

# Die rechtlich-rhetorischen Grenzen I

## Beispiele von Max Kaser, Fritz Schulz und Uwe Wesel

### The boundaries between rhetoric and law I

#### Examples from Max Kaser, Fritz Schulz and Uwe Wesel

Fabian Steinhauer

translated by Gareth Norbury

#### I. *Zum Streit um die Rhetorik*

##### A. *Gegenstand der Untersuchung*

Der Beitrag wirft einen Blick auf die Geschichte der Rechtsgeschichte, genauer gesagt, auf eine Kontroverse um rhetorische Einflüsse auf das römische Recht. In diesem Streit geht es um eine kurze Phase im 20. Jahrhundert, in der die Rhetorik als das Andere des Rechts betrachtet wurde, und dabei nur um drei beispielhafte Publikationen, die zwischen 1934 und 1967 in Deutschland erschienen sind: Von Fritz Schulz' „*Prinzipien des römischen Rechts*“ (1934) über Max Kasers Lehrbuch zur Rechtsgeschichte (1950/1967) bis hin zu Uwe Wesels Dissertation zur Statuslehre von 1967.<sup>1</sup> Die Frage ist: Wie ziehen die Autoren eine Grenze zwischen Recht und Rhetorik? Es geht nicht um römische Rechtsgeschichte, sondern um ‚Römische Rechtsgeschichte‘, eine Disziplin des 20. Jahrhunderts, und um Bücher, die lange nach der Phase der Latinität an den Fakultäten deutscher Universitäten veröffentlicht wurden.

##### B. *Probleme reflexiver Beobachtung*

Die Untersuchung kann in einem mehrfachen Sinn gelesen werden, nämlich als Beitrag zur Rechtsgeschichte und zur Rechtstheorie. Man begibt sich mit so einer doppelten Leseordnung in Verstrickungen zwischen Rechtssystem und Zeit und ist mit

#### I. *On the dispute regarding rhetoric*

##### A. *Subject of the investigation*

This contribution looks at the history of the history of law or, in more exact terms, at a controversy relating to rhetorical influences on Roman law. This dispute concerns a brief phase in the 20<sup>th</sup> century when rhetoric was regarded as the “counterpart” of law, using as examples just three publications that appeared in Germany between 1934 and 1967: “*Prinzipien des römischen Rechts*” (Principles of Roman law) by Fritz Schulz (1934), Max Kaser’s textbook on the history of law (1950/1967) and Uwe Wesel’s thesis on the doctrine of status (1967)<sup>1</sup>. The question is: how do the authors set a boundary between law and rhetoric? This is not a question of Roman legal history, but the “History of Roman Law”, a 20<sup>th</sup> century discipline, and of books that were published some considerable time after the Latinity phase in the faculties of German universities.

##### B. *Problems of reflexive observation*

The following can be read in a multiple sense, i.e. as a contribution to the history of law and to the theory of law. Through this double reading order we become entangled in matters of legal system and period and we are confronted with questions that are nei-

---

1 KASER, *Römische Rechtsgeschichte* (1950); SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934/ Reprint 1954); WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen* (1967).

---

1 KASER, *Römische Rechtsgeschichte* (1950); SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934/ Reprint 1954); WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen* (1967).

Fragen konfrontiert, die weder richtig zeitgemäß noch systematisch sind, obschon sie von System und Zeit handeln. Wenn man von Methode sprechen möchte und dabei die Wegmetapher ernst nimmt, dann läuft man gleich zwei Wege, die also schwierigen Spagat erfordern. Die Unterscheidung von System und Geschichte gerät schon deswegen aus der Spur, weil man auf Sprünge in der Zeit trifft. So versucht die Untersuchung dabei etwas nahezu Unmögliches, nämlich im Hinblick auf den historischen Horizont auf einer reflexiven Ebene zu bleiben und dabei nur etwas über die Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts herauszufinden.

Marie Theres Fögen, die eine Neubestimmung des Verhältnisses von System und Zeit gesucht hat, hatte für den Sprung der Reflexivität eine prägnant-provokative Formel gefunden: „Die Antike kennt uns nicht“.<sup>2</sup> „Deshalb erzählten sie [Livius, Diodor, Tacitus, Anm. F.S.] viel, was wir nicht wissen wollen oder nicht glauben können. Schlimm genug, daß die Antike uns nicht kennt, doch Livius, vergessen wir das nicht, hat damit kein Problem. Wir haben eins: die Antike kennenzulernen, obschon sie von uns nichts wissen will.“<sup>3</sup> Fögen zog den Schluss, es mit der Beobachtung von Beobachtungen in einem systemtheoretischen Sinne zu versuchen.<sup>4</sup> Rechtsgeschichte hat mit ihren Selbstbezüglichkeiten auch eine ‚Eigengeschichte‘. Auch im Folgenden werden Beobachtungen beobachtet, allerdings gerät die folgende Untersuchung dabei eher an Widerstände der Systemtheorie als in friedliche systemtheoretische Gefilde.<sup>5</sup> Das liegt weniger an der Frage, ob man den Gegenstand als Beobachtung des Rechts- oder des Wissenschaftssystems oder gar der psychischen Systeme einzelner Autoren beobachten soll.

ther properly contemporary nor systematic, although they relate to system and time. If we wish to speak of method and thereby take the path metaphor seriously, we are simultaneously taking two paths that then require a difficult balancing act. The distinction between system and history has already come unstuck because there are leaps in time. This investigation thus attempts something almost impossible, i.e. remaining on a reflexive plane with regard to the historical horizon while only discovering something about the legal science of the 20<sup>th</sup> century.

Marie Theres Fögen, who has looked for a new way to determine the relationship between system and time, has found an incisively provocative formula for the leap of reflexivity: “Antiquity does not know us”.<sup>2</sup> “Therefore they [author’s note: Livy, Diodorus, Tacitus] related much that we do not want to know or are not able to believe. It is bad enough that antiquity does not know us, yet Livy, let us not forget, had no problem with this. We have one redress: to become acquainted with antiquity, although it wishes to know nothing of us.”<sup>3</sup> Fögen drew the conclusion of attempting the observation of observations in a system-theoretical sense.<sup>4</sup> With its self-referentialities, the history of law also has its ‘eigen-history’. In what follows, too, observations are observed, although the tendency of this investigation is more towards resistances of the system theory than towards peaceful system-theoretical areas.<sup>5</sup> This is less a question of whether we should observe the object as an observation of the legal or scientific systems or even of the psychological systems of individual authors. For the reflexiv-

2 FÖGEN (2003). Der Titel bezieht sich auf eine Installation von Raffael Rheinberg (Abb. dort S. 13).

3 FÖGEN (2003), 14.

4 FÖGEN (2003), 15-19.

5 KOSCHORKE/ VISMANN, Einleitung, in: dies. (Hg.), Widerstände der Systemtheorie (1999), 9-16.

2 FÖGEN (2003). The title relates to an installation by Raffael Rheinberg (illustration on p. 13).

3 FÖGEN (2003), 14.

4 FÖGEN (2003), 15-19.

5 KOSCHORKE/ VISMANN, introduction in: *ibid.* (pub.), Widerstände der Systemtheorie (1999), 9-16.

Für die Reflexivität der Beobachtung folgt aus den Widerständen der Theorie unabhängig von solchen „Gemengelage“ (Koschorke/Vismann) ein Misstrauen gegenüber der Selbstbezüglichkeit.<sup>6</sup> Nicht nur die Antike, auch wir kennen uns nicht. Die Beobachtung zweiter Ordnung kann man nicht als abgeschlossene und feststehende Instanz verstehen. Es mag keine Korrespondenz mit der Antike geben, aber wer weiß, inwieweit wir sie schon hinter uns haben? Auch in der Selbstbezüglichkeit der Beobachtungen gibt es Berührungen durch das, was beobachtet wird, selbst dann, wenn das Gesetz der Berührung die Trennung ist.<sup>7</sup> Eine Repräsentation zweiter Ordnung, die mit dem der ersten Ordnung angehörenden Gegenstand nichts mehr zu schaffen hat, lässt sich darum nicht einrichten. Die Beiträge von Kaser, Schulz und Wesel werden also vor dem Hintergrund instabiler Dialektik gelesen. Das bedeutet hier, dass von einem historischen Streit um die Einflüsse der Rhetorik auf das Recht gesprochen wird, ohne in einem System oder der Zeit aufzugehen.<sup>8</sup> So ist das Ganze Beitrag zu einem Zweifel an der Selbstbezüglichkeit. Während aber einige Autoren aus dem Zweifel die Schlüsse ziehen, wieder die direkte Korrespondenz mit der Antike zu suchen, nach Rom zurückzukehren und die Idee der Beobachtung zweiter Ordnung entweder für theoretischen Unsinn oder für unhistorischen Sinn zu erklären, wird hier ein anderer Umgang mit dem Zweifel gesucht. Anders als reflexiv und selbstbezüglich geht es nicht, so wird unterstellt. Und der Zweifel an der Konstitution des Selbst, wie er nach früheren Auseinandersetzungen um die Durchlässigkeit des hermeneutischen Zirkels sich in den letzten Jahren auch in der fruchtbaren Fragwürdig-

ity of the observation, a mistrust of self-referentiality is the consequence of the resistances of the theory, irrespective of such “intermixed fields” (Koschorke/Vismann).<sup>6</sup> It is not just antiquity: we too do not know ourselves. We cannot understand a second-order observation as the final and definitive authority. There may be no correspondence with antiquity, but who knows to what extent it already lies behind us? In the self-referentiality of observations, too, there are contacts through what is observed, even if the law of such contact is separation.<sup>7</sup> A second-order representation that has nothing more to do with its object, where this belongs to the first order, is therefore not possible. The contributions of Kaser, Schulz and Wesel are thus to be read against the background of an unstable dialectic. This means that the discussion here will focus on a historical dispute regarding the influences of rhetoric on law, without delving into a system or the era.<sup>8</sup> The whole is thus a contribution to a doubt regarding self-referentiality. However, while certain authors conclude from such doubt that they must once more search for the direct correspondence with antiquity, returning to Rome and explaining the idea of second-order observation either as theoretical nonsense or as unhistorical sense, another approach to this doubt is sought here. It is assumed that there is no alternative to a reflexive and self-referential approach. And the doubt regarding the constitution of the self, as also expressed in recent years following earlier arguments on the permeability of the hermeneutic circle in the fruitfully questionable nature of the term *autopoiesis*, is used blindly through flirtatiousness in order to begin the reading of the texts regarding the questions of the marking

6 Zur Kritik u.a. LÜDEMANN, Beobachtungsverhältnisse. Zur (Kunst-)Geschichte der Beobachtung zweiter Ordnung, in: KOSCHORKE/ VISMANN (Fn. 5), 63-75.

7 NANCY, *singulär plural sein* (2004), 25.

8 KOSCHORKE/VISMANN (Fn. 5), 10.

6 Regarding this criticism see e.g. LÜDEMANN, Beobachtungsverhältnisse. On the (art-)history of second-order observation, in: KOSCHORKE/ VISMANN (Fn. 5), 63-75.

7 NANCY, *singulär plural sein* (2004), 25.

8 KOSCHORKE/VISMANN (Fn. 5), 10.

keit des Begriffs der Autopoiesis geäußert hat, wird über das Kokettieren mit Blindheit hinaus genutzt, um die Lektüre der Texte im Hinblick auf Fragestellungen zu Grenzziehungen im Recht und zur Konstitution juristischer Semantik zu beginnen und dann auf weitere Kritik zu warten. Die stellt sich erfahrungsgemäß schnell genug ein. Zu den Fragestellungen mehr unter D.

### C. Kontroversen um die Rhetorik

(1) Die Kontroverse, zu der die Autoren Stellung bezogen haben, bezieht sich darauf, welchen Stellenwert die Rhetorik in der Entwicklung des römischen Rechts hatte. Die damit einhergehende Abgrenzung von Sinnsphären, Schulen, literarischen Gattungen, sozialen Rollen und Disziplinen hat in der Dogmatik und in der Rechtsgeschichte unterschiedliche Ausformungen erhalten. In der deutschen Rechtswissenschaft gab es hierfür zwei Fronten. Es gab den dogmatisch-zivilrechtlichen Streit um Topik und Systembildung der 50'er, 60'er und 70'er Jahre, in dem ein Bild der Rhetorik als Gegenmodell zu einer an neuzeitlichen Gesetzes- und Systembegriffen orientierten Form der Ordnungsbildung gepflegt wurde und der meist mit der Publikation von Viehwegs „*Topik und Jurisprudenz*“ in Verbindung gebracht wird.<sup>9</sup> Man stellte die topische Ordnung einer axiomatisch verstandenen Systembildung entgegen und meinte damit auch Oppositionen zwischen Offenheit/Geschlossenheit oder Beweglichkeit/Startheit zivilrechtlicher Ordnungsbildung. Mit Abstand *und* Nähe zu dieser Diskussion gab es eine zweite Front, den rechtshistorischen Streit um den Einfluss der Rhetorik bei der Entstehung des römischen Rechts, der mit der Publikation von Stroux' „*Summum Ius Summa Iniuria*“ in Verbindung gebracht wird.<sup>10</sup> Stroux behauptete, erst über die

of boundaries in law and of the constitution of legal semantics and then to await further criticism, which experience teaches will not be slow in coming. More on the questions in Section D.

### C. Controversies regarding rhetoric

(1) The controversy debated by the authors relates to the importance of rhetoric in the development of Roman law. The accompanying demarcation of spheres of meaning, schools, literary categories, social roles and disciplines were moulded differently in the dogmatics and the history of law. In German legal science there were, roughly speaking, two fronts in this regard. There was the dispute in dogmatic and civil-law terms about *topoi* and system formation of the 1950s, 1960s and 1970s, where an image of rhetoric was used as a counter-concept to a form of order oriented towards modern legal and system concepts and which is usually associated with the publication of Viehweg's "*Topik und Jurisprudenz*".<sup>9</sup> The topical order was opposed to an axiomatically understood system formation and thereby also signified the oppositions between openness and closedness or flexibility and rigidity of order under civil law. Both distant from *and* close to this discussion was also a second front, the legal and historical controversy on the influence of rhetoric on the emergence of Roman law, associated with the publication of Stroux' "*Summum Ius Summia Iniuria*".<sup>10</sup> Stroux claimed that Roman jurists only came into contact with the complementary term of *aequitas* via rhetoric, and that they thereby freed themselves from the rigid formalism of former times. This was in particular a conse-

9 Vgl. u.a. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung (1954).

9 See e.g. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung (1954).

Rhetorik seien die römischen Juristen mit dem Komplementärbegriff der *aequitas* in Kontakt geraten, und darüber hätten sie sich vom erstarrten Formalismus älterer Zeiten befreit. Das sei vor allem über die rhetorische Statuslehre erfolgt, die die römischen Juristen von den Rhetoren als Methode der Interpretation übernommen hätten.<sup>11</sup> Dieser Streit unterteilte sich in der Folge wiederum in Teilfragen, auch über die Reinheit der klassischen juristischen Literatur, Datierungen und Epocheneinteilungen sowie Fragen der Interpolationenkritik.

Es wird dabei um die Konstitution juristischer Semantik gestritten, d.h. um die Ausdruckskraft, Reinheit, Abstraktion, Isolation oder Lebensnähe einer eigenen juristischen Sprache. Inwieweit ist die Rhetorik der juristischen Literatur produktiv vor- oder nachrangig, inwieweit ist sie reproduktiv oder verfälschend? Lag der Sonderweg des römischen Rechts darin begründet, dass seine Autoren sich im eigenen Ausdruck den Einflüssen der Rhetorik entziehen und in den oder durch die Schriften einen Wall gegenüber dem Gerede der Rhetoren bilden konnten? Kurz: Wie rhetorisch ist das Recht in dem Moment, wo es klassisch wird? Sicherte oder bedrohte die Rhetorik den Sonderweg des abendländischen Rechts? Noch kürzer: Wer diente wem? Man kann die Streitplätze unterscheiden, auch wenn es Beziehungen zwischen der dogmatischen und der historischen Front gab und dies in weiten Teilen die Eigenart des Streites bestimmt. Das Verhältnis zwischen Recht und Rhetorik wird in den Augen der drei Autoren mit dem Übergang der archaischen Pe-

quence of the rhetorical doctrine of status, which Roman jurists had taken from the rhetors as a method of interpretation.<sup>11</sup> The dispute was then subdivided into partial questions, including with regard to the purity of the classical legal literature, dates and divisions of epochs as well as questions of interpolation criticism.

The constitution of legal semantics was also debated, i.e. about the strength of expression, purity, abstraction, the isolation or closeness to life of a particular legal language. To what extent is the rhetoric of legal literature productively super- or subordinate, to what extent is it reproductive or distorting? Was the special path of Roman law founded on the fact that its authors could, through their own expression, elude the influences of rhetoric and in or through the texts create a barrier against the empty talk of the rhetors? In brief, just how rhetorical is the law at the moment it becomes classical? Did rhetoric threaten or safeguard the special path of Western law? Even more briefly: who served whom? We can differentiate the areas of dispute, even if there were relations between the dogmatic and the historical fronts and this has largely determined the singularity of the dispute. The relationship between law and rhetoric becomes debatable and doubtful in the eyes of the three authors with the transition from the Archaic to the Hellenistic era, and intensifies in the transi-

10 STROUX, *Summum ius, summa iniuria*. Ein Kapitel aus der Geschichte der *interpretatio iuris* (1926) wiederabgedruckt in: *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik* (1949), 7-66; eine Übersicht über die Literatur liefert u.a. TELLEGEN-COUPERUS, *Quintilian and Roman Law*, *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 3ème série, XLVII (2000), 167-177.

11 STROUX (1949), 65.

10 STROUX, *Summum ius, summa iniuria*. Ein Kapitel aus der Geschichte der *interpretatio iuris* (1926) reprinted in: *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik* (1949), 7-66; an overview of the literature is given by e.g. TELLEGEN-COUPERUS, *Quintilian and Roman Law*, *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, 3ème série, XLVII (2000), 167-177.

11 STROUX (1949), 65.

riode in die hellenistische Periode themenfähig und fragwürdig, spitzt sich im Übergang vom vorklassischen zum klassischen römischen Recht zu. Die römischen Anleitungstexte zur Rhetorik entstehen in der gleichen Phase der römischen Gesellschaft, in der auch das Recht sich aus der Vorklassik heraus zur Klassik formiert. Es ist eine Gesellschaft, die *schriftinfinziert* ist und auch im Medium der Schrift Bedingungen der Rede, des Gesprächs, der Mitteil- und Übertragbarkeit reflektiert. Es ist weiter eine Gesellschaft, in der Schriften, Wörter, Zeichen und Gesten ausgesondert und sonderbare Semantiken notiert werden. Dies im Blick, unterscheiden Kaser, Schulz und Wesel anhand der überlieferten Quellen also die Literatur, den Stil, die Methode und die Autoren der römischen Rhetoren von dem Stil, der Methode und der Literatur der römischen Juristen. Sie unterscheiden juristische und nicht juristische Literatur bzw. juristische und nichtjuristische Autoren. Alle drei Autoren sondern in ihren Grundannahmen eine *juristische* Sprache oder Semantik aus und sie behaupten, dass eine spezifische Eigenart diese Aussonderung stabilisiert habe. Die Formen der Aussonderungen sind – so können wir unterstellen – dem Interesse an einer normativen, diskreten, einheitlichen und professionalisierten juristischen Sinnsphäre geschuldet. Kaser, Schulz und Wesel schreiben an den juristischen Fakultäten des 20. Jahrhunderts und für diese Fakultäten. Die Konditionen der Aussonderungen sollen hier noch einmal nachvollzogen werden, weil sie inzwischen im Hinblick auf einige Vorannahmen auch ihre Selbstverständlichkeit verloren haben.

tion from pre-classical to classical Roman law. The Roman textbooks on rhetoric arise in the same phase of Roman society when law, too, was developing from the pre-classical to the classical. It is a society *infected by writing* and in the medium of writing also reflects conditions of speech, discussion, communicability and transmissibility. It is furthermore a society in which writings, words, signs and gestures are segregated and peculiar semantics are noted. With this in mind, on the basis of the available sources Kaser, Schulz and Wesel thus differentiate the literature, style, method and authors of the Roman rhetors from the style, method and literature of the Roman jurists. They differentiate between legal and non-legal literature and legal and non-legal authors. In their basic assumptions all three authors segregate a *legal* language or semantics and claim that a specific singularity has stabilised this segregation. The forms of the segregations – we can assume – owe their existence to the interest in a normative, discrete, uniform and professionalised legal sphere of meaning. Kaser, Schulz and Wesel are writing in and for 20<sup>th</sup> century law faculties. The segregation conditions should once more be reproduced here, as they have in the meantime also lost their self-evident nature regarding certain presuppositions.

#### D. Zur Frage und ihrer Polemik

Wie ziehen die Autoren eine Grenze zwischen Recht und Rhetorik? Die Fragen zur Abgrenzung von Recht und Rhetorik haben sich vor dem Hintergrund eines Interesses an den Medien des Rechts entwickelt.<sup>12</sup> In unterschiedlichem Maße setzten alle drei Autoren nicht nur die Konstitution einer eigenen juristischen Semantik voraus, sie haben dabei auch Vorstellungen vom diskreten und indiskreten Charakter differenzierter Medien. Ist die Stimme des Redners beweglicher und flüchtiger als die Schrift, und reden Rhetoren, während Juristen schreiben? Oder anders: bleibt von den Rhetoren nur ein Nachhall, während Juristen nur Schrift hinterlassen? Bleiben die Rhetoren aufgrund ihrer Stimmhaftigkeit akzidentiell, während die Juristen mit ihren Einschreibungen substantiell werden können? Das sind Fragen, die schon bei der Lektüre von Kaser und Schulz aufkommen und die insofern gerechtfertigt sind, weil sich nicht nur das dialektische oder logische Denken, sondern auch die sonderbaren Semantiken des römischen Rechts erst mit der Entwicklung des Alphabets entwickeln konnte.<sup>13</sup>

Das Problem, auf dieser Grundlage eine Opposition von Recht und Rhetorik zu formulieren liegt aber darin, dass sowohl das Alphabet als auch die Dialektik griechische Entwicklungen waren und im römischen Kontext nicht mehr zur Grenzziehung herangezogen werden können.<sup>14</sup> Alphabet und Schrift sind so wenig Ursachen des römischen Rechts, wie die Rede oder die Stimme Ursachen römischer Rhetorik sind. Bei Medien handelt es sich überhaupt nicht um Ursachen, sondern um evolutionäre *Voranpassungen*.<sup>15</sup> Darum kann man – auch wenn

#### D. On the question and its polemics

How do the authors set a boundary between law and rhetoric? The questions regarding the demarcation of law and rhetoric have developed against the background of an interest in the media of law.<sup>12</sup> All three authors to a different degree not only presupposed the constitution of a peculiar legal semantics, they also have conceptions of the discrete and indiscrete character of differentiated media. Is the voice of the speaker more flexible and fleeting than writing, and do rhetors talk while jurists write? To put it another way: does only a reverberation remain of the rhetor, while the jurist leaves only writing behind? Does their voicing mean that rhetors are accidental, while the writing of jurists allows them to become substantial? These are questions that arise from a reading of Kaser and Schulz and are thus justified, as not just dialectical or logical thinking, but also the peculiar semantics of Roman law could only develop with the development of the alphabet.<sup>13</sup>

The problem of formulating an opposition between law and rhetoric on this basis lies however in the fact that both the alphabet and dialectics were Greek inventions and are no longer applicable to the Roman context for boundary-marking purposes.<sup>14</sup> The alphabet and writing are no more causes of Roman law than speech or voice are causes of Roman rhetoric. Evolutionary *pre-adaptations*, not causes, are the issue with regard to<sup>15</sup> media. Therefore we cannot – even if we assume that law is a social system – hypostasise law in a medium. An ensemble of differ-

12 Zur Medientheorie im Recht speziell VESTING, *Rechtstheorie* (2007), 144 ff.

13 VESTING, a.a.O., Rn. 288.

14 VISMANN, *Akten. Medientechnik und Recht* (2001), 17-19.

15 VESTING, a.a.O., Rn. 275.

12 On media theory in law see especially VESTING, *Rechtstheorie* (2007), 144 ff.

13 VESTING, *ibid.*, marg. no. 288.

14 VISMANN, *records. Medientechnik und Recht* (2001), 17-19.

15 VESTING, *ibid.*, marg. no. 275.

man davon ausgeht, dass Recht ein soziales System ist – das Recht nicht in einem Medium hypostasieren. Nicht nur dem Recht, sondern auch der Rhetorik war ein Ensemble differenzierter Medien verfügbar. In ihm haben die Medien nie ihren Kontakt zueinander verloren. Darum sind es Medien, von denen McLuhan sogar sagt, ihr Inhalt sei immer ein anderes Medium.<sup>16</sup> Der Einwand liegt nahe, dass Kaser, Schulz und Wesel sich solche medientheoretischen Fragen gar nicht gestellt haben. Die Untersuchung wirft aber einen ‚schiefen‘ Blick auf ihren Gegenstand, denn sie sucht nach Vorstellungen über Medien in Texten, die in der Tradition der Dialektik bzw. Logik sowie ihrer Kategorienlehre stehen und die keine explizite Medientheorie entwickeln. Der Blick ist auch darum schief, weil sich die theoretischen Vorannahmen, wie schon das Zitat von McLuhan nahelegt, nicht versöhnen lassen. *Differentia specifica* oder *differentia constitutiva*, *Substanz* oder *Akzidenz* sind als medientheoretische Termini nicht nutzbar oder nur verzerrend zu übersetzen. Sibylle Krämer hat für den Abstand zwischen Dialektik und Medientheorie den Begriff der „*flachen Ontologie*“ gefunden.<sup>17</sup> Der Medientheorie fehlen die Kosmologien, nach denen man zuverlässig nach Substanz und Akzidenz abschichten könnte. Die Arbeiten der drei Autoren basieren zudem auf keiner einheitlichen Theorie der Sprache, Schrift, Stimme oder Rede, der Kommunikation oder gar des *logos*. Und seit 1967 haben wieder erhebliche Verschiebungen in allen diesen Theorien stattgefunden. Was ist dann von den Grenzziehungen geblieben, wenn ihr Grund

entiated media was available not only to law but also to rhetoric. The media never lost contact with each other therein. These are therefore media whose content is described by McLuhan as always being another medium.<sup>16</sup> The objection lies in the fact that Kaser, Schulz and Wesel have not asked any such questions regarding media theory. The investigation looks somewhat askance at its subject, as it is seeking conceptions regarding media in texts that belong to the tradition of dialectics or logic and their doctrine of categories and that do not develop an explicit media theory. The view is also askance because the theoretical preconceptions, as the quotation from McLuhan suggests, cannot be reconciled. *Differentia specifica* or *differentia constitutiva*, *substance* or *accidence* as terms of media theory can only be translated in ways that render them unusable or distorting. Sibylle Krämer has coined the term “*flat ontology*” for the gap between dialectics and media theory.<sup>17</sup> Media theory lacks the cosmologies that could reliably be used to apportion substance and accidence. The work of the three authors is furthermore not based on any uniform theory of language, writing, voice or speech, communication or even *logos*. Substantial alterations have also occurred in all of these theories since 1967. What then remains of the boundary-marking if its basis has been changed to such an extent? The short answer is “*nothing*”, but this response cuts itself off from the historical context of such markings. Looking askance therefore engages with texts that do not reach the viewer, even if he looks at them closely. All sorts of political implica-

16 MCLUHAN, Die magischen Kanäle (1992), 18. Zu einem Beispiel der instabilen Dialektik des medialen Kontaktes u.a. STEINHAUER, Bildkontakt. Über Anpassungen des Medienrechts und den Status der Bilder im Verfassungsrecht, in: Augsberg (Hg.), Ungewissheit als Chance, Tübingen 2009 (i.E.)

17 KRÄMER, Sprache, Sprechakt, Kommunikation (2001), 263 ff.

16 MCLUHAN, Die magischen Kanäle (1992), 18. On an example of the unstable dialectics of media contact see e.g. STEINHAUER, Bildkontakt. On adaptations of media law and the status of images in constitutional law, in: Augsberg (pub.), Ungewissheit als Chance, Tübingen 2009 (in prep.)

17 KRÄMER, Sprache, Sprechakt, Kommunikation (2001), 263 ff.



sich so verschoben hat? Die Kurztantwort lautet „Nichts“, aber diese Kurztantwort schneidet sich wiederum vom historischen Kontext dieser Grenzziehungen ab. Der schiefe Blick lässt sich darum auf Texte ein, die an ihm vorbeischieben, auch wenn er sie fest anblickt. Ihm entgehen eine Reihe von politischen Implikationen, etwa zu den Auseinandersetzungen zwischen Germanisten und Romanisten um das Erbe des Rechts, die Reinheit seiner Tradition und den Schutzbedarf gegenüber Dekadenz, Verfall und Korruption, die für die Revolutionen und Katastrophen des 20. Jahrhunderts und ihrem Begehren gegenüber dem *Römischen* recht typisch waren. Statt die Art und Weise der Grenzziehung auf den Begriff zu bringen, stößt die Lektüre im Folgenden nur auf ein polemisches Feld und sie hat dabei selbst ein polemisches Feld. Das ist dem Umstand geschuldet, dass die Lektüre den Akt der Grenzziehung aufdecken möchte.

Keiner der Autoren ist ein Fürsprecher der Rhetorik, auch wenn sie alle drei meisterlich beherrschen. In unterschiedlichem Maße wenden sich alle gegen eine Überschätzung der Rolle der Rhetorik, alle verteidigen den Eigensinn juristischer Begriffsbildung, der vor allem in den Augen der beiden früheren Autoren mit der Konstitution des Juridischen ein Reservat oder Schutz gegenüber der Rede, den Flüsterstimmen der Orientalen, dem Byzantismus oder anderem artfremden Geschwätz voraussetze. Wesel abstrahiert die Exklusion von diesen Ideen, aber ebenso neutral wie bestimmt schließt er das Rhetorische aus dem Juridischen aus. Die Drei sind Gegner der Idee, die Rhetorik habe geholfen, Recht zu gestalten, aber diese Einseitigkeit ist für die Darstellung der Kontroverse nicht unfair. Pro und Contra finden sich nämlich auch in den Positionen, die man unter einem gemeinsamen Oberbegriff (Juristen) innerhalb eines Lagers zusammenfassen könnte, und das macht das ganze für die Betrachtungen

elude him, for instance the arguments between Germanists and Romanists about the inheritance of law, the purity of its tradition and the need for protection against decadence, decline and corruption, which were wholly typical for the revolutions and disasters of the 20<sup>th</sup> century and their desires regarding the *Roman*. Instead of defining the manner of the boundary-marking, the reading below only comes up against a polemical field and itself has a polemical field. This is due to the fact that the reading would like to uncover the act of boundary-marking.

None of the authors is an advocate of rhetoric, even if all three are masters of the art. In different degrees they are all against an over-estimation of the role of rhetoric, while all defend the self-will of the formation of legal concepts which, particularly in the view of the first two authors, with the constitution of the juridical presupposes a reservation or defence against speech, the whispering voices of the Orientals, Byzantine practices or other outlandish claptrap. Wesel abstracts the exclusion of these ideas but, in a neutral yet calculated manner, he excludes the rhetorical from the juridical. The three are opponents of the idea that rhetoric helped form law, but this one-sidedness is not an unfair way of representing the controversy. The arguments for and against can also be found in the positions that could be summarised under a common generic term (“jurists”) within *one* camp, and this makes the whole so interesting for the observation of the marking of boundaries. We encounter inversions where ultimately all rhetorical

tung des Aktes der Grenzziehung so interessant. Man stößt auf Umkehrungen, bei denen schließlich alle rhetorischen Prädikate auch im Recht und alle juristische Prädikate auch in der Rhetorik vorkommen, obschon der Unterschied zwischen Recht und Rhetorik nicht geleugnet werden kann. Wesel, der nicht mehr die Annahmen von Kaser und Schulz über die Oppositionen von Orient/Abendland, Schrift/Rede, Eindeutigkeit/Mehrdeutigkeit, Substanz/Äußerlichkeit, Zuverlässigkeit/Geschwätz teilt, bei dem aber der Unterschied zwischen Recht und Rhetorik in hohem Maße unbestimmt wird, liefert das Beispiel für ein entsprechend selbstständiges und eigenschaftsfreies Formenkalkül der Abgrenzung.

## II. Beispiele der Abgrenzung

### A. Max Kasers Lehrbuch

#### 1. *Das Innen und das Außen zweier Lehrbücher*

(1) In den Selbstbezüglichkeiten einer Reflexion über Rechtsgeschichte kann man zu keinem Ursprung zurückkehren, man kann aber die Sprünge des Rechts wiederholen. Das ist kein radikalkonstruktivistischer Ansatz, mit dem die Zugänglichkeit zur Geschichte bestritten würde. Man kehrt aber nicht unmittelbar nach Rom zurück, sondern reproduziert Differenzen, die die Wissenschaft vom Kern, Wesen und Ursprung des römischen Rechts entfernt haben. In diesem Sinne beginnt auch hier nichts mit einem Anfang, alles beginnt mit einer Reproduktion, und so verschiebt sich Wissenschaft.<sup>18</sup> Die Lektüre beginnt aus diesen Konditionen der Reflexion und Reproduktion heraus mit einem Lehrbuch von

predicates also occur in law and all legal predicates also occur in rhetoric, although the difference between law and rhetoric cannot be denied. Wesel, who no longer shares the assumptions of Kaser and Schulz regarding the oppositions of Orient/West, writing/speech, unambiguity/ambiguity, substance/superficiality, reliability/claptrap, but in whose work the difference between law and rhetoric is largely undefined, offers the example of an appropriately independent and characteristic-free calculation of the form of the demarcation.

## II. Examples of demarcation

### A. Max Kaser's textbook

#### 1. *The internal and the external of two textbooks*

(1) In the self-referentialities of a reflection on the history of law, we cannot return to the origins, but we can repeat the leaps made by the law. That is not a radical constructivist approach, disputing the accessibility to history. We are not however immediately returning to Rome, but rather reproducing differences that have removed science from the core, essence and origin of Roman law. In this sense here too nothing starts with a beginning, everything begins with a reproduction, and thus science is shifted.<sup>18</sup> The reading starts from these conditions of reflection and reproduction with a textbook by Max Kaser, chronologically the second of the texts selected here, which is consulted in its original and revised forms,

---

18 VESTING, Kein Anfang und kein Ende. Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik, [www.jura.uni-frankfurt.de/ifoer1/vesting/Dokumente/online-pub/Kein\\_Anfang\\_und\\_kein\\_-Ende.pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifoer1/vesting/Dokumente/online-pub/Kein_Anfang_und_kein_-Ende.pdf), 2 f.

---

18 VESTING, Kein Anfang und kein Ende. Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik, [www.jura.uni-frankfurt.de/ifoer1/vesting/Dokumente/online-pub/Kein\\_Anfang\\_und\\_kein\\_-Ende.pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifoer1/vesting/Dokumente/online-pub/Kein_Anfang_und_kein_-Ende.pdf), 2 f.

Max Kaser, das in der Chronologie der hier ausgewählten Texte die Nr. 2 ist und das auch noch in seiner wiederholten Erscheinung, d.h. in zwei Auflagen, betrachtet werden soll.<sup>19</sup> Kasers Lehrbuch ist zuerst 1950 erschienen. Es verweist u.a. auch auf Fritz Schulz zurück.<sup>20</sup> Max Kaser ist der ‚reinste‘ der drei Autoren, in dem Sinne, dass er ein Lehrbuch zur römischen Rechtsgeschichte geschrieben hat, das einen juristischen Kanon reproduziert. Die Grenzziehung findet bei ihm ‚innerhalb‘ des Rechts als einer eigenen Disziplin mit eigenem Archiv und eigenem Gedächtnis statt.<sup>21</sup> Kaser liefert das Modell einer Grenze, deren Selbstverständnis Selbstreferenzen voraussetzt und die Rechtswissenschaft nach innen und außen unterscheidbar macht. Man stößt bei ihm auf die Bedingungen solcher Abgrenzungen und auf die ganze Fragwürdigkeit, insofern von Eigenheiten, einem Proprium oder einer Substanz des Rechts zu sprechen.

(2) Kasers Römische Rechtsgeschichte ist als Lehrbuch entworfen, mit dem „*die akademische Jugend wieder stärker für das römische Recht und seine unvergängliche geistige Kraft zu interessieren*“ sei.<sup>22</sup> Es ist ein Lehrbuch, das als Grundlage einer Vorlesung dienen soll. Die Schrift ist konditioniert, vorlesbar und begeisternd zu sein. Kaser beherrscht die Rhetorik einer Schrift auch noch in solchen Abstufungen, die Schrift nach unterschiedlichem Grad in Stimme überführbar oder nur im konzentrierten Lesen haltbar machen sollen. Fragt man nach den rechtlich-rhetorischen Grenzen im Text von Max Kaser, so fragt man nach einer ganzen Reihe von Grenzen: nach der Grenze der Reflexivität, also inwiefern Kaser als selbstbezüglicher Beobachter sich selbst bespricht und inwiefern er über das römische Recht spricht.

i.e. in its two editions.<sup>19</sup> Kaser’s textbook first appeared in 1950 and refers among other things to Fritz Schulz.<sup>20</sup> Max Kaser is the “purest” of the three authors in the sense that he wrote a textbook on the history of Roman law that reproduces a judicial canon. The marking of boundaries in his work is “within” the law as a standalone discipline with its own archives and memory.<sup>21</sup> Kaser offers the model of a boundary whose self-conception presupposes self-references and which legal science makes internally and externally distinguishable. His work runs up against the conditions of such demarcations and on the entire questionable nature of speaking of singularities, a *proprium* or a substance of law.

(2) Kaser’s history of Roman law is drawn up as a textbook with which “*students may again become more interested in Roman law and its imperishable mental strength.*”<sup>22</sup> It is a textbook whose aim is to serve as the basis of a lecture. The writing is intended to be inspiring and capable of being read aloud. Kaser is also a master of the rhetoric of a style of writing in degrees such that the writing may as necessary be transferred to speech or only be comprehensible through concentrated reading. If we ask about the legal-rhetorical boundaries in Kaser’s text, we are asking about a whole series of boundaries: about the boundary of reflexivity and thus to what extent Kaser is discussing himself as a self-referential observer and to what extent he is speaking about Roman law. We ask on both sides of this distinction where is

19 KASER, Römische Rechtsgeschichte (1950); DERS., Römische Rechtsgeschichte (1967).

20 KASER (1950), 260 und KASER (1967), 297.

21 KASER (1967), 295 ff.

22 KASER (1950), 3.

19 KASER, Römische Rechtsgeschichte (1950); IBID., Römische Rechtsgeschichte (1967).

20 KASER (1950), 260 and KASER (1967), 297.

21 KASER (1967), 295 ff.

22 KASER (1950), 3.

Man fragt auf beiden Seiten dieser Unterscheidung nach der Grenze zwischen performativer und konstativer Dimension, also auch, inwieweit er über die Grenze zwischen Recht und Rhetorik rhetorisch oder rechtlich spricht. Man fragt nicht zuletzt, mit welchen Merkmalen, Begriffen und Prädikaten er eine Grenze zieht zwischen Recht und Rhetorik. Und man fragt generell nach Grenze des Textes von Kaser. In den Auflagen des Buches gibt es Stellen, an denen sich alle diese Grenzen anschaulich kreuzen, und die sind in ihrer Verdichtung besonders interessant. Ein erstes Beispiel folgt hier. Der erste Textauszug enthält die spätere Version aus der zweiten Auflage des Lehrbuches von Max Kaser.

Ich zitiere aus § 38 der zweiten Auflage der Römischen Rechtsgeschichte von 1967:

*„Während das goldene Zeitalter der Literatur und der bildenden Künste mit dem Tod des Augustus zu Ende geht, bringt die hochklassische Jurisprudenz erst im 2. Jh. ihre bedeutendsten Leistungen hervor. Diese längere Bewahrung der juristischen Schöpfungskraft hat innere und äußere Gründe. Daß es den Juristen gelang, die Einwirkung der Rhetorik und den theoretisierenden Einfluß der griechischen Philosophie in enge Grenzen zu halten, hat ihnen ihre produktive Kraft auf dem Gebiet erhalten, in welchem die noch ungebrochene Wesensart des Römertums zu voller Geltung kam. Hier konnten die römischen Juristen ihr Eigenstes geben, ohne, wie in den Künsten, fremde Ausdrucks- und Denkformen nachzuahmen oder umzuformen und ohne, wie in der Rhetorik, der Veräußerlichung zu verfallen, die die Form über den Inhalt stellt“.*<sup>23</sup>

In der ersten Auflage von 1950 lautet der Text:

the boundary between the performative and constative dimensions, and therefore also to what extent he is speaking about the boundary between law and rhetoric in rhetorical or legal terms. We must also ask with what attributes, terms and predicates he draws a line between law and rhetoric. And we can in general ask what is the boundary of Kaser's text. In the various editions of the book there are places where all of these boundaries clearly intersect and which are particularly interesting in their aggregation. Here is a first example. The first excerpt contains the later version from the second edition of Max Kaser's textbook.

I quote from § 38 of the second edition of his History of Roman Law of 1967:

*“While the Golden Age of literature and the plastic arts came to an end with the death of Augustus, only in the 2nd century A.D. did high-classical jurisprudence produce its greatest achievements. This longer perpetuation of legal creativity has both internal and external reasons. The success of the jurists in keeping the effects of rhetoric and the theorising influence of Greek philosophy within narrow limits ensured their productive powers were concentrated in an area where the still unbroken nature of Romanness flourished. Here Roman jurists could be themselves without, as in the arts, copying or transforming outside ways of thinking and expression and without, as in rhetoric, lapsing into an externalisation that places form over content.”*<sup>23</sup>

In the first edition of 1950 the text reads:

---

23 KASER (1967), 170.

---

23 KASER (1967), 170.

*“Das goldene Zeitalter der Literatur und auch der bildenden Künste geht mit dem Tod des Augustus zu Ende, während die hochklassische Jurisprudenz erst im 2. Jahrhundert ihre bedeutendsten Leitungen hervorbringt. Die Erhaltung der juristischen Schöpfungskraft hat innere und äußere Gründe. Daß es den Juristen gelang, den Einfluß der griechischen Philosophie und Rhetorik in engen Grenzen zu halten, hat ihnen ihre produktive Kraft auf jenen Gebieten bewahrt, in denen noch die ungebrochene sachlich-praktische Lebensart des Römertums zu voller Geltung kam. Hier konnten die römischen Juristen ihr Eigenstes geben, ohne, wie in den Künsten, fremde Ausdrucks- und Denkformen nachzuahmen und ohne, wie in der Rhetorik, der Veräußerlichung zu verfallen, die die Form über den Inhalt stellt.”<sup>24</sup>*

Die Textstelle ist in beiden Auflagen bis auf kleine Umstellungen identisch. Sie spricht vom Innen und Außen der römischen Jurisprudenz, und sie hat selbst ein Innen und Außen. Es gibt nach Kaser eine Schöpfungskraft der römischen Juristen, in der sie ihr „Eigenstes“ geben konnten. Und es gibt ein Äußeres, nämlich die Rhetorik, die selbst wiederum der „Veräußerlichung“ verfiel. Form lässt sich nach Kaser zwar „über“ Inhalt stellen, aber simultan verkehrt das die Architektur und ist insoweit ein Zeichen für „Verfall“. Aus einem Interesse an der Unterscheidbarkeit von performativer und konstativer Ebene heraus wäre es ratsam, den Inhalt und das Äußerliche, von denen Kaser spricht, von dem Inneren und Äußeren seiner Sprache zu unterscheiden. Auch, um die Reflexivität der Gedanken genauer fassen zu können, wäre das ratsam. Anhand der Umstellung des Textes kann man das Verhältnis von Innen und Außen sowohl auf der ‚konstativen‘ Ebene des Gegenstandes als auch auf der ‚performativen‘

*“The Golden Age of literature as well as the plastic arts came to an end with the death of Augustus, while only in the 2nd century A.D. did high-classical jurisprudence produce its greatest achievements. The continuation of legal creativity has both internal and external reasons. The success of the jurists in keeping the influence of Greek philosophy and rhetoric within narrow limits ensured their productive powers were concentrated in areas where the unbroken objective and practical way of life of Romanness still flourished. Here Roman jurists could be themselves without, as in the arts, copying outside ways of thinking and expression and without, as in rhetoric, lapsing into an externalisation that places form over content.”<sup>24</sup>*

The text in both editions is largely identical. It speaks of the internal and the external of Roman jurisprudence, and it too has an internal and an external. Kaser states that Roman jurists have a creativity in which they could “be themselves”. And there is an external, i.e. rhetoric, which itself in turn lapses into “externalisation”. Kaser holds that form can be placed “over” content, but this simultaneously distorts the architecture and is to that extent a sign of “lapsing”. An interest in the distinction between the performative and constative levels makes it advisable to differentiate the content and the external mentioned by Kaser from the internal and external of his language. It would furthermore be advisable in order to grasp the reflexivity of the thoughts more precisely. The changes in the text allow us to observe the relationship of the internal and the external both at the “constative” level of the object and at the “performative” level of speech. Kaser would presumably say that the changes he made between the two editions

24 KASER (1950), 152.

24 KASER (1950), 152.

Ebene des Sprechens beobachten. Die Änderungen, die er zwischen den beiden Auflagen zur Klarstellung vorgenommen hat ist, so würde Kaser vermutlich sagen, selbst bloß stilistisch und rein äußerlich, ändern in der Sache aber nichts. Und so markiert der erste Textauszug Klarstellungen, die den Inhalt des Textes klarer nach außen kehren sollen. Welche Seite stärker verinnerlicht und welche stärker veräußerlicht ist, lässt sich dabei freilich nicht mehr sagen. Damit gibt es auch schon eine Spannung zwischen dem abwertend gebrauchten Begriff der „Veräußerlichung“ und der eigenen Poetik der Äußerungen. Trotz des Bedarfs nach Unterscheidbarkeit interessiert hier vor allem die Kreuzung von Innen und Außen. Innerlichkeit und Äußerlichkeit eines Textes folgen einer Unterscheidung, die an einer Grenzziehung hängt, in diesem Fall auch an der Lokalisierung und Abgrenzung der zitierten Textstelle. Erweitert man den Kontext und sucht das innere System oder den inneren Zusammenhang, mit dem Kaser in seinem Lehrbuch *Recht von Rhetorik* abgrenzt, dann erhöhen sich auch die Umstellungen der Texte. Innerhalb des gesamten Lehrbuches gibt es schon mehrere und deutlichere Umstellungen. Erste Auskunft gibt der Titel des zitierten Kapitels. Während das Kapitel von 1950 „*Das Wesen der klassischen Jurisprudenz*“ lautet, lautet das Kapitel in der zweiten Auflage „*Wesen und Eigenart der klassischen Jurisprudenz*“. In beiden Auflagen greift Kaser auf das Vokabular der Dialektik, der Kategorienlehre und der Ontologie zurück. Im Kapitel selbst spricht er auch von der Substanz des Rechts und er fragt sich konsequenterweise, ob die Rhetorik Einflüsse auf diese Substanz haben konnte.<sup>25</sup>

(3) Schon in der ersten Auflage von 1950 wirft das Kapitel über das Wesen der klassischen Jurisprudenz auch eine Reihe von Fragen zu Grenzen der juristischen Kategorie – auch im Medium der Sprache – auf. Neuheit

for clarification purposes change nothing of substance and are merely stylistic and purely external. The first excerpt thus marks clarifications which are intended to make the content of the text outwardly clearer. Which side is more strongly internalised and which is more strongly externalised can admittedly no longer be stated. There is thus already a tension between the pejoratively used term of “*externalisation*” and the poetics of the utterances themselves. Despite the need for distinction here, the interest here lies above all in the intersection of the internal and the external. The internality and externality of a text follow a distinction that depends on a marking of boundaries, and in this case also on the localisation and demarcation of the quoted passage. If the context is extended and we seek the internal system or the internal cohesion with which Kaser distinguishes law from rhetoric in his textbook, then the changes to the texts also proliferate. In the textbook as a whole there are several clearer changes. The first indication is the title of the quoted chapter. While the chapter of the 1950 edition is entitled “*The essence of classical jurisprudence*”, in the second edition this becomes “*Essence and singularity of classical jurisprudence*”. In both editions Kaser uses the vocabulary of dialectics, the doctrine of categories and of ontology. In the chapter itself he also speaks of the substance of law and consistently asks whether rhetoric could have influenced this substance.<sup>25</sup>

(3) In the first edition of 1950, the chapter on the essence of classical jurisprudence already raises a series of questions regarding the boundaries of the legal category, including in the medium of language. In the first

25 KASER (1967), 169.

25 KASER (1967), 169.

und Bindung, Diskretion und Indiskretion der juristischen Sprache werden in der ersten Auflage nämlich nicht nur gleichermaßen zum Wesen der Klassik erklärt. Diese Erklärungen erfolgen auch in erstaunlicher Dichte und unmittelbarer Nähe zueinander, und das vertieft die Spannung, mit der das Innere und das Äußere eines Textes behandelt werden. In der ersten Auflage finden sich zum Beispiel Passagen, in denen „*unentwickelte Systematik*“ und „*unausgebildete Begrifflichkeit*“ des römischen Rechts, sowie die „*stilistische Reinheit*“ und „*sachliche Ausdruckskraft in höchster Vollendung*“ beschrieben werden. Kaser lobt die außergewöhnliche „*Schöpfung bzw. Schöpfungskraft*“ der römischen Klassiker ebenso wie die „*strenge Bindung an eine ehrwürdige Tradition seit Jahrhunderten*“. Im Kontext der Klassik lobt Kaser auch die „*flüssige Terminologie*“ und die Vollendung in Einzelheiten. Der klassische Ausdruck ist nach seinen Worten bei aller Flüssigkeit auch „*scharf und gedrängt*“.<sup>26</sup>

Ob all das Lobenswerte im Hinblick auf Form und Substanz des Klassischen konsistente Merkmale sind, lässt sich nur bestimmen, indem man die Begriffe von *Festigkeit*, *Form* und *Klassik* weiter bestimmt. In Kasers Werk selbst werden diese Begriffe aber nicht definiert und es ist auch fraglich, was davon Kaser im Medium des schriftlich fixierten oder mündlich tradierten Begriffs für realisierbar hielt. Der Kern seines Lobes der klassischen Ausdruckskraft sedimentiert sich eher in Selbstverständlichkeiten, von denen die ‚Intuitionen‘ des Autors beim Schreiben zehren – und gegebenenfalls auch die Selbstverständlichkeiten des Lesers beim Lesen. Die dichte Darstellung reflektiert in der ersten Auflage ihre Ambivalenz gegenüber den Grenzen der juristischen Kategorie und gegenüber der Spannung von Innen und Außen nicht. Die zweite Auflage von 1967 enthält aber das überarbeitete Kapitel über die Klassik und es entfaltet dabei Wider-

edition, the newness and linkage, discretion and indiscretion of legal language are not only explained in equal measure with the essence of the classical. These explanations are also offered in extraordinary density and direct proximity to each other, deepening the tension with which the internal and external aspects of a text are treated. In the first edition, for example, are passages describing the „*undeveloped systematics*“ and „*untrained conceptuality*“ of Roman law as well as its „*stylistic purity*“ and „*objective strength of expression in its highest form*“. Kaser praises the extraordinary „*creation/creativity*“ of the Roman classical authors as well as the „*strong linkage to a venerable and centuries-old tradition*“. Kaser also praises, in the context of the classical, the „*liquid terminology*“ and the perfection of the details. For all its liquidity, classical expression is also, according to him, „*sharp and concise*“.<sup>26</sup>

Whether all that which is praiseworthy represents consistent attributes as regards the form and substance of the classical can be only be determined through further definition of the terms of *solidity*, *form* and *classical*. Kaser does not however define these terms in his work and it is also questionable what Kaser considered to be realisable in the medium of the term, whether set down in writing or handed down orally. The core of his praise of the classical strength of expression is sedimented rather in presuppositions that feed the author’s ‘*intuitions*’ when writing – and if necessary also the reader’s presuppositions when reading. The dense representation does not in the first edition reflect its ambivalence in relation to the boundaries of the legal category or in relation to the tension of internal and external. The second edition of 1967 however contains the revised chapter on the classical and contradictions thereby arise between discrete/

26 KASER (1967), 225.

26 KASER (1967), 225.

sprüche zwischen Diskretion/ Flüssigkeit sowie Redundanz und Varietät in weiteren Unterscheidungen und Ausführungen – dazu im nächsten Abschnitt mehr. Das Kapitel über das Wesen und die Eigenarten ist dasjenige, das Kaser für die zweite Auflage am gründlichsten neu konzipiert hat. Das kann an den Paradoxien der Iteration liegen, also an der Simultanität von Stasis und Wandel in den Reproduktionen des Rechts, durch die auch klassischer Ausdruck kantig und geschmeidig erscheinen kann. Das bedeutet zumindest, dass jene Stellen, an denen sich die rechtlich-rhetorischen Grenzen so vielfältig kreuzen, der Autor keine Ruhe im Buch finden konnte.<sup>27</sup> Die Wiederholbarkeit des eigenen Lehrbuches fordert Klarstellung, und das betraf vor allem Fragen der vorklassischen und klassischen juristischen Reproduktionsverhältnisse und ihren Unterschied zu rhetorischen Reproduktionsverhältnissen. Immer spiegelt sich dabei das, worüber Kaser spricht, in der Art und Weise wie er spricht. Und nie lässt sich das eine mit dem andern fassen. Mit zurückhaltender Metaphorik könnte man das reflexive Verhältnis zwischen dem Text und seinem Gegenstand als gebrochenen Spiegel bezeichnen, mit gewagter Metaphorik könnte man die Gestalt auch als ‚Diskokugel‘ bezeichnen.

(6) Kaser spricht über Wesen und Eigenarten der römischen Rechtstexte und er sorgt für Wesen und Eigenarten des eigenen Textes. Wie immer man den Unterschied von rhetorischen und juristischen Texten definiert: Anhand Kasers Text kann diese Differenz weder an der Stabilität noch an der Wandlungsfähigkeit, weder an der Diskretion noch der Indiskretion der Kommunikation festgemacht werden. Eine Reihe der positiven Eigenschaften des Klassischen klingen fast so, als seien sie eine freundliche Umschreibung oder *paradiastole* der negati-

liquid and redundancy/variety in further distinctions and explanatory remarks (more on this in the next section). The chapter on essence and singularities was most thoroughly redrafted by Kaser in the second edition. This may be a result of the paradoxes of iteration, i.e. in the simultaneity of stasis and change in the reproductions of law, through which classical expression too can appear sharp-edged and supple. This means at the very least that the author was not satisfied with his book at those places where the legal and rhetorical boundaries variously intersect.<sup>27</sup> The repeatability of his own textbook requires clarification above all concerning questions of pre-classical and classical legal reproduction relationships and their difference from rhetorical reproduction relationships. That of which Kaser speaks is thus always reflected in the way he speaks. And the one can never be grasped by the other. A muted metaphor might describe the reflexive relationship between the text and its object as a broken mirror; a bolder one would describe it as being like a disco “mirror ball”.

(6) Kaser speaks of the essence and singularities of the Roman legal texts and also ensures the essence and singularities of his own text. No matter how the difference between rhetorical and legal texts is defined, from Kaser’s text this difference cannot be based on the stability, transformability, discretion or indiscretion of communication. A number of the positive singularities of the classical sound almost as if they are a friendly paraphrase or *paradiastole* of the negative singularities of the non-classical. At least Kaser praises firm principles and not

27 Zur Überarbeitung KASER (1967), Vorwort zur zweiten Auflage.

27 On the revision see KASER (1967), Foreword to the second edition.



ven Eigenschaften des Nichtklassischen. Zumindest lobt Kaser in Bezug auf die Klassik nicht nur eine flüssige Terminologie, sondern auch feste Grundsätze. Der Niedergang der Klassik geht nach seinen Worten wiederum mit einer „*textlichen Verwilderung*“ einher.<sup>28</sup> Die Werke der klassischen Jurisprudenz waren nach Kaser allerdings vornehmlich durch die Bedürfnisse der Praxis geprägt, „*lebensnah*“ und ihre Flüssigkeit hatte den Vorzug, die Bedeutung von Wörtern nach Inhalt und Grenzen noch nicht genau zu bestimmen. Das zeige die klassische Jurisprudenz auf einem „*Gipfelpunkt der Vollendung*“.<sup>29</sup> Diese ‚Flüssigkeit am Gipfel‘, von der Kaser so anschaulich spricht, legt nahe, dass er im klassischen Recht die eigentliche Quelle des Rechts sieht, aber seine abundante Metaphorik des Klassischen gerät ihm dabei aus den Fugen und so weist er auch noch darauf hin, dass die „*jugendliche Kraft und Frische*“ der vorklassischen Zeit eigentlich schon verbraucht gewesen sei und dass die Stärke der klassischen Juristen nur in der Verfeinerung lag.<sup>30</sup> Im Niedergang versucht man wiederum die klassischen Texte dem beschränkten Aufnahmevermögen der eigenen Zeit „*mundgerecht*“ zu machen.<sup>31</sup> Trotz Lebensnähe und Prägung durch die Praxis stellten die Werke der klassischen Jurisprudenz an die „*Geisteskraft und Sachkunde ihrer Leser*“ nämlich noch hohe Ansprüche (1967/225). Es finden sich somit zwar einzelne Sätze die eine klassische Form versprechen, aber in ihrer abundanten Figur auch Zweifel an dem isolierten Eigenwert der Festigkeit und Schärfe von Begriffen und Sätzen wecken. Was bedeutet das für die Frage nach dem Einfluss der Rhetorik? In Kasers Augen:

just a liquid terminology in relation to the classical. The decline of the classical is, according to him, in turn accompanied by a “*textual brutalisation*”.<sup>28</sup> Kaser holds that the works of classical jurisprudence were however primarily shaped by the needs of practice, “*drawn from life*”, and their liquid nature thus had the advantage of not determining the meaning of words exactly according to content and boundaries. This, in his view, shows classical jurisprudence at an “*acme of perfection*”.<sup>29</sup> This ‘liquidity at the zenith’, of which Kaser so vividly speaks, suggests that he sees the actual source of the law in classical law, but his abundant metaphors of the classical fall to pieces and he thus points out that the “*youthful vigour and freshness*” of the pre-classical period was actually already exhausted and that the strength of the classical jurists lay solely in refinement.<sup>30</sup> In decline we in turn attempt to make the classical texts “*palatable*” for the limited absorption capacity of our own time.<sup>31</sup> Despite the fact that they are drawn from life and marked by practice, the works of classical jurisprudence indeed still placed high demands on the “*mental strength and expert knowledge of their readers*” (1967/225). There are thus individual sentences that promise a classical form, but whose abundant imagery also awakens doubts regarding the isolated ‘eigenvalue’ of the solidity and sharpness of terms and sentences. What does this mean for the question of the influence of rhetoric? In Kaser’s view:

---

28 KASER (1967), 225.

29 KASER (1967), 177.

30 KASER ebd.

31 KASER (1967), 225.

---

28 KASER (1967), 225.

29 KASER (1967), 177.

30 KASER ibid.

31 KASER (1967), 225.

(7)

*“Der Einfluß der Rechtsredner gefährdete den Stand und die Arbeit der Juristen nicht nur dadurch, dass sie deren Tun als handwerklich, engstirnig und rückständig missachteten und herabwürdigten. Er bedrohte zugleich das allgemeine Rechtsbewusstsein; denn an die Stelle der gefestigten Grundsätze und Regeln des Rechts setzen die Redner einen dehnbaren und unbestimmten Begriff der Billigkeit, der sich jeweils nach Gutdünken verwenden lässt. In seiner Handhabung fühlen sie sich zuweilen nicht durch Gewissenszweifel darin behindert, Unrecht für Recht auszugeben, wenn es ihrer Streitpartei nützen kann.”*

Eine Seite weiter:

*“Im ganzen bleibt gleichwohl der Einfluß der Rhetorik auf die Substanz des Rechts gering. Nur in vereinzelt Fragen läßt sich ein Zusammenhang der rechtlichen Begriffsbildung mit der rhetorischen nachweisen. Die Denkform wie der Ausdrucksstil der Juristen waren schon in der vorklassischen Zeit stark genug gefestigt, um einer Ablenkung durch die Begriffswelt der Rhetorik zu widerstehen”, heißt es in der zweiten Auflage von 1967 zum Abschluss des Kapitels über die vorklassische Rechtswissenschaft.*

*“Der Einfluß der Rechtsredner gefährdete den Stand und die Arbeit der Juristen nicht nur dadurch, dass sie deren Tun als handwerklich, engstirnig und rückständig missachteten und herabwürdigten. Er bedrohte zugleich das allgemeine Rechtsbewusstsein; denn an die Stelle der gefestigten Grundsätze und Regeln des Rechts setzen die Redner einen dehnbaren und unbestimmten Begriff der Billigkeit, der sich jeweils nach Gutdünken verwenden lässt, wobei sie sich zuweilen nicht durch Gewissenszweifel darin behin-*

(7)

*“The influence of the legal orators endangered the status and the work of the jurists not only through the fact that they disregarded and debased their activities as artisanal, blinkered and backward. It also simultaneously threatened the general legal consciousness, as, in place of the anchored principles and rules of law, the orators place an elastic and undetermined concept of equity that can be used in each case according to one’s discretion. In using it they never feel restrained through doubts of conscience in calling an injustice just, if this is to the benefit of their party in the dispute.”*

On the next page:

*“Generally speaking, nevertheless, the influence of rhetoric on the substance of law remains small. Only in isolated questions can a relationship be proved between the formation of the legal concept and the rhetorical. Both the mode of thinking and style of expression of the jurists were already based on sufficiently solid ground in the pre-classical period to be able to resist a diversion by rhetoric’s world of terms.” Thus the second edition of 1967 concludes the chapter on pre-classical legal science.*

*“The influence of the legal orators endangered the status and the work of the jurists not only through the fact that they disregarded and debased their activities as artisanal, blinkered and backward. It also simultaneously threatened the general legal consciousness, as in place of the anchored principles and rules of law, the orators place an elastic and undetermined concept of equity that can be used in each case according to one’s discretion, whereby they never feel restrained through doubts of conscience in calling an injustice just, if*

*dert fühlen, Unrecht für Recht auszugeben, wenn es ihrer Streitpartei nützen kann.“*

Eine Seite weiter:

*„Im ganzen bleibt gleichwohl der Einfluß der Rhetorik auf die Substanz des Rechts gering; nur in ganz seltenen Fällen läßt sich ein Zusammenhang der rechtlichen Begriffsbildung mit der rhetorischen nachweisen. Die Denkform wie der Ausdruckstil waren schon in vorklassischer Zeit stark genug gefestigt, um eine deutliche Ablenkung durch die Theorie und Begriffswelt der Rhetorik erfolgreich abwehren zu können“,* heißt es in der ersten Auflage von 1950 zum Abschluss des Kapitels über die vorklassische Rechtswissenschaft.

Kaser nimmt wieder kleine Änderungen vor, macht aus einem Halbsatz einen eigenständigen Satz, aus einem Semikolon einen Punkt und er streicht für die zweite Auflage das Wort „deutliche“. Statt nur von „Abwehr“ zu sprechen, spricht er in der zweiten Auflage sogar vom „Widerstehen“. Aus „seltenen Fällen“ werden „vereinzelte Fragen“. Sind es wesentliche oder unwesentliche, deutliche oder undeutliche Änderungen, die Kaser für die zweite Auflage vornimmt? Die Form und Festigkeit der römischen Rechtssätze und der eigenen Kaser'schen Sätze lassen sich in isolierten Sätzen greifen (aber insoweit sind die unbestimmt) und sie verlieren sich, sobald man in den Kapiteln über Vorklassik und Klassik zur weiteren Bestimmung weiter liest. Der Einwand liegt nahe, dass der Unterschied von Recht und Rhetorik weder an Form und Inhalt noch an innerem und äußerem oder Substanz und Akzidenz festgemacht werden kann. Und doch kann nicht bestritten werden, dass die entsprechenden Grenzziehungsakte von Kaser nachvollziehbar sind. Nun könnte man die damit einhergehende Polyvalenz der juristischen Substanz mit der Feststellung, es handele sich um eine Einführung für Studenten, auf sich beruhen lassen. Vielleicht kann die weitere

*this is to the benefit of their party in the dispute.“*

On the next page:

*“Generally speaking, nevertheless, the influence of rhetoric on the substance of law remains small; only in very rare cases can a relationship be proved between the formation of the legal concept and the rhetorical. Both the mode of thinking and style of expression were already based on sufficiently solid ground in the pre-classical period to be able to defend themselves successfully against any clear diversion by rhetoric's theory and world of terms.“* Thus the first edition of 1950 concludes the chapter on pre-classical legal science.

Kaser again makes small changes, making a half sentence into a standalone sentence, turning a semicolon into a full stop and removing the word “clear” from the second edition. Instead of speaking merely of “defence”, in the second edition he speaks of “resistance”. The expression “rare cases” becomes “isolated questions”. Are these essential or inessential, clear or unclear changes that Kaser makes in the second edition? The form and solidity of Roman legal rules and Kaser's own sentences can be grasped in isolated sentences (to that extent they are, however, undetermined) and they become lost as soon as one reads on for further clarification in the chapters on the pre-classical and classical. The objection suggests that the difference between law and rhetoric can be described neither in terms of form and content, nor of internal and external, nor of substance and accident. Yet it cannot be denied that Kaser's corresponding marking of boundaries is comprehensible. We could now allow the accompanying polyvalence of the legal substance to rest upon itself with the statement that it is an introduction for students. Perhaps the further creation of terms can here remain attached to the superficial. However, in the absence of a cosmology of

Begriffsbildung hier dem Oberflächlichen verhaftet bleiben. Konsequenter scheint es aber zu sein, mangels einer Kosmologie des Juridischen und in Anbetracht der verstreuten Koordinaten möglicher Blickpunkte auf die Kategorienlehre und ihre Suche nach Substanz zu verzichten. Vielleicht wird so der Blick auf die Falten des Textes und seine Oberflächenspannung genauer.

## 2. Die ästhetische Prägung

(1) Kasers Lehrbuch ist durch die Rezeption einer modernen Ästhetik der reinen Ausdruckskraft geprägt. Er folgt einer Disziplin, die durch und als Abgrenzung gegenüber der Rhetorik entstand. Mit dieser Grenze möchte Kaser die eigene Rechtswissenschaft in die bewundernswerte römische Genealogie des substantiellen („*unvergänglich*“) Rechts einstellen. Das Ziel, eine unvergängliche Substanz im Begriff des Rechts zu suchen, ist auch Reflex einer Ästhetik, die sich erst mit der Systemphilosophie des 19. Jahrhunderts entwickelt hat. Seine Suche nach Substanz im Römischen und seine Abwehr des Akzidentiellen pflegt dabei auch einen spezifischen antimedialen Affekt. Die Prägung lässt sich in dem ersten Zitat an mehreren Punkten festmachen: *Erstens* an der Abwertung der Geschichte der römischen Literatur und bildenden Kunst der zwei Jahrhunderte nach Christus. Diese Phase des Römischen trifft ganz offensichtlich nicht seinen Geschmack. *Zweitens* lässt sie sich auch an seinen Ansichten über die ungestörte poetische Schöpferkraft, Originalität und Eigenheit festmachen. Und schließlich *drittens* lässt sie sich an dem Umstand festmachen, daß Kaser die Rhetorik über ihre Dekadenz definiert. Die Entwicklung der Jurisprudenz wird aus einem Vergleich mit nichtjuristischer Literatur (und bildenden Künsten) gewonnen. Er lobt die Schöpferkraft und er wertet Nachahmung und Umformung fremder Denkformen generell ab. Man könnte einwenden, dass der Erfolg der Überlieferung klassischer Jurisprudenz

the juridical and in view of the scattered coordinates of possible focal points, it seems more consistent to avoid the doctrine of categories and its search for substance. Perhaps this will produce a more exact view of the creases in the text and its surface tension.

## 2. The aesthetic imprint

(1) Kaser's textbook is shaped by the reception of a modern aesthetics of pure expressiveness. It follows a discipline that arose through and as a demarcation in contrast to rhetoric. With this boundary, Kaser would like to add his own legal science to the admirable Roman genealogy of the substantive (“*imperishable*“) law. The aim of looking for an imperishable substance in the concept of law is also the reflex of an aesthetic that itself only developed with the systematic philosophy of the 19<sup>th</sup> century. His search for substance in the Roman and his defence against the accidental thereby also have a specific anti-medial affect. The imprint can be demonstrated at several points in the first quotation: *first* in the belittling of the history of Roman literature and the plastic arts in the two centuries after Christ – this phase of Roman history is clearly not to his taste; *second* in his opinions about the uninterrupted poetical creativity, originality and singularity; *third* and finally by the fact that Kaser defines rhetoric via its decadence. The development of jurisprudence is derived from a comparison with non-legal literature (and the plastic arts). He praises creativity and in general belittles the imitation and transformation of outside ways of thinking. We could object that the success of the tradition of classical jurisprudence lies in the very fact that younger generations copied and transformed older ones and that the young jurists did not then regard themselves as ingenious creators or avant-gardistes. But it is clear what Kaser means: at the begin-

eben auch daran lag, dass jüngere Generationen ältere nachahmten und umformten und dass sich die jungen Juristen dabei nicht für geniale Schöpfer oder Avantgardisten hielten. Aber es ist klar, was Kaser meint: Am Anfang der Nachahmungskette gab es seiner Ansicht nach die schöpferischen Fachjuristen, die sich aus Überkommenem lösten und unmittelbar und lebensnah Eigenes schufen, etwas, das kein Vorbild kannte, eben das hochdifferenzierte Fallrecht der römischen Fachjuristen. Seine einleitend zitierten Ausführungen gegen Nachahmung und Umformung und für produktive Schöpferkraft sind eher der ästhetischen Programmatik des 19. Jahrhunderts als dem historischen Verhältnis von juristischer und rhetorischer Produktion in der römischen Vorklassik und Klassik geschuldet. Sie pflegen das Bild der Schöpfung, wie es im Avantgardismus des 20. Jahrhunderts kulminiert, und wie man es wohl als Jurist auch noch gerne für die einzigartige Leistung des genialen römischen Volkes in Anspruch nahm.

(2) Die Rhetorik, so Kaser, verfallende der Veräußerlichung und sie stelle die Form über den Inhalt. Mit den rhetorischen Überlegungen über den Verfall der Rhetorik, z.B. Tacitus' *Dialogus de oratoribus*, haben Kasers Einschätzungen nur am Rande zu tun (denn die zielen mit ihrer Kritik auf eine Reform der Rhetorik und nicht auf eine Exklusion). Auch mit Ciceros und Quintilians Klagen über die Unterschiede von Ideal und Wirklichkeit der Rhetorik, die ebenfalls schon eine Verfallsthese enthalten, hat Kasers Vorstellung dekadenter Rhetorik wenig gemeinsam. Seine Einschätzung der Dekadenz der Rhetorik ist mit ihrer Suche nach juristischer Substanz grundlegender und folgt darin moderner Ästhetik. Erst in einer Theorie, die ihre Grundlage in der postrhetorischen Ästhetik hat und in der Schönheit, Wahrheit oder auch Recht und Gerechtigkeit zu systembildenden Substanzbegriffen wurden, konnten Regulative des Akzidentiellen wie das *decorum/aptum*-Prinzip der Rhetorik ge-

ning of the chain of imitation there were, in his view, the creative expert jurists who broke away from the traditional and created something of their own, directly and drawn from life, that had no model, namely the highly differentiated case law of the Roman expert jurists. His initially quoted remarks against imitation and transformation and in favour of productive creativity owe more to the aesthetic manifesto of the 19<sup>th</sup> century than the historical relationship of legal and rhetorical production in the Roman pre-classical and classical periods. These comments cultivate the image of creation that culminated in the avant-gardism of the 20<sup>th</sup> century and that jurists were also probably happy to draw on for the singular achievements of the ingenious Roman people.

(2) Rhetoric, according to Kaser, lapses into externalisation and places form over content. Kaser's views are only peripheral to the rhetorical considerations on the decline of rhetoric, e.g. Tacitus' *Dialogus de oratoribus* (as his criticism aims at a reform of rhetoric, not its exclusion). Nor does Kaser's conception of decadent rhetoric have much in common with Cicero's and Quintilian's complaints about the differences between ideal and reality in rhetoric, which also contain a theory of decline. In its search for legal substance, his assessment of the decadence of rhetoric is more fundamental and therein follows modern aesthetics. Only in a theory which is based on post-rhetorical aesthetics and within which beauty, truth or even law and justice became system-forming substance terms could regulations of the accidental such as the *decorum/aptum* principle of rhetoric in general be belittled. Under modern aesthetic conditions there must be a logic of decline at work in the regulations of the

nerell abgewertet werden. Unter modernen ästhetischen Voraussetzungen muss in Regulativen des *decorum/aptum* eine Verfallslogik am Werk sein, die Substanzen zersetzt. Schon Kants Ästhetik des Interesselosen ist der Ausgangspunkt des nicht-ornamentalen Denkens, weil das Ornament der Ort und die Adresse des Interesses ist. Die Ästhetik des Rechts zielt insoweit sogar auf eine Anästhesie der Leidenschaften, in der die niederen Sinne aus dem Vernunftprogramm des Rechts und sogar aus dem Geist der Intuition ausgeschlossen werden sollen. Kaser teilt die Voraussetzungen einer postrhetorischen Ästhetik so selbstverständlich, dass es seinem Verständnis nach gar keines Nachweises über die rhetorische Überbewertung der Form bedarf. Zumindest fehlen diese Nachweise im Lehrbuch. Die Abschätzung gehört zur der selbstverständlichen Wirkungsmacht der philosophischen Systeme – man trifft auf sedimentierte Informationen. Und so geht er auch auf einen bestimmten Widerspruch gar nicht ein, nämlich zu dem Umstand, daß die Eigenheit und Reinheit des römischen Rechts seiner Ansicht nach sich in der äußeren Form der Sprache, in sachlicher Ausdruckskraft und „*strenger, fachlich gebundener Schlichtheit*“ offenbart.<sup>32</sup> Statt diese stilistische Besonderheit dem Reflexionspotential rhetorischer Stilistik zuzurechnen, rechnet er sie dem Recht selbst zu – und identifiziert die „*phrasenhafte*“ Rhetorik nur mit „*äußeren Effekten*“ und „*Künsteleien*“, weiter nur mit Dekadenz und mit „*allmählich vergreisender nichtjuristischer Literatur der Prinzipatszeit*“.<sup>33</sup>

### 3. Rechtsbegriff und Regeln

Gegenüber den Phrasen der rhetorischen, nichtjuristischen Literatur lobt Kaser die Entsprechung von Form und Inhalt in der Rechtsliteratur. Was aber ist denn nun der Inhalt des Rechtsbegriffes, anhand des-

*decorum/aptum* that decomposes substances. Kant's aesthetics of the disinterested is the starting point of non-ornamental thinking, as ornament is the place and address of the interest. The aesthetics of law to this extent even aims at an anaesthesia of the passions where the baser senses are to be excluded from the programme of reason of law and even from the spirit of intuition. Kaser shares the conditions of post-rhetorical aesthetics so self-evidently that in his view no proof is required for the rhetorical overvaluation of form. Such proofs are at any rate missing from his textbook. This view belongs to the self-evident power of effect of the philosophical systems – one comes up against sedimented information. And thus he does not address a particular contradiction, namely that the singularity and purity of Roman law in his opinion reveal themselves in the external form of the language, in objective strength of expression and in “*strict, subject-related simplicity*”.<sup>32</sup> Instead of assigning this stylistic peculiarity to the reflection potential of rhetorical stylistics, he assigns it to the law itself – and identifies “*hollow*” rhetoric only with “*external effects*” and “*affectations*”, and subsequently only with decadence and with the “*gradually senescent non-legal literature of the Principate*”.<sup>33</sup>

### 3. Concept of law and rules

In contrast to the empty phrases of the rhetorical, non-legal literature, Kaser praises the correspondence of form and content in the legal literature. What however is the content of the concept of law through which le-

32 KASER (1950), 156.

33 KASER (1950), 156 f.

32 KASER (1950), 156.

33 KASER (1950), 156 f.

sen sich die Rechtsliteratur identifizieren läßt? Im Hinblick auf die Substanz, an die er denkt, ist Kaser eindeutig: er denkt an das *ius gentium* und das *ius honorarium* der republikanischen Zeit und die Figur des Prätors als dessen Verwirklicher.<sup>34</sup> Ist das auch der Maßstab, anhand dessen sich die Entsprechung von Form und Inhalt taxieren läßt? Beim Versuch, eine Antwort anhand des Lehrbuches zu finden, kommt man wieder nur zu der Art und Weise, wie Kaser die Paradoxie der Iteration entfaltet. Diese Art und Weise äußert sich, wie schon in Bezug auf die Metaphorik des Klassischen zwischen Strenge und Flüssigkeit, Lebensnähe und Verfeinerung, als eine Art Oberflächenspannung des eigenen Kaserschen Textes. In der Auseinandersetzung mit dem Maßstab der Abstimmung von Form und Inhalt nennt er die Praxis und das sich fortentwickelnde Leben als entscheidende Faktoren, weiter aber bestimmte Eigenarten der römischen Fachjurisprudenz. So beobachtet Kaser bei den römischen Fachjuristen eine erstaunliche Regelpraxis.<sup>35</sup> Die ist in zwei Hinsichten erstaunlich: Zum einen betrifft sein Erstaunen die differenzierte Regularjurisprudenz, die die Juristen *durch Abstraktion aus der Fülle ihrer Fallbegutachtungen* gewinnen.<sup>36</sup> Erstaunlich sind Hülle und Fülle d.h. Vielfalt und Abstraktion der Regularjurisprudenz. Und zweitens ist erstaunlich, daß sich diese Praxis vor dem Horizont einer allgemeinen Regelskepsis entwickelt. Kaser zitiert hier eine Stelle von Paulus aus den Digesten: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quad est regula fiat.*<sup>37</sup> Für die Definitionspraxis beobachtet er das Gleiche: reiche Definitionen trotz einer allgemeinen Definitionsskepsis. Kaser zitiert weiter die Stelle bei Javolenus: *Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset.* Wie lösen die

gal literature can be identified? As regards the substance of which he is thinking, Kaser is clear: he is thinking of the *ius gentium* and the *ius honorarium* of the republican era and the figure of the praetor as its implementer.<sup>34</sup> Is this then the yardstick by which the correspondence of form and content can be assessed? In attempting to find an answer in the textbook, we merely once more come up against the way in which Kaser develops the paradox of iteration. This way expresses itself, as it has already in the metaphor of the classical between strictness and liquidity, closeness to life and refinement, as a kind of surface tension of Kaser's own text. In the dispute regarding the yardstick to be used for the reconciliation of form and content, he names practice and the developing life as decisive factors, and also refers to certain singularities of Roman specialist jurisprudence. Thus Kaser observes that Roman expert jurists practise an amazing set of rules.<sup>35</sup> Amazing in two respects: first, his astonishment relates to the differentiated regular jurisprudence that the jurists produce *through abstraction from the profusion of their investigations into individual cases.*<sup>36</sup> What is amazing is the sheer abundance, i.e. the variety and abstraction of the regular jurisprudence. Second, it is amazing that this practice has developed against the horizon of a general scepticism towards rules. Kaser here quotes from Paul in the Digests: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quad est regula fiat.*<sup>37</sup> For the practice of definition he observes the same: rich definitions despite a general scepticism towards definitions. Kaser then quotes from Javolenus: *omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset.* How in his opinion do the expert jurists resolve the tension between the need for orientation and the scepticism towards rules? He

34 KASER (1967), 177.

35 KASER (1967), 172.

36 KASER (1967), 172.

37 Dig. 50, 17,1; CICERO, Orator 14, 43; QUINTILIAN, Inst. Or. XI 3, 177.

34 KASER (1967), 177.

35 KASER (1967), 172.

36 KASER (1967), 172.

37 Dig. 50, 17,1; CICERO, Orator 14, 43; QUINTILIAN, Inst. Or. XI 3, 177.

Fachjuristen nach seiner Ansicht die Spannung zwischen Orientierungsbedarf und Regelskepsis auf? Er kommt hier auf Methoden zu sprechen, die vielleicht römisch sind, aber weder spezifisch juristisch, noch spezifisch rhetorisch, sondern ihre Impulse von einer Oszillation zwischen Diskretion und Indiskretion empfangen. An ihr hängt eine Aussonderung juristischer Semantik, die auch dann noch mit rhetorischen Mitteln Fremdes in Eigenes einbaut, wenn es sich um eine Rhetorik der Sachlichkeit, d.h. um den mittleren Stil des *genus medium* handelt. In dieser Oszillation liegt der Bezug eines Diskurses, der spezifische Formen, Operationen und Kommunikationen von anderen Diskursen unterscheidet, im Akt der Unterscheidung aber Dependenzstrukturen voraussetzt.<sup>38</sup> Kaser spricht im Hinblick auf den Rechtsbegriff und das Regelmodell von „speziellen Regeln“, die durch „assoziative Methoden“ gewonnen würden.<sup>39</sup> Über Ähnlichkeiten und Verschiedenheiten, Analogien und Gegenschlüsse gewinnen die Juristen „nah am Fall bleibende Einzelregeln“. Der Begriff der „speziellen Regel“ und vor allem der „Einzelregel“ sind jene Stellen, an denen die Paradoxien der Iteration und der singulären Reproduktion eines Gesetzes noch am schärfsten aufscheinen. Die römischen Fachjuristen sind in ihrem assoziativen Rückgriff auf andere Fachjuristen doppelbödig orientiert. Sie operieren frisch und unoriginell. Ihren Abstraktionen wohnt das Konkrete inne. Ihre Gesetze sind nah an der Singularität gebaut. Diese Kombination aus Vereinzeln und Reproduzierbarkeit hat ihre eigene Unübersichtlichkeit und weist in abundante Ordnungen. Schließlich weist er noch auf die eminent wichtige Bedeutung der intuitiven Erfassung des Richtigen hin. Kaser spricht von Iudiz als letzter Quelle richtiger Sachentscheidung, die wiederum zwei Dimensionen hat, das „angeborene und ständig

speaks of methods that are possibly Roman, yet neither specifically legal nor specifically rhetorical, but receive their impulses from an oscillation between discretion and indiscretion. To this is attached a segregation of legal semantics that also uses rhetorical means to integrate the outside into the proper where this concerns a rhetoric of objectivity, i.e. the middle style of the *genus medium*. In this oscillation lies the basis of a discourse that differentiates specific forms, operations and communications from other discourses, but in the act of distinction presupposes dependency structures.<sup>38</sup> Regarding the concept of law and the rule model, Kaser speaks of “special rules” produced by “associative methods”.<sup>39</sup> Via similarities and differences, analogies and converse arguments the jurists would produce “individual rules drawn from the case”. The concept of the “special rule” and above all of the “individual rule” are those places where the paradoxes of iteration and the singular reproduction of a law appear at their clearest. In their associative recourse to other expert jurists, the Roman expert jurists are ambiguous in their orientation. They operate in both a fresh and unoriginal fashion. Their abstractions are inherent in the concrete. Their laws are constructed close to singularity. This combination of individualisation and reproducibility has its own complexity and points to abundant orders. Finally it still refers to the eminent meaning of the intuitive detection of what is right. Kaser speaks of the ability to judge as the ultimate source of decisions on the merits, which in turn has two dimensions, “the innate and constantly trained ability to form an opinion” on the one hand and “the continuing study of previous solutions to cases on the other.” This division of the impulses undermines Kaser’s notion of the exclusive law.

38 KIROV, Die soziale Funktion des Rechts (2005), 14 f.

39 KASER (1967), 172.

38 KIROV, Die soziale Funktion des Rechts (2005), 14 f.

39 KASER (1967), 172.



geschulte Anschauungsvermögen“ einerseits sowie das „fortgesetzte Studium vorangegangener Falllösungen andererseits.“ In dieser Aufspaltung der Impulse unterläuft Kaser seine Vorstellung vom exklusiven Recht.

#### 4. Die poröse Konstitution

(1) An anderen Stellen als jenen programmatisch verdichteten Kreuzungen, an denen sich Kaser über die Eigenarten der vollendeten römischen Jurisprudenz äußert, ist Kaser in der Abgrenzung gegenüber der Rhetorik nicht strikt. Nur in den Textstellen, die zu höherem Lob der Klassik entworfen wurden und in denen sich die Rechtswissenschaft mit dem tiefen, sachlichen *Römischen* identifizieren und von dem Oberflächlichen (der Welt) distanzieren wollte, finden sich diese Abgrenzungen gegenüber Äußerlichkeit und Form. An weniger programmatischen Stellen seines Lehrbuches ist Kaser milder. So gibt es an anderen Stellen bei allen Distanzierungen Hinweise über die fruchtbare Lektüre rhetorischer Schriften, wobei Cicero noch mehr als Quintilian gelobt wird.<sup>40</sup> So verweist er auf die Reden der Rhetoren vor Gericht und als Beispiel weiter auf Cicero, dessen formell *meisterhaften Prozeßreden* sich durch *gründliche philosophische Bildung und künstlerisches Stilgefühl hoch über den Durchschnitt der rhetorischen Leistungen dieser Zeit erhoben haben werden.*<sup>41</sup> „Werden“? Kaser muß hier spekulieren, weil die durchschnittlichen unqualifizierten Reden der Rhetoren im Ausgang der vorklassischen Zeit nicht überliefert sind, sie wurden nicht fixiert. Aber auch ohne Nachweis lehrt Kaser, dass sie voller „*überspitzter Logik*“ und mit „*psychologischen Mitteln*“ und in „*wohlklingender Rede*“ das juristische Problem bagatellisierten.<sup>42</sup>

#### 4. The porous constitution

(1) In those places other than the programmatically concentrated intersections where Kaser expresses his views on the singularities of the perfect Roman jurisprudence, he does not employ a strict demarcation with regard to rhetoric. Only in the passages that offer higher praise to the classical and where legal science is intended to be identified with the deep, objective *Roman* and dissociated from the superficial (the world) do these demarcations occur in relation to externality and form. Kaser is less critical in less programmatic places in his textbook. Thus, for all the dissociations, there are references in other places to the fruitful reading of rhetorical writings, whereby Cicero is praised even more than Quintilian.<sup>40</sup> He continues in referring to the speeches of the rhetors before the courts and, as an example, to Cicero, whose formally *masterful trial speeches, through their comprehensive philosophical training and artistic feeling for style, will have soared high above the average rhetorical performances of that time.*<sup>41</sup> “Will”? Kaser must here be speculating, because we do not have access to the average unqualified speeches of the rhetors at the conclusion of the pre-classical period, as they were not set down. In addition, Kaser instructs us without proof that, full of “*exaggerated logic*” and with “*psychological means*” and in “*fine-sounding speech*” they trivialised the legal problem.<sup>42</sup>

40 KASER (1967), 77 („besonders ergiebig“); 280 („besondere Bedeutung; wertvolle Auskunft“).

41 KASER (1967), 168.

42 KASER ebd.

40 KASER (1967), 77 (“particularly fruitful”); 280 (“particular significance; valuable information”).

41 KASER (1967), 168.

42 KASER *ibid.*

Kaser lehrt weiter, dass der Einfluss der Gerichtsredner und ihrem Umgang mit dem dehnbaren und unbestimmten Begriff der Billigkeit eine Gefährdung der Arbeit und sogar des Standes der Juristen bedeutet hätte.<sup>43</sup> Aber gleich darauf stellt er fest, daß diese Gefahr nicht besonders groß war. Die Juristen seien den Rhetoren nicht direkt begegnet, vielmehr seien die Aufgaben Rhetoren und Juristen getrennt und die Juristen hätten sich durch Sachkunde hinreichend verteidigt. Und weiter: Das „römische Rechtsbewußtsein“, das „fest im römischen Volkscharakter verwurzelt“ war, habe sich von den falschen Künsten der Rhetoren ohnehin nicht blenden lassen. Mögen sich die zukünftigen Studenten mit so beispielhaft standhaften Juristen identifizieren. Vom römischen Bewusstsein und Volkscharakter ist zu Kasers Zeiten nicht vielmehr als ein Appell übrig. Das staubige Archiv, die toten Buchstaben und die Sehnsüchte der Leser nach Charakterstärke und Festigkeit blieben erhalten. Natürlich gab es in Rom auch da kein rhetorisch unberührtes Recht, wo sich der Stil klassisch ausdrückte. Aber die Schilderung Kasers ist an dieser Stelle ohnehin nicht strikt. So stellt er fest, dass die Begegnung mit der Rhetorik die Jurisprudenz eher gefördert als geschwächt hätte, weil diese Begegnung den interpretativen Formalismus des *ius civile* gelockert hätten.<sup>44</sup>

Was in der Darstellung eben noch als Gefahr durch Unbestimmtheit und Geschmeidigkeit erschien, erscheint darum bei Gelegenheit auch als Rettung. Nur noch als Appell formuliert Kaser eine Seite weiter hinten, die „*Formung und Handhabung der Rechtsmittel nach dem Leitgedanken einer maßvollen und gerechten Billigkeit (aequitas)*“ sei der „*besondere Verdienst*“ der vorklassischen Zeit, er sei aber „*freilich nicht mit der schrankenlosen und die Rechtsbegriffe aufweichenden Billigkeitsvorstellung der Rhetoren zu ver-*

Kaser further teaches that the influence of the court orators and their handling of the elastic and undetermined concept of equity endangered the work and even the status of the jurists.<sup>43</sup> But immediately thereafter he states that this danger was not particularly great. The jurists did not directly meet the rhetors, he says; on the contrary, the tasks of rhetors and jurists were separate and the jurists would have defended themselves adequately using their expert knowledge. What is more, the “*Roman consciousness of law*”, that was “*firmly rooted in the character of the Roman people*”, could not in any case be dazzled by the false arts of the rhetors. May future students identify themselves with such exemplarily steadfast jurists. Not much more than an appeal remained of the Roman consciousness and popular character in Kaser’s times. The dusty archives, dead letters and the longing of readers for strength of character and firmness remained. Naturally, not even in Rome, where style was expressed in a classical manner, did any law remain untouched by rhetoric. But Kaser’s portrayal here is in any case not strict. Thus he states that the encounter with rhetoric encouraged rather than weakened jurisprudence, as this meeting would have the effect of loosening the interpretive formalism of the *ius civile*.<sup>44</sup>

What in fact appeared in the representation as a danger on account of uncertainty and suppleness, therefore also appears on occasion as a salvation. Yet on the next page Kaser formulates the appeal that the “*shaping and administering of redresses according to the guiding idea of a restrained and fair equity (aequitas)*” is the “*special merit*” of the pre-classical period, but is “*of course not to be confused with the limitless conception of equity of the rhetors with its weakening effect on the concepts of law.*”<sup>45</sup> Of course. He only offers a

43 KASER ebd.

44 KASER, ebd.

43 KASER ibid.

44 KASER ibid.

wechseln“.<sup>45</sup> Freilich. Die Differenz zwischen ‚richtiger‘ und ‚falscher‘ aequitas wird bei ihm nur ansatzweise geschildert. Einerseits soll sie maßvoll und gerecht, andererseits schrankenlos und aufweichend gewesen sein. Weiter wird das nicht spezifiziert, es verliert sich wieder in Vorannahmen. Kaser verwendet in Bezug auf die Urteilskraft im Übrigen eine klassisch gewordene Unterscheidung zwischen rationaler und intuitiver Rechtserfassung, aber die verläuft orthogonal zur Unterscheidung zwischen Iurisprudenz und Rhetorik. Den Ambivalenzen der Sprache kann keine Darstellung über die diskreten und indiskreten Tendenzen juristischer Reproduktion entgehen. Kasers Darstellung ist insofern nicht widersprüchlicher oder weniger widersprüchlich, als andere Darstellungen. Man kann Kaser weder vorhalten, einerseits eine wandlungsfähige juristische Form der Kommunikation und andererseits eine strikte juristische Form der Kommunikation zu beschreiben, noch macht diese Ambivalenz das Spezifische seiner Darstellung aus. Das liegt vielleicht in der Hoffnung, mit einer modernen Ästhetik den Schleifspuren der Iteration entgegen und mit ihr neue geschliffene Studenten für die Substanz unvergänglichen, römisches Recht interessieren zu können. So lobt Kaser schließlich und zu guter letzt wieder die sachliche, schlichte, klare und prägnante Sprache der Klassiker und verdammt die „breiten, von rhetorischen Stilgrundsätzen geleiteten und darum überladenen und schwülstigen Wendungen der Nachklassiker.“<sup>46</sup> Auch bei dieser Auseinandersetzung um die Reinheit der Klassik ist entscheidend, dass sie wieder in der Spannung zwischen „flüssiger Terminologie“ einerseits und vollendeter Verfeinerung in Einzelheiten andererseits zurückverweist. Kaser wurde anfangs als der reinste Grenzzieher bezeichnet und auf den Zusammenhang von Eigenheiten und Interna ver-

cursory description of the difference between ‘right’ and ‘wrong’ aequitas. The former is supposed to have been restrained and fair, the latter limitless and weakening in its effect. No further clarification is offered and it once more becomes lost in presuppositions. In addition, regarding the faculty of judgement, Kaser uses what is now a classical distinction between the rational and the intuitive notion of law, but this runs at right angles to the distinction between jurisprudence and rhetoric. No representation can escape the ambivalences of the language regarding the discrete and indiscrete tendencies of legal reproduction. Kaser’s representation is to that extent no more contradictory or indeed less contradictory than other representations. We can neither reproach Kaser for describing an elastic legal form of communication on the one hand and a strict legal form of communication on the other, nor is this ambivalence specific to his representation. This is perhaps based on the hope of escaping from the rut of iteration through a modern aesthetics and thereby interesting fresh new students in the substance of imperishable, Roman law. Kaser thus finally and in the end once more praises the objective, simple, clear and concise language of the classical authors and condemns the “broad turns of phrase of the post-classical authors that are guided by the stylistic principles of rhetoric and are thus excessive and grandiloquent”.<sup>46</sup> In this dispute regarding the purity of the classical, it is also crucial that it again refers back to the tension between “liquid terminology” on the one hand and the perfect refinement of the details on the other. Kaser was initially deemed to be the purest drawer of boundaries and was then directed to the interrelation of singularities and internals. In Kaser, the internals of what is presupposed are lost in a sediment of no longer explainable intuitions. The comparison between

---

45 KASER (1967), 169.

46 KASER (1967), 259.

---

45 KASER (1967), 169.

46 KASER (1967), 259.

wiesen. Die Interna der Selbstverständlichkeit verlieren sich bei Kaser in einem Sediment nicht mehr explizierbarer Intuitionen. So ist die Gegenüberstellung von Rhetorik und Recht zu porös, um darauf eine Kategorie unvergänglichen und substanziellen Rechts zu bauen. So, wie sich in den Augen Kasers die Römer von der „Soziologie“ ferngehalten haben, so haben sie sich wohl auch von der Rhetorik ferngehalten, nämlich auf die glückliche Art und Weise, in der sich das Reinheitsbegehren Kasers spiegelt.<sup>47</sup>

### B. Fritz Schulz' Prinzipien

#### 1. Stilpsychologie und Rechtswissenschaft

(1) Fritz Schulz steht hier an zweiter Stelle, weil Schulz in seinen Arbeiten zahlreiche Beziehungen zur nicht-juristischen Literatur *seiner Zeit* offen legt – und sich darin der rechtlich-rhetorischen Grenze noch einmal vielfältiger nähert, als es Max Kaser macht. So expliziert Schulz vor allem seine ästhetischen Präferenzen. Diese äußern sich in seinem Buch über die Prinzipien des römischen Rechts von 1934 in mehreren Bezügen zu Heinrich Wölfflins kunsthistorischer Untersuchung über „*Italien und das deutsche Formgefühl*“ von 1931.<sup>48</sup> An Wölfflin fasziniert ihn die Verknüpfung aus Stilpsychologie und nationaler Genealogie, also die Vorstellung, dass man Italien an der spezifischen Stilpsychologie und dem Gestaltungswillen seines Volkes erkennen könne. Die Stilpsychologie erscheint bei ihm als ein genealogischer oder genetischer Garant für die Programmierung von Eigensinnigkeiten, Absonderungen und Charaktereigenschaften Römischen Rechts. Fritz Schulz nutzt die kunsthistorische Stilpsychologie, die sich zwar schon von der Rhetorik als dem vormodernem Paradigma der Bildtheorie emanzipiert hat – die aber in ihren Aussagen zu

rhetoric and law is thus too porous to act as a foundation for a category of imperishable and substantive law. Thus, in Kaser's view, just as the Romans kept their distance from "sociology", they also kept their distance from rhetoric, i.e. in the blissful way in which Kaser's desire for purity is reflected.<sup>47</sup>

### B. Fritz Schulz's principles

#### 1. The psychology of style and legal science

(1) Fritz Schulz here comes second, because Schulz in his work discloses numerous relationships with the non-legal literature of *his time* – and thus approaches the legal-rhetorical boundary in a yet more varied way than Max Kaser. Thus Schulz first explains his aesthetic preferences. These are expressed in his 1934 book on the principles of Roman law in several references to Heinrich Wölfflin's art-historical investigation into "*Italy and the German sense of form*", published in 1931.<sup>48</sup> He was fascinated by Wölfflin's linking of the psychology of style and national genealogy, i.e. the notion that we can recognise Italy by the specific psychology of style and creative will of its people. The psychology of style appears in his work as a genealogical or genetic guarantor of the programming of the self-will, segregations and singularities of character of Roman law. Fritz Schulz uses the art-historical psychology of style which had of course emancipated itself from both rhetoric and the pre-modern paradigm of image theory – yet which in its statements on style, figures and figurativeness in turn cultivates a rich inheritance of rhetorical theory construction.

47 KASER (1967), 166.

48 WÖLFFLIN, *Italien und das deutsche Formgefühl* (1931/1964).

47 KASER (1967), 166.

48 WÖLFFLIN, *Italien und das deutsche Formgefühl* (1931/1964).

Stil, Figuren und Bildlichkeit wiederum ein reiches Erbe rhetorischer Theoriebildung pflegt. Die Prinzipien des römischen Rechts nennt Schulz auch in der schriftlichen Form „Vorlesungen“ und sie sind auch da polemisch zugespitzte Formen, wo sie die nüchterne Sachlichkeit des Römischen Rechts verteidigen.

(2) Die Gliederung des Buches besteht aus Überschriften, die meist aus einem Begriff bestehen: *Isolierung, Abstraktion, Einfachheit, Tradition, Nation, Freiheit, Autorität, Humanität, Treue, Sicherheit*. Die Kapitel über Abstraktion und Einfachheit beginnen jeweils mit einer Referenz an Wölfflins Stilpsychologie. Aber interessanterweise finden sich in diesen beiden Kapiteln kaum Abgrenzungen zwischen den Konditionen juristischer und rhetorischer Kommunikation. In dem Abschnitt über Einfachheit erlaubt sich Schulz nur eine kurze abfällige Bemerkung über den „*abscheulichen Schwulst der Rhetoren*“.<sup>49</sup> Insofern tauchen bei ihm Ansichten über die dekadente Rhetorik auf, wie wir sie schon bei Kaser getroffen haben und wie sie eben für postrhetorische Ästhetiken typisch sind. An ganz anderer Stelle spricht er das Verhältnis zwischen Recht, Rhetorik und Stil noch einmal genauer an. Schulz – so kann man das zumindest dieser Stelle entnehmen, reduziert mit einem Verweis auf Ciceros Brutus die Rhetorik auf die Stillehre und dabei weiter sogar nur auf den hohen Stil.<sup>50</sup> Warum der sachliche Stil nicht rhetorisch sein soll, wenn Cicero es doch gerade an den zitierten Stellen als Mittel empfiehlt, erschließt sich nur darüber, dass sich die Rhetorik in den Augen von Schulz ihre Dekadenz als Eigenstes zurechnen lassen muss, während das Recht das Privileg erhält, von ihr allenfalls befallen zu werden.

Schulz calls the principles of Roman law “lectures”, even in their written form, and they are also polemically intensified forms where they defend the sober objectivity of Roman law.

(2) The book is arranged under headings that usually consist of one term: *Isolation, Abstraction, Simplicity, Tradition, Nation, Freedom, Authority, Humanity, Loyalty, Security*. The chapters on abstraction and simplicity begin in each case with a reference to Wölfflin’s psychology of style. Interestingly enough, however, both chapters contain scarcely any demarcations between the conditions of legal and rhetorical communication. In the section on simplicity, Schulz merely allows himself a short, unfavourable remark on the “*repulsive grandiloquence of the rhetors*”<sup>49</sup>. Such opinions he expresses about decadent rhetoric are similar to those already encountered in Kaser and are indeed typical of post-rhetorical aesthetics. In a completely different place he addresses the relationship between law, rhetoric and style more closely. We can at least assume from this that Schulz, with a reference to Cicero’s Brutus, reduces rhetoric to stylistics and indeed simply to high style<sup>50</sup>. Why the objective style should not be rhetorical, when Cicero recommends it as a means in the very place quoted, only becomes evident in that, in the opinion of Schulz, decadence lies in the very nature of rhetoric, while it is the privilege of law at best to be afflicted by it.

49 SCHULZ, *Prinzipien des Römischen Rechts* (Reprint 2003), 88.

50 SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961), 64 Fn. 6 „...das eigentlich Rhetorische, besonders das Pathetische...“ mit einem Verweis auf Cicero, Brutus.

49 SCHULZ, *Prinzipien des Römischen Rechts* (Reprint 2003), 88.

50 SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961), 64 Fn. 6 „...das eigentlich Rhetorische, besonders das Pathetische...“ with a reference to Cicero, Brutus.

## 2. *Nation, Blut und Geist*

(1) Schulz' Abgrenzung gegenüber der Rhetorik ist von dem Bestreben gekennzeichnet, Rom als *nationale* Einheit eindeutigen Rechts zu kennzeichnen. Seine zentrale Auseinandersetzung mit der Rhetorik erfolgt weder im Kontext von Abstraktion noch im Kontext von Einfachheit. Seine Abrechnung mit der Rhetorik erfolgt in dem Kapitel, das mit *Nation* überschrieben ist. Ein Drang des Jahres 1934 reißt den Autor, der bald selbst schon aus Deutschland vertrieben werden soll, in seinen eigenen Texten mit. Zu Beginn des Abschnittes über die Nation urteilt er über die Rhetoren zurückhaltend. Über ihren Einfluß auf das römische Recht könne man nichts Abschließendes sagen.<sup>51</sup> Aber diese Zurückhaltung gibt Schulz ein paar Sätze später schon auf. Mehr als Anregungen könnten es nicht gewesen sein. Vernichtend wird sein Urteil in den Fußnoten.<sup>52</sup> Der klischeehafte Tenor lautet: Die Rhetoren sind prinzipienlose Schwätzer, während die römischen Juristen eindeutig und zuverlässig sind.<sup>53</sup> Dass der Rhetor Crassus in der *Causa Curiana* am Willen, nicht am Wortlaut festgehalten hätte, besage für die Haltung der Rhetorik rein gar nichts, denn er hätte genauso gut das Gegenteil vertreten können. Stroux wirft er vor, die Überlieferung nicht zu berücksichtigen und zu ignorieren, dass die *Causa Curiana* ein kühner Husarenstreich und ganz und gar nicht repräsentativ für die republikanische und klassische Jurisprudenz war. Haltlosigkeit wirft er der Rhetorik vor, sie empfehle mit ihrem unbedingten Willen zum Sieg sogar noch die Lüge.<sup>54</sup> Dass auch Juristen der klassischen Phase Wortlaut und Willen un-

## 2. *Nation, blood and spirit*

(1) Schulz's demarcation in relation to rhetoric is characterised by his attempt to characterise Rome as a *national* unit of unambiguous law. His central dispute with rhetoric occurs neither in the context of abstraction nor in that of simplicity. His reckoning with rhetoric comes in the chapter entitled *Nation*. The author, himself soon to be driven out of Germany, is swept along with his own texts by an impulse from the year 1934. At the beginning of the section on the Nation he offers a reserved judgement of the rhetors. Nothing conclusive can be said about their influence on Roman law.<sup>51</sup> But Schulz gives up such restraint a few sentences later. It could not have been more than a stimulus. His judgement in the footnotes is damning.<sup>52</sup> The clichéd tenor reads: the rhetors are unprincipled babblers, while the Roman jurists are unambiguous and reliable.<sup>53</sup> That the rhetor Crassus emphasised the will, not the wording, in the *causa Curiana* means nothing at all for the integrity of rhetoric, as he could just as well have pleaded the opposite. He accuses Stroux of disregarding tradition and ignoring the fact that the *causa Curiana* was a bold escapade and in no way representative of republican and classical jurisprudence. He accuses rhetoric of a lack of inhibition, as its absolute will to win means that it recommends even lying.<sup>54</sup> He – at least here – overlooks the fact that jurists of the classical phase also differentiated between wording and will, just as he overlooks the incontestable occurrence of ambiguities, antinomies and gaps in the legal literature.<sup>55</sup> Schulz accords the jurists more integrity than the rhetors. The legal theory of inter-

51 SCHULZ (2003), 88.

52 SCHULZ, ebd., Fn. 114. Im Ton zurückhaltender aber auch metaphorischer die Abschnitte „*Grenzen der römischen Jurisprudenz*“, in: DERS., (1961), 84-91 zur hellenistischen Periode und 158-162 zur klassischen Periode.

53 Zum Klischee FISH, *Doing what comes naturally* (1989), 482 ff. m.w.N.

51 SCHULZ (2003), 88.

52 SCHULZ, ebd., Fn. 114. More reserved in tone but more metaphorical are the sections *Grenzen der römischen Jurisprudenz* (“Limits of Roman jurisprudence”) in: *IBID.*, (1961), 84-91 on the Hellenistic period and 158-162 on the Classical period.

53 On this cliché see FISH, *Doing what comes naturally* (1989), 482 ff. with further proof

terschieden, das übergeht er zumindest an dieser Stelle ebenso wie das unbestreitbare Vorkommen von Ambiguitäten, Antinomien und Lücken in der juristischen Literatur.<sup>55</sup> Schulz traut den Juristen mehr Haltung zu als den Rhetoren. Die juristische Theorie der Auslegung sei eine Anweisung zum gerechten Urteilen gewesen, nicht zum „Schwätzen und Disputieren in utramque partem“<sup>56</sup>. Es ist, als halte Schulze die Rhetorik vor allem für ein Phänomen mündlichen Geredes, nicht fixierter Schriftlichkeit. Und so schließt er seine Ausführung mit der Bemerkung: „Aber anregen konnten solche Diskussionen die Juristen freilich, die Frage ihrerseits juristisch zu behandeln.“

pretation was a direction for fair judgement, not for “prating and disputing in utramque partem.”<sup>56</sup> It is as if Schulze regards rhetoric primarily as a phenomenon of idle chitchat, not as something set down in writing. He thus closes his explanation with the remark: “Such discussions however could of course stimulate the jurists to treat the question, for its part, in a juridical manner.”

---

54 Mit Verweis auf GELLIUS I 6: *turpe est rhetori, si quid in mala causa destitutum atque inpropugnatum relinquat*; und auf Quintilians Auseinandersetzungen mit dem Vorwurf des Disputierens in utramque partem. Vgl. QUINTILIAN Inst.Or., II 17, 18, 21, 23, 26, ff.; Quintilians Verteidigung lautet: *Plurima vero ex hoc contra rhetodicen cavillatio est, quod ex utraque causae parte dictatur. inde haec: nullam esse artem contrariam sibi, rhetorice esse contrariam sibi (...) nam rhetorice non est contraria sibi: causa enim cum causa, non illa secum ipsa composita/ Am meisten aber wird deswegen gegen die Rhetorik gehetzt, weil man für beide Seiten eines Falles spreche. Daher denn der Beweisgang: keine Kunst stehe im Widerspruch zu sich selbst, die Rhetorik steht im Widerspruch zu sich selbst (...) Denn die Rhetorik steht nicht mit sich selbst im Widerspruch; die Sache nämlich steht gegen die Sache, nicht die Rhetorik gegen sich selbst. Vgl. dazu instruktiv die Deutung der Praxis rhetorischer Paradoxa bei GOODRICH, *Anti-Teubner: autopoiesis, paradox and the theory of law, Social Epistemology* 13 (1999) (197-214, which points out that Quintilian's argument with paradoxes is rooted in the rhetorical theories of decline and concerns the unfortunate separation of expert jurists and case law and of teaching and practice.*

55 Anders SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961), 92 f.

56 In *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961), 65 spricht Schulz sogar vom „skrupellosen Schwindelbetrieb der hellenistischen Gerichtsrhetorik“.

---

54 With reference to GELLIUS I 6: *turpe est rhetori, si quid in mala causa destitutum atque inpropugnatum relinquat*; and to Quintilian's arguments with the reproach of disputing in utramque partem. See QUINTILIAN Inst.Or., II 17, 18, 21, 23, 26, ff.; Quintilian's defence states: *Plurima vero ex hoc contra rhetodicen cavillatio est, quod ex utraque causae parte dictatur. inde haec: nullam esse artem contrariam sibi, rhetorice esse contrariam sibi (...) nam rhetorice non est contraria sibi: causa enim cum causa, non illa secum ipsa composita/ Mostly rhetoric is however condemned as one speaks for both sides of a case. Thus the way of proof: No art stands in contradiction to itself, rhetoric stands in contradiction to itself (...) Yet rhetoric does not stand in contradiction to itself; the matter stands against the matter, not rhetoric against itself. Instructive in this matter is the interpretation of the practice of rhetorical paradoxes in GOODRICH, *Anti-Teubner: autopoiesis, paradox and the theory of law, Social Epistemology* 13 (1999) (197-214, which points out that Quintilian's argument with paradoxes is rooted in the rhetorical theories of decline and concerns the unfortunate separation of expert jurists and case law and of teaching and practice.*

55 Dissenting SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961), 92 f.

56 In *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961), 65 Schulz even speaks of the “unscrupulous humbug of the Hellenistic court rhetoric”.

(2) Was ist die Eigenheit der juristischen Behandlung? Was ist das Juridische abseits des Umstandes, dass sich das kontingente, römische Recht nur bestimmte Sachgebiete zur Beurteilung heranzog – und die eigene Auswahl damit bis auf weiteres festschrieb? Ist es nur die Wendung gegen die Rhetorik? Der gegen die Rhetorik erhobene Vorwurf des Überschwüligsten gehört zum Standard-Repertoire juristischer Abgrenzungen und rhetorischer Kritik. Schulz erhebt also keine spezifisch juristischen Vorbehalte.<sup>57</sup> Schulz' bekenntnisreichen Wendungen gegen das Argumentieren *in utramque partem*, d.h. gegen Karneades' Kollisionsmethode der Betrachtung beider Seiten, zeigen, daß es ihm um eine Verteidigung der Eigentümlichkeit in der Eindeutigkeit und Entschiedenheit geht. Interessanterweise macht nun Schulz die Eigentümlichkeit und Eindeutigkeit des römischen Rechts nicht an den literarischen Quellen fest, sondern am kollektiven Körper einer römisch-italischen Nation. Hier liegt für Schulz in seinem Buch zu den Prinzipien eine Quelle der römischrechtlichen Substanz. Eigentümlichkeit ist unterschiedene Einheit, Einheit ist nationale Einheit und nationale Einheit ist Charakter, Blut und Geist.<sup>58</sup>

Schulz verstrickt sich in seiner Auseinandersetzung mit der Rhetorik auf tragische Art und Weise in Ideen über die entzweite, wurzellose Sprache der Orientalen und Aramäer. Das römische Recht sei weder griechisch-hellenisch, noch orientalisch-hellenisch, noch jüdisch-talmudisch.<sup>59</sup> In einer wie ein Exkurs eingeschobenen aber zugleich ausufernden Passage setzt Schulz sich mit Oswald Spengler auseinander. Spenglers Behauptung, die klassischen römischen Juristen seien „allesamt Aramäer“ stelle die „Wahrheit auf den Kopf.“<sup>60</sup> Schulz, der sich an

(2) What is the singularity of juridical treatment? What is the juridical aside from the circumstance that contingent, Roman law would only consult certain fields for judgement – and thereby set down its own selection until further notice? Is it only a turn of phrase against rhetoric? The reproach of grandiloquence made against rhetoric forms part of the standard repertoire of legal demarcations and rhetorical criticism. Schulz thus raises no specifically legal reservations.<sup>57</sup> Schulz's incisive phrases against arguing *in utramque partem* (i.e. against Carneades's collision method of viewing both sides) show that he is concerned with a defence of singularity through unambiguity and decisiveness. Interestingly, Schulz does not attach the singularity and unambiguity of Roman law to literary sources, but to the collective body of a Roman-Italian nation. This is a source of the Roman-legal substance for Schulz in his book on the principles. Singularity is the decisive unity, unity is national unity and national unity is a character, blood and spirit.<sup>58</sup>

In his dispute with rhetoric, Schulz ensnares himself in a tragic manner in ideas over the disunited, rootless language of the Orientals and Aramaeans. Roman law is supposedly neither Greek-Hellenic, nor Oriental-Hellenic, nor Jewish-Talmudic.<sup>59</sup> In an almost excursus-like passage that at the same time however demonstrates a loss of control, Schulz takes issue with Oswald Spengler. Spengler's statement that the classical Roman jurists are "all Aramaeans" is standing the "truth on its head".<sup>60</sup> Schulz,

57 z.B. QUINTILIAN, *Inst.Or.* VIII 3, 42 mit Verweis auf CICERO, *part.orat.* 6, 19.

58 SCHULZ (2003), 90 f.

59 SCHULZ (2003), 89.

57 e.g. QUINTILIAN, *Inst.Or.* VIII 3, 42 with ref. to CICERO, *part.orat.* 6, 19.

58 SCHULZ (2003), 90 f.

59 SCHULZ (2003), 89.

60 SCHULZ (2003), 90.



dieser Stelle nicht mehr für die Literatur, sondern für Blut und Geist der Autoren interessiert, wirft Oswald Spengler vor, kein ernstes Quellenstudium zu betreiben. Septimus Severus stamme zwar aus Afrika, aber aus einer römischen Familie und nur seine zweite Frau sei Aramäerin. Von Paulus Herkunft wisse man gar nichts, schreibt Schulz – ohne daß der Leser wüßten, was Schulz im Geist ergänzt. Es hieße zwar, daß Papinian aus Syrien stamme, aber unsichere Quellen würden die entsprechende Quelle als unsicher bezeichnen. Ulpian stamme zwar aus Tyrus aber so gut wie es in Tarsos jüdische Kolonisten gäbe, gäbe es in Tyrus römische Kolonisten. Selbst wenn die Juristen blutmäßig keine Italiener gewesen wären, hätten sie bewiesen, dass auch Nichtitaliener von Blut in den römischen Geist hineinwachsen können. Das schreibt Schulz, in dem Jahr, als er von seinem Berliner Lehrstuhl nach Frankfurt vertrieben wird. Ein Jahr später wird er aus der Universität vertrieben, 1939 emigriert er nach Oxford.<sup>61</sup>

Die Hauptsache aber sei, daß man bei Ulpian so wie bei Papinian und Paulus „*nichts Östliches*“ finde. Wenn es eine Ähnlichkeit zwischen jüdischem und römischem Recht gäbe, so gäbe es nur einen westlichen Einfluss im Osten, nicht aber umgekehrt.<sup>62</sup> Schulzes Grenzziehung fordert strikte Exklusivität ein und schließt jede Form der Resonanz, Rückkopplung und Polarität aus. Die Abgrenzung zwischen Rhetorik und römischer Jurisprudenz, die mit der Verteidigung juristischer Eindeutigkeit gegen rhetorische Zweideutigkeiten begann, verliert durch einen prekären Drang zum Bekenntnis den Faden. Die Abgrenzung zwischen Rhetorik und Jurisprudenz umgeht bei Schulz die Lektüre literarischer Stellen. Es ist eine nationale Frage von Charakter, Blut und Geist des römischen Corpus. In seiner

who is here no longer interested in the literature but rather in the blood and spirit of the authors, accuses Spengler of not undertaking any serious study of the sources. Septimus Severus does indeed originate from Africa, he states, but from a Roman family and only his second wife is Aramaean. Schulz writes that we know nothing at all of the origins of Paul – without the reader knowing what Schulz had in his mind. Papinian may indeed have originated from Syria, but uncertain sources mean that the relevant source is uncertain. Ulpian may come from Tyre but, just as there were Jewish colonists in Tarsus, so were there Roman colonists in Tyre. Even if the jurists were not Italian by blood, they would simply prove that non-Italians by blood can adapt to the Roman spirit. Schulz wrote this in the year that he was dismissed to Frankfurt from his Berlin chair. One year later he was dismissed from the university, and in 1939 he emigrated to Oxford.<sup>61</sup>

The main thing however is that we can find “*nothing Eastern*” as regards Ulpian, Papinian or Paul. If there were to exist any similarity between Jewish and Roman law, there could only be a western influence on the east, but not vice versa.<sup>62</sup> Schulz’s boundary demands strict exclusivity and excludes all forms of resonance, feedback and polarity. The demarcation between rhetoric and Roman jurisprudence, which began with the defence of legal unambiguity against rhetorical ambiguities, loses its thread through a precarious urge to declare his position. With Schulz, the demarcation between rhetoric and jurisprudence bypasses the reading of literary references. It is a national question of the character, blood and spirit of the Roman corpus. In his *History of Roman Legal Science*, which Schulz completed in 1946, he finally finds the image with which he can illustrate

60 SCHULZ 2003), 90.

61 SCHULZ (2003), 90 f.

62 SCHULZ (2003), 89, Fn. 121.

61 SCHULZ (2003), 90 f.

62 SCHULZ (2003), 89, Fn. 121.

Geschichte der der römischen Rechtswissenschaft sogar, die Schulz 1946 fertig stellte, findet er schließlich das Bild, mit dem er die Grenze zwischen Recht und Rhetorik veranschaulichen kann: „Es war ein Glück für die römische Rechtswissenschaft, dass die *iuris consulti* fest blieben und die Wucherpflanze der Rhetorik, die so viel Schönes und Wertvolles erwürgte, in ihren Reihen nicht hochwachsen ließen.“<sup>63</sup> Für die Grenze von Recht und Rhetorik findet Schulz schließlich eine beinahe pathetische Form.

### C. Uwe Wesels Qualifikation

#### 1. Der erste Satz und sein Titel

(1) Uwe Wesel hat seine Dissertation der rechtlich-rhetorischen Grenze anhand einer Auseinandersetzung mit der Status-Lehre gewidmet. Der Titel seiner Untersuchung lautet „*Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der Römischen Juristen*“. Sie erscheint zeitgleich mit der zweiten Auflage von Max Kasers *Römischer Rechtsgeschichte*. Wesel beobachtet anders als Kaser schon die Geschichte der Rechtsgeschichte im 20. Jahrhundert mit. Er trifft sein Urteil über das Verhältnis von Recht und Rhetorik anhand des Urteils über die Geschichte dieser Geschichte. Er fragt sich, ob diejenigen Rechtshistoriker, die den Einfluss der rhetorischen Statuslehre auf das römische Recht behaupten, diese Lehre überhaupt richtig verstanden hätten. Konzeptionell geht Wesel anders vor als Kaser oder auch Schulz, die die Geschichte des römischen Rechts unmittelbar präsentieren. Er nimmt einen Diskurs der Rechtsgeschichte zum Ausgangspunkt – nämlich den Diskurs, der sich in Folge des erwähnten Aufsatzes von Stroux in der Rechtsgeschichte gebildet hat und sucht ihn auf Fehler und Stimmigkeiten hin ab. Vom Wesen und der unvergänglichen Substanz des Rechts, der Unmittelbarkeit des Römischen und der Festigkeit seiner

the boundary between law and rhetoric: “*It was good fortune for Roman legal science that the *jurisconsults (iuris consulti)* remained firm and did not allow the weed of rhetoric, that had choked so much that was beautiful and valuable, to flourish in its ranks.*”<sup>63</sup> Schulz finally finds an almost histrionic form for the boundary between law and rhetoric.

### C. Uwe Wesel's qualification

#### 1. The first sentence and his title

(1) Uwe Wesel dedicated his thesis to the legal-rhetorical boundary on the basis of a dispute with the doctrine of status. The title of his investigation is “*The rhetorical doctrine of status and the interpretation of law of the Roman jurists*”. It appeared contemporaneously with the second edition of Max Kaser's history of Roman law. Unlike Kaser, Wesel also observes the history of legal history in the 20<sup>th</sup> century. He makes his judgement on the relationship between law and rhetoric on the basis of the judgement on the history of this history. He asks whether those legal historians who claim that the rhetorical doctrine of status influenced Roman law have actually understood this doctrine correctly. Conceptually, Wesel proceeds differently from Kaser or Schulz, who present the history of Roman law in a more direct way. He takes a discourse of the history of law as his starting point – the discourse that developed as a consequence of the cited essay by Stroux in the history of law and searches it for errors and coherences. Wesel makes no mention of the essence and imperishable substance of law, the directness of the Roman and the firmness of his nation. Hermeneutics, media, communications and information theories as well as the grammatology

---

63 SCHULZ (1961), 66.

---

63 SCHULZ (1961), 66.

Nation ist bei Wesel nicht mehr die Rede. Die Hermeneutik, Medien- Kommunikations- und Informationstheorie sowie die Grammatologie, die sich nach dem Krieg bis in die 60' er Jahre hinein formierten, haben sich schon *zwischen* Wesel und Kaser gescho-ben. Das heißt: Der Horizont dieser Theorie-bildungen taucht weder bei Kaser, noch bei Wesel auf, sondern nur dazwischen. Aber es zeigen sich schon Spuren veränderter Hori-zonte in der Art und Weise, wie die Autoren sich abgrenzen. Vor dem veränderten Hori-zont fallen augenscheinliche Änderungen auf: Wesel setzt nicht mit römischen Ereig-nissen ein. Sein erster Satz handelt davon, dass der Philologe „Johannes Stroux 1926 seine kleine Schrift über das Wort *summum ius summa iniuria* veröffentlichte.“ Bevor die Un-tersuchung beginnt, schickt Wesel die Liste der verwendeten Literatur voran.<sup>64</sup> Der er-ste Satz scheint eins anzukündigen, nämlich die Unmöglichkeit, nach Rom selbst zurück-zukehren. Der erste Satz verspricht eine Ein-kehr ins eigene Archiv. Wesel erzählt nicht – so kündigt es zumindest die Einführung an – von den Jahrhunderten nach den puni-schen Kriegen bis zum Tode Diokletians, sondern von der Zeit nach 1926. Aber diese Änderung des theoretischen Horizontes zeigt nur Spuren am Rande. Schon das Kapi-tel hinter dem Literaturverzeichnis wechselt den Stil. Wesel beginnt dort wieder, mit der Stimme des Hermagoras selbst und durch die Schrift von Quintilian, Cicero und den anonymen Auctor ad herennium hindurch zu sprechen. Hinter der Einführung nimmt der Autor wieder zu römischen Ereignissen Kontakt auf.

(2) Vor dem ersten Satz findet sich noch der bereits erwähnte Titel: „*Rhetorische Sta-tuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*.“ Das ist ein Titel, der in seiner Prä-zision noch einer grammatikalischen Unbe-stimmtheit den Raum eröffnet. Der Titel lässt offen, inwieweit die rhetorische Status-

which were formed in the period following the war and into the 1960s had already come *between* Wesel and Kaser. That means that the horizon of these theory constructions oc-curs neither in Kaser nor in Wesel, but only between them. But traces of changed hori-zons are clear in the way in which the au-thors define themselves. Apparent changes are noticeable against the changed horizon: Wesel does not begin with Roman events. His first sentence states that the philologist “Johannes Stroux in 1926 published his short pa-per on the expression *summum ius summa iniuria*.” Wesel places the bibliography at the beginning of his investigation.<sup>64</sup> The first sentence seems to announce one thing in particular, i.e. the impossibility of a return to Rome. The first sentence promises a trip into his own archives. Wesel does not – at least according to the introduction – relate of the centuries from the Punic wars up to death of Diocletian, but of the time following 1926. But this change to the theoretical horizon shows only traces at the edge. The chapter following the bibliography already has a change of style. Wesel there begins to speak once more with the voice of Hermagoras himself and through the writings of Quinti-lian, Cicero and the anonymous Auctor ad Herennium. Following the introduction, the author again establishes contact with Roman events.

(2) Before the first sentence appears the already mentioned title, “*The rhetorical doc-trine of status and the interpretation of law of the Roman jurists*”. In its precision this title opens the way to yet another grammatical uncertainty. The title leaves open the que-stion as to what extent the rhetorical doc-

64 WESEL (1967), 9.

64 WESEL (1967), 9.

lehre zum Genus des Juridischen gehört. Wie weit das „und“ reicht, ob sich der verwendete Genitiv auf Rhetorik und Gesetzesauslegung oder nur auf die Gesetzesauslegung bezieht, das bleibt im Titel doppeldeutig. Ist also von der rhetorischen Statuslehre der Juristen *und* von der Gesetzesauslegung der Juristen die Rede? Wesel findet mit dem Titel eine Form, die dem Kräuseln einer Oberfläche – wenn man es als oszillierende Unbestimmtheit verstehen will – ganz gut entspricht. Eine entsprechende Unbestimmtheit trifft der Leser schon im ersten Kapitel, in dem sich Wesel mit der Frage auseinandersetzt, was das *et* im Status ‚scriptum et sententia‘ bedeute – ein ergänzendes *Und* oder ein gegensätzliches *Oder*? Wesels Antwort lautet, dass gemäß der Vorstellung der Rhetoren das „et“ in „scriptum et sententia“ als *oder* ausgelegt werden müsse. Nach rhetorischer Vorstellung dränge *sententia* nämlich *scriptum* zurück, und das ist eine ganz andere Vorstellung als „unsere Vorstellung“, mit der Wesel wohl die Vorstellungen der (modernen? römischen?) Juristen meint.<sup>65</sup>

Dass Wesel im Titel die Zugehörigkeit der Rhetorik zum Wesen des Rechts grammatikalisch offen lässt, scheint für die Fragestellung, ob Rhetoren einen Einfluss auf Juristen hatten, unbefriedigend. Wie soll man die Frage beantworten, wenn schon unklar ist, ob die Rhetoren zur Gemeinschaft der Juristen gehören oder nicht? Der Titel bezeichnet aber römische Bedingungen, in denen ja die Juristen eine rhetorische Ausbildung erhielten. In ihm wird klar, dass die Rhetorik und das Recht beide schon um die Rhetorik und das Recht konkurrierten. Die rhetorische Statuslehre beansprucht selbst schon eine Bestimmung des *genus legale*, eine Bestimmung des *propriums* der *quaestio iuris*. *Status* und der (alternative Begriff) *constitutio* sind in den rhetorischen Anleitungstexten – etwa bei Quintilian – Begriffe, die

trine of status belongs to the genus of the juridical. It remains ambiguous in the title whether the word “and” relates to both rhetoric and the interpretation of law, or only to the latter. Is the reference both to the jurists’ rhetorical doctrine of status *and* to their interpretation of the law? With his title Wesel finds a form that corresponds nicely to the rippling of a surface, should we wish to understand this as an oscillating uncertainty. The reader encounters a corresponding uncertainty in the very first chapter, where Wesel addresses the question of the meaning of “et” in the status “scriptum et sententia” – is this a supplementing *and* or an opposing *or*? Wesel’s answer is that, in accordance with the conception of the rhetors, “et” in “scriptum et sententia” must be construed as an *or*. According to the rhetorical conception, *sententia* represses *scriptum*, to us a completely different conception than “our conception”, with which Wesel likely means the conceptions of the (modern? Roman?) jurists.<sup>65</sup>

The fact that in the title Wesel leaves it grammatically open as to whether rhetoric belongs to the essence of law seems unsatisfactory as regards the question of whether rhetors had an influence on jurists. How can we answer the question if it is unclear whether the rhetors belong to the community of jurists or not? The title however indicates the Roman conditions in which the jurists received a rhetorical training. It becomes clear thereby that rhetoric and law were both competing for rhetoric and law. The rhetorical doctrine of status itself requires a determination of the *genus legale*, a determination of the *proprium* of the *quaestio iuris*. *Status* and the (alternative term) *constitutio* are, in the rhetorical textbooks (for instance Quintilian), terms that are contrasted in a non-contradictory manner with terms such as *mate-*

65 WESEL (1967), 37.

65 Wesel (1967), 37.

Begriffen wie *materia*, *proprium* oder *genus* nicht kontradiktorisch entgegengesetzt werden.<sup>66</sup> Quintilian spannt den Bogen sogar von der Status-Lehre hin zu Aristoteles' Lehre von den 10 Kategorien – die sich vor allem in der Dialektik entfalten soll.<sup>67</sup> In den römischen Anleitungstexten der Rhetorik hat die Status-Lehre keinen scharfen Rand, sondern vielfältige Ränder. So zentral sie auch erscheint, sie ist Instrument der Ordnung, Filterung und Gestaltung, die die Bestimmung juridischer Prinzipien in einem Hinweis auf Vielfältigkeiten verschiebt.<sup>68</sup> Kein Wunder, dass Quintilian eine verwirrende Vielzahl unterschiedlicher Ausprägungen der Status-Lehre schildert. In ihrem Kern ist sie hohl.

## 2. Die spiegelnde Reflexion bei Wesel

(1) Die Gliederung des Buches von Wesel vollzieht sich in Kapiteln. Und die Kapitel versuchen das Prinzip der Scheidung von juristischer und nicht-juristischer Literatur aufzunehmen. Wesel rekonstruiert im ersten Kapitel ausschließlich die Statuslehre der rhetorischen Anleitungstexte, wie sie sich unter Rekurs auf Hermagoras bei Quintilian, Cicero, des Auctores ad herennium findet. Die Referenzen in den Fußnoten des ersten Kapitels verweisen nur auf rhetorische Anleitungstexte. Soweit sie auf juristische Literatur verweisen, handelt es sich bei den Referenzen um Sekundärliteratur des 20. Jahrhunderts zu Fragen der Rhetorik. Wenn man Recht und Rhetorik in ein kontradiktorisches Verhältnis setzt, dann kann man sagen, dass das erste Kapitel ein *rein rhetorisches* Kapitel ist. Kapitel 2-4 beschäftigen sich hingegen (bei gleichen Voraussetzungen) mit *juristischer* Literatur. Die Referenzen in den Fußnoten wechseln und es gibt keine Vermengungen zwischen den Referenzen des ersten und zweiten Kapitels.

*ria*, *proprium* or *genus*.<sup>66</sup> Quintilian even makes a link between the doctrine of status and Aristotle's theory of the 10 categories – which is supposed to be particularly developed in dialectics.<sup>67</sup> The doctrine of status does not have one sharp edge in the Roman textbooks on rhetoric, but several edges. Although it appears central, it is in fact a tool of ordering, filtering and forming that shifts the determination of juridical principles to a reference to multiplicities.<sup>68</sup> No wonder then that Quintilian describes a confusing multiplicity of different forms of the doctrine of status. At its core it is hollow.

## 2. Wesel's reflecting reflection

(1) Wesel's book is arranged into chapters. These chapters attempt to assimilate the principle of the separation of legal and non-legal literature. In the first chapter, Wesel reconstructs solely the doctrine of status of the rhetorical textbooks as it appears with recourse to Hermagoras in Quintilian, Cicero and the Auctor ad herennium. The references in the footnotes to the first chapter refer only to rhetorical textbooks. Insofar as they refer to legal literature, these are references to 20<sup>th</sup> century secondary literature on questions of rhetoric. If we place law and rhetoric in a contradictory relationship, we can say that the first chapter is a *purely rhetorical* chapter. Chapters 2-4 are however concerned (under the same conditions) with *legal* literature. The references in the footnotes change and there is no merging between the references in the first and second chapters. Ulpian and Gaius, rather than Quintilian and Cicero, now appear. The subsequent arrangement of the book up to the fourth chapter presents legal literature and

66 QUINTILIAN, Inst.Or. II, 21;III, 6.

67 QUINTILIAN, Inst. Or. III, 6, 23.

68 Bei QUINTILIAN, III, 6, 4-11.

66 QUINTILIAN, Inst.Or. II, 21;III, 6.

67 QUINTILIAN, Inst. Or. III, 6, 23.

68 In QUINTILIAN, III, 6, 4-11.

Nicht Quintilian und Cicero, sondern Ulpian und Gaius tauchen nun auf. Die Gliederung des Buches führt anschließend bis zum vierten Kapitel juristische Literatur und rhetorische Literatur wie Parallelwelten d.h. ohne wechselseitige Referenzen, Berührungen oder Wiederholungen, aber mit gleichen Problemlösungsstrategien vor. Juristische Methode und Rhetorik gehen beide auf ihre jeweils eigene Art und Weise mit Discretion und Indiskretion der Kommunikation um. Die Juristen kennen nach Wesel die Antithese *verba-voluntas*, während die Rhetoren den status *scriptum-sententia* oder *scriptum-voluntas* kannten. Man könnte insoweit den Titel des Buches noch so auslegen, dass sich das Genus des Römisch-Juridischen nur auf die Gesetzesauslegung bezieht und die Parallelwelt der Rhetorik weder berührt, noch von ihr berührt wird. Aber so einfach ist die Parallelweltmetaphorik nicht, wir haben die Oszillation schon angesprochen. Denn die Welt der Rhetoren und Juristen unterscheidet sich in der Weselschen Argumentation zwar im *strikten*, nicht aber im *sinngemäßen* Sinne.<sup>69</sup> Den Unterschied zwischen *verba* und *voluntas* oder *scriptum* und *voluntas* gibt es eben bei Juristen und Rhetoren und bei allen Unterschieden gibt es eine gemeinsame Grundlage, die in der Interpretationsbedürftigkeit von Sprache und Schrift liegen. Wesel schildert darum einen Unterschied, der im differenztheoretischen Sinne jeweils daß Unterschiedene in unterschiedliche Ordnungen holt.

(3) Wesel gibt damit aber auch ein anderes Bild von den rhetorischen Texten, als es Kaser und Schulz vermitteln. Während Kaser und Schulz das römische Recht so darstellen, als ob die Rhetorik darin eine Inflation präziser Kommunikation oder Verwilderung lebensnaher Sprache betreibt und bei dem die Rhetoren bestenfalls als Befreier vom erstarrten Formalismus, richtig losgelassen aber als prinzipienlose Schwät-

rhetorical literature as parallel worlds, i.e. without mutual references, contacts or repetitions, but with the same problem-solving strategies. The legal method and rhetoric both deal in their own separate ways with the discretion and indiscretion of communication. The jurists, according to Wesel, know the antithesis *verba-voluntas* while the rhetors knew the status *scriptum-sententia* or *scriptum-voluntas*. The title of the book could even be construed such that the genus of the Roman-juridical refers only to the interpretation of the law and that it neither affects nor is affected by the parallel world of rhetoric. But the parallel world metaphor is not so simple; we have already addressed the matter of oscillation. For, in Wesel's argument, the world of the rhetors and the jurists in fact differs in the *strict*, but not in the *analogous* sense.<sup>69</sup> The difference between *verba* and *voluntas* or *scriptum* and *voluntas* exists for both jurists and rhetors, and there exists a common basis for all differences that lie in the need for language and writing to be interpreted. Wesel therefore describes a difference that, in the difference theory sense, places each thing differentiated into different orders.

(3) Wesel thereby however offers another image of the rhetorical texts than Kaser and Schulz. Whereas Kaser and Schulz present Roman law as if rhetoric inflates precise communication or brutalises language drawn from life, with the rhetors appearing at best as liberators from rigid formalism, but as unprincipled windbags and outsiders to the juridical genus once unleashed, Wesel's ordered separation of rhetorical and le-

69 WESEL (1967), 37.

69 WESEL (1967), 37.

zer und Außenseiter außerhalb des juristischen Genus erscheinen, streicht Wesel mit seiner geordneten Scheidung rhetorischer und juristischer Referenzen heraus, dass die Rhetorik nur anders zwischen einer diskreten Schrift und ihren Interpretationen unterscheiden würde als die juristische Literatur. So kehrt Wesel ein Bild um: Die Rhetoren sind auch Formalisten, weil sie im Begriff der Auslegung nicht so großzügig sind, wie die Juristen, sondern eher von einer Verdrängung der Schrift sprechen. Den Gegensatz zu dem klassisch modernen Bild von den geschwätzigen Rhetoren löst Wesel durch historische Verschiebungen auf: Teilweise habe die Rhetorik die Juristen mit ihrem eigensinnigen Formalismus zu spät konfrontiert: Als die Juristen von dem Formalismus der Rhetorik erfuhren, hätten die Juristen selbst schon eigene Methoden ausgebildet.<sup>70</sup> Nur die Restriktion sei keine originär juristische Methode, sie sei aber auch erst in der klassischen Zeit übernommen worden.<sup>71</sup> Schon jenseits der Unterscheidung zwischen Vorklassik und Klassik hält Wesel fest: Während die juristische Literatur in der Methode sog. identifizierender Interpretation unbekümmert sei, wo die Grenze des Wortlautes liege, unterscheide die rhetorische Literatur zwischen *extensiver Auslegung* und *Analogie*. Die römischen Juristen waren insofern undogmatischer, als die Dogmatiker des 20. Jahrhunderts, weil sie nach Wesel grundsätzlich viel unbekümmerter gegenüber der Grenze des Wortlautes waren. Nach Wesel basiert die Idee vom Einfluss der römischen Rhetoren zudem auf einer Fehlinterpretation der Rhetoren. Man habe die wesentlichen Unterschiede zwischen der rhetorischen Ordnung einerseits und der juristischen Praxis im Umgang mit der Statuslehre andererseits ignoriert. Die Beobachtungen der Sprache und der Schrift finden sich nach Wesel in den rhetorischen

gal references stresses that rhetoric can only differentiate between a discrete text and its interpretations in ways other than legal literature. Thus Wesel reverses an image: the rhetors are also formalists, as they are not so generous in the concept of interpretation as the jurists, but speak rather of a displacement of the text. Wesel resolves the contrast of glib rhetors with the classic modern picture by means of historical shifts. Rhetoric to a certain extent confronted the jurists and their self-willed formalism too late: by the time the jurists learned of the formalism of rhetoric, the jurists themselves had already developed their own methods.<sup>70</sup> Only restriction is not an originally legal method and was first adopted in the classical period.<sup>71</sup> Wesel continues beyond the distinction between the pre-classical and the classical: while the legal literature is unconcerned regarding the method of the so-called identifying interpretation as to where the boundary of the wording lies, rhetorical literature differentiates between *extensive interpretation* and *analogy*. The Roman jurists were thus, according to Wesel, less dogmatic than the dogmatists of the 20<sup>th</sup> century because they were essentially much less concerned with the boundaries of the text. He also believes that the idea of the influence of the Roman rhetors is based on a misinterpretation of the rhetors. The essential differences between the rhetorical order on the one hand and the legal practice in regard to the doctrine of status has been ignored. According to Wesel, the observations on language and writing are more precise in the rhetorical textbooks than in the writings of the jurists.

---

70 WESEL (1967), 138.

71 WESEL (1967), 139.

---

70 WESEL (1967), 138.

71 WESEL (1967), 139.

Anleitungstexten präziser als in den Schriften der Juristen.

In der Darstellung von Wesel kehrt sich das Formverhältnis im Hinblick auf eine Unterscheidung von *innen/außen* und von *vorher/nachher* insoweit um: Sind die Juristen in ihrem eigenen Wesen zunächst unbekümmert über die Grenze des Wortlautes (anders als die Außenseiter aus der Rhetorik), übernehmen sie schließlich in klassischer Zeit den Status *scriptum et sententia* in seiner ganzen rhetorischen Striktheit, d.h. als Fall, in der der Wortlaut gänzlich zurückgedrängt werde. Anders als die Rhetoren nutzten sie aber diesen Fall des Auseinanderfallens von Wortlaut und Entscheidung nicht als Restriktion, sondern als Analogie. Nur Ulpian verwende den Status *scriptum et sententia* auch als Restriktion, aber dafür verwendete er auch die griechische, nicht die lateinische Bezeichnung. Erst in der Phase klassischer Vollendung, zu spät aber für Prägungen, dringe also rhetorisches Gedankengut ins Recht ein. Das alles weist auf mehrfache Kreuzungen zwischen juristischen und rhetorischen Sphären, die kaum mehr einfach auseinanderzuhalten sind. Das Verhältnis von Meta- und Objektsprache ist in Wesels Darstellung aber alles andere als verwischt, er zieht ein klares Fazit: Dort wo der Wortlaut der Status gleich ist, ist ihr Sinn verschieden. Dort wo ihr Sinn gleich ist, ist der Wortlaut verschieden. Wie man es auch dreht und wendet, Rhetorik und Jurisprudenz redeten aneinander vorbei.

(4) Die Unterscheidung zwischen extensiver Auslegung und Analogie rechnet Wesel auch noch zum Bestand *heutiger* juristischer Dogmatik.<sup>72</sup> Sein Hinweis, dass die römischen Rhetoren unter dem status *scriptum et sententia* etwas anderes verstanden als die römischen Juristen, schließt mit einer Darstellung, in der die Rhetoren allenfalls zu den Ahnen dieser zeitgenössischen Dog-

In his view, the form relationship is to that extent reversed regarding a distinction between *internal/external* and *before/after*: if the jurists are initially unconcerned in their own being about the text boundaries (in contrast to the outsiders from the field of rhetoric), in the classical period they ultimately adopt the status *scriptum et sententia* in its entire rhetorical strictness, i.e. as a case where the wording is totally repressed. Unlike the rhetors, however, they used this case of the divergence of wording and judgement not as a restriction, but as an analogy. Only Ulpian is also supposed to have used the status *scriptum et sententia* as a restriction, but he also used the Greek rather than the Latin denotation. Only in the phase of classical perfection, but too late to leave a mark, did rhetorical ideas thus penetrate the law. All this points to repeated intersections between the legal and rhetorical spheres that can hardly now be kept apart in any simple way. The relationship between meta- and object language is however by no means blurred in Wesel's explanation and he draws a clear conclusion: where the wording is equal to the status, their meaning is different. Where their meaning is equal, the wording is different. No matter how we put it, rhetoric and jurisprudence were at cross-purposes.

(4) Wesel also regards the distinction between extensive interpretation and analogy as belonging to *today's* legal dogmatics.<sup>72</sup> His view, that the Roman rhetors understood something different by the status *scriptum et sententia* than the Roman jurists, concludes with a scenario where the rhetors at most become the ancestors of such contemporary dogmatics, but not of Roman law.

72 Vgl. WESEL (1967), 11 ff.

72 See WESEL (1967), 11 ff.



matik, nicht aber des römischen Rechts werden. Statt wiederum die Entsprechung als Genealogie zu deuten, geht Wesel diesen Entsprechungen nicht weiter nach. Das abschließende Kapitel 5 geht auf Fragen nach der Interdependenz zwischen Recht und Rhetorik, bestätigt sie zwar und streitet sie doch in eigensinniger Form ab: „Die Terminologie der Statuslehre wurde von den Juristen nicht übernommen, auch methodisch sind Übereinstimmungen nur in Selbstverständlichkeiten zu finden.“ Der Hinweis auf Selbstverständlichkeiten ist ein eigensinniger Schluss, weil in der Poesis des Rechts und im Feld des Themas „Auslegung“ Selbstverständlichkeiten nicht gering („nur“) geschätzt werden können. In der Poetik der Selbstverständlichkeit nehmen Auslegungsprobleme schon ihren Ausgang, nicht erst jenseits dieser Poetik. So wenig, wie man von einer Übereinstimmung zwischen rhetorischen und juristischen Begriffen, Methoden oder Ideen vorschnell auf die Übernahme *originär* oder *exklusiv* rhetorischer Gedanken schließen sollte, so wenig sollte man von dieser Übereinstimmung aus auf eine Irrelevanz für Fragen kommunikativer Strukturbildung schließen. Kommunikation ist nicht originär rhetorisch, aber die rhetorische Theorie hat spezifische reflexive Mechanismen im Umgang mit der Diskretion und Indiskretion der Kommunikation entwickelt und sie trägt insoweit einen Eigensinn an die Beobachtung von Kommunikation und Sprache heran. Die Frage, die Wesel stellt, geht an einer Poetik der Selbstverständlichkeit vorbei. Er verteidigt die Eigenheit der römischen Jurisprudenz. Aber die Poetik der Selbstverständlichkeit folgt wohl eher exzentrischer Reflexivität. Sie verdaut Fremdes.

### 3. Der letzte Satz

(1) Wesels Fazit am Ende des Buches ist lakonisch und hat doch eine hintersinnige Form. Was sich im Titel und den Kapiteln ankündigt, vollendet sich schließlich im letzten Satz. Seine Dissertation endet mit der Bemerkung: „Der Einfluß der Rhetorik ist also –

Instead of then interpreting this correspondence as genealogy, Wesel does not pursue these correspondences. The closing chapter 5 addresses questions of the interdependence of law and rhetoric, confirms this and yet stubbornly denies it: “The terminology of the doctrine of status was not adopted by the jurists and, even as regards method, agreements can only be found in presuppositions.” The reference to presuppositions is an obstinate conclusion because, in the poesis of law and in the field of interpretation, presuppositions cannot (“only”) be regarded as minor. Problems of interpretation indeed arise in the poetics of the presupposition, and not solely beyond this poetics. We should no more deduce an irrelevance for questions of communicative structural formation from this agreement than we should rashly conclude the adoption of *originally* or *exclusively* rhetorical thoughts from an agreement between rhetorical and legal terms, methods or ideas. Communication is not originally rhetorical, but rhetorical theory has developed specific reflexive mechanisms in its dealings with the discretion and indiscretion of communication and thus brings a certain self-will to the observation of communication and language. Wesel’s question overlooks any poetics of the presupposition. He defends the singularity of Roman jurisprudence. But the poetics of the presupposition indeed pursues a somewhat eccentric reflexivity. It digests the external.

### 3. The last sentence

(1) Wesel’s conclusion at the end of the book is laconic and yet has a cryptic form. What is foreshadowed in the title and the chapters is finally revealed in the last sentence. His thesis ends with the remark: “The influence of rhetoric is thus – if it is not to be en-

wenn man ihn nicht überhaupt ausschließen will – sehr gering.“<sup>73</sup> Der Schluß läßt wieder zwei gegenteilige Deutungen zu: Die Rhetorik hatte keinen Einfluß, weil sie nie auf der Außenseite des Rechts lag und nie das Andere und Fremde der juristischen Kommunikation bildete. In diesem Sinne könnte die Rhetorik zum Binnenfluß juristischer Kommunikation gehören. Oder man schließt daraus, daß die Rhetorik juristische Kommunikation kaum berührte oder affizierte und dem Recht fremd blieb. Es sind zwei gegenteilige Deutungen, die im letzten Satz gleichermaßen klar formuliert sind. Die Lektüre des Buches gibt nur zirkuläre Auskunft darüber, welchen Schluss Wesel zog. Die Doppeldeutigkeit des Titels geht also auch im letzten Satz nicht verloren. Irritierender und informativer ist die *Form* des letzten Satzes. Vor allem die Apposition zwischen den Gedankenstrichen und der Akt der Parenthese („– wenn man ihn nicht überhaupt ausschließen will –,“) ist interessant. Als Leser fragt man sich: Will man oder will man nicht? Darüber kann die Lektüre des Buches nur indirekt Auskunft geben, weil die Parallelkonstruktion rhetorischer und juristischer Literatur einerseits und andererseits die Entsprechung zwischen modernen Dogmatik und antiker Rhetorik nur solche Informationen gibt, die im großen hermeneutischen Zirkel die Rhetorik außerhalb und innerhalb der Gemeinschaft des Rechts verortet. Die Entscheidung zur Exklusion der Rhetorik muss von Lesern übernommen werden. Der letzte Satz hat wieder eine eindeutig juristische Seite und eine eindeutig rhetorische Seite und beides ist durch Gedankenstriche klar voneinander getrennt. Wesel trifft eine Entscheidung über den Status der Statuslehre, er führt einen Prozeß um die Geschichte zum Urteil. Und zwischen den Spiegelstrichen findet sich der rhetorische Appell.

Der letzte Satz bildet eine weitere exemplarische Form für die Verschachtelung juri-

turely excluded – very small.”<sup>73</sup> This conclusion can be interpreted in two different ways: First, rhetoric had no influence because it was never outside of the law and never formed the counterpart and the external of legal communication. Rhetoric could in this sense belong to the internal flow of legal communication. Or we can conclude that rhetoric hardly touched or affected legal communication and remained external to the law. These are two contrary interpretations that are equally clearly formulated in the last sentence. Reading the book gives only a circular idea of which conclusion Wesel drew. The ambiguity of the title is thus also present in the last sentence. The *form* of the last sentence is more confusing and informative. The apposition between the hyphens and the act of parenthesis (“– if it is not to be entirely excluded –”) are especially interesting. As readers we ask: is it to be or is it not to be? Reading the book can only provide indirect information in this respect, as the parallel construction of rhetorical and legal literature on the one hand and the correspondence between modern dogmatics and ancient rhetoric on the other only provides such information as rhetoric locates in the great hermeneutic circle outside and within the community of law. The decision as to the exclusion of rhetoric must be adopted by readers. The last sentence again has an unambiguously juridical side and a unambiguously rhetorical side and both are clearly separated from one other by means of hyphens. Wesel makes a decision over the status of the doctrine of status; he conducts a trial of history to its conclusion. And between the bullet points lies the rhetorical appeal.

The last sentence is a further exemplary form for the interweaving of the juridical

73 WESEL (1967), 139.

73 WESEL (1967), 139.

discher und rhetorischer Welten. Abgegrenzt und mitten drin sitzen die Rhetoren im juristischen Satz. Vergleicht man Wesels Schlusssatz mit Schulz' Fazit über die „*Wucherpflanze der Rhetorik*“, so fallen Unterschiede auf: Schulz schließt mit einem hybrid-pathetischen Satz, in dem sich das Urteil gegen rhetorisches Pathos mit pathetischer Rhetorik vermischt. In Wesels Satz findet sich beides in einem Satz - aber durch Parenthese geschieden. Vom Pathos des Bildes, das Schulz liefert, ist Wesel sachliche Bestimmtheit weit entfernt. Wenn die Sätze Zufälle sind, dann sind es passende Zufälle, die etwas über das Formenkalkül der Abgrenzung erzählen. Es nimmt den Unterschied ins Unterschiedene hinein.

(2) Die Sätze von Wesel werden hier vielleicht gegen die Intentionen des Autors gewendet. Man kann das für illegitime Hermeneutik halten. Die Differenz zwischen konstativem und performativem Sprechakt, die diese Enteignung ermöglicht, muss aber in die Reflexionen über das Verhältnis von Rhetorik und Recht einbezogen werden. Man könnte einwenden, daß man dadurch die analytische Distanz zum historischen Gegenstand verliert. Die analytische Distanz fehlt aber allen drei Autoren selbst, die alle so tautologisch wie autologisch den Einfluss der Rhetoren ausschließen. Vor allem eins machen Wesels Untersuchungen deutlich: Über das Verhältnis zwischen Recht und Rhetorik erfährt man wenig bis nichts, wenn man nach Originalität und beherrschenden Einflüssen sucht. Die Quellen, die Wesel heranzieht, stammen allesamt aus einer Zeit, in der die Rhetorik eine entwickelte und differenzierte juristische Praxis beobachtet. Sie ist selbst an keiner Stelle juristisch unschuldig. Die Unterschiede zwischen juristischer und rhetorischer Literatur können aufgrund dieser Bedingungen aber auch weder als Hinweise auf originär juristisches noch originär rhetorisches Denken dienen. Es sind ganz unoriginelle Unterschiede, die mit unterschiedlichen Reflexionsleistungen zu tun

and rhetorical worlds. Separate and right in the middle of the legal sentence sit the rhetors. If we compare Wesel's closing sentence with Schulz's conclusion on the "*weed of rhetoric*", differences become clear: Schulz closes with a hybrid histrionic sentence, where the judgement against rhetorical pathos is mixed with histrionic rhetoric. In Wesel's sentence we find both in one sentence - but separated by parentheses. Wesel's objective certainty is far removed from the pathos of Schulz's image. If the sentences are coincidences, then they are suitable coincidences that tell us something about the calculation of the form of demarcation. It internalises the difference in the differentiated.

(2) Wesel's sentences are here perhaps being turned against the author's intentions. This can be taken as illegitimate hermeneutics. The difference between constative and performative speech acts that makes such expropriation possible must however be included in the reflections on the relationship of rhetoric and law. We could object that the analytical distance from the historical object is thereby lost. The analytical distance is however missing from all three authors, who all exclude the influence of the rhetors, both tautologically and autologically. Wesel's investigations make one thing in particular clear: we learn little or nothing about the relationship between law and rhetoric if we seek for originality and controlling influences. The sources that Wesel consults all originate from a time when rhetoric observed a developed and differentiated legal practice. It is itself nowhere innocent in legal terms. However, owing to these conditions, the differences between legal and rhetorical literature can serve as references neither to originally legal nor to originally rhetorical thinking. These are utterly unoriginal differences that concern different reflections. The shifts in legal polemics supply relevant information about legal-rhetorical boundaries. And thus there is a malicious cunning

haben. Die juristische Polemik gibt da noch in ihren Verstellungen treffend Auskunft über rechtlich-rhetorische Grenzen. Und so steckt in der Doppeldeutigkeit von Titel, Argument und letztem Satz eine hinterhältige List, mit der der Autor die Dogmatik mit ihren Grenzen konfrontiert.

**III. Fazit: „Beiderseits kommt beides vor.“**

Von den Grundlagen der modernen Grenzziehungen zwischen Recht und Rhetorik ist wenig geblieben. Die Ausdifferenzierung der Wissenschaft, ihre Autonomiebestrebungen und ihre Träume – die mal von strikter Distanz, mal von Lebensnähe handeln – in das Material des römischen Rechts zu projizieren, das gibt es noch heute. So unbestreitbar die Differenzierung des Rechts wegen des laufenden Streites aber ist: Die Rhetorik kann kaum mehr als das Andere des römischen Rechts erscheinen. Die Formen der Abgrenzung leben von Annahmen über Form und Inhalt, die mit Entgegensetzungen von Mündlichkeit und Schrift oder Innerlichkeit und Äußerlichkeit des Rechts verstärkt werden, und in denen alte und am *logos* orientierte Vorstellungen zur juristischen Kategorie an neuere Sprach- und Medientheorien stoßen. An seltsamen Kreuzungen stehen Theorien, die an Fakultäten des 20. Jahrhunderts und unter deren Bedingungen und Nachwirkungen positivistischer Rechtswissenschaft entstanden sind. Man kann die Abgrenzungen noch als Zeugnis einer Zeit, die die medialen Bedingungen des Rechts für einen Augenblick erfolgreich ausblenden konnte, lesen. Die Entgegensetzung von äußerlicher Dekadenz und innerer Substanz hat in der *flachen Ontologie* (Krämer) des 20. Jahrhunderts ebenso an Plausibilität verloren, wie die Entgegensetzung von morgenländischem Geschwätz und abendländischer Eindeutigkeit. Weder lässt sich die Rhetorik auf ein Phänomen der Mündlichkeit, noch das Recht auf ein Phänomen der Schrift reduzieren. Beide Autoren konnten ausblenden, dass sie *Vorlesun-*

in the ambiguity of his title, argument and last sentence with which the author confronts the dogmatics with its own limits.

**III. Conclusion: “Both occur on both sides.”**

Little remains of the foundations of the modern boundaries between law and rhetoric. We still today project the differentiation of science, its desire for autonomy and its dreams – which sometimes act from a strict distance, sometimes close to life – into the material of Roman law. The differentiation of law on account of the current controversy is however incontestable, insofar as rhetoric can scarcely now appear as the counterpart of Roman law. The forms of demarcation exist on assumptions about form and content, which are strengthened through the contrasting of speech and writing or the internality and externality of law, and in which old and *logos*-oriented conceptions of the legal category run up against newer speech and media theories. Standing at strange intersections are theories that arose within 20<sup>th</sup> century faculties and under their conditions and the after-effects of positivistic legal science. We can now read the demarcations as witnesses of a time that could for a moment successfully blank out the media-related conditions of law. The opposition of external decadence and internal substance has likewise lost plausibility in the *flat ontology* (Krämer) of the 20<sup>th</sup> century, as has the opposing of eastern claptrap and western unambiguity. Just as rhetoric cannot be reduced to a phenomenon of speech, nor can law be reduced to a phenomenon of writing. Both authors could ignore the fact that they *wrote lectures* and thus produced imperfectly controllable differences. This act has its correspondence in law that, through differences in voice, writing, gesture, printing, architecture and image, is reintegrated into a rhetor-

gen *geschrieben* und damit unvollständig kontrollierbare Differenzen erzeugten. Dieser Akt hat seine Entsprechung in einem Recht, dass durch die Differenzen von Stimme, Schrift, Geste, Buchdruck, Architektur und Bild in ein rhetorisches Ensemble reintegriert wird – mit gesteigerten Differenzen. In ihren Annahmen schlossen die beiden ersten Autoren vielleicht aus der Materialität der Schrift auf eine stabilere Substanz des Rechts, so als setze sich die physikalische Materie ohne Brüche im Medium der Kommunikation fort. Die Schrift ist aber kein diskreteres Medium - sie provoziert nur die Interpretation.

Über das *Wesen* der Abgrenzung zwischen Rhetorik und Jurisprudenz haben wir bisher weder durch Kaser, noch durch Schulz mehr erfahren als brüchige Tautologien, Kniffe, Legenden. Und doch kann man nicht sinnvoll bestreiten, dass sie dem selbstverständlichen Unterschied zwischen Recht und Rhetorik nahe kommen. Die eigenschaftsfreie Differenzierung, die sich schließlich bei Wesel in der Abwendung vom *Wesen* des Rechts vollzieht, führt zu einem abstrakten Kalkül. Welches Fazit kann man daraus ziehen? Heinrich Wölfflin, der mit seinem Buch über Italien und das deutsche Formgefühl zu einem Zuflüsterer von Fritz Schulz wurde, hat im Fazit des eigenen Buches wohl die schönste Formulierung zu seltsamen Exterritorialität der Grenzziehung gefunden: „*Beiderseits kommt beides vor.*“<sup>74</sup> Er meint damit, dass der Unterschied zwischen Italien und Deutschland eben in Italien und in Deutschland vorkommt. Und ebenso kommt der Unterschied zwischen Recht und

ical ensemble – with increased differences. In their assumptions, the first two authors perhaps concluded from the materiality of its writing that law possessed a stronger substance, as if the physical matter continued without interruption into the medium of communication. Writing is not however a more discrete medium – it merely provokes interpretation.

We have thus far learnt no more from either Kaser or Schulz regarding the *essence* of the demarcation between rhetoric and jurisprudence than fragile tautologies, tricks and legends. And yet it cannot reasonably be denied that they approximate the self-evident difference between law and rhetoric. The characteristic-free differentiation that finally comes forth in Wesel by turning away from the *essence* of law leads to an abstract calculation. What conclusion can be drawn from this? Heinrich Wölfflin, who prompted Fritz Schulz with his book on Italy and the German sense of form, probably produced in the conclusion to his own book the finest formulation on the peculiar extraterritoriality of demarcation: “*Both occur on both sides.*”<sup>74</sup> By this he means that the difference between Italy and Germany occurs in both Italy and in Germany. The difference between law and rhetoric likewise occurs in both law and in rhetoric. The historical differences between law and rhetoric cannot be denied any more

74 WÖLFFLIN (Fn. 48), 225 ff. der zwar auch vom *Volkskörper*, aber zurückhaltender als Schulz vom Nationalcharakter spricht. Zum Schluss wird der Erfinder der stereoskopischen Vorlesung ganz differenztheoretisch: „*Es genügt nicht, zu wiederholen: beiderseits kommt beides vor.*“ Der Unterschied von Italien und Deutschland kommt nach Wölfflin eben sowohl in Italien als auch in Deutschland vor.

74 WÖLFFLIN (Fn. 48), 225 ff. which mentions the *national body*, but speaks in more restrained terms than Schulz about the national character. In conclusion the inventor of the stereoscopic lecture proposes a theory of difference: “*It is not sufficient to repeat: both occur on both sides*”. According to Wölfflin, the difference between Germany and Italy occurs in both Germany and Italy.

Rhetorik im Recht und in der Rhetorik vor. Die historischen Differenzen zwischen Recht und Rhetorik können ebenso wenig geleugnet werden wie der Umstand, dass man diesem Unterschied kein Prädikat geben kann. Wo man ansetzt, stößt man auf Kontakte. Wiedereintritte der Differenz ins Unterschiedene und auf Zwischenräume, die weder die Differenz leugnen, noch sich ihr fügen. Weder Kaser noch Schulz oder Wesel verfügen über ein Modell für die Voranpassungen und (Ko-)Evolutionen zwischen Rhetorik und Jurisprudenz. Vielleicht helfen andere Formen der Grenzwissenschaft weiter? Dazu aber an anderer Stelle mehr.

than the fact that this difference cannot be given a predicate. Wherever one starts, one encounters contacts, re-entrances of the difference into the differentiated and spaces that can neither deny the difference nor submit to it. Neither Kaser, Schulz nor Wesel offer a model for the pre-adaptations and (co-)evolutions between rhetoric and jurisprudence. Perhaps other forms of fringe science would help more? More in this regard however elsewhere.