

# Der gescheiterte Codex

Überlegungen zur Kodifikationsgeschichte  
des Codex Theodosianus\*

- I. Ein antiker Gesetzgeber in Nöten:  
Zu wenig bekanntes Recht für zu viele Menschen

Als der oströmische Kaiser Theodosius II. in den Jahren 429 bis 438 nach Christus eine umfassende Rechtssammlung in Auftrag gab, rechnete er sicher damit, dass er eine schwierige Aufgabe in Angriff nahm. Das Recht – einst ein, wenn nicht das effektivste Herrschaftsinstrument des *Imperium Romanum* – hatte seine Wirkungsmacht weitgehend eingebüßt. Die Rechtsquellen waren unzugänglich oder unbekannt geworden und uneinheitlich in ihrem Geltungsanspruch. Sie hatten mit der administrativen Teilung des Reichs in Ost- und Westrom zumindest die Hälfte ihres Geltungsradius eingebüßt.<sup>1</sup> Die zwei privaten Rechtssammlungen von Kaisergesetzen aus der Zeit Diokletians, der *Codex Gregorianus* und der *Codex Hermogenianus*, die aus dem letzten Jahrzehnt des dritten Jahrhunderts datieren, waren veraltet und ergänzungsbedürftig.

Gleichzeitig bestand eine große Nachfrage nach Recht: Die Zahl der potenziellen Normadressaten hatte sich vervielfacht, seit im dritten und vierten Jahrhundert das römische Recht von einer stadtrömischen Erscheinung für römische Staatsbürger zu einem gemeinsamen Recht des gesamten Reichs geworden war. Mit der Verleihung des Bürgerrechts durch die *Constitutio Antoniniana* im Jahre 212 n. Chr. waren aus allen Reichsbewohnern über Nacht *cives Romani* geworden; nicht nur die Bevölkerung Roms und Italiens wollte jetzt mit Recht versorgt sein, sondern auch die Germaniens und Afrikas.<sup>2</sup>

Bei diesem Nachfrageüberhang hätte Theodosius für einen Kodifikationsberater vielleicht durchaus Verwendung gehabt. Allein: Das Wissen um die Eigenschaften, die ein gescheitertes Kodifikationsprojekt von einem erfolgreichen Gesetzgebungswerk unterscheiden, existierte nicht. Der oströmische Kaiser war auf diesem Gebiet ein Pionier. Er agierte in einer politisch wenig stabilen Zeit,<sup>3</sup> die für Kodifikationen universalen Zuschnitts eher

\* Vortrag gehalten am 14. Juni 2006 vor dem Internationalen Max-Planck-Forschungskolleg für vergleichende Rechtsgeschichte des Instituts für Rechtsgeschichte der Johann Wolfgang Goethe-Universität und des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main. Die Vortragsform wurde beibehalten.

<sup>1</sup> Wenn auch einzuräumen ist, dass es einen Bestand an Normen gab, der in beiden Teilen des Imperiums galt. Darauf weist BOUDEWIJN SIRKS, *From the Theodosian to*

*the Justinian Code*, in: *Atti Romanistica Constantiniana. VI Convegno Internazionale*, hg. von der Università degli Studi di Perugia, Facoltà di Giurisprudenza, Perugia 1986, 265–302, 267, hin.

<sup>2</sup> HARTMUT LEPPIN, *Theodosius der Große*, Darmstadt 2003, 15 ff., spricht von einem »Reich der Vielfalt« und meint damit nicht zuletzt die »ethnische Vielfalt des Mittelmeerraums«, die sich im

Römischen Reich nicht nivelliert hatte.

<sup>3</sup> LEPPIN (Fn. 2) 35 ff., 87 ff., 115 ff., 169 ff.; des Weiteren ALEXANDER DEMANDT, *Die Spätantike. Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian 284–565 n. Chr.*, München 1989, 161 ff.; DERS., *Geschichte der Spätantike. Das Römische Reich von Diocletian bis Justinian 284–565 n. Chr.*, München 1998, 132 ff.

ungünstig war. Und er machte Fehler, die sein Gesetz wenn schon nicht als *Codex*, so doch als Kodifikation desavouierten und es in der historischen Rückschau im Schatten des zweiten, ungleich erfolgreicherem Kodifikationsunternehmens der spätantiken Welt versinken ließen: des *Codex Iustinianus*, des Gesetzbuchs des Kaisers Justinian, das gemeinsam mit den Digesten und Institutionen später unter dem Namen *Corpus Iuris Civilis* berühmt werden sollte.

Ich möchte Ihnen im Folgenden davon berichten, weshalb der *Codex Theodosianus* kodifikatorisch kein Ruhmesblatt war – weder in Ostrom, wo er herstammte, noch in Westrom, wo er ebenfalls in Kraft gesetzt wurde. Ich werde dabei anhand dieses gescheiterten legislatorischen Unternehmens einige Überlegungen darüber anstellen, welche Hürden ein *Codex* nehmen muss, um eine wirkmächtige Kodifikation zu werden – oder eben nicht. Mit anderen Worten: Ich möchte mit Ihnen am Beispiel des *Codex Theodosianus* Kodifikationsgeschichte betreiben. Am Ende meiner Ausführungen sollen einige Thesen stehen, die Faktoren eines gelungenen Kodifikationsunternehmens benennen.

## II. Antiker Codex und moderne Kodifikationstheorie: Methodische Weichenstellungen

1. Zuvor müssen allerdings einige methodische Vorfragen beantwortet werden. Es gibt in der Rechtsgeschichte bekanntlich einen Ansatz, der sich für die Geschichte der juristischen Ideen und Dogmen interessiert – nicht sonderlich hingegen für Zeit und Ort oder für das politische und soziale Umfeld, in dem diese Ideen gedacht wurden und Gestalt annahmen. Ihm ist es vielmehr um die Entwicklung überzeitlicher Begriffs- und Wesensmerkmale des Rechts zu tun. Und es gibt eine sozialhistorisch und sozialwissenschaftlich interessierte Geschichtsschreibung, die weniger nach der Ausarbeitung der Begriffe fragt als nach ihrer konkreten Umsetzung. Sie beschäftigt sich mit der Wechselwirkung zwischen Recht und Gesellschaft.<sup>4</sup> Für den *Codex Theodosianus* ist diese sogar recht gut erforscht.<sup>5</sup>

In der Kodifikationsgeschichte spiegeln sich die zwei verschiedenen Erkenntnisinteressen rechtsgeschichtlicher Forschung wie in einem Brennglas. Hier stehen die beiden Forschungsansätze einan-

4 PLO CARONI, Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte, Basel, Genf, München 2003, 12 f.

5 TONY HONORÉ, The Making of the Theodosian Code, in: ZRG RA 103 (1986) 123–222, 133 ff.; zu den politischen Implikationen des *Codex Theodosianus* JEAN GAUDEMET, Aspects politiques de la codification théodosienne, in: DERS., Études de droit

Romain, Bd. 1, Neapel 1979, 349–369, 349 ff.; DIETER NÖRR, Zu den geistigen Grundlagen der spätantiken Kodifikationsbewegung, in: ZRG RA 80 (1963) 109–140, 109 ff.; MARIE THERES FÖGEN, Gesetz und Gesetzgebung in Byzanz, in: Ius Commune 14 (1987) 137–158, 137 ff.

der allerdings nicht antagonistisch gegenüber, sondern bedingen sich gegenseitig. Kodifikationen haben einerseits ihre gesellschaftlichen Entstehungsbedingungen und sammeln das Recht einer bestimmten Gesellschaft zu einer bestimmten Zeit. Soll das Projekt gelingen, muss sich dieses Recht aber auch verwandeln. Es muss gewissermaßen die Zeit anhalten und – um ein Wort Cornelia Vismanns zu gebrauchen<sup>6</sup> – um sich eine Mauer errichten, um jene Verdichtung zu erzielen, die eine Kodifikation ausmacht. Man könnte sagen: Die Kodifizierung des Rechts betreibt dessen Immunisierung gegen die Zeit und alles Nicht-Normative.<sup>7</sup> Sie ist das Auge des Tornados, ein tendenziell hermetisches Phänomen, das aufgrund seiner formativen Kraft mit der Umwelt erneut in Wechselbeziehung tritt.<sup>8</sup>

Wie die kodifikatorischen Riegel gegen die Zeit beschaffen sein müssen und was passiert, wenn die Geschichte dennoch in das kodifizierte Recht eindringt, das möchte ich für den theodosianischen *Codex* anhand zweier Modelle aus den Sozialwissenschaften aufzeigen: zum einen an der systemtheoretischen Vorstellung von der Unsicherheitsabsorption, der so genannten *uncertainty absorption*. Sie ist eine Funktion des Diskurses vom Erinnern und Vergessen, der jüngst das Generalthema des Forums Junger Rechtshistoriker und Rechtshistorikerinnen in Frankfurt war.<sup>9</sup>

Und zum anderen möchte ich die Wechselwirkung zwischen dem Rechtssystem und seiner Umwelt beleuchten. Auch insoweit bietet der theodosianische *Codex* Anschauungsunterricht. Denn man versuchte, das oströmische Programm auch im Westteil des Reichs zu laden. Es wurde vom weströmischen Kaiser Valentinian III. dort im Jahre 438 in Kraft gesetzt – dem Jahr, in dem der *Codex* auch in Ostrom geltendes Recht wurde. Allerdings konnte die zerfallende politische Macht im Westen die Kodifikation nicht mehr ausreichend legitimieren.

2. Bevor wir aber die beiden antiken Kaiser mit modernen Theorien traktieren, möchte ich auf drei Vorprägungen des kodifikationsgeschichtlichen Forschungsansatzes hinweisen. Sie sind zugleich selbst auferlegte Beschränkungen. Kodifikationshistoriker schreiben – *erstens* – bevorzugt an einer Erfolgsgeschichte der Kodifikationen. Indem sie sich am liebsten mit denjenigen Gesetzgebungsunternehmen beschäftigen, denen eine lange Lebens- bzw. Geltungsdauer beschieden war, beteiligen sie sich manchmal an

6 Das Bild verwendet CORNELIA VISMANN, Akten. Medientechnik und Recht, 2. Aufl. München 2001, 104.

7 VISMANN (Fn. 6) 104: »Hinter der Mauer liegt das Reale.«

8 Zur Kategorie des formativen Textes siehe JAN ASSMANN, Das kulturelle Gedächtnis. Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen, 4. Aufl. München 2002, 142.

9 »Erinnern und Vergessen«, Europäisches Forum Junger Rechtshistoriker und Rechtshistorikerinnen vom 25. bis 28. Mai 2006 in Frankfurt am Main. Siehe unter <http://www.mpier.uni-frankfurt.de/forum2006/index.html>.

kodifikatorischer Mythenbildung. Dabei lässt sich gerade an den pathologischen Fällen, den gescheiterten Kodifikationsprojekten, besonders gut studieren, was ein erfolgreiches Gesetzgebungswerk von einem weniger geglückten trennt. Caroni hat dazu aufgerufen, diesen Mangel zu beheben, die Kodifikationsgeschichte gewissermaßen »gegen den Strich« zu bürsten und auch die Geschichte von Widerständen gegen und vom Scheitern von Kodifikationen zu erzählen.<sup>10</sup> Die Geschichte des *Codex Theodosianus* ist die eines solchen Nicht-Gelingens.

Traditionell stiefmütterlich behandeln Kodifikationshistoriker – *zweitens* – die Wirkungsgeschichte von Kodifikationen. Entstehungsgeschichten, die zugleich immer auch Abschiedsgeschichten sind, herrschen vor. Was mit der Kodifikation für die Zukunft gewonnen oder verloren wurde – das steht weniger auf der Forschungsagenda. Allerdings sind die Dinge hier gegenwärtig im Fluss: Für das Bürgerliche Gesetzbuch hat Rückert mit dem Topos der »chancenlosen Kodifikation« einen Perspektivenwechsel eingeleitet.<sup>11</sup> Die Jubiläen der beiden europäischen Vorzeigekodifikationen, des BGB und des Code Civil, haben das Bewusstsein für deren Alter und Geltungsdauer erneut ins Gedächtnis treten lassen. In meinen Überlegungen steht der wirkungsgeschichtliche Gesichtspunkt zugegebenermaßen nicht im Mittelpunkt. Er klingt aber immerhin an, wenn es im Folgenden um den Vergleich des theodosianischen mit dem späteren justinianischen *Codex* geht.

Die *dritte* Beschränkung betrifft den Forschungsgegenstand der Kodifikationsgeschichte. Ihre beliebtesten Studienobjekte sind die natur- und bürgerlich-rechtlichen Kodifikationen des achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts. Das »Zeitalter der Kodifikationen« bietet dem Forscher nicht nur deshalb ein äußerst befriedigendes Betätigungsfeld, weil sie zum großen Teil erfolgreiche Kodifikationen sind. An ihnen hat er vor allem die kodifikationsgeschichtlichen Begriffe und Anschauung entwickelt und ausdifferenziert. Kodifikationsgeschichte ist also ein moderner Wissenschaftszweig, der Begriff Kodifikation als Synonym für Gesetz und Gesetzbuch nicht älter als die naturrechtlichen Kodifikationen selbst.<sup>12</sup> Das ist nun für sich kein Hinderungsgrund, durch kodifikationshistorische Brillen auch eine antike Kodifikation zu betrachten – sofern man Merkmale finden kann, die die Gesetzgebungswerke verschiedener Zeiten, wie unterschiedlich sie auch im Einzelnen sein mögen, miteinander teilen.

10 CARONI (Fn. 4) 241 f., spricht von der »dritten« Geschichte der Kodifikation – neben ihrer Vor- und Wirkungsgeschichte.

11 Vor allem in seinem Aufsatz »Das Bürgerliche Gesetzbuch – Ein Gesetzbuch ohne Chance?«, in: JZ 2003, 749–760; siehe auch RÜCKERT, in: Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, hg. von MATHIAS SCHMOECKEL, JOACHIM RÜCKERT, REINHARD ZIMMER-

MANN, Bd. 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, Tübingen 2003, vor § 1 Rn. 91 ff., 113 ff.

12 Jeremy Bentham verwendet ihn im Jahre 1815 erstmals – zu einem Zeitpunkt also, in dem die naturrechtlichen Kodifikationen bereits galten. Darauf weist PIO CARONI, Artikel Kodifikation, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), hg. von ADALBERT ERLER, EKKEHARD KAUF-

MANN, Bd. 2, Berlin 1978, 907–922, 907, hin.

Das *tertium comparationis* ist die Herstellung von Abstraktion durch Selektion. Sie wird – um zwei Extreme zu wählen – in den modernen Kodifikationen des bürgerlichen Zeitalters operativ anders hergestellt als in vormodernen, auch denen der Antike: nämlich in einem Fall durch die Ausgliederung *materieller* Ungleichheit aus dem Gesetz *formell* gleichberechtigter Personen<sup>13</sup> und im anderen Fall durch den Ausschluss von formell Ungleichen aus dem Recht.<sup>14</sup> Auf bestimmten Auswahlleistungen beruhen diese Grenzziehungen aber allemal. Tritt Verschriftung hinzu und wird der Anspruch auf Vollständigkeit innerhalb einer bestimmten systematischen Ordnung erhoben, dann handelt es sich um eine Kodifikation.<sup>15</sup>

13 CARONI (Fn. 4) 95, 104, hat hierfür den Begriff der Umlegung geprägt. Hierzu siehe auch NIKOLAUS LINDER, Der bürgerliche Tod, in: Zugang und Ausschluss als Gegenstand des Privatrechts, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2005, hg. von AXEL HALFMEIER, PETER ROTT et al., Stuttgart, München 2006, 305–320, 315 f.

14 Obwohl man sich trefflich darüber streiten kann, ob das nicht auch die Kehrseite der modernen Subjektivierung von Rechtspositionen sein kann. Das Stichwort ist der Einschluss im Recht durch Ausschluss aus demselben. Hierzu LINDER (Fn. 13) 304 ff.

15 HANS HERMANN SEILER, Bewahrung von Kodifikationen in der Gegenwart am Beispiel des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), in: Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), hg. von OKKO BEHREND, WOLFGANG SELLETT, Göttingen 2000, 104–117, 104, m. w. Nw. in Fn. 1; CARONI (Fn. 12) 907 ff.; siehe auch CHRISTOPH SAFFERLING, Re-Kodifizierung des BGB im Zeitalter der Europäisierung des Zivilrechts – ein Anachronismus?, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, hg. von TOBIAS HELMS, DANIELA NEUMANN et al., Stuttgart, München et al. 2001, 133–166, 150 ff.; REINHARD ZIMMERMANN, The Civil Law in European Codes, in: The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays, hg. von DAVID L. CAREY MILLER, REINHARD ZIMMERMANN, Berlin 1997, 259–293; DERS., Codification: history and present significance of an idea, in: European Review of Private Law 1995, 95–120, 96 ff., der frei-

### III. Chronik eines kodifikatorischen Misslingens: The Making of the Theodosian Code<sup>16</sup>

1. Der Begriff »Kodifikation« ist doppeldeutig. Wenn ich im Folgenden nun die Gründe für das Misslingen des *Codex Theodosianus* analysieren werde, dann bezieht sich das auf den Bedeutungsgehalt von Kodifikation als Gesetz oder Rechtsquellsystem.<sup>17</sup> Als *Gesetzbuch* ist der Codex des oströmischen Kaisers ein voller Erfolg und für nachfolgende Unternehmen, namentlich das justinianische, wegweisend. Der *Codex Theodosianus* ist eines der ersten Gesetze in Buchform. Medientechnisch wird nun nicht mehr Papyrus gerollt, sondern Pergament geschichtet.<sup>18</sup> Das hat nicht nur äußerlich den Vorteil der Haltbarkeit; der Gesetzestext selbst wird dadurch auch in einem übertragenen Sinne haltbar gemacht, indem er eine neue, verbindliche Struktur bekommt. Der Einband gibt dem neuen Medium den Anschein von Abgeschlossenheit. Diese Eigenschaften werden vom Träger der Information auf deren Inhalt übertragen. Zwischen dem Buch und dem gesetzlichen Gebot stellt sich eine unterschwellige Verbindung her. Wieacker hat sie so beschrieben: »Der verschließbare, nachschlagbare, aber auch schwerem Zierrat zugängliche Codexband ist Ausdruckssymbol einer Kultur des Schrift gewordenen Wortes und eines autoritativen Textverständnisses.«<sup>19</sup>
2. Hier begegnet sie uns wieder: die zentrale Eigenschaft einer Kodifikation als Gesetzeswerk. Was sie vor allen anderen Aufzeichnungen des Rechts auszeichnet, ist ihr Charakter als autorita-

lich die Kodifizierung von Recht für ein modernes Konzept hält. Zu antiken Kodifizierungsunternehmen vgl. den Band Kodifizierung und Legitimierung des Rechts in der Antike und im Alten Orient, hg. von MARKUS WITTE, MARIE THERES FÖGEN, Wiesbaden 2005.

16 Titel des Aufsatzes von HONORÉ (Fn. 5).

17 Die Unterscheidung zwischen Gesetz und Gesetzbuch gibt der

gleichnamigen Abhandlung CARONIS (Fn. 4) den Namen. Siehe auch DERS. (Fn. 12) 907.

18 Zu dieser Entwicklung eingehend VISMANN (Fn. 5) 67 ff.

19 Textstufen klassischer Juristen, Göttingen 1960, 95. Siehe auch MARIO BRETONI, Geschichte des römischen Rechts. Von den Anfängen bis zu Justinian, 2. Aufl. München 1998, 245.

tiver Text. Wenn es ihren Schöpfern gelingt, Autorität zu generieren, dann ist die Kodifikation auf einem guten Weg. Das »Medium Buch« mag die Ausprägung von Autorität unterstützen, allein ihre Quelle ist es nicht. Diese lässt sich vielmehr – in Anlehnung an einen Begriff, den Luhmann aus der Organisationstheorie von March und Simon übernommen hat<sup>20</sup> – als Fähigkeit zur Unsicherheitsabsorption (»*uncertainty absorption*«) beschreiben.<sup>21</sup>

Unsicherheitsabsorption ist ein Steuerungsmittel im kommunikativen Prozess, das es erlaubt, diesen zu sequenzieren. Wir haben nicht die Möglichkeit, diskursiv immer wieder von vorne anzufangen, den Mitteilenden ständig nach den Gründen für seinen Beitrag zu befragen oder seinen Auswahlhorizont ununterbrochen zu ventilieren. In begrenztem Maß kann man Kommunikation zwar »zurückspulen«, vor allem dann, wenn etwas nicht verstanden wurde oder Widerspruch angemeldet wird. Aber grundsätzlich hat es Kommunikation eilig. Sie bedarf, um sich nicht selbst zu verschlingen, sondern um anschlussfähig zu bleiben, der Entlastung durch Komplexitätsreduktion. Also werden bestimmte Folgerungen (»*inferences*«) akzeptiert, ohne dass man nach deren Prämissen fragt – weil die Fähigkeit, hierfür Gründe anzugeben (die so genannte *capacity for reason elaboration*), unterstellt wird. Das ist eine Grundlage von Autorität.

In der Herstellung von Autorität liegt die wahrhafte Kunst des Gesetzgebers einer Kodifikation. Ich möchte die jüngsten Forschungsergebnisse von Mertens<sup>22</sup> und Emmenegger,<sup>23</sup> die sich beide mit modernen Kodifikationen beschäftigt haben, einmal systemtheoretisch interpretieren und sagen: Autorität stellt sich namentlich in der Selektion derjenigen Regelungsalternativen her, die in das Gesetzbuch aufgenommen werden. Der ausgewählte Normenbestand wird durch die Entscheidung des Gesetzgebers mit der besagten *capacity for reason elaboration* ausgestattet. Im postkodifikatorischen Rechtsdiskurs genügt fortan der Bezug auf die im Codex enthaltene Regelung. Verweisketten auf deren möglicherweise verschlungene Vorgeschichte werden ebenso überflüssig wie die Erörterung der Alternativen, für deren Aufnahme sich der Gesetzgeber nicht entschieden hat. Sie werden dem Vergessen anheim gegeben, was eigentlich nur für den Rechtshistoriker ein Problem ist, weil der sich professionell mit dem Vergessenen befasst. Im Übrigen liegt der große Nutzen des Vergessens<sup>24</sup> in der Entlastung des Diskurses.<sup>25</sup>

20 JAMES G. MARCH, HERMAN A. SIMON, *Organizations*, 2. Aufl. New York 1993.

21 NIKLAS LUHMANN, *Einführung in die Systemtheorie*, hg. von DIRK BAECKER, Darmstadt 2003, 303 f.

22 BERND MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, Tübingen 2004.

23 SIGRID EMMENEGGER, *Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung*

in der Rechtswissenschaft um 1900. Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, Tübingen 2006.

24 GARY SMITH, HINDERK M. EMERICH, *Vom Nutzen des Vergessens*, Berlin 1996; ROBERT HARRISON, *Die Herrschaft des Todes*, München, Wien 2006, 129: »Tatsächlich schützt uns das Gedächtnis in seiner selektiven Fähigkeit vor dem überwältigenden Zuviel des wirklich Gespeicherten.« HARALD

WEINRICH, *Lethe. Kunst und Kritik des Vergessens*, München 2005, 144 ff., spricht von der »Neuen Kraft aus der Kunst des Vergessens«.

25 Das betont etwa ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. Frankfurt am Main 1991, 329. Weitere Nw. bei INGE KROPPENBERG, *Amnesie und Autorität*, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2004, hg. von ANDREA TIETZE, MARY-ROSE MCGUIRE et al., Stuttgart, München 2006, 61–78, 69, Fn. 46.

Den Preis für den textuellen Mord an der Mutterliteratur – so hat Wieacker das genannt<sup>26</sup> – zahlt die Kodifikation gern, weil sie dafür ein funktionables Referenzsystem eintauscht: formal, indem durch die Verschriftlichung eine neue Textökonomie entsteht,<sup>27</sup> und materiell, indem sie ein verdichtetes Substrat dessen enthält, was vorher rechtens war. Die Kodifikation bewahrt einerseits die Weisheit der Mutterliteratur, ist aber andererseits abstrakter und komplexer als das alte Recht.<sup>28</sup> Denn sie hat von ihm gelernt und aus seinen Alternativen gewählt. Das Recht wird in eine Hierarchie gebracht. Nur die Spitze des Eisbergs – den selektierten, abstrakten Rechtskern der Kodifikation – versieht der Gesetzgeber mit dem Geltungsbefehl. Dessen Verbindlichkeit und Unbedingtheit ist mit dem Festigungsgrad politischer Herrschaft korreliert.<sup>29</sup> Was davon nicht umfasst ist, gilt nicht und wird jedenfalls nicht vollständig tradiert.

3. Für ein gelungenes Kodifikationsprojekt ist dieser Mechanismus essentiell – und eben hier zeigen sich einige Defizite des *Codex Theodosianus*. Denn der Kaiser hatte im März des Jahres 429 zunächst zwei Sammlungen in Auftrag gegeben: eine, die die Regeln der Rechtspraxis enthalten sollte, und eine theoretisch anspruchsvollere, die »auch jene juristischen Regeln« bekannt machen sollte, »die dem Schweigen übergeben, in Nichtgebrauch gefallen waren und lediglich für praktische Zwecke zu ihrer Zeit gültig gewesen waren«.<sup>30</sup> Dieser zweite *Codex* sollte lediglich der wissenschaftlichen Forschung – *scholasticae intentioni* – dienen.

Die Zweiteilung legt von der großen Bedeutung des spätantiken Juristenrechts Zeugnis ab, wie es namentlich an den Universitäten Beirut und Konstantinopel gelehrt wurde.<sup>31</sup> Allerdings beeinträchtigt die Aufteilung des einheitlichen Kodifikationsplans in zwei funktional wenig kompatible Untercodices den Universalitätsanspruch des gesamten Projekts. Die unterschiedlichen Ansprüche von Theorie und Praxis können befriedigend nur in einem einheitlichen Gesetz in Einklang gebracht werden. Es muss einerseits abstrakt genug sein, eine Vielzahl von Rechtsfällen des täglichen Lebens zu lösen – insoweit ist der Gegenpol die Anschaulichkeit<sup>32</sup> –, andererseits aber gerade aufgrund seiner Abstraktheit zur wissenschaftlichen Beschäftigung reizen.

Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung können, wenn es um die *lex lata* geht, nicht ohne Schaden voneinander geschieden

26 WIEACKER (Fn. 19) 111. Zum Ganzen KROPPENBERG (Fn. 25) Fn. 47.

27 Darauf weist VISMANN (Fn. 5) 102, hin.

28 Grundlegend PIO CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Mailand 1998, 53 und 189 ff.; DERS., *Quale storia per il diritto ingabbiato dal codice?*, in: Norm

und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für das Recht?, hg. von PIO CARONI, GERHARD DILCHER, Köln, Weimar, Wien 1998, 77–108, 96 ff.

29 Anders offenbar VISMANN (Fn. 5) 102, die von einem »den aktuellen Machtkonstellationen entzogenen Geltungsprinzip des Rechts« spricht, welches die »Akte aus Akten« (= Kodifikation) installiere.

30 C. Th. 1.1.5.

31 Hierzu im Einzelnen DETLEF LIEBS, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260–640 n. Chr.)*, Berlin 1987; siehe auch MARIE THERES FÖGEN, in: Brüssel, Beirut und Byzanz. Viele Sprachen, ein Recht?, in: RJ 12 (1993) 349–363, 352 ff.

32 Im Einzelnen MERTENS (Fn. 22) 287 ff.

werden – gerade nicht in einer Kodifikation, die ja das geltende Recht versammelt.<sup>33</sup> Ich möchte daher eine alte These Wengers falsifizieren, die davon ausging, dass der »hoch fliegende, Theorie und Praxis [...] in gleicher Weise zu befriedigen bestimmte Plan [misslang, weil die] hoch gestellten Praktiker [in der Kommission] an theoretischer Arbeit weniger Interesse gehabt haben mochten«. <sup>34</sup> Nicht Denkfaulheit, sondern die Missachtung der strukturellen Symbiose von Kontemplation und Applikation, wie sie die *dogmatische* Beschäftigung mit Recht kennzeichnet, ist ein Grund für das Misslingen der Codices.

Auf einen weiteren Umstand hat Voss aufmerksam gemacht: Unter Theodosius II. öffnete sich der rhetorische Gesetzesstil erst zaghaft der juristischen Begriffswelt.<sup>35</sup> Von einem einheitlichen terminologischen Instrumentarium, das zur Verdichtung des Normenbestands einer Kodifikation beiträgt und dessen Abstraktionsleistung sprachlich herstellt, ist sein Gesetz noch weit entfernt. Die Kompilatoren der Spätantike erlernen die juristische Sprache erst mühsam wieder.

Potenziert wurde die Problematik durch den Umstand, dass der Hauptgenerator für die Herstellung von Abstraktheit, die Selektionsmacht des Kodifikators, nicht funktionierte. Der Gesetzgebungskommission war das Recht abgesprochen worden, veraltete oder überholte Rechtsmassen auszuscheiden. So verständlich dieses Verlangen nach einem Überblick in einer Zeit war, die sich durch große Rechtsunsicherheit auszeichnete, so kontraproduktiv war es für das Kodifikationsvorhaben. Geltendes und nicht geltendes Recht können in einem *Codex* nicht nebeneinander stehen, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte in einem Gesetzbuch nicht miteinander versöhnt werden.

Gerade an der Festschreibung der ersten und der Ausscheidung der zweiten beweist sich seine Wirkungsmacht. Anders ausgedrückt: Recht, das den Stempel der Geschichtlichkeit trägt, weil es nicht mehr gilt, verträgt sich nicht mit der *lex lata*. Die Kombination bedeutet den Einbruch der Zeitlichkeit in ein Vakuum. Eine Kodifikation muss Komplexität, die durch geschichtlichen Pluralismus entsteht, nicht zwingend vollständig reduzieren. Aber sie muss sie kanalisieren, indem sie die Rechtsmassen in eine Hierarchie bringt.<sup>36</sup> Es gibt Zwischenstufen. Subsidiäre Geltung ist hier das Stichwort. Das legislative Konzept eines rechtshistorischen Museums jedenfalls, in dem geltendes neben nicht geltendem Recht

33 Den Gegensatz zwischen »wissenschaftlicher Neigung« und »praktischen Zwecken« schätzt weniger scharf ein NÖRR (Fn. 5) 109, 131 f.

34 LEOPOLD WENGER, Die Quellen des römischen Rechts, Wien 1953, 536, m. w. Nw. in Fn. 54.

35 WULF ECKART VOSS, Juristen und Rhetoren als Schöpfer der Novel- len Theodosius' II., in: Das Profil des Juristen in der europäischen

Tradition. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstags von Franz Wieacker, hg. von KLAUS LUIG, DETLEF LIEBS, Ebelsbach 1980, 199–256, 228. Siehe auch DERS., Recht und Rhetorik in den Kaisergesetzen der Spätantike, Frankfurt a. M. 1982.

36 Immerhin enthält der *Codex Theodosianus* dazu einige Ansätze, wie KARL-HEINZ SCHINDLER, Besprechung von GIAN GUALBER-

TO ARCHI, Giustiniano legislatore, Bologna 1970, in: ZRG RA 92 (1975) 386–398, 389, und DIETRICH SIMON, Besprechung von GIAN GUALBERTO ARCHI, Teodosio II e la sua codificazione, Neapel 1976, in: ZRG RA 102 (1985) 757–759, 758, im Anschluss an die rezensierten Werke von Gian Gualberto Archi übereinstimmend betonen. Aber das Gesetzeswerk besteht letztlich nicht auf ihr.

zu besichtigen ist, genügt diesen Anforderungen nicht. Der Kaiser hat es denn auch bald nicht weiter verfolgt.<sup>37</sup>

Der zweite Anlauf gelang in dieser Hinsicht besser. Wir begegnen in Theodosius einem lernenden Gesetzgeber, der sich im Wege des *trial and error*-Verfahrens die Essentialia erfolgreichen Kodifizierens *in praxi* aneignet. Ende des Jahres 435 setzte er eine neue Kommission ein, deren Arbeitsauftrag begrenzter war als der erste, dafür aber kodifikatorischen Anforderungen besser gerecht wurde. Sachlich beschränkte er sich nun auf die Zusammenstellung der seit Konstantin erlassenen Kaiserkonstitutionen von allgemeiner Bedeutung, methodisch erging die Weisung, nun wahrhaft kompilatorisch vorzugehen. Unter Weglassung oder Änderung aller überflüssigen Texte sollte eine neue Ordnung gefunden werden.<sup>38</sup> In sechzehn Büchern mit insgesamt 3400 kaiserlichen Konstitutionen präsentierte sich der *Codex Theodosianus* nach abgeschlossener Arbeit im Jahre 438, dem Jahre seines Inkrafttretens in Ostrom. Zivilrecht enthielt er nur in vier Büchern. Der inhaltliche Schwerpunkt lag im öffentlichen Recht, insbesondere bei der Ämterhierarchie, dem Militärrecht, dem Straf- und Strafvollzugsrecht, dem Stadtrecht, dem Vereinsrecht und nicht zuletzt der Kirchenordnung.<sup>39</sup> Ihre Aufnahme lässt sich als Ausdruck einer neuen Allianz zwischen christlicher Religion und kaiserlicher Regierungsgewalt deuten.<sup>40</sup>

Wirklicher Erfolg war dem Gesetz trotzdem nicht beschieden. Der ausschließliche Geltungsanspruch, der ein Wesensmerkmal jeder Kodifikation ist, die einen universellen Anspruch erhebt, blieb Illusion. Alleinige Geltung kann nur für sich beanspruchen, was inhaltlich umfassend scheint – und genau daran fehlte es. Die älteren Gesetzbücher von Hermogenian und Gregorius blieben weiter in Kraft. Daneben wurde das Recht der klassischen Juristen tradiert und in der Gerichtspraxis angewendet. Gerade eine Einrichtung wie das (ursprünglich weströmische) »Zitiergegesetz«, mit dem eine Bedeutungshierarchie »herrschender Meinungen« etabliert wurde – bestimmte Rechtstexte galten vor Gericht als autoritativer als andere<sup>41</sup> –, relativierte die Allgemeingültigkeit des *Codex* erheblich. Kodifikatorische Verbindlichkeit konnte er unter diesen Bedingungen jedenfalls nicht voll entfalten.

Ganz anders im Übrigen die 100 Jahre jüngere Kodifikation Justinians: Hier agiert ein Gesetzgeber im vollen Bewusstsein seiner herrschaftlichen Macht. Es klingt fast wie eine Drohung, wenn in

37 Ob es sich beim zweiten Versuch um eine vollständige Ersetzung des ersten Projekts durch das zweite handelte (so namentlich Theodor Mommsen, Jean Gaudemet und Max Kaser), oder ob der Kaiser in dasselbe einheitliche Projekt nur korrigierend eingriff (so insbesondere ARCHI, Teodosio II [Fn. 36] 9, 35 f.; JOHN F. MATTHEWS, *Laying down the Law. A study of the Theodosian Code*, New Haven, London 2000, 59 ff.; DERS., *The Making of the Text*, in: *The Theodosian Code. Studies in the Imperial Law of Late Antiquity*, hg. von JILL HARRIES, IAN WOOD, London 1993, 19–44, 24 f.; HONORÉ [Fn. 5] 166 f., m. w. Nw. in Fn. 39; siehe auch PAUL JÖRS, Artikel *Codex Theodosianus*, in: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, hg. von GEORG WISSOWA, Bd. 7, Stuttgart 1900, 170–173, 171), kann nicht mehr endgültig entschieden werden (NÖRR [Fn. 5] 131, m. Fn. 99: »Eine eindeutige Antwort ist wohl nicht möglich.«). Es macht aber sachlich nicht wirklich einen Unterschied. Denn jedenfalls lässt sich der Impuls zur Kanalisierung des Projekts im Jahre 435 deutlich ausmachen. Eine Zäsur ist dieser Zeitpunkt allemal.

38 C. Th. I.1.6.

39 Im Einzelnen zum Aufbau des *Codex* MATTHEWS (Fn. 37) 85 ff.

40 Dazu HANS HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4. Aufl.

Heidelberg 2004, Rn. 375; Unter Kaiser Theodosius »begann im Abendland die Geschichte des Zusammenspiels von geistlicher und weltlicher Macht«. Im Einzelnen LEPPIN (Fn. 2) 169 ff.; DAVID HUNT, *Christianising the Roman Empire: the evidence of the Code*, in: *The Theodosian Code* (Fn. 37) 143–158; WILLIAM KENNETH BOYD, *The ecclesiastical*

*edicts of the Theodosian Code*, New York 1905.

41 Hierzu MATTHEWS (Fn. 37) 24 f.; JILL HARRIES, *Introduction: The Background to the Code*, in: *The Theodosian Code* (Fn. 37) 1–16, 4 f.; GAETANO SCHERILLO, *La critica del codice Teodosiano e la legge delle citazioni di Valentiniano III*, in: DERS., *Scritti giuridici*, Bd. 1: *Studi sulle fonti*, Mailand 1992, 155–174.

der Einleitungskonstitution zu den Digesten, der *Constitutio Tanta*, zu lesen steht: *Nemine audente comparare ea quae antiquitas habebat et quae nostra auctoritas introduxit*.<sup>42</sup> Das heißt so viel wie: »Es wage niemand, das alte Recht mit dem, was unsere kaiserliche Amtsgewalt eingeführt hat, zu vergleichen.« Das ist viel mehr als ein reines Interpretations- oder Deutungsverbot.<sup>43</sup> Es ist Justinians persönlicher Normgeltungsbefehl, der so formuliert ist, wie er verbindlicher und nachdrücklicher nicht sein könnte. Indem er nämlich seine eigene kaiserliche *auctoritas* der Zeitlichkeit (*antiquitas*) entgegensetzt, wirft er nichts weniger als seine kaiserliche Amtsgewalt für sein Gesetz in die Waagschale. Autorität begegnet hier in der ursprünglichen Wortbedeutung von Eigentum: *Auctor* ist derjenige, von dem sich Eigentumsrechte ableiten und der sie folglich legitimieren kann.<sup>44</sup> Die so verstandene Autorität des Imperators verbindet sich hier herrschaftsrhetorisch mit der seines *Codex*. Er kommt nun – wie der Kaiser selbst – außerhalb der Zeit zu stehen. Die politische Macht des Gesetzgebers wird zum Grundstein der Autorität seines Gesetzestextes.

Kodifikatoren nachfolgender Zeitalter haben einerseits gelernt, gelassener zu agieren – oder sind vielleicht auch dazu gezwungen. Sie überlassen das ausrangierte Recht meist einem leiseren, aber nicht weniger endgültigen Schicksal: dem Vergessen. Jeder, der schon einmal versucht hat, mit Studierenden im Jahre 2006 über die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform zu sprechen, weiß, was ich meine. Andererseits kann es sich auch die Kodifikation der Moderne nicht leisten, die Verbindung zu Politik und politischer Macht vollständig zu kappen. Als Bindeglied fungiert insoweit ein Teilsystem des Rechts, das mit dem benachbarten System Politik traditionell strukturell gekoppelt ist: das Verfassungsrecht. Dass Verfassung und Kodifikation in einer unauflöselichen Beziehung zueinander stehen, davon haben kundigere Kodifikationshistoriker, als ich eine bin, an anderer Stelle schon gehandelt.<sup>45</sup>

#### IV. Die Inkraftsetzung des oströmischen Codex in Westrom

1. Ich möchte mich lieber wieder *meiner* Lieblingszeit, der Antike, zuwenden, und – bevor ich zum Schluss komme – noch eine Frage behandeln: Warum gelang es auf lange Sicht nicht, den *Codex Theodosianus* im anderen, westlichen Teil des Reichs als Kodifi-

42 *Constitutio Tanta* 10 = Cl. I.17.2.10.

43 Siehe die erste Einleitungskonstitution *Deo auctore*, § 12 sowie § 21 der *Constitutio Tanta*. Dazu FÖGEN (Fn. 31) 355 f.; des Weiteren: H.-J. BECKER, Artikel Kommentierungs- und Auslegungsverbot, in: HRG (Fn. 12) 963–974, 964 f., jew. m. w. Nw.

44 HARRISON (Fn. 24) 132, unter Berufung auf GIOVANNI BATTISTA

VICO, Prinzipien einer neuen Wissenschaft über die gemeinsame Natur der Völker, Hamburg 1990, Bd. 2, § 386, 179.

45 PIO CARONI, Liberale Verfassung und bürgerliches Gesetzbuch im XIX. Jahrhundert, Berner Rektoratsreden, Bern 1988.

kation heimisch zu machen? Tatsache ist, dass der Überlieferungs-zusammenhang im Westen abtrübselt. Das Gesetz ist vor allem in den ersten fünf Büchern nicht vollständig erhalten geblieben. Es ist nur in verkürzten Fassungen und indirekt – nämlich vermittelt durch andere Rechtstexte, wie etwa die *Lex Romana Visigothorum* von 506 – auf uns gekommen. Sie waren mit dem Original nur von ferne vergleichbar. Was war geschehen? Auf diese Frage sind zwei Antworten denkbar. Entweder es handelt sich um die gescheiterte Einführung eines neuen Gesetzesprogramms in ein und demselben Rechtssystem (West- und Ostrom). Oder es geht um den zumindest partiell gescheiterten Transfer zwischen zwei verschiedenen Systemen. Zunächst zur Frage des Transfers, der – ich zitiere den Luzerner Systemtheoretiker Stichweh in seinen Überlegungen zum Transfer in Sozialsystemen – »meistens schief geht«.<sup>46</sup>

Der Pessimismus speist sich vor allem aus der Überlegung, dass die Ko-Evolution von Recht und Sozialbereich anlässlich des Rechtstransfers so große Turbulenzen generiert,<sup>47</sup> dass es zu einer Immunabwehr des sozialen Zielsystems kommt. Es kapselt das transferierte Gut ein und nimmt ihm so seine Wirkungsmacht. Anders ausgedrückt: Die Wechselwirkung zwischen dem Recht und seiner neuen Umwelt funktioniert nicht, weil die Rechtskultur dort auf andere Codes reagiert, als sie am Absenderort herrschen. Zu einer autonomen Rekonstruktion durch Dopplung<sup>48</sup> im anderen Systemkontext – denn das meint die Metapher vom Rechtstransfer wohl<sup>49</sup> – kommt es in diesem Fall nicht.

Im Fall des *Codex Theodosianus* ist das Problem anders gelagert. Hier haben wir es nicht mit zwei, sondern trotz der politischen Teilung des Reichs immer noch mit einem Rechtssystem zu tun: dem Rechtssystem des *Imperium Romanum*. Die gesellschaftlichen Organisationsstrukturen unterschieden sich im Ost- und Westteil des Reichs nicht grundsätzlich voneinander; und auch das weströmische Rechtssystem musste für das oströmische nicht erst geöffnet werden. Vielmehr stammte die Mehrheit der im *Codex Theodosianus* enthaltenen Kaiserkonstitutionen ursprünglich aus dem Westen;<sup>50</sup> und – noch viel wichtiger – Ost- und Westrom teilten eine über vierhundertjährige Rechtstradition: »All general rules up until 364 had been valid throughout the Empire«, liest man bei Sirks.<sup>51</sup>

Dass es unter diesen Bedingungen zu einer Abstoßungsreaktion bei der Inkraftsetzung des *Codex* durch Kaiser Valentinian III.

46 RUDOLF STICHWEH, Transfer in Sozialsystemen: Theoretische Überlegungen, in: Rechtstransfer

in der Geschichte, hg. von VANESSA DUSS, NIKOLAUS LINDER et al., München 2006, 1–13, 10.

47 MARIE THERES FÖGEN, GUNTHER TEUBNER, Rechtstransfer, in: Rg 7 (2005) 38–45, 43.

48 Entgegen STICHWEH (Fn. 46) 4, handelt es sich wohl weniger um eine Kopie als um eine uneigentliche Wiederholung, die besser mit dem ambivalenten Begriff der Dopplung beschrieben ist. Zur

Dopplung MARIE THERES FÖGEN, Römische Rechtsgeschichten.

Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, Göttingen 2002, 148 f., siehe auch 53 f.

49 FÖGEN, TEUBNER (Fn. 47) 44 f.

50 Dafür sensibilisiert HONORÉ (Fn. 5) 133, 167.

51 SIRKS (Fn. 1) 265, 267. Siehe auch SIRKS, The Sources of the Code, in: The Theodosian Code (Fn. 37) 45–67.

in seinem Herrschaftsbereich kommen würde, war mehr als unwahrscheinlich. Die Information, die das Gesetzbuch enthielt, wurde in Westrom aufgrund der gemeinsamen kulturellen Grundlagen nicht wesentlich anders verstanden als im Osten – zumal der *Codex* in lateinischer Sprache abgefasst war. Die Umstellung auf das Griechische als Rechtssprache der Byzantiner wird erst Justinian vornehmen.<sup>52</sup>

Hinzu kommt, dass die Kanäle zwischen den beiden Gesetzgebern auf Empfang geschaltet waren. Valentinian war der politische *protegé* des oströmischen Kaisers Theodosius.<sup>53</sup> Die beiden waren nicht nur verschwägert,<sup>54</sup> sondern bildeten sozusagen ein Netzwerk von Experten oder – mit dem systemtheoretischen Fachterminus<sup>55</sup> – eine so genannte epistemische *community*.<sup>56</sup> Die beiden Kaiser stellten ihre Expertise als Herrscher und die notwendige legislatorische Infrastruktur, namentlich ihre Gesetzgebungskompetenz, in den Dienst des *Codex Theodosianus*. Wieling hat im Einzelnen beschrieben, wie sich das Inkraftsetzungsverfahren in Westrom gestaltete.<sup>57</sup> Zumindest formal konnte der *Codex* dabei auch im westlichen Reichsteil von der *auctoritas* eines Kaisers zehren, der ihm kraft seiner Amtsgewalt die Ingredienz verschaffte, die eine Kodifikation am nötigsten brauchte: Geltung.

2. Es handelt sich also trotz der administrativen Teilung des Reichs immer noch um ein einheitliches Rechtssystem. Das Transferbild, das zwei unterschiedliche Systeme impliziert, passt mithin für die Inkraftsetzung des *Codex Theodosianus* in Westrom nicht gut. Vielmehr schienen gerade die einheitlichen Offizial- und Realstrukturen für die Einführung des oströmischen Gesetzes in Westrom zu bürgen. Warum gelang sie dann nicht so, wie das bei den vielversprechenden Rahmenbedingungen an sich zu erwarten war? Meine Antwort ist eine doppelte: Sie misslang zum einen, weil das Rechtsprogramm selbst fehlerhaft war, und zum anderen, weil die Umwelt des Rechtssystems im Westteil des Reichs, namentlich die Politik, ihre für die Kodifikation so wichtige stabilisierende Funktion nicht mehr ausüben konnte. Die politischen Herrschaftsstrukturen lösten sich hier merklich schneller auf als im Osten.

Zunächst zur Fehlerhaftigkeit des Rechtsprogramms selbst: Der *Codex Theodosianus* bildete – wie ich bereits erläutert habe – keine kompakte Sinneinheit.<sup>58</sup> Es handelte sich bei ihm nicht um ein gut geschnürtes, wetterfestes und wasserdichtes Kodifikations-

52 Hierzu FÖGEN (Fn. 31) 355 ff.

53 MATTHEWS (Fn. 37) 3.

54 Valentinian war der Ehemann von Eudoxia, einer Tochter Theodosius'. Zu den Umständen der Eheschließung und der Hochzeit selbst siehe MATTHEWS (Fn. 37) 3 ff.

55 STICHWEH (Fn. 46) 9.

56 Darauf weist auch FRANCA DE MARINI AVONZO, *La politica legislativa di Valentiniano III e Teodosio II*, 2. Aufl. Turin 1975, 55, hin.

57 HANS-JOSEF WIELING, *Die Einführung des Codex Theodosianus im Westreich*, in: *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, hg. von MARTIN JOSEF SCHERMAIER, MICHAEL RAINER, LAURENS WINKEL, Köln, Weimar, Wien 2002, 865–876.

58 Begriff bei STICHWEH (Fn. 46) 4.

paket, dessen Einführung im westlichen Reichsteil man hätte guten Gewissens wagen können. Vielmehr glich es aufgrund seiner wenig verbindlichen Anlage, die neben sich zu viel Recht duldete, ohne selbst auf der normenhierarchischen *pole position* zu bestehen, einer aufgerissenen Sendung oder einem leck geschlagenen Boot. Der Zeitenstrom dringt in es ungeschützt durch den Geltungsbefehl ein. Der theodosianische *Codex* ist von der sonstigen, durch Rechtsunsicherheit geprägten Systemumgebung nicht genügend abgegrenzt.<sup>59</sup> Er verschmilzt in seiner Ambivalenz geradezu mit ihr, weil er den rechtlichen Code Recht/Unrecht nicht mehr zuverlässig sendet. Die rechtliche Sinneinheit zerbröseln. Die Zeit schluckt die Zeitblase. Soweit das Programmproblem.

Nun zur Umweltthematik. Dass der *Codex* selbst keine kompakte Sinneinheit war, hat seine Einführung auch im Westen sicher nicht erleichtert. Potenziert wurde dieses Defizit aber durch den dort ungleich schneller voranschreitenden Verfall der politischen Strukturen. Die Autorität des Herrschers konnte sich mit der des Gesetzestextes nicht mehr verbinden. Die Rückbindung der Kodifikation an den Gesetzgeber, der – politisch gesprochen – zugleich die machthabende Einheit ist, ist in Auflösung begriffen. Validierung und Legitimation durch das politische System, deren eine Kodifikation im besonderen Maße bedarf, gelingen unter den Bedingungen des Zerfalls nicht mehr. Möglich ist allein noch die Tradierung von Rudimenten. Gerade für den *Codex Theodosianus* ist nicht zu leugnen, dass es sich insoweit um durchaus wirkmächtige Bruchstücke handelte. Das spätrömische Kaiserrecht blieb, vermittelt über das *Breviarium Alarici* in der Rechtslandschaft des heutigen Frankreichs, aber auch derjenigen Spaniens und Oberitaliens bis in das 11. und 12. Jahrhundert hinein präsent – aber eben nicht als autoritativer Gesetzestext, sondern eher als archäologisch-fermentäre Rechtsschicht.<sup>60</sup>

#### V. Schluss: Innere und äußere Autorität als Bausteine einer Kodifikation

Ich komme zum Schluss: Der *Codex Theodosianus* steht bei Juristen und Historikern als Werk der Gesetzgebung traditionell nicht hoch im Kurs. Seeck hat ihn als »erbärmliches Flickwerk« bezeichnet.<sup>61</sup> Andere haben ihn als reine Ergänzung zu den *Codi-*

<sup>59</sup> Diesen Zusammenhang berührt DEMANDT, Spätantike (Fn. 3) 163; DERS., Geschichte (Fn. 3) 134 f., wenn er schreibt: »Ob damit [durch den *Codex Theodosianus*] die herrschende Rechtsunsicherheit behoben war, ist allerdings sehr zweifelhaft.«

<sup>60</sup> Zum Nachleben des *Codex* im Mittelalter siehe die Beiträge von IAN WOOD, MARK VESSEY und DAFYDD WALTERS, in: The Theo-

dosian Code (Fn. 37) 159–177, 178–199, 200–216.

<sup>61</sup> OTTO SEECK, Geschichte des Untergangs der antiken Welt, Bd. 6, Darmstadt 2000 (Neudruck der Ausgabe von 1921) 176.

ces *Gregorianus* und *Hermongianus* betrachtet und den theodosianischen Kompilatoren jede eigenständige gesetzgeberische Leistung abgesprochen.<sup>62</sup> Die Begründungen, die dafür gegeben werden, sind einigermaßen disparat: Zum einen wird behauptet, der Kaiser sei seinem Projekt nicht gewachsen gewesen. Dann wieder pocht man darauf, dass das legislatorische Programm für seine Zeit zu anspruchsvoll war oder an praktischen Reibungsverlusten scheiterte.<sup>63</sup> In jedem Fall schneidet das Gesetz im Vergleich zur justinianischen Kodifikation nicht gut ab: In der Regel wird der *Codex Theodosianus* als der schlechtere *Codex Iustinianus* eingestuft.<sup>64</sup> Mit dieser ahistorischen Anschauung vom legislatorischen *Malheur*<sup>65</sup> haben nicht zuletzt die Arbeiten Archis aufgeräumt.<sup>66</sup>

Und auch ich möchte in das alte Lied nicht einstimmen, sondern lieber Überlegungen anstellen, die über den *Codex Theodosianus* hinausweisen. Sie kreisen um die Frage, wie eine Kodifikation beschaffen sein muss, um die Fiktion von Zeitlosigkeit im Meer der Zeit für eine Weile aufrechterhalten zu können. Das entscheidende Moment ist die Autorität, die eine Kodifikation entfalten kann. Autorität ist ein doppeldeutiger Begriff. Er verweist zum einen auf die systemische Geschlossenheit des Texts, die sich auf seine Abstraktheit gründet und durch Selektion hergestellt wird. Man könnte insoweit von *innerer Autorität* sprechen und damit jenes überzeitliche Element bezeichnen, das Kodifikationen oft zugeschrieben wird.<sup>67</sup>

*Äußere Autorität* würde sich dem gegenüber auf die Wechselbeziehung des Kodex als Teil des Rechtssystems mit seiner Umwelt beziehen, namentlich mit dem Feld der Politik. Sie bürgt für die Geschichtlichkeit der Kodifikation. Ihre Wirkung speist sich mehr als die anderer Rechtstexte aus einem Machtzentrum, das den Text im Geltungsbefehl konstituiert und legitimiert. Je gefestigter und unangefochtener diese politische Autorität ist, desto nachdrücklicher und unbedingter kann dieser Befehl formuliert und mit dem Text selbst verbunden werden. Eine Herrschaftsstruktur im Zerfall bringt das nicht zustande. Recht kodifizieren ist kein wirksames Mittel gegen den politischen Kontrollverlust.

Äußere Autorität ist im Gegenteil das Klima und der Humus, in dem Kodifikationen am besten gedeihen.<sup>68</sup> Widerstände gegen die Kodifikation schlagen sich im Gesetz im Grad seiner Verbindlichkeit nieder. Die bloß subsidiär geltenden Gesetzbücher und die außerhalb einer Kodifikation fortgeltenden Rechtsquellen bezeich-

Giustiniano, Cagliari 1987; DERS., *Le codificazioni postclassiche*, in: *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica Romana*. Atti del Convegno Pavia 26–27 aprile 1985, hg. von MANLIO SARGENTI, GIORGIO LURASCHI, Padua 1987, 149–168.

62 Nachweise bei SIMON (Fn. 36) 757, 757.

63 H. PETER, Artikel *Codex Theodosianus*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), hg. von ADALBERT ERLER, EKKEHARD KAUFMANN, Bd. 1, Berlin 1971, 627–629, 627: »Zur Vollendung dieses weitgreifenden Unternehmens kam es jedoch nicht, vermutlich wegen der

Schwierigkeit der Sammlung des Juristenrechts.«

64 Deutlich HANS JOSEF WIELING, in: *Festschrift für Mayer-Maly* (Fn. 57) 868: Er spricht von einem »Programm, das *Iustinian* später durchführen wird«.

65 CARONI (Fn. 4) 258.

66 ARCHI (Fn. 36). Des Weiteren GIAN GUALBERTO ARCHI, *Studi sulle fonti del Diritto nel tardo Impero Romano*. Teodosio II et

67 Bezeichnenderweise setzen Rechtsordnungen, die nicht national-kodifikatorisch geordnet sind, wie etwa die englische, mit den so genannten *books of authority* gerade auf Rechtstexte, die nicht oder jedenfalls nicht direkt politisch legitimiert sind, ihre Überzeugungskraft aber aus der Kompetenz ihrer Autoren und der inhaltlichen Stringenz ihrer Argumentation zu beziehen wissen. Im Wechselspiel mit ihrer Akzeptanz durch die Leserschaft werden sie zum Träger von Autorität.

68 Das Bild ist von CARONI (Fn. 4) 269, entlehnt.

nen solche Zwischenstufen der Geltung. Sie sind ein Barometer für die Beharrungskraft der historischen Kräfte, die gegen die Kodifikation gekämpft haben. Man könnte sagen: Es handelt sich um mehr oder minder vernarbte Wunden, die die Zeit dem Überzeitlichen im Gesetzestext geschlagen hat. Uneingeschränkte Geltung ist für sich keine *conditio sine qua non* einer Kodifikation. Verminderte Geltung ist aber ein potenzieller Malus, der umso stärker zu Buche schlägt, je universeller und umfassender der Geltungsanspruch der Kodifikation formuliert ist. Gelingt hingegen die doppelte Autorisierung, wird der *normative Text* zu einem *formativen*. Er gibt dann nicht nur Antwort auf die Frage »Was sollen oder müssen wir tun?«, sondern auch auf die Frage »Wer sind wir?«<sup>69</sup> Solche Texte dienen der Selbstdefinition und Identitätsvergewisserung ihrer Adressaten und Leser. Sie werden zu Mythen. Aber das ist ein anderes Vortragsthema.

**Inge Kroppenberg**



69 ASSMANN (Fn. 8) 142.