten der nichtlegislativen Kodifikationen haben hier eine hohe politische und wohl auch juristische Brisanz: Wer mit seinem professionellen Verhalten zur Autorisierung nichtlegislativer Kodifikationen beiträgt, macht sich damit nicht nur zu einem Akteur der Europäisierung des Rechts, sondern relativiert unweigerlich die legitimitätsverbürgende staatliche Herrschaft über das Recht. *Grotius* und *Hobbes* hatten durchaus Gründe dafür, informelle Autoritäten aus dem Recht zu verbannen; umgekehrt dürfte den gelehrten Juristen ihrer Zeit bewusst gewesen sein, dass die *auctoritas* der römischen Quellen die Autonomie des Rechts schützte.

¹²⁴ Treffend in diesem Sinne zur amerikanischen Debatte zur Frage, ob Gerichte ausländisches Recht zitieren dürfen, *Schauer*, *Authority and Authorities* (Fn. 22), 1931 ff., 1956 ff.