

## Rechtsgewohnheiten aus rechtshistorischer und rechtstheoretischer Perspektive

Die bald vierzigjährige Geschichte des Begriffs der Rechtsgewohnheiten seit seiner Einführung durch Karl Kroeschell im Jahr 1973 im zweiten Band seiner *Deutschen Rechtsgeschichte*<sup>1</sup> ist nicht nur die des Erfolgs einer gegliederten wissenschaftlichen Begriffsbildung, die breite Aufnahme gefunden hat.<sup>2</sup> Sie war zugleich in außergewöhnlicher Weise begleitet von einem Prozess intensiver methodischer Reflexion, in dem immer wieder grundsätzliche Fragen nach der Rolle und Gestalt von Recht im Mittelalter aufgeworfen wurden. Die Grundsätzlichkeit dieser Fragestellung berührte dabei sowohl die Bildung von Begriffen selbst, die methodische Vorgangsweise dabei bis hin zur erkenntnistheoretischen Dimension von Rechtsbegriffen, das Verhältnis zu anderen wissenschaftlichen Disziplinen und damit das Selbstverständnis der Rechtsgeschichte als Teildisziplin der Rechtswissenschaft selbst. Die vorliegende Arbeit möchte ihrerseits einen Beitrag zu diesem Prozess aus der Sicht einer anderen Teildisziplin der Rechtswissenschaft leisten und Rechtsgewohnheit als Forschungsbegriff und ideale Kategorie von einem vornehmlich rechtstheoretischen Blickpunkt aus betrachten.

### *Herkunft und Entwicklung des Begriffs*

Karl Kroeschell gibt in einem Aufsatz von 1994 an, den Begriff bei Wilhelm Arnold gefunden zu haben.<sup>3</sup> Tatsächlich findet sich im Schrifttum des 19. Jh. der Begriff ›Rechtsgewohnheit‹ (sowohl im Singular als auch im Plural) gar nicht selten,<sup>4</sup> wenn auch bei weitem nicht so häufig wie das fraglos dominierende ›Gewohn-

heitsrecht‹ und in eher kursorischer Verwendung ohne systematische Behandlung; meist findet er als Synonym zum Gewohnheitsrecht oder als Mittler zwischen Sitte und Recht Verwendung (so auch bei Arnold<sup>5</sup>). Der Begriff fristet seine Existenz im Schatten des großen Bruders Gewohnheitsrecht immer im konnotativen Umfeld von Brauch, Sitte, Gewohnheit. Ein Beispiel für solche Art der Verwendung bieten die *Grundzüge des Naturrechts oder Rechtsphilosophie* von Karl David August Röder, der (hier zitiert nach der 2. Auflage 1860) das Kapitel ›Von den einzel[n]en Hauptquellen des Rechts‹ mit dem Abschnitt ›Von der Rechtsgewohnheit‹ beginnen lässt, wonach die Rechtsbildung auf dem Wege von Gewohnheit, Überlieferung oder Herkommen erfolge, gleich »der Bildung der Sitte überhaupt und der Sprache. Das Recht erscheint hier als Brauch, als Rechtssitte [...] und enthält den getreuen Ausdruck [...] der Anschauungen und Empfindungen [...] der Lebensgemeinschaft, z. B. eines Volkes. Und, wie diese selbst nur allmählich reifen, so reift auch nur allmählich ihre rechtliche Frucht: das Gewohnheitsrecht.«<sup>6</sup> Bezeichnend ist hier der abrupte Wechsel von der Rechtsgewohnheit zum Gewohnheitsrecht, das für Röder erst eigentlich reifes Recht ist. Der Begriff Rechtsgewohnheit kommt außer in der Überschrift kein einziges Mal mehr im Text des Abschnitts vor.

Ein anderes Exempel für die Nähe zum Gewohnheitsrecht bzw. die Mittlerstellung zwischen einer unspezifischer gefassten Sitte und Gewohnheitsrecht und zugleich eines abseits der Rechtswissenschaft bietet Immanuel Hermann Fichte in seinem *System der Ethik* (von

1 K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte II*, Hamburg 1973, 86.

2 Zur Stellung der ›Rechtsgewohnheiten‹ innerhalb des Rechtsbegriffs der mittelalterlichen Rechtsgeschichte B. KAN-NOWSKI, *Rechtsbegriffe im Mittelalter* (in: Fn. 23, 1–27).

3 K. KROESCHELL, *Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte*, in: *ZRG GA 111* (1994) 310–329, 314, bezogen auf W. ARNOLD,

*Cultur und Rechtsleben*, Berlin 1865.

4 Für Beispiele vgl. J. RÜCKERT, *Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe?* (in: Fn. 24, 569–602) 591 Fn. 54; A. CORDES, *Rechtsgewohnheiten in lübischen Gesellschaftsverträgen* (in: Fn. 23, 29–41) 32 Fn. 5. Die älteste mir bekannt gewordene Erwähnung findet sich in FRIEDRICH CHRISTOPH JONATHAN FISCHERS *Geschichte des deutschen*

*Handels, der Schiffarth, Fischerey, Erfindungen ...*, 2. verb. Auflage, Hannover 1793.

5 »Erst allmählich wurde aus der Sitte ein[e] Rechtsgewohnheit und daraus ein Recht.« ARNOLD (Fn. 3) 270.

6 K. D. A. RÖDER, *Grundzüge des Naturrechts oder Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Leipzig 1860.

1850). Aus zwei Elementen, dem apriorischen der Rechtsidee aus Freiheit und dem empirischen der Positivierung des Rechts zur Verwirklichung der Rechtsidee gestaltet sich, so Fichte, »in ungeteilter Zusammenwirkung [...] dasjenige, was wir Rechtsgewohnheit, Rechtssitte nennen, und was in seiner Gesamtheit als Gewohnheitsrecht bezeichnet wird. [...] Das Gewohnheitsrecht ist daher notwendig die erste Form, in welcher die Rechtsidee zu äusserlicher Existenz gelangt [...].«<sup>7</sup> Gewohnheitsrecht also als Gesamtheit von Rechtsgewohnheiten. Auch hier fehlt es an einer klaren begrifflichen Unterscheidung. Fichte bezieht sich dabei *expressis verbis* auf Puchtas *Cursus der Institutionen*, übernimmt die Vorstellung vom notwendigen Hervorgehen des Gewohnheitsrechts aus dem Volksgeist, kritisiert jedoch zugleich dessen Bild der »dunklen Werkstätte«, in der dieser Hervorbringungsprozess verborgen bliebe. Verwendungen vergleichbarer Art finden sich im ganzen 19. Jh. bis tief ins 20. Jh. hinein in unterschiedlichsten Zusammenhängen.

Verglichen damit bedeutet das Wiederaufgreifen des Begriffs »Rechtsgewohnheit« durch Karl Kroeschell Anfang der Siebzigerjahre einen grundlegenden Neuanfang. Dieser Neubeginn verdankt sich der klaren Einsicht in die unmittelbare Rückbindung des Gewohnheitsrechts an das Gesetzesrecht als dessen »Komplementärbegriff«<sup>8</sup> und damit einhergehend die vermutliche Untauglichkeit des Gewohnheitsrechts als Beschreibungskategorie für das frühe Recht. Der neu gewonnene Begriff wurde in der Forschung – wenn auch nicht von Karl Kroeschell selbst – bald mit den besonderen Bedingungen dieses frühen Rechts in Verbindung gebracht, damit, dass das frühe Recht, wie Hanna Vollrath es titulierte, in der »Typik oraler Gesellschaften« stand.<sup>9</sup> Oralität oder zumindest semiorale Ver-

hältnisse, die im Frühmittelalter aus der Begegnung nichtschriftlicher Rechtstradition mit der aus der Antike herrührender Schriftlichkeit resultierten, bilden die wesentliche Grundlage für Entstehung, Weitergabe, Bewahrung und Wirkungsweise dieses Rechts. Mit dem Begriff »Rechtsgewohnheit« wurde dem Problem aber zunächst nur ein Name gegeben: Zum Ausdruck gebracht wurde die Abgrenzung zum Gewohnheitsrecht – der Begriff hat, wie gesagt wurde, »negierenden Charakter«<sup>10</sup> –, im Übrigen blieb der Begriff vorerst unbestimmt der Forschung zur weiteren Präzisierung überlassen.

Bezeichnend für die weitere Entwicklung war, dass das Aufgreifen des Vorschlags von Kroeschell – vielleicht wegen der anfänglichen konzeptionellen Offenheit – mit keiner einheitlichen Verwendungsweise einherging, sondern jeweils mit ganz bestimmten Leitthesen und Vorstellungsweisen vom mittelalterlichen Recht verbunden war, die sich – bei allem Wandel – bis heute durchhalten. So versteht Kroeschell selbst unter Rechtsgewohnheit den »festen Brauch rechtsgeschäftlicher Regelung, die aber nur für den Einzelfall Recht schafft«.<sup>11</sup> Die These, die daran geknüpft wird, ist sehr stark: »eine ungeschriebene Legalordnung gibt es nicht«.<sup>12</sup> Zwar erfolgt unmittelbar eine Einschränkung auf das materielle Recht, das es ungeschrieben abseits des Einzelfalls nicht gegeben habe. Recht ist für Kroeschell weithin in seiner allgemeingültigen Gestalt mit formellem Recht gleichzusetzen: Formen des Gerichts, der Rechtsbegründung, der Rechtsgeschäfte waren feste, verbindliche Regeln.<sup>13</sup>

Jürgen Weitzel dagegen gibt dem Begriff in seiner Verwendungsweise sofort einen anderen Akzent. In seiner monumentalen Darstellung des fränkisch-deutschen Prozesses in *Dinggenossenschaft und Recht* ist das Urteil im Gericht un-

7 I. H. FICHTE, System der Ethik, Bd. 1, Leipzig 1850, 52.

8 KROESCHELL (Fn. 1) 85: »Im Grunde führt es ohnehin nicht recht weiter, wenn man sich das frühe Recht als Gewohnheitsrecht vorstellt. Gewohnheitsrecht ist in der Sprache der Juristen ein Komplementärbegriff zum Gesetzesrecht und meint seit der Antike ein Gefüge aus Rechtssätzen, die nicht durch Gesetzgebung oder gerade-

zu im Gegensatz zum Gesetz entstanden sind.«

9 H. VOLLRATH, Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften, in: HZ 233 (1981) 571–594. »Das Verdienst, die Oralitätsdebatte in der deutschen Mediävistik eröffnet zu haben, gebührt Hanna Vollrath«, J. FRIED, Der Schleier der Erinnerung, München 2004, 75; Vollraths Aufsatz greift den Begriff »Rechtsgewohnheit« zwar

auf (583), bleibt aber in der Folge beim »Gewohnheitsrecht«.

10 CORDES (Fn. 4) 33.

11 KROESCHELL (Fn. 1) 86.

12 KROESCHELL (Fn. 1) 86. Vgl. DERS. (Fn. 3) 314: »Es gab also eine feste Gewohnheit, solche Rechtsverhältnisse in der einen oder anderen Weise vertraglich zu regeln; diese Regelung war aber nur für den jeweiligen Einzelfall rechtlich verbindlich, während es

mittelbar Konkretion der schriftlosen Rechtsgewohnheiten<sup>14</sup> und diese sind sohin begrifflich gerade nicht auf bloß formelles Recht – etwa den Gang des Verfahrens – beschränkt. Die daran geknüpfte Leitthese Weitzels ist aber nicht minder stark: Recht und Gericht sind weithin als identisch anzusehen. Recht hat nicht nur seinen faktischen und interpretatorischen Schwerpunkt im Gericht, rechtliche Verbindlichkeit außerhalb des Rechtsganges und ergänzend der vertraglichen Vereinbarung existiert nach Weitzel gar nicht. Die Rechtsgewohnheiten bilden neben den Formen der Willkür und des Gebots den Kern des rechtlich-normativen Gefüges der Zeit.<sup>15</sup> Maßgeblich für die Geltung der Rechtsgewohnheiten ist der im Gericht – bisweilen unter äußerem Druck – hergestellte Konsens.<sup>16</sup>

Gerhard Dilcher wiederum, der den Begriff ebenfalls systematisch aufgreift und maßgeblich zu seiner Charakterisierung beigetragen hat, könnte demgegenüber eine umfassende Oralitätsthese zugeschrieben werden. Rechtsgewohnheiten umfassen danach den Komplex und das Problem mündlich tradierten Rechts, wobei den oralen Bedingungen Schlüsselcharakter zur Erklärung zukommt. Die Absenz von Texten und die Bindung allein an das Gedächtnis sind es, die dem ungelehrten Recht des Mittelalters seine Form und Existenzweise verleihen und denen sich die festgestellte fundamentale Andersartigkeit verdankt. Darum aber muss auch aus diesen besonderen Bedingungen der Oralität die Entwicklung und Präzisierung des Begriffs erfolgen, soll er ein taugliches Instrument der rechtsgeschichtlichen Forschung abgeben. Es gibt als nichtverschriftetes Recht eine eigenständige, vom Schriftrecht zwar abzugrenzende, aber nicht in jeder Hinsicht an diesem zu messende Form. Diese Form ist die Rechtsgewohnheit (im von Dilcher präferierten Singular).

Rechtsgewohnheit ist als Form lokal an einen konkreten Rechtskreis gebunden, »Einzelakt und persönliche Bezogenheit stehen im Vordergrund, Institutionen oder abstrakte Rechtsregeln als solche treten demgegenüber zurück [...]«. <sup>17</sup> Zu dieser Form tritt Schriftförmlichkeit allenfalls als »feierlicher Akt sakraler Schriftlichkeit« hinzu, z. B. im königlichen Privileg. So berührt vorhandene Schriftpraxis den Primat der Mündlichkeit zunächst nicht, schriftliches Recht ist vorerst »nur ein Überbau über dem Strom oralen Rechts«<sup>18</sup> – erst der massive Einsatz pragmatischer Schriftlichkeit ermöglicht den »qualitativen Umschlag«<sup>19</sup> ins neue textzentrierte Paradigma. Die Erörterung und Vergegenwärtigung mündlich tradierten Rechts hat ihren natürlichen Schwerpunkt im Gericht, in der dinggenossenschaftlichen Versammlung – hier berühren sich die Rechtsmodelle von Weitzel und Dilcher deutlich –, jedoch operiert das Gericht vor einem Hintergrund an Rechtsgewohnheit, die den Rechtskreis normativ bindet und als dessen wichtiger verfahrensrechtlich ausgebildeter Part zur Streitbeilegung das Gericht anzusehen ist: »Auch die orale Rechtsordnung hat natürlich bindende Regeln für alle Beteiligten, also ›objektives Recht‹.«<sup>20</sup> Im Unterschied zu Kroeschell erschöpft sich Recht also nicht im Prozessualen, im Unterschied zu Weitzels Auffassung manifestiert es sich auch außergerichtlich und nicht nur im gerichtlichen Konsens oder in bilateralen Vereinbarungen.<sup>21</sup>

Entscheidende Anstöße zur Vertiefung des Verständnisses von Rechtsgewohnheiten wie zur Weiterentwicklung der korrespondierenden Rechtsmodelle boten in der Folge mehrere Tagungen, einmal der 28. Deutsche Rechtshistorikerkongress in Nimwegen<sup>22</sup> 1990, der der Frage eine eigene Sektion widmete, sowie die Tagungen

eine ungeschriebene Legalordnung nicht gab.«

- 13 Zum Rechtsbegriff Karl Kroeschells PILCH (2009), 279–290.  
 14 J. WEITZEL, Dinggenossenschaft und Recht, Köln, Wien 1985, 29.  
 15 WEITZEL (Fn. 14) 30.  
 16 J. WEITZEL, Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren (in: Fn. 22, 67–86), 74 f. Zum Rechtsbegriff Jürgen Weitzels PILCH (2009) 312–355.

- 17 G. DILCHER, Oralität, Verschriftlichung und Wandlungen der Normstruktur in den Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts, in: Pragmatische Schriftlichkeit im Mittelalter, hg. von K. GRUBMÜLLER, H. KELLER u. N. STAUBACH, München 1992, 9–19, 14.  
 18 G. DILCHER, ›Hell, verständig, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend ...‹, in: ZRG GA 106 (1989) 12–45, 38 Fn. 91.

- 19 DILCHER (Fn. 18) 38 Fn. 91.  
 20 DILCHER (Fn. 17) 15.  
 21 Zu Gerhard Dilcher PILCH (2009) 291–312.  
 22 Daraus hervorgegangen der Sammelband Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter, hg. von G. DILCHER, Berlin 1992.

in Frankfurt<sup>23</sup> im Dezember 2000 und in Fürstentfeldbruck<sup>24</sup> 2004.

*Rechtsgewohnheiten versus  
Gewohnheitsrecht*

Betont wurde von Anfang an die Verfremdungsabsicht,<sup>25</sup> der negative Charakter, zuweilen die destruktive Potenz, die in der Umkehrung der Worte Recht und Gewohnheit zugleich die scharfe Abgrenzung vom Gewohnheitsrecht markiert.

Warum bedarf es einer solchen scharfen Abkehr überhaupt? Reicht es nicht, mit dem Gewohnheitsrecht eine *quasi* zeitlose Kategorie des ungeschriebenen Rechts zur Verfügung zu haben, die präzise das ›Andere‹ des gesatzten Rechts repräsentiert und damit geeignet ist, das ungelehrte Recht des Mittelalters zu erfassen? Das wurde aus guten Gründen verneint. Zum einen ist der Begriff des Gewohnheitsrechts so zeitlos nicht, wie es scheint: Er wird im 18. Jahrhundert gebildet und erfährt seine wesentlich Formung im 19. Jahrhundert. Der Begriff hat sich aus einem gelehrrechtlichen Verständnis von *consuetudo* entwickelt,<sup>26</sup> steht aber im Gefolge der am Volksgeist ausgerichteten Lehre der Historischen Rechtsschule unter anderen geistesgeschichtlichen Prämissen als die seit dem Hoch- und Spätmittelalter entwickelten gelehrten *consuetudines*-Lehren. Sowohl die gelehrten *consuetudo*-Theorien als auch die späteren Gewohnheitsrechtslehren<sup>27</sup> verfehlen die spezifisch oralen Bedingungen des ungeschriebenen Rechts nördlich der Alpen.

So ist es problematisch, schriftloses Gewohnheitsrecht im Rückblick auf Isidor von Sevilla mit *consuetudo* gleichzusetzen und als *lex non scripta* zu begreifen, wenn dahinter immer die Geltungsweise des Gesetzes (*lex* als

*constitutio scripta*) als unverrückbarer und idealer Maßstab bestehen bleibt. So verstandenem Gewohnheitsrecht wird die Qualität zugesprochen, gesetzesgleich zu sein. Es erbt damit vom Gesetz letztlich die schriftformbezogene Struktur des Rechtssatzes. Es ist ein Recht, das derselben Geltungsgrundlage unterliegt wie das Gesetz, wenn auch anderen Geltungserfordernissen. Diese Erfordernisse auf den Punkt zu bringen führt dann zur Vorstellung, Gewohnheitsrecht bedürfe für seine Geltung gemessener Zeiträume (z. B. 30 Jahre) der Übung (*usus*) verbunden mit der Notwendigkeit der Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*). Gewohnheitsrecht kann insbesondere Gesetzesrecht verdrängen,<sup>28</sup> so wie umgekehrt durch das förmlich erlassene Gesetz Gewohnheitsrecht beseitigt werden kann. Das Gesetz als Technik förmlicher Rechtsetzung spielt aber im Frühmittelalter als Grundlage im Bereich weltlichen Rechts (nördlich der Alpen) angesichts fehlender Staatlichkeit, fehlender systematischer Gesetzgebung und Rechtsanwendung nicht die entscheidende Rolle, die in den Gewohnheitsrechtstheorien vorausgesetzt wird. Es fehlt also an der Vorbild gebenden Folie. Zudem scheint im frühmittelalterlichen Rechtsleben dem aus der antiken Rechtstradition herkommenden Begriff der *consuetudo* kein eigener volkssprachlicher Begriff entsprochen zu haben und, was schwerer wiegt, der ganze Vorstellungskomplex nicht ausgebildet gewesen zu sein: Das Wort *giwonabeit* wurde umgekehrt als Rückübersetzung von *consuetudo* erwiesen.<sup>29</sup> Wenn sich Rechtsgewohnheiten also vom Gewohnheitsrecht abgrenzen, dann weil der gesamte theoretische Komplex als dem Frühmittelalter unangemessen erkannt wurde<sup>30</sup> – gesucht wird nach einer viel ursprünglicheren, archaischeren Form von Recht, nach »Gewohnheitsrecht im ursprünglichen Sinn«.<sup>31</sup>

23 Siehe dazu den Sammelband Rechtsbegriffe im Mittelalter, hg. von A. CORDES u. B. KANNOVSKI, Frankfurt 2002.

24 Siehe dazu den Sammelband *Leges, Gentes, Regna*, hg. von G. DILCHER u. E. M. DISTLER, Berlin 2006, sowie die Rezension von A. THIER, in: *Quaderni Fiorentini* 37 (2008) 564–577.

25 KROESCHELL (Fn. 3) 315; G. DILCHER, *Mittelalterliche*

Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem (in: Fn. 22, 21–65) 30.

26 R. GARRÉ, *Consuetudo*, Frankfurt 2005.

27 Zum Beispiel S. BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, Breslau 1899.

28 Im Einzelnen ist das eine sehr komplexe Frage; vgl. BRIE (Fn. 27) 78 ff.; GARRÉ (Fn. 26).

29 G. KÖBLER, *Zur Frührezeption der consuetudo in Deutschland*, in: *HJb* 89 (1969) 337–371.

30 WEITZEL (Fn. 14) 1348.

31 DILCHER (Fn. 25) 23.

Damit gelangen wir zum zweiten wesentlichen Merkmal der Rechtsgewohnheiten und das ist der »instrumentelle Charakter« des Begriffs, der nur »aus dem Verständnishorizont der Gegenwart«<sup>32</sup> entwickelt werden kann. Instrumentell ist der Begriff, weil er eine fremd gewordene Rechtswelt in ihrer Eigenart begreiflich machen will, für die die geeigneten Kategorien fehlen. Das berührt unmittelbar zwei methodische Probleme, einmal das altbekannte der Übersetzung i. S. v. Philipp Heck,<sup>33</sup> zum anderen aber die Schwierigkeit, dass in der rechtsgeschichtlichen Forschung sich immer wieder die moderne Vorstellung einer »Rechtsordnung« (eines Systems von Rechtssätzen) über den Forschungsgegenstand gelegt hat, was zu Verzerrungen und Anachronismen geführt hat und zur Gefahr, die Andersartigkeit der grundlegenden Denkformen zu verfehlen. Die von Gerhard Dilcher gezogene Konsequenz lautet: »Es bedarf anderer methodischer Zugänge zu diesem Recht«, weil das »Axiom rechtshistorischer Hermeneutik«, nämlich dass der Jurist – jeder Jurist – durch seinen vertrauten Umgang mit Recht im Prinzip gerüstet ist zum Verständnis für jederlei Recht, hier nicht gilt.<sup>34</sup>

Diese zweite Art von Übersetzungsproblem – wie übersetze ich das in der Quellsprache selbst schon nur gebrochen sichtbare Objekt der Forschung in Begriffe, die im Kontext des modernen Rechts gebildet wurden, von Menschen, deren Vorverständnis von Recht nicht restlos von diesen modernen Bedingungen wird abstrahieren können, mindestens nicht solange sie ihren Zeitgenossen verständlich bleiben wollen – diese zweite Art von Übersetzungsproblem dürfte überhaupt die größte Herausforderung für die Rechtsgeschichte darstellen. In dieser instrumentellen Ausrichtung erwartet man sich Fortschritte durch eine methodische Öffnung

hin zu anderen Disziplinen, wie der Ethnologie, der juristischen Anthropologie, aber auch der Rechtslehre, die etwa eine andere Art von Rechtsstrukturlehre zur Verfügung zu stellen in der Lage sein müsste als die übliche, ganz auf Normsätze bezogene. Die methodische Offenheit ist mit den Rechtsgewohnheiten von Anfang an fest verbundenes Programm.

#### *Rechtsgewohnheiten im Rahmen der Typologie Wilhelm Ebels*

Sucht man zur Präzisierung der Rechtsgewohnheiten nach weiteren begrifflichen Abgrenzungen, so fällt auf, dass in der Darstellung und der Ausgestaltung des Begriffs der Rechtsgewohnheiten regelmäßig auf die Typologie des Rechts von Wilhelm Ebel verwiesen wird, gleichsam als Bezugsrahmen, innerhalb welchem Rechtsgewohnheiten ihre Funktion erfüllen. Ebel unterscheidet in seiner *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland* von 1956 bekanntlich drei von einander abgrenzbare Formen,<sup>35</sup>

- (1) das ungesetzte Recht in Gestalt des Weistums;
- (2) das vom Herrscher oder der sonstigen Obrigkeit befohlene Recht (Rechtsgebot);
- (3) die von den Rechtsgenossen vereinbarte Satzung (Willkür).

Er sieht allerdings in dem von ihm untersuchten Zusammenhang nicht Grundformen des Rechts, sondern solche des Gesetzes.<sup>36</sup> Die drei Grundformen begegnen in Weitzels *Dinggenossenschaft und Recht* wieder als *recht* (konsequent kleingeschrieben!), *Gebot* und *Willkür* und stellen dort die maßgebliche Grundstruktur dar.<sup>37</sup> *recht*, *Gebot* und *Willkür* bilden ein Kategoriensystem, spannen gleichsam einen dreidimensionalen Begriffsraum auf, in dem das ungelehrte

32 R. SCHULZE, »Gewohnheitsrecht« und »Rechtsgewohnheiten« im Mittelalter (in: Fn. 22, 9–20), 13.

33 PH. HECK, Übersetzungsprobleme im frühen Mittelalter, Tübingen 1931.

34 DILCHER (Fn. 25) 29.

35 W. EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 2. erw. Aufl. Göttingen 1958, 11.

36 Kritik an Ebels Gesetzesbegriff und Rechtstypologie von M. TH.

FÖGEN, Morsche Wurzeln und späte Früchte, in: RJ 6 (1987) 349–360; J. RÜCKERT, Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung, in: ZRG GA 111 (1994) 275–309, 281 f. u. 307 ff.; D. WILLOWEIT, Vom alten guten Recht, in: Jahrbuch des Historischen Kollegs 1997, 23–52, 44 f.

37 »Wir bedürfen dieser Typen, die im Gegensatz zu allgemeinen De-

initionen »des Rechts« nicht den Außengrenzen, sondern den Binnenstrukturen des Rechts gelten, zum Verständnis des normativ-rechtlichen Gesamtgefüges des fränkisch-deutschen Mittelalters.« WEITZEL (Fn. 14) 54.

Recht des Mittelalters und seine Erscheinungsformen verortet werden können.<sup>38</sup> Jürgen Weitzel bezeichnet das Schema als zwar »nicht frei von gewissen Unschärfen«, doch als »grundsätzlich tauglich und der Fortbildung wert«.<sup>39</sup> Überhaupt entsteht der Eindruck einer wohlwollenden und positiven Rezeption Ebels bei jenen, die den Begriff der Rechtsgewohnheit maßgeblich entwickelt haben.<sup>40</sup> Der Bezug zu den Rechtsgewohnheiten wird dadurch hergestellt, dass in der Art einer Einbettung die Rechtsgewohnheiten mit der Grundform *recht* identifiziert werden.

Das in Weistum und Urteil nach Ebel zum Ausdruck kommende *recht* hat zum Teil Eigenschaften, die direkt der von Fritz Kern geprägten Formel vom ›guten alten Recht‹ entsprechen<sup>41</sup> (Recht als »eine ewig gültige Ordnung der Dinge, als eine den Dingen des Lebens innewohnende, sozusagen natürliche Ordnung«<sup>42</sup>), teilt andererseits mit seiner Charakterisierung als mündlich tradiertes Wissen wesentliche Eigenschaften, die die Rechtsgewohnheiten ausmachen. Es geht um ein Recht, das seinen Schwerpunkt im Gericht hat, um im Urteil gefunden oder gewiesen zu werden, und jedenfalls in einem deutlichen Gegensatz zur modernen Vorstellung »von einem Rechtssystem, einer gedachten, vom Konkreten losgelösten, logisch in sich geschlossenen Ordnungswelt«<sup>43</sup> steht. Versteht man Rechtsgewohnheiten als methodischen Versuch, Kerns Lehre zu überwinden, dann kann man sie als Vertiefung des ebelschen Ansatzes verstehen.<sup>44</sup>

In der systematischen Abgrenzung der Rechtsgewohnheiten von den beiden anderen Grundformen Ebels (Gebot und Willkür), die an dieser Stelle nicht geleistet werden kann, dürfte v. a. das Verhältnis von *recht* (Rechtsgewohnheit) und Willkür Probleme aufwerfen.<sup>45</sup> Das Wort ›Willkür‹ ist etwas gewöhnungsbe-

dürftig, weil damit nicht im umgangssprachlichen Sinn willkürliches, also grundloses Verhalten gemeint ist, sondern die auf dem eigenen Willen gegründete Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten verbunden mit der Unterwerfung unter festgesetzte Rechtsfolgen für den Fall der Nichterfüllung (Verwillkürung ist »bedingtes Selbsturteil«<sup>46</sup>). Die Kategorie der Willkür ist jedoch insgesamt problematisch, nicht nur weil hier ein quellenmäßiger Begriff des Spätmittelalters auf das Frühmittelalter hin erstreckt wird. Er ist problematisch auch wegen des weitgefassten Bogens, der gespannt wird, wenn neben der statutarischen Willkür, die in Stadtrecht und Gottes- bzw. Landfriedensrecht so wirkmächtig geworden ist, eben auch die bilateral eingegangene Verpflichtung – also der Vertrag – darunter fallen soll.<sup>47</sup> Die Frage ist, inwieweit diese Art der Verpflichtung überhaupt mit der abstrakten Kategorie des Vertrages fassbar ist und ob Begriffe wie der des Vertrages oder das noch abstraktere ›Rechtsgeschäft‹ nicht viel zu viel an modernen Vorstellungen in die Verhältnisse tragen.

Das ganze Gefüge wird zudem noch überlagert von der Problematik des Eides und seiner Rolle in der Verwillkürung. Paolo Prodi etwa spricht von einer »Unterschätzung der Rolle des Eides als Sakrament bei der Schaffung von Recht auch in der neuesten Literatur« und bezieht sich dabei konkret auf *Dinggenossenschaft und Recht*.<sup>48</sup> Wir haben es, so gesehen, mit drei Kandidaten zu tun, die man als Ursprung der eigentlichen Rechtsverpflichtung sehen könnte: dem Vertrag, der Verwillkürung und dem Eid. Worauf beruht nun die rechtliche Wirkung, worin ist der eigentliche Geltungsgrund oder mindestens Entstehungsgrund dieser Art Recht zu sehen? Ist es die beiderseitige Willensübereinstimmung der Parteien als solche, die als *lex*

38 S. auch PILCH (2009) 181–204.

39 J. WEITZEL, Versuch über Normbildung, in: Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein, hg. von E. J. LAMPE, Frankfurt 1997, 371–402, 380.

40 Vgl. DERS., Die Konstituierung der Gemeinde aus der Rechtstheorie, in: Theorien kommunaler Ordnung in Europa, hg. von P. BLICKLE, München 1996, 163–180, 163 f. Weitzel gibt im Zu-

sammenhang mit dieser bewussten Rezeption Ebels zugleich den Hinweis, dass im Schema die rechtsgestaltende Vertragspraxis unterrepräsentiert und diese gegebenenfalls als vierte Form zu ergänzen sei (J. WEITZEL, ›Deutsches Recht‹, in: LMA III [1986] Sp. 777–781, Sp. 778). Die Vertragspraxis hätte dann eine Mittelstellung und Mittelstellung zwischen den Rechtsgewohnheiten (als deren Quelle sie

anzusehen wäre) und der Willkür. Damit ist grundsätzlich die Frage der Zuordnung und analytischen Abgrenzung hinsichtlich dieser Grundformen aufgeworfen.

41 F. KERN, Recht und Verfassung im Mittelalter, in: HZ 120 (1919) 1–80.

42 EBEL (Fn. 35) 13.

43 EBEL (Fn. 35) 14.

44 WEITZEL (Fn. 39) 380; DILCHER (Fn. 25) 26.

*contractus* autonomes Vertragsrecht schafft, ist es das in der Verwillkürung zum Ausdruck kommende bedingte Selbsturteil, an das unmittelbar Sanktionen geknüpft werden können, oder ist es die sakramentale bzw. quasisakramentale Berufung auf jenseitige Mächte, die einen durch den Eid erschließbaren transzendenten Geltungsgrund aktivieren?

Es ist bisher nicht hinreichend herausgearbeitet worden, worin im Einzelnen die Differenz im Verpflichtungsgrund besteht, die es überhaupt rechtfertigt, von verschiedenen Kategorien des Rechtlichen auszugehen, wie das z. B. Hasso Hofmann mit der verwandten Kategorientrias ›Gebot – Vertrag – Sitte‹ versucht hat, die er als »Urformen der Begründung von Rechtsverbindlichkeit« deutet.<sup>49</sup> Insbesondere die Kategorie der Willkür bedürfte einer neuerlichen Behandlung, Überarbeitung und Diskussion in der Weise, wie sie für die Rechtsgewohnheiten intensiv betrieben wird.

#### *Rechtsgewohnheiten als gedächtnisgebundene Form*

Rechtsgewohnheiten bilden als tragende Schicht des ungelehrten Rechts eine vor allem aus den Bedingungen einer (semi-)oralen Kultur heraus zu verstehende Rechtsform. Wenn wir von streng oralen Verhältnissen ausgehen – was für das frühe Mittelalter natürlich nicht zutrifft,<sup>50</sup> aber zum Zweck der Kategorienbildung idealisierend angenommen werden soll<sup>51</sup> –, so bedeutet das die alternativlose Auslieferung des Rechts, d. h. des gesamten rechtlichen Wissens an das Gedächtnis, an das kulturelle bzw. kollektive Gedächtnis der Rechtsgenossen, wie es genannt wird,<sup>52</sup> aber d. h. letztlich an das individuelle Gedächtnis aller Akteure. Der Prozess des Erinnerns kann sich dabei weitgehend nicht

auf schriftliche Dokumente stützen. Die Art der Gedächtnisbindung ist für das Recht und seine Struktur von ganz elementarer Bedeutung. Die Fehlerhaftigkeit der Erinnerung, das Zusammenspiel von Bewahrung, Vergessen und Umformung, gewollt und ungewollt, bewusst und unbewusst, ist also im Rechtsbegriff selbst ins Kalkül zu ziehen.

Rechtsgewohnheiten lassen sich so i. w. S. als *allgemeine Bewahrform* des Rechts verstehen, die dem Schema der ebelschen Trias eigentlich übergeordnet ist, da ja alle Grundformen (*recht*, Gebot, Willkür) für ihren weiteren Bestand und die Entfaltung rechtlicher Wirkung auf nichts anderes bauen können als auf Erinnerung und Wiedererinnerung. Die rituellen Formen der Rechtsbegründung – mit ihren Wortformeln, Rechtshandlungen, Gesten und Symbolen – und der Rahmen inszenierter Öffentlichkeit zielen ja gerade darauf, das Recht möglichst fest in dieser Erinnerung zu verankern.

Im Gegensatz dazu kann man Rechtsgewohnheiten – jetzt in einem engeren Sinn innerhalb des Dreierschemas – zugleich als *besondere Entstehungsform* von Recht ansehen. Das Besondere der Entstehungsform ›Rechtsgewohnheit‹ liegt darin begründet, dass durch das unausweichliche Vergessen und Verformtwerden des Erinnerten der rechtliche Inhalt laufend eine durch den Erinnerungsprozess selbst nicht kontrollierbare Veränderung erfährt. Insbesondere kann im Weiterbestehen von Recht als Erinnerung das Wissen um die ursprüngliche Form der Rechtsbegründung verloren gehen. So mag man sich z. B. an die konkreten Umstände, die Beteiligten, die vormaligen Eigentümer usw. einer Schenkung nach einer gewissen Zeit nicht mehr erinnern, aber doch daran, dass ein rechtsförmlicher Besitzwechsel stattgefunden hat, vielleicht wird nach mehreren Menschenaltern auch das

45 WEITZEL (Fn. 14) 51.

46 W. EBEL, Die Willkür, Göttingen 1953, 37. Vgl. DERS. (Fn. 35) 21.

47 EBEL (Fn. 46) 37.

48 P. PRODI, Das Sakrament der Herrschaft, Berlin 1997, 57.

49 H. HOFMANN, Gebot – Vertrag – Sitte, Baden-Baden 1993, 7.

50 »Durch das ganze Mittelalter hindurch stehen eine gelehrte Schriftkultur und eine orale Volkskultur nebeneinander, beobachten und

beeinflussen sich gegenseitig.

Wenn wir die eine erforschen, dürfen wir die andere nie ganz aus den Augen verlieren [...]«, G. DILCHER, Mittelalterliches Recht und Ritual in ihrer wechselseitigen Beziehung, in: FmSt 41 (2007) 297–316, 299; ähnlich WEITZEL (Fn. 16) 68.

51 Zu den »Konsequenzen eines gänzlich schriftlos gelebten Rechts« und zu den Leistungen

der Schrift für das Recht J. WEITZEL, Schriftlichkeit und Recht, in: Schrift und Schriftlichkeit, hg. von H. GÜNTHER u. O. LUDWIG, Berlin 1994, 610–619.

52 J. ASSMANN, Das kulturelle Gedächtnis, 3. Aufl. 2000. Eigentlich bildet innerhalb der Theorie Assmanns das ›kollektive Gedächtnis‹ den Oberbegriff für die subtile Unterscheidung zweier *modi memorandi*, zwischen ›kulturellem

vergessen und nur noch erinnert, dass die betreffende Liegenschaft oder Kirche seit jeher im Eigentum der Vorfahren der jetzigen Besitzer stand.<sup>53</sup> In diese Formung der Erinnerung können und müssen durchaus auch Fehler eingehen.<sup>54</sup> In diesem der Fehlerhaftigkeit des (nicht schriftgestützten) Gedächtnisses geschuldeten Defizit liegt die Quelle der Eigenständigkeit der Rechtsgewohnheit als Rechtsform. Rechtsgrund ist jetzt nicht mehr die ursprüngliche *traditio*, also der Vertrag bzw. die rituelle Form der Übertragung, die längst vergessen sind, sondern *die Erinnerung selbst*, d. h. die gemeinsame Überzeugung der Rechtsgenossen vom Bestehen des Rechts, insofern sie sich einzeln und kollektiv daran erinnern. In diesem Sinne findet also laufend auf der konkreten Ebene einzelner Rechte und Berechtigungen eine Transformation von Vertragsrecht (die Form, mit der das Recht konkret begründet wird) in Rechtsgewohnheiten (die Form, in der es auf lange Sicht bewahrt bleibt) statt.

Zugleich geht mit dieser Art ›Rechtserhaltung durch Erinnerung‹ notwendig ein Abstraktionsprozess einher. Etwas wird stets ›als etwas‹ erinnert und es erfordert die Allgemeinheit des Begriffs, damit Recht, auch die noch so isolierte einzelne Berechtigung, überhaupt thematisiert werden kann. Insbesondere muss die Behauptung erlittenen Unrechts oder die Inanspruchnahme eines konkreten Rechts in die Allgemeinheit des Begriffs gebracht werden, um kommunizierbar und verstehbar zu sein. Von Recht kann erst gesprochen werden, wenn die Sprache Termini und Begriffe für Rechtliches zur Verfügung hat. Diese also schon in der Erinnerung konkreten Rechts vorausgesetzte Abstraktionsleistung ermöglicht durch die zahllosen sich implizit über lange Zeiten ergebenden Fallvergleiche die Herausbildung einer Typologie von

Unrechtstatbeständen, an Hand derer die Grenzen der Berechtigungen und die Schwelle zum ›Unrecht‹ bestimmbar sind. Darin kommt zum Ausdruck, was hinter den Ausdrücken ›mein‹ und ›dein‹, ›eigen‹ und ›fremd‹ für typisierte und anerkannte Rechtsausübung steht. Auf solche Komplexe materiellrechtlicher und verfahrensrechtlicher Art beziehen sich auch die in der Dingsprache ausgebildeten Rechtswörter. Die Rechtswörter gehören so – weil sie Teil der Erinnerung sind und in dieser sprachliche Fixpunkte bilden – wesentlich zur Schicht der Rechtsgewohnheiten. Erst das beim Namen genannte Unrecht führt im Konflikt ins Gericht und erlaubt eine prozessförmliche Behandlung, nicht die Gewalttat oder der Übergriff als solche. An die Seite der subjektiven Berechtigungen tritt also von Anfang an Recht in genereller Gestalt, es zwingt aber in diesem Verhältnis nichts dazu, die subjektive Berechtigung wie im modernen Recht als aus dem generellen (objektiven) Recht systematisch abgeleitet zu denken, sie ist vielmehr Bedingung der Möglichkeit konkrete Verfügungsansprüche über Sachen und Personen als Recht zu deuten.

#### *Zeitstruktur und inhaltliche Bestimmung*

Die Verankerung in der Erinnerung bedeutet, dass Rechtsgewohnheiten wesentlich durch ihre temporale Struktur geprägt sind. Dadurch, dass Erinnerung immer auf Vergangenes Bezug nimmt und diese Vergangenheit damit nicht nur präsent gemacht, sondern mit jedem Erinnerungsakt von Neuem rekonstruiert wird, wenn Recht thematisiert wird, ist auch diese Zeitstruktur im Recht immer präsent. Das hat durchaus Auswirkungen auf die fundamentalen Zwecke, die wir mit dem Recht verbunden sehen, unter denen hier zwei hervorgehoben seien: erstens die

und ›kommunikativem‹ Gedächtnis (48 ff.); vgl. dazu A. ERLI, Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen, Stuttgart 2005, 112 ff.

53 Ein illustratives Beispiel für diese Art von Erinnerung ist die Beschreibung eines Besitzprozesses in den Freisinger Traditionen, das von Karl Kroeschell seines repräsentativen Charakters wegen in seine Mittelalterliche Rechtsge-

schichte aufgenommen wurde (TH. BITTERAU, Die Traditionen des Hochstifts Freising, Bd. 1, München 1905, Nr. 401a; K. KROESCHELL, Deutsche Rechtsgeschichte I, 10. Aufl., Opladen 1992, 101 f.; zum Hintergrund W. STÖRMER, Zur Bedeutung der Gerichtsprozesse in den Freisinger Traditionen, in: Z. f. bay. Landesgesch. 68 [2005] 255–273, insbes. 260 f.).

54 Dazu grundlegend FRIED (Fn. 9). Wenn das, was Fried in seinem Buch ausführt, für die Historiographie bedeutsam ist, dann mindestens ebenso sehr für die Rechtsgewohnheiten.



Funktion, ›Ordnung auf Dauer zu stellen‹<sup>55</sup> und zweitens die, ›den Frieden zu sichern‹. Wahrscheinlich ist die zweitgenannte Funktion noch grundlegender als die erste; Recht ist zuallererst Friedensprogramm, alle anderen Funktionen des Rechts beruhen darauf, dass es diese seine Friedensfunktion in einem Mindestausmaß erfüllt.

Ordnung auf Dauer stellen bedeutet unter den Bedingungen oraler Kultur v. a. »Erinnerung auf Dauer zu stellen«,<sup>56</sup> d. h. das Wesentliche selektieren, Formen der iterativen rituellen Vergegenwärtigung entwickeln und die Einzelerinnerungen der Vielen laufend synchronisieren – und das einzig mit Hilfe des flüchtigen Gedächtnisses inmitten widerstreitender Interessen. Die Techniken, die orale Kulturen entwickelt haben, um ihr Gedächtnis zu organisieren, haben darum stark formalisierten Charakter<sup>57</sup> – Rituale, Symbole, wiederkehrende Formen, sprachliche Hilfsmittel wie Alliteration, Paarformeln, Rechts-sprichwörter u. ä.

Unter solchen Bedingungen stellt das Gericht in der Gestalt des dinggenossenschaftlichen Verfahrens eine perfekte Integration dieser beiden Aspekte dar: Es ist Friedensprogramm und Organisation von Erinnerung in einem. Das Gericht ist ein Sonderfriedensbezirk, in dem in ritualisierter Form qualifiziert Öffentlichkeit hergestellt wird. Es ist der Rahmen für die Umwandlung von Dissens in Konsens, es ordnet Recht und Unrecht konkret zu, formal ohne es inhaltlich zu thematisieren, es stellt Frieden und Ordnung (wieder) her und schafft Identität. Die starke Verklammerung von Gericht und Rechtsgewohnheiten kommt also nicht zufällig, sondern ist in der temporalen Struktur der Rechtsgewohnheiten selbst grundgelegt. Die starre Form des Rechtsganges ist so der Rahmen für die Vergegenwärtigung von Recht in jenen kritischen Momenten, wenn darüber Streit herrscht,

und zugleich selbst allein durch Erinnerung tradierte Rechtsgewohnheit. Gleichwohl stellt die Herausbildung dieser Form eine große kulturelle Leistung dar und ist Ausdruck von Rationalität. Diese Einschätzung ist selbst für jene Momente im Verfahren mit Nachdruck zu verteidigen, die gemeinhin als irrationale Aspekte des mittelalterlichen Rechts gelten: das Ordal, den Reinigungseid und den gerichtlichen Zweikampf. Die Rationalität liegt darin, dass im Rahmen allgemein geteilter Überzeugungen ein rituelles Verfahren zur Streitentscheidung ausgebildet ist, das ob seiner strengen Form berechenbare Züge aufweist.<sup>58</sup>

In der temporalen Struktur der Rechtsgewohnheiten lassen sich verschiedene Zeithorizonte unterscheiden. In den zeitlichen Nahhorizont des Erinnerns fallen rechtlich relevante Ereignisse, an die Rechtsgenossen sich im Rahmen des von Alltagsinteraktion getragenen kommunikativen Gedächtnisses erinnern. Dabei sind für das Recht nicht so sehr die weiter zurückreichenden Erinnerungen bedeutsam – nach dem Modell Assmanns hat das *kollektive Gedächtnis* eine Reichweite von 80 bis 100 Jahren<sup>59</sup> –, sondern der Ultranahebereich, das Erinnern von einem Tag zum nächsten, ja von einem Augenblick zum anderen, das für die Zuordnung und Abgrenzung rechtlicher Befugnisse und konkreter Berechtigungen ganz konstitutiv ist, aber für gewöhnlich als selbstverständlich übersehen wird. Das in der tagtäglich gelebten ungestörten sozialen Ordnung präsente Recht – das Recht in seiner Ruhelage (Weitzel) – hat diese Gedächtnisleistung als unverzichtbare Voraussetzung.<sup>60</sup> In den Nahhorizont fallen aber auch die außergewöhnlichen Ereignisse von Rechtsstreit und rituell vollzogenen Rechtsänderungen (z. B. Eigentumsübertragung oder persönliche Änderung des rechtlichen Status). Der verfahrensrechtliche

55 »Wenn Recht überhaupt eine Funktion in einer Gesellschaft haben soll, dann doch die, gewisse Grundstrukturen auf Dauer zu stellen.« G. DILCHER, *Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit*, in: *Hochmittelalterliches Geschichtsbewußtsein im Spiegel nichthistoriographischer Quellen*, hg. von H.-W. GOETZ, Berlin 1998, 31–54, 33.

56 FRIED (Fn. 9) 220.

57 Zur Entlastungsfunktion der strengen Formgebundenheit von Ritualen N. LUHMANN, *Soziale Systeme*, Frankfurt 1987, 613 f.

58 Dazu DILCHER (Fn. 50) 303.

59 Als »mit der Gegenwart mitwandernder Horizont von 3–4 Generationen«, ASSMANN (Fn. 52) 56.

60 Wer jemals Einblick in Betreuungseinrichtungen für Alzheimerpatienten hatte, der weiß um die

konstitutive Bedeutung dieser Art von ultranahem Erinnerungsvermögen. Rechtliche Eigentumsbegriffe verlieren unter diesen Umständen für die Bewohner jegliche Bedeutung und die individuelle Zuordnung von Eigentum an Alltagsgegenständen ist für das Betreuungspersonal auch unter größten Anstrengungen nicht aufrecht zu erhalten.

Rahmen selbst aber, also dass es überhaupt eine dinggenossenschaftliche Versammlung mit einer vorgegebenen Struktur von Handlungsabläufen gibt, weiters die in der Rechtssprache entwickelten Abstraktionen und Typisierungen (wie z. B. die in den Volksrechten überlieferten Unrechtsstatbestände) fallen grundsätzlich in den Fernhorizont des Erinnerns, sind dem, was Assmann das kulturelle Gedächtnis nennt, zuzuordnen. Diese Elemente sind seit unvordenklicher Zeit vorhanden und es gibt keine konkrete Erinnerung an ihr Entstehen, allenfalls eine mythische Rekonstruktion, sie sind Teil der kulturellen Identität. Freilich hat man es im Leben immer mit einem Zusammenspiel beider *modi memorandi*<sup>61</sup> zu tun: Das Ding als Institution gehört dem kulturellen Gedächtnis an, die konkreten Dingversammlungen, ihr Verlauf und die getroffenen Entscheidungen, soweit noch erinnerbar, dem kollektiven Gedächtnis. Es ist allerdings fraglich, ob die Theorie Assmanns mit dieser Unterscheidung für das Recht eine angemessene Perspektive bereitstellt. Die Unterscheidung zwischen kulturellem und kommunikativem Gedächtnis ist sehr stark ereigniszentriert. Im Recht ist die durch Einzelereignisse geschaffene (dauerhafte) Rechtslage aber meist wichtiger als das rechtsbegründende Ereignis selbst. Die geschaffene Rechtslage kann durch die fortlaufende Übung im Gedächtnis verbleiben, auch wenn das rechtsbegründende Ereignis selbst vergessen wurde.

Aus der Analyse von Form und Zeitstruktur heraus kann man versuchen Rechtsgewohnheiten inhaltlich zu bestimmen; zumindest drei Hauptgruppen wären zu unterscheiden:

- (1) das Verfahrensrecht, insbesondere das gerichtliche Verfahren, aber auch Rechtsrituale und symbolische Formen (z. B. bei der Eigentumsübertragung oder Statusänderung).

- (2) Abstraktionen, die als Rechtsprinzipien,<sup>62</sup> Rechtsbegriffe<sup>63</sup> und grundlegende Unrechtsstatbestände eine allgemein akzeptierte Schicht materiellen Rechts bilden, darunter hervorzuheben die Rechtswörter der Dingsprache. Statt von abstraktem Recht, das es dem heutigen vergleichbar nicht gegeben hat, könnte man in Umkehrung der Termini von ›Rechtsabstraktionen‹ sprechen.
- (3) die Unzahl der konkreten individuellen Rechte, Berechtigungen und Rechtsverhältnisse, die *alleine* noch in der Form der Erinnerung präsent sind.

Die drei Gruppen enthalten neben dem Verfahrensrecht also auch Komplexe, die als materielles Recht zu sehen nahe liegt – allerdings in zwei ganz unterschiedlichen Typen: generelle Rechtsabstraktionen und konkrete Berechtigungen. Das entscheidende gemeinsame Merkmal in dieser Zusammenstellung ist die Verankerung von Recht im Gedächtnis und nicht in Textdokumenten oder Willensakten. Insoweit auf dieser Grundlage sich tatsächlich nicht zwischen dem Bestehen von Recht und der bloßen Überzeugung, dass ein Recht besteht, unterscheiden lässt, kann man dieses Recht als ›Überzeugungsrecht‹ charakterisieren.<sup>64</sup>

Die lange Übung von Berechtigungen – quasi die ungestörte Lebensordnung in ihrem tagtäglichen Vollzug – ist ein Indiz dafür, dass eine entsprechende Rechtsüberzeugung existiert, sie ist aber nicht selbst der Rechtsgrund. Auch der gleichförmig geübte Rückgriff auf Rechtsabstraktionen zeigt das Bestehen entsprechender Rechtsgewohnheiten nur an, auch hier liegt in der lang dauernden Übung nicht selbst der Rechtsgrund.<sup>65</sup> Aber auch der Konsens ist nur als ein solches Indiz zu sehen und nicht selbst als Rechtsgrund. Nur insoweit die im Konsens zum

61 ASSMANN (Fn. 52) 48 ff.

62 Ein Beispiel für ein Rechtsprinzip: »*quia omnes scire debent, quod suum, non alienum est.*« (Ed. Roth. c. 151). In dieser Bestimmung geht es nicht etwa um die Begründung einer Norm, etwas Bestimmtes wissen zu müssen, sondern das vorausgesetzte Prinzip, eigenes Gut von fremdem unterscheiden zu können, das sich durch die gesamte rechtliche Ord-

nung zieht, wird dazu herangezogen, die relativ harte Sanktion für das Betreiben einer Mühle auf fremdem Grund zu rechtfertigen.

63 Ein Beispiel für die Definition eines Rechtsbegriffs: »*Legitima aetas est, postquam filii duodecim annus habuerint.*« (Ed. Roth. c. 155).

64 WEITZEL, Artikel (Fn. 40) Sp. 779; DERS. (Fn. 14) 21; DERS., Gewohnheiten im lübischen und im sächsisch-magdeburgischen

Rechtskreis, in: *La Coutume / Custom, Bruxelles 1990*, 325–358, 331.

65 WEITZEL (Fn. 16) 79.

Ausdruck kommende Rechtsüberzeugung blind ist gegenüber den Fehlern und Verformungen des Gedächtnisses, kommt durch den förmlichen Konsens im Zuge der Rechtsweisung faktisch Veränderung von Recht zustande. Damit enthalten die Rechtsgewohnheiten ihren eigenen Rechtsgrund in sich, der vom Konsens im Ding zu unterscheiden ist, der auf das gemeinsame Erkennen des Rechts gerichtet ist.

*Rechtsgewohnheiten als  
rechtstheoretische Herausforderung*

Durch die Entwicklung und Verwendung des Begriffs der Rechtsgewohnheiten wurden die seit langem gehegten Zweifel der rechtshistorischen Forschung an der Sinnhaftigkeit und Anwendbarkeit moderner Rechtsvorstellungen auf mittelalterliche Verhältnisse verstärkt. Dieser Prozess hat bis hin zum Aufwerfen der grundsätzlichen Frage geführt, inwieweit »für das schriftlose Recht überhaupt von einer gleichartigen Normativität auszugehen [sei], wie sie aus dem neueren Recht vertraut ist«. <sup>66</sup> Der Prozess hat jedoch nicht so weit geführt, die modernen Kategorien von Norm, Normgeltung und Normanwendung als beschreibende Kategorien der rechtstheoretischen Tiefenstruktur der Rechtsgewohnheiten selbst in Frage zu stellen <sup>67</sup> oder gar zu verwerfen und von einem grundsätzlich anders gestalteten rechtstheoretischen Ansatz auszugehen. Im Gegenteil ist eine am Paradigma von Norm, Regel und Geltung sowie allerlei Derivaten ausgerichtete Begrifflichkeit nach wie vor in rechtshistorischen Arbeiten dominierend – gerade auch in Bezug auf die Rechtsgewohnheiten <sup>68</sup> – und die Antwort wird eher in verschiedenen Varianten der Modifikation des Normcharakters bzw. der Norm- und Geltungsstruktur gesucht. So hat etwa Jürgen Weitzel die

Vorstellungen einer ›unvollkommenen Rechtsgeltung‹ oder eines ›relativen Rechts‹ bzw. einer ›reduzierten Geltungsstruktur‹ <sup>69</sup> in die Diskussion gebracht. Getragen ist dieser Ansatz zugleich von der Überzeugung, dass die rechtliche Struktur der Rechtsgewohnheiten zwingend in geltungstheoretischen Termini abzuhandeln und die ›Kategorie ›Rechtsgeltung‹ als solche auch im Mittelalter unverzichtbar‹ sei. <sup>70</sup>

Normbegriff und Recht werden gegenwärtig so stark miteinander identifiziert, dass eine Infragestellung von ersterem sogleich dem Verdacht unterliegt, der Rechtsbegriff selbst solle preisgegeben und durch vergleichsweise vage Begriffe wie das duale Paar von ›Ordnung und Konflikt‹ ersetzt werden und damit der rechtsgeschichtlichen Forschung gleichsam ihr ureigenster Gegenstand entzogen werden. Die Selbstverständlichkeit, mit der Recht heute als Normensystem verstanden wird, lässt die möglicherweise limitierte Reichweite und Erklärungskraft dieses Erkenntnismodells abseits staatlicher und schriftgestützter Rechtsordnungen nicht oder kaum in den Blick geraten. Das ist umso bemerkenswerter, als die parallele Problematik im Rahmen der Diskussion um das Gewohnheitsrecht in vollem Umfang erkannt wurde und zu bedeutsamen Konsequenzen in der Begriffsbildung geführt hat. Die ›Bindungen des Forschers an den eigenen Erfahrungshorizont als Erkenntnissschranke beim Verständnis des Rechts vergangener Kulturzustände‹ <sup>71</sup> sind, was die Vorbegriffe und Annahmen zur Tiefenstruktur des Rechts betrifft, also besonders stark. Die seit langem abgesicherte Einsicht, dass das frühmittelalterliche Recht keine umfassende und geschlossene Rechtsordnung ausgebildet hat, führt so zwar zu einer gewissen Distanzierung vom Systemgedanken, die systemischen Grundbausteine des Modells, die abstrakten Rechtsnormen, bleiben

66 SCHULZE (Fn. 32) 15.

67 Siehe jedoch die bemerkenswert grundsätzlichen Formulierungen in DILCHER (Fn. 25) 38.

68 Dazu PILCH (2009) 307 ff.

69 WEITZEL, ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, (in: Fn. 23, 43–62) 45; in DERS. (Fn. 16) 76 spricht er von einer ›schwächeren und andersartigen Geltungsstruktur‹.

70 WEITZEL (Fn. 69) 48; vgl. DERS. (Fn. 16) 77.

71 SCHULZE (Fn. 32) 11.

aber weitgehend unangetastet. Die Revolution der Rechtsgewohnheiten bleibt in dieser Hinsicht eine unvollendete.

Es geht aber nicht darum, das Recht als Kategorie zu beseitigen oder ihm seine Sollensqualität (das spezifisch ›Normative‹) abzuspüren, sondern um die Frage, ob die Weise, wie Recht in einer nichtschriftlichen Kultur repräsentiert wird, wie das Wissen bewahrt und aktualisiert wird, angemessen durch ein Modell beschrieben wird, das offenkundig für die Verhältnisse von staatsbezogenem Schriftrecht entwickelt wurde. In diesem Modell sind Norm, System, Geltung und auch Anwendung begrifflich eng verschränkt.<sup>72</sup> Recht, verstanden als Menge von Normen, bildet einen systematischen Zusammenhang, dessen Struktur von den rechtologischen Binnenverhältnissen der Normen zueinander abhängt; diese innere Struktur tritt in Rechtssystemen zur abstrakteren Mengenstruktur hinzu.<sup>73</sup> Die ›Geltung‹, als besondere Seinsweise von Normen, ist definiert als Zugehörigkeit der Norm zum System. Rechtsanwendung wiederum liegt vor, wenn einzelne Normen oder ein ganzes Rechtssystem logisch mit Sachverhalten verknüpft werden und daraus mittels Subsumtionsschlusses Rechtsfolgen (die selber wieder Normen sind) abgeleitet werden.<sup>74</sup> Dieses weitverbreitete Modell, das in dieser sehr abstrakten Gestalt erst in der Folge der Ausbildung des abstrakten Mengenbegriffs in der Mathematik und dessen Rezeption in der Rechtstheorie überhaupt möglich wurde, hatte zwei wesentliche Entstehungsbedingungen, erstens die Herausbildung des Typus des Rechtssatzes, als dessen semantische Abstraktion die Norm angesehen werden kann,<sup>75</sup> und zweitens den verbreiteten Einsatz von Gesetzgebung, d. h. die bewusste autoritative Setzung von Recht. Diese Technik, durch Promulgation von Rechtssätzen

Recht zu schaffen, zu verändern und aufzuheben, führte zur Ausbildung der Rechtsregel – der generellen bedingten Rechtsnorm – als typisiertem Element des Rechts. Das rechtslogische Reflexionsniveau, das erreicht sein muss, um die ›Rechtsregel‹ als allgemeinen und abstrakten Typus – nicht nur einzelne in Regelform gebrachte Momente des Rechts – hervorbringen zu können, setzt einen langen wissenschaftlichen Umgang mit Recht voraus und damit Schriftlichkeit in äußerst elaborierter Form.

In gewisser Weise kann man die Norm als eine Folge der Schrift sehen.<sup>76</sup> Die alphabetische Schrift bewirkt nicht nur eine Diskretisierung ihrer selbst und damit der Sprache in gestufter Form (durch der Ausbildung der syntaktischen Einheiten von Buchstabe, Wort und Satz), sondern befördert auch die Diskretisierung und Digitalisierung der semantischen Inhalte.<sup>77</sup> Erst die Schrift ermöglicht durch das Zusammenstellen und Kombinieren diskreter Einheiten wie Rechtssätzen (Rechtsregeln) die Entwicklung einer entsprechenden Technik für Gesetzgebung und wissenschaftliche Behandlung des Rechts. Die bedingte Norm fungiert dabei mit ihrer Kombination von faktischem Element und deontischem Operator (Gebot, Verbot, Erlaubnis, Ermächtigung), von Tatbestand und Rechtsfolge, als atomarer Bestandteil – Bernd Rütters spricht bildhaft von »Elementarteilchen«<sup>78</sup> –, als flexibler Baustein für den Aufbau und die Analyse von Recht. Jeder rechtliche Stoff kann so in die Form eines Normensystems gebracht werden.<sup>79</sup>

Mit diesem Begriffsinventar kann das Feld des schrift- und textzentrierten Rechtsdenkens gar nicht erst verlassen werden. An dieser Stelle helfen auch Modifikationen in der Struktur von Norm und Geltung nicht weiter; Formulierungen wie ›unvollkommene‹ oder ›reduzierte‹ Rechtsgeltung verdeutlichen nur, dass – wie schon beim

72 »Normen gehören zu Systemen; die normative Betrachtung ist immer systemrelativ. [...] Wenn man fragt, ›Was gilt?‹ [...] bezieht sich die Frage immer genau auf ein Normensystem (Grundsatz der Ausschließlichkeit des Normensystems).« O. WEINBERGER, *Normentheorie als Grundlage für Jurisprudenz und Ethik*, Berlin 1981, 71 f.  
73 PILCH (2009) 49 ff. bzw. 103 ff.

74 P. KOLLER, *Theorie des Rechts*, 2. Aufl. Wien, Köln, Weimar 1997, 80 ff.

75 R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1986, 42 ff.; J.-R. SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechts*, Baden-Baden 1990, 25 ff.

76 Dazu PILCH (2009) 423 f. aufbauend v. a. auf C. STETTER, *Schrift und Sprache*, Frankfurt 1999, 60 ff.

77 »Mit der am Alphabet hängenden syntaktischen Diskretheit unserer schriftlichen Texte, die sich im Zuge der Evolution unserer Orthographie herausgebildet hat [...], wurde der Grund für die Diskretisierung jeder Art verbaler Information gelegt.« C. STETTER, *System und Performanz*, Weilerswist 2005, 11.

78 B. RÜTTERS, *Rechtstheorie*, 4. Aufl. München 2008, 61.

Gewohnheitsrecht – letztlich an Schriftrecht und Schriftrechtskategorien Maß genommen wird: *dieses* ist das *vollkommene* Gegenstück, das Ideal, das die Rechtsgewohnheiten eben nur unvollkommen erreichen.

Die Erstreckung dieses Strukturmodells auf das mittelalterliche Recht bringt also nicht nur die Gefahr von Anachronismen und Verzeichnungen, sondern wirft auch gravierende Durchführungsprobleme auf. Knapp zusammengefasst stößt die Annahme, Rechtsgewohnheiten bestünden aus einer Menge bzw. einem System von Normen, auf drei Schwierigkeiten. Erstens gibt es, wenn man das Recht aus der Teilnehmerperspektive (zumal im gerichtlichen Verfahren) und nicht nur aus der Beobachterperspektive betrachtet,<sup>80</sup> ein Identifizierungsproblem hinsichtlich der geltenden Normen. Es lässt sich kein Kriterium formulieren, gemäß dem man entscheiden kann, ob eine Norm zum Recht gehört oder nicht. Weiters ergibt sich ein Identitätsproblem, weil sich die Menge der Regeln zu einem Zeitpunkt ohne schriftliche Fixierung nicht mit der zu einem anderen Zeitpunkt vergleichen lässt. Der Vergleich wäre immer der zwischen dem gegenwärtigen Regelsystem und dem im Medium des schriftlosen Gedächtnisses rekonstruierten (und damit möglicherweise veränderten) vergangenen Regelsystem. Kein Verfahren kann hier die Regelidentität und -stabilität garantieren.<sup>81</sup> Zuletzt kommt hinzu, dass im mittelalterlichen dinggenossenschaftlichen Verfahren nicht – oder nur untergeordnet – mit Regeln operiert wurde. Es gab weder einen förmlichen Vorgang der Fallnormbildung<sup>82</sup> noch darauf aufbauende Subsumtionsschlüsse zur Urteilsfindung.

Gegen diese Überlegungen lässt sich natürlich einwenden, dass von einer völligen Absenz von Rechtsregeln im Mittelalter nicht die Rede sein kann. Sätze, wie ›Den Dieb soll man hängen‹

aus dem Sachsenspiegel wird man als weitverbreitete normative Vorstellung ganz dem mündlichen Recht zuordnen dürfen und er ist der Form nach eine lupenreine Regel. Dasselbe gilt für die langen überlieferten Bußtaxenkataloge, deren typischerweise mit *si quis* beginnenden Bestimmungen Bedingungen für das Eintreten von Rechtsfolgen formulieren: Das sind der Form nach sogar prototypische bedingte Rechtsnormen. Allein man muss hier unterscheiden: ›Ein Recht operiert mit Regeln‹ ist etwas anderes als ›Eine Rechtsordnung besteht aus Regeln‹. Letzteres bedeutet ein ganz bestimmtes Rechtsmodell – Regeln sind darin konstitutiv und letztes grundlegendes Element. Wenn es mit mnemotechnischen Mitteln – wie Rechtssprichwörtern – gelingt, einzelne Facetten des Rechts als Regeln bzw. in Regelform im Gedächtnis zu halten, so folgt daraus nicht das Vorhandensein einer geschlossenen Regelstruktur für dieses Recht. Die Vorstellung, jederlei Recht sei notwendig aus Normen zusammengesetzt, gleichsam in der Weise, wie die Welt gemäß Wittgensteins Traktat in Tatsachen ›zerfällt (Satz 1.2), ist eine theoretische Prämisse des rechtspositivistischen Erklärungsmodells und hinsichtlich dessen universeller Anwendbarkeit ein Vorurteil.

Was scheitert, ist nicht der Begriff des Rechts selbst, sondern das gängige Modell für seine Repräsentation. Das ungelehrte Recht im Mittelalter ist aber im Wissen der Rechtsgenossen selbst verankert; es ist deren unmittelbare rechtliche Urteilskraft, die Fähigkeit, einzeln und im Kollektiv in ihrer Lebenswelt Recht von Unrecht konkret unterscheiden zu können.<sup>83</sup> Diese Fähigkeit beruht auf Gedächtnis und Sprache. Verorten kann man dieses Wissen in zwei ›Biotopen‹, einmal im ungestörten und unwidersprochenen Vollzug des Rechts selbst, d. h. im Leben in einer rechtlich geordneten Welt (das

79 »Jede Rechtsordnung lässt sich in Rechtsnormen vollständig darstellen«; R. SCHREIBER, Die Geltung von Rechtsnormen, Berlin, Heidelberg 1966, 255.

80 »Die Teilnehmerperspektive ist für das Recht notwendig, sie gehört zu seiner Natur. Ohne Teilnehmer gibt es kein Recht.« R. ALEXI, Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, in: ARSP

95 (2009) 151–166, 160; vgl. KOLLER (Fn. 74) 47 ff.

81 Das gilt zwar in letzter Konsequenz auch für Schriftrecht (die aufgezeichnete Regel ist abhängig vom Kontext, vom systematischen Zusammenhang, dem Verständnis der Begriffe und von den typischen Situationen ihrer Anwendung; all das kann sich geändert haben – so ist selbst bei völliger Textidentität nicht gewiss, ob die Regelformu-

lierung noch die selbe Bedeutung hat), aber dort erlauben hermeneutische Techniken eine Minimierung des Problems in praktischer Hinsicht.

82 WEITZEL (Fn. 16) 86.

83 »Es gibt nur das (richtige) Recht oder gar kein Recht, entweder man weiß es, oder man weiß es nicht. Es wird auch im Einzelfall [...] unmittelbar aus dem rechtlichen Sachverhalt gefunden und

Recht in Ruhelage<sup>84</sup>), und dann im Konflikt und dabei in besonderer Weise im Gericht im Zuge der (Wieder-)Herstellung von Recht: Das gerichtliche Verfahren ist die mittelalterliche Form der Artikulation von Recht *par excellence*. Die angesprochene Ordnung ist dabei als unmittelbare zu nehmen und es macht wenig Sinn, sie ihrerseits wiederum als Regelvollzug oder auch nur als unbewusstes Regelbefolgen zu rekonstruieren, wie das etwa Hayeks Modell der spontanen Ordnung tut: So wenig eine auswendiggelernte Rechtsordnung im Hintergrund besteht, so wenig besteht ein System von Regeln für das Treffen rechtlicher Beurteilungen.

Die eigentliche rechtstheoretische Herausforderung besteht darin, die für orale Rechtskulturen typische Form der Repräsentation von Recht zu verstehen. Versuche, alternative, nicht auf dem Normsystemprinzip aufbauende Modelle eigens für die Tiefenstruktur vorstaatlichen Rechts und solches oraler Rechtskulturen zu entwickeln, wurden bisher von der rechtstheoretischen Forschung nicht unternommen. Sucht man nach einem geeigneten rechtstheoretischen Modell für diese Art der Repräsentation von Recht, so erscheinen nicht die Theorien Hayeks, Harts oder Luhmanns angemessen,<sup>85</sup> sondern eher die prozedurale Rechtstheorie von Ronald Dworkin.

Dworkin, einer der schärfsten Kritiker des Rechtspositivismus, entwickelte seine prozedurale Rechtstheorie in der Auseinandersetzung mit dem Regelpositivismus von H. L. A. Hart,<sup>86</sup> an der im vorliegenden Zusammenhang vor allem das Konzept vom ›Recht als interpretative Praxis‹ interessiert. Recht erweist sich nach ihm nicht als durch den Gesetzgeber vorgegebene Menge von Normen, die anzuwenden wäre, sondern als fortschreitender Interpretationsprozess der Rechtsgemeinschaft (insbesondere der Richter) über ihr eigenes Tun. Gegenstand der

Interpretation ist die Rechtspraxis als ganze und nicht isoliert herausgegriffene Rechtsregeln. Prozedural ist der Ansatz deshalb zu nennen, weil Recht gewissermaßen durch den Prozess im Moment der Interpretation immer wieder neu geschaffen wird. Maßstab für diese Interpretationsleistung ist ein zweistufiges Kriterium: Einmal geht es um die Konsistenz von Recht in der Kontinuität der Entscheidungspraxis (die Dimension des ›fit‹), zum anderen um die (moralische) Rechtfertigung der Entscheidung (die Dimension des ›justify‹), die an dieser Stelle dem Rechtsbegriff eine über das positiviertete Recht hinausgehende Offenheit verleiht. Dworkins Modell ist zwar in keiner Weise auf vorstaatliche Rechtskulturen hin entworfen worden, weist aber in der Weise, wie der Rechtskonkretisierungs- und der Änderungsprozess von Recht konzipiert ist, deutliche Ähnlichkeiten mit Verfahrensweisen des ungelehrten Rechts auf. Das Modell setzt in seiner allgemeinen Grundgestalt weder zwingend den selbsturteilenden Einzelrichter voraus, noch dass der Interpretationsvorgang von pragmatischer Schriftlichkeit getragen ist.

#### *Paradigmenwechsel*

Im Folgenden soll ein Vorschlag unterbreitet werden, der den Zweck verfolgt, die rechtstheoretische Strukturbeschreibung der Rechtsgewohnheiten ein Stück weiter vom Paradigma des Schriftrechts abzurücken, um den Begriff ganz aus den oralen Grundbedingungen heraus entwickeln zu können.

Es sei darum vorgeschlagen, Rechtsgewohnheiten weniger als eigene Rechtsschicht und nicht als besonderen Normtypus zu behandeln, sondern als eigenständigen *Modus des Rechtlichen*, als Repräsentationsform des Rechts, die an die Seite und bisweilen in Konkurrenz zur gewohn-

erkannt.« J. WEITZEL, Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, Göttingen 1981, 8.

84 Zur Frage, »ob man dem unproblematischen, schlicht konsentierten Vollzug der Lebensordnung Rechtsnormen ablauschen kann und soll«, WEITZEL (Fn. 16) 80f.

85 Eine Empfehlung für die rechtsgeschichtliche Forschung, auf die Rechtstheorie der drei Genannten zurückzugreifen, gibt RÜCKERT

(Fn. 4); dazu ausführlich PILCH (2009) 461–479.

86 Vgl. R. M. DWORKIN, The Model of Rules, in: The Univ. of Chicago Law Review 35 (1967) 14–46, 22; DERS., Law's Empire, London 1986; zu Dworkin M. PAWLIK, Ronald Dworkin und der Rechtsbegriff, in: Rechtstheorie 23 (1992) 289–310; C. BITTNER, Recht als interpretative Praxis, Berlin 1988.

ten Repräsentation durch Rechtssätze bzw. Normensysteme tritt. An die Stelle der bisher vorherrschenden Herangehensweise, die spezifische Eigenart der Rechtsgewohnheiten, wie im Schema

		Normstruktur	Geltungsstruktur
Recht (als Normensystem)	Schriftrecht	N <sub>SR</sub>	G <sub>SR</sub>
	Rechtsgewohnheiten	N <sub>RG</sub>	G <sub>RG</sub>

veranschaulicht, durch eine Modifikation der Normstruktur oder der Geltungsstruktur (z. B. im Übergang von G<sub>SR</sub> = ›vollkommene Rechtsgeltung‹ zu G<sub>RG</sub> = ›reduzierte Rechtsgeltung‹) zu beschreiben, tritt ein grundsätzlich anderes Schema mit einem veränderten Blickpunkt:

		Modus	theoretisches Modell
Recht	Schriftrecht	›Norm und Geltung‹	Rechtspositivismus
	Rechtsgewohnheiten	›Ordnung und Erinnerung‹	prozedurale Rechtstheorie

Schriftrecht wird als Recht im (bevorzugten) Modus von ›Norm und Geltung‹, verstanden, Rechtsgewohnheiten sind demgegenüber Recht im Modus von ›Ordnung und Erinnerung‹; letzteres selbst dann, wenn sie in verschrifteter Form auf uns gekommen sind.

Unter dem veränderten Blickpunkt werden Rechtsgewohnheiten nicht als eine systematische Ordnung von Rechtsregeln i. S. eines ausdifferenzierten Normensystems betrachtet – der allgemein akzeptierte Befund geht ja von einer Ungeschiedenheit von Recht, Religion, Moral, Sitte, Brauch usw. aus –, sondern in Umkehrung der Perspektive wird Recht zu einem *Aspekt an der Ordnung*. Recht wird in Fortführung eines Gedankens von Gerhard Dilcher (›Rechtsgewohn-

heit ist eine Ordnung aus Tradition, Herkommen, Gewohnheit unter dem Aspekt des Rechts«<sup>87</sup>) zu *einem* unter vielen möglichen Aspekten an der mittelalterlichen Lebensordnung. Der Aspekt entsteht vom Blickpunkt des modernen Forschers aus und nur für diesen. Das ist die Kehrseite des Umstandes, dass die ›Rechtsgewohnheit‹ kein Quellenbegriff ist, auch nicht die Übersetzung eines Quellenbegriffs, sondern analytisches Werkzeug aus der Distanz. Rechtsgewohnheit bringt so als begriffliches Instrument etwas am Untersuchungsgegenstand zum Vorschein, was als Recht zu interpretieren sich aus der Sicht des modernen Forschers rechtfertigen lässt.

Es geht also in *beiden* unterschiedenen Modi im eminenten Sinn um Recht, der Unterschied betrifft lediglich die (bevorzugte) Form der Repräsentation. Die Bezeichnung ›Ordnung und Erinnerung‹ soll an die beiden wesentlichen Verortungen der Rechtsgewohnheiten erinnern, die allgemeine in der Lebensordnung und die besondere im Rechtsritual, aber man könnte genauso gut von einem ›interpretive mode‹ sprechen. Wenn gesagt wird, Rechtsgewohnheiten leben im Ritual und haben ihren Interpretationsschwerpunkt im Gericht, Schriftrecht hingegen im Text und in der Textauslegung, so könnte auch ein ›ritueller Modus‹ einem ›Normtextmodus‹ gegenübergestellt werden. Der Unterschied der Modi deckt sich damit auch mit dem von Jürgen Weitzel betonten Prinzip, dass »eine Rechtsordnung nur entweder nach den Maximen der Schriftlichkeit oder nach denen der Mündlichkeit gedacht und gedeutet werden kann«.<sup>88</sup> Es kommt also auf die genaue Bezeichnung nicht an. Wichtig aber ist, dass es in der Perspektive dieser Unterscheidung keinen Sinn mehr macht, danach zu fragen, aus welchen Normen als ihren diskreten Elementen Rechtsgewohnheiten bestehen, so wenig, wie es Sinn macht, bei einer Digi-

87 DILCHER (Fn. 25) 29.

88 WEITZEL (Fn. 16) 68; vgl. DERS. (Fn. 39) 379.

taluhr – einer Uhr im digitalen Modus – danach zu fragen: ›wo sind Zeiger und Ziffernblatt?‹.

Die Unterscheidung der beiden Modi bringt die Rechtsgewohnheiten, als Idealbegriff betrachtet, nicht nur in einen Zusammenhang mit Dworkins Rechtstheorie, sondern rückt sie auch in die Nähe des Begriffspaares ›Ordnung und Konflikt‹, das aber seit der Bezugnahme auf Simon Roberts *Order and Dispute* ohnehin seinen festen Platz in der Diskussion um die Rechtsgewohnheiten hat. Mit dieser schon länger anerkannten Einbeziehung ethnologischer Forschungsergebnisse in den mittelalterlichen Rechtsbegriff<sup>89</sup> ist das weite Feld möglicher interdisziplinärer Zusammenarbeit angesprochen, bei dem jeweils der Erkenntnisgewinn aus der Nachbardisziplin der Mühe gegenübersteht, die Eigenständigkeit und Berechtigung des Rechtsbegriffs zu verteidigen und aufrechtzuerhalten. Ähnliches gilt für die Einbeziehung der mittelalterlichen Ritualforschung<sup>90</sup> und ebenso werden die Rechtsgewohnheiten in jenen Aspekten, in denen die Erinnerung und ihre Bedingungen eine konstitutive Rolle spielt, von der gegenwärtigen Gedächtnisforschung profitieren können.

Rechtsgewohnheiten geraten in dieser interdisziplinären Perspektive aber auch in den Horizont eines Forschungsansatzes der Mediävistik, der von der Rechtsgeschichte bisher eher unbeachtet geblieben ist.<sup>91</sup> Unter dem von Stefan Weinfurter aufgebrachten Begriff der *Ordnungskonfigurationen* wird der Zusammenhang von gelebter und gedachter Ordnung im Mittelalter untersucht.<sup>92</sup> Dem Recht kommt in diesem Zusammenspiel ein bedeutender Platz zu. Es bestimmt maßgeblich die soziale Ordnung mit und ist doch zugleich eingebettet in einen gedanklichen Ordnungshorizont, gleichsam die Orientierung an letzten metaphysischen Grundvorstellungen des Zeitalters, von dem her es gedacht

und interpretiert werden muss. Dieser gedankliche Hintergrund muss berücksichtigt werden, weil sonst die für das Recht so wichtige Teilnehmerperspektive nicht richtig verstanden werden kann. So hängt z. B. die ganze im gerichtlichen Verfahren verwendete Technik des Eides und das Heranziehen von Eidhelfern als Teil der realen sozialen Ordnung in der Beurteilung der Wirksamkeit wesentlich davon ab, inwieweit an jenseitige Mächte und v. a. an deren realen Eingriff in das Weltgeschehen tatsächlich geglaubt wurde. Die gedachte Ordnung, die allgemein geteilte religiöse Überzeugung ist so unmittelbar sozial wirksam und rechtsrelevant und zugleich auch der essentielle Interpretationsrahmen für das zeitgenössische Rechtsverständnis. Ein zentraler Punkt im Ansatz der Ordnungskonfigurationen ist nun, dass nicht von einer homogenen Hintergrundordnung oder einem statischen ›mittelalterlichen Ordnungsdenken‹ ausgegangen wird, sondern dass in einer komplex verschränkten und dynamischen Weise Ordnungskonfigurationen zur gleichen Zeit nebeneinander bestehen und miteinander in Konkurrenz stehen können. Tatsächlich werden in diesem Forschungsansatz die großen politischen Konflikte des Zeitalters zugleich als Konflikte von Ordnungskonfigurationen begriffen.<sup>93</sup> Für das Recht als wesentliche Schicht in den Ordnungskonfigurationen bedeutet das, dass in jenen Konflikten nicht nur ein Kampf um einzelne Rechte und Rechtspositionen geführt wurde, sondern auch einer um den Rechtsbegriff und maßgebliche Deutungsmuster des Rechts selbst. So stehen etwa in der Auseinandersetzung Friedrich Barbarossas mit den oberitalienischen Städten nicht nur gegensätzliche Rechtsansprüche einander gegenüber, sondern auf Seiten des Kaisers ein neues selbstbewusstes Legitimationsprinzip,<sup>94</sup> das mit seinem bewussten Rückgriff auf das

89 J. RIEGEL, Ethnologie und Rechtsgeschichte, in: Funktion und Form, hg. von A. CORDES u. K. KROESCHELL, Berlin 1996, 229–250; R. SCHULZE, Das Recht fremder Kulturen, in: HJb 110 (1990) 446–470.

90 Siehe dazu die umfangreichen Forschungsarbeiten von Gerd Althoff; DERS., Die Macht der Rituale, Darmstadt 2003.

91 Siehe aber C. H. F. MEYER, Ordnung durch Ordnen, in: (Fn. 92) 303–411.

92 Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter, hg. von B. SCHNEIDMÜLLER u. ST. WEINFURTER, Ostfildern 2006; dazu PILCH (2009) 479–529.

93 ST. WEINFURTER, Ordnungskonfigurationen im Konflikt, in: Mediaevalia Augiensia, hg. von J. PETERSOHN, Stuttgart 2001,

79–100; B. SCHNEIDMÜLLER, Konsensuale Herrschaft, in: Reich, Regionen und Europa in Mittelalter und Neuzeit, hg. von P.-J. HEINIG, Berlin 2000, 53–87.

94 G. DILCHER, Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, in: Die Begründung des Rechts als historisches Problem, hg. von D. WILLOWEIT, München 2000, 153–170.



römische Recht als Grundlage dieser Legitimation<sup>95</sup> den Rechtsbegriff selbst tangiert. Der ins Grundsätzliche gehende und umfassende Anspruch des mit den Ordnungskonfigurationen verbundenen Forschungsansatzes berührt also zwangsläufig auch die zentralen Themen der Rechtsgeschichte, nämlich Recht und Verfassung als bedeutende Elemente sowohl der realen wie auch der ideellen Ordnungen. Es erscheint daher umso wichtiger, die Einsichten und den erreichten Stand der rechtsgeschichtlichen Forschung in dieses Konzept einzubringen. Zugleich wird das Recht damit in einen weiteren gedanklichen und politischen Horizont gestellt, dessen Kenntnis auch im Rahmen einer streng juristischen Behandlung des Rechts einen Zugewinn verspricht.

#### *Recht als Selbstbeziehung von Gewalt*

Was der hier unterbreitete Vorschlag noch schuldig ist, ist eine Klarstellung des Rechtsbegriffs selbst, der die Grundlage für die beiden unterschiedenen Modi bildet. Dieser soll folgenden Eigenschaften aufweisen: (1) muss er *neutral* gegenüber einer Repräsentation durch Schriftlichkeit oder Mündlichkeit sein, (2) soll es sich um einen rein *deskriptiven* Begriff handeln, in den keine inneren moralischen Mindestanforderungen implementiert sind, (3) soll er hinreichende *Trennschärfe* aufweisen, um Recht von anderen sozialen Phänomenen abgrenzen zu können.

Der gesuchte Rechtsbegriff soll also mit der Repräsentationsweise durch Normen und Normensysteme (dem Modus von ›Norm und Geltung‹) kompatibel sein, diese Vorstellung aber nicht schon als Voraussetzung enthalten. Der Ausschluss von moralischen Erwägungen (z. B. die Anknüpfung an ein Universalisierungsprinzip<sup>96</sup> oder die Forderung nach Gleichheit und demokratischer Legitimierung) soll es ermögli-

chen, in deskriptiver Weise auch das Recht von Gesellschaften zu behandeln, die diese Prinzipien nicht kennen oder z. B. extreme Ungleichheit wie Formen der Sklaverei praktizieren. Ein ambitioniert normativ ausgerichteter Rechtsbegriff müsste solchen Gesellschaften Rechtlichkeit überhaupt absprechen.

Sucht man nach einem geeigneten Abgrenzungskriterium, so scheiden unter diesen Vorgaben gewisse Möglichkeiten aus. Die Anknüpfung an die ›ordnungsgemäße Setzung‹ von Recht in einem korrekten Verfahren verbietet sich weitgehend als Kriterium für vorstaatliche Rechtskulturen ohne systematische Gesetzgebung. Eine Orientierung an Begriffen wie ›Konflikt‹ oder ›Sanktion‹ bringt das Problem mit sich, dass eine Abgrenzung der Rechtssphäre von mindergradigen Konflikten oder moralischen Sanktionsformen schwer durchführbar ist. Der Rückgriff auf das Bestehen lang geübter Konventionen wiederum erlaubt keine Unterscheidung zwischen rechtlich verpflichtendem Sozialverhalten und bloßen faktischen Regelmäßigkeiten und auch keine Differenzierung zwischen Recht und anderen normativen Bereichen wie Sitte, Brauch, Mode usw.

Was bleibt ist der Rückgriff auf ein bewährtes äußerliches Kriterium, das der (physischen) Gewalt. Gewalt, insbesondere als legitime und organisierte Zwangsgewalt, wird im Anschluss an Max Weber von der Rechtssoziologie immer wieder als Abgrenzungskriterium für Recht herangezogen.<sup>97</sup> Für die mittelalterliche Rechtsgeschichte ist Gerhard Dilcher ein entschiedener Verfechter dieses Zugangs.<sup>98</sup>

Der hier vorgeschlagene Rechtsbegriff will diesen Ansatz verallgemeinern, einerseits dadurch, dass der Gewaltbezug nicht äußerlich an den Rechtsbegriff herangetragen wird, etwa in der Kombination von Norm und zwangsweiser

95 T. STRUVE, Die Rolle des römischen Rechts in der kaiserlichen Theorie von Roncaglia, in: *Gli inizi del diritto pubblico / Die Anfänge des öffentlichen Rechts*, hg. von G. DILCHER u. D. QUAGLIONI, Bologna, Berlin 2006, 71–97.

96 KOLLER (Fn. 74) 273 ff.

97 M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Studienausgabe, Tübingen 1972, 182 ff; KOLLER (Fn. 74) 57 f. Zum organisierten Zwang

bei Max Weber WEITZEL (Fn. 14) 46 ff.

98 G. DILCHER, *Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter*, in: (Fn. 23) 111–153.

Normdurchsetzung, sondern in den Rechtsbegriff selbst verlagert wird – Recht ist so weniger Gewalt als *Gewaltverhältnis*, Beziehung von Gewalt auf Gewalt, also von Gewalt zu sich selber. Zweitens soll, damit der resultierende Rechtsbegriff nicht unerträglich gewaltdominiert ausfällt, die Hauptfunktion des Rechts, Frieden zu schaffen und zu sichern, ganz in den Vordergrund rücken. Da das Ziel der Frieden ist, also die Abwesenheit von Gewalt, ist es mithin eine *negative* Selbstbeziehung der Gewalt auf sich, mit dem Effekt, dass Gewalt im realisierten Recht bzw. Rechtszustand insgesamt aufgehoben, neutralisiert ist. Die Friedensfunktion des Rechts geht also zugleich als Optimierungsprinzip in den Rechtsbegriff selbst ein: Recht ist dadurch charakterisiert, dass es auf jeder Konkretisierungsebene dem Prinzip unterliegt, dass Gewalt insgesamt minimiert werden soll.<sup>99</sup>

Unter allen sozialen Mechanismen der Gewaltreduktion ist das Recht dadurch ausgezeichnet, dass es bei der Realisierung seines inhärenten Zwecks, Gewalt zu minimieren oder mindestens zu reduzieren, unter der paradoxen Bedingung steht, dass dies selbst wieder mit Mitteln der Gewalt geschieht. Das macht eben das selbstbezügliche Verhältnis aus. Das durch Recht mobilisierbare Gewaltpotential, die gerechtfertigte Gewalt, dient – aus rechtlicher Perspektive, nicht aus politischer – einzig dazu, die ursprüngliche unrechte Gewalt zu kompensieren und damit zum Verschwinden zu bringen. Im Idealfall dadurch, dass das Recht als Recht respektiert wird und illegitime Gewaltanwendung gar nicht erst stattfindet.

Den Gedanken zusammenfassend könnte eine knappe Definition etwa lauten: Recht ist Selbstbeziehung von Gewalt mit dem *telos*, Gewalt insgesamt zu minimieren. Recht ist im Resultat Aufhebung von Gewalt durch Gewalt,

und zwar durch die Scheidung von legitimer und illegitimer Gewalt, von Recht und Unrecht:

$$\text{Recht} = [\text{Gewalt} \leftrightarrow \text{Gewalt}^*]$$

Recht wird dadurch zu Recht, dass es eine ursprüngliche Unterscheidung trifft, die zwischen *rechtmäßiger* und *unrechtmäßiger* Gewalt, zwischen Recht und Unrecht. Es ist zunächst gar nichts anderes als diese formale Unterscheidung selbst. Gewalt wird in zwei Sphären getrennt, die durch die *Form* des Rechts in einem Balanceverhältnis stehen. Der Stern \* in der Formel soll die eine Seite der Unterscheidung, die rechtmäßige Gewalt, markieren.<sup>100</sup> Es ist physischer Gewalt als solcher nicht anzusehen, ob sie auf die gerechtfertigte Seite oder die ungerechtfertigte Seite der Beziehung zu liegen kommt; das ist erst in einer juristischen Deutung der Gewalthandlung im Gesamtkontext möglich. Es geht hier nicht um eine zirkelhafte Erklärung, in der Recht durch Rechtmäßigkeit der Gewalt erklärt wird und die Frage, welche Gewalt als rechtmäßig zu gelten hat, mit einem Verweis auf das Recht erledigt wird. Als rein formale Unterscheidung gibt es zunächst gar keine inhaltliche Bestimmung, auf welcher Seite die Rechtmäßigkeit und auf welcher die Unrechtmäßigkeit zu liegen kommt (der Stern \* in der Formel markiert im Grunde nur die abstrakte Unterscheidung selbst). Es liegt in dieser Grundstruktur die Notwendigkeit juristischer Entscheidungen, Recht und Unrecht im Einzelfall konkret zuweisen zu müssen, begründet und es spiegelt sich darin auch die sich durchhaltende antagonistische Natur des Rechts, dass es über alles im Recht Streit geben kann und Streit geben muss.

Betrachten wir den konkreten Fall einer ungestört respektierten Rechtsposition, z.B. das Eigentum einer Person an einer Sache. In dem

<sup>99</sup> Dieses ›Prinzip der Gewaltminimierung‹ steht in der Tradition der Extremalprinzipien, deren bedeutendster Vertreter das ›Hamiltonsche Prinzip der kleinsten Wirkung‹ in der Physik ist.

<sup>100</sup> Zum Verständnis der Formel: der \* bezeichnet die gerechtfertigte Seite der Gewalt, der Doppelpfeil die Entgegensetzung beider Formen und die eckigen Klammern [ ] die Aufhebung durch wechselsei-

tige Balancierung bzw. Neutralisierung. Recht ist also nicht unmittelbar Gewalt selbst sondern [Gewalt], d. h. die Aufhebung von Gewalt durch ihre negative Selbstbeziehung.

elementaren Sinn, um den es auf dieser Abstraktionsstufe geht, ist das in Rede stehende Recht genau in dem Umfang respektiert, indem Gewaltanwendung durch Andere, z. B. durch Aneignung, Zerstörung oder Beeinträchtigung, unterbleibt. Es mag viele unterschiedliche Motive dafür geben, z. B. der Gegenstand mag für den anderen uninteressant sein, er mit dem Rechtsinhaber befreundet oder von ihm abhängig sein oder sonst irgendein Interesse an dem ungestörten Recht des ersten haben: Aus rechtlicher Perspektive ist *allein* maßgeblich, dass ein Eingriff in das bestehende Recht Gegengewalt rechtfertigt, deren Absehbarkeit<sup>101</sup> weithin ausreicht, den Zustand zu stabilisieren.<sup>102</sup>

Recht bzw. der respektierte Rechtszustand bedeutet also in einer doppelten Weise die Aufhebung von Gewalt: Die primäre illegitime Gewalt ist aufgehoben, weil sie in Respektierung des Rechts und in Ansehung der mobilisierbaren Gegengewalt nicht stattfindet, die legitime Gegengewalt ist aufgehoben, weil sie potentialisiert ist, gewissermaßen für den Bedarfsfall in Reserve gehalten wird. Die legitime Gegengewalt (Gewalt\*) erscheint so als gerechtfertigter Rechtszwang, der im Rechtsverhältnis (das immer eines zwischen Personen ist) virtuell präsent ist, und wird erst aktiviert, wenn eine Rechtsverletzung vorliegt.

Damit das Recht *als Recht* bestehen bleibt, muss allerdings die Gegengewalt im Unrechtsfall aktiviert werden, das Recht also *behauptet* werden und auch im Doppelsinn des Wortes, das Recht muss beansprucht werden und es muss – mit welchen Mitteln immer – auch durchgesetzt werden; andernfalls geht es unter. Wer die primäre Gewalt dauerhaft ohne Gegenwehr hinnimmt, verliert sein Recht.

Neben diesem Moment der notwendigen Behauptung des Rechts im Verletzungs- oder

Bestreitungsfall spielt auch die Anerkennung eine große Rolle. In der ungestört ausgeübten und *als Recht* respektierten Berechtigung liegt selbst dieses Moment der Anerkennung durch andere. Der Rechtsbegriff beruht also nicht auf Gewalt allein, sondern auf dem Gewaltverhältnis in Verbindung mit dieser Anerkennung durch andere. Normen allerdings haben keine unmittelbar konstitutive Funktion. Sie dienen der Präzisierung der Grenzen bestehender und anerkannter Rechte, sie dienen der Klärung der Frage, wer als Folge eines bestehenden Rechts in welchem Umfang wozu verpflichtet bzw. berechtigt ist und ab welchem Punkt diese Grenzen überschritten sind. Normen sind so eher aus den Rechtsverhältnissen abgeleitet zu sehen, als dass sie konstitutiv für das Bestehen von Rechten wären. In elaborierteren Rechtssystemen mit effektiver Normsetzung kehrt sich dieses Verhältnis freilich irgendwann um und konkrete Rechte werden zunehmend als Reflex gesetzter Normen verstanden.

### *Drei Stufen der Rechtsbehauptung*

Es soll abschließend, um die Anwendbarkeit des Begriffs auf mittelalterliche Rechtsverhältnisse einsichtig zu machen, modellhaft demonstriert werden, wie aus der Logik der vorgestellten Struktur drei der Formen des Rechtszwanges, die Gerhard Dilcher beschreibt,<sup>103</sup> relativ zwanglos hervorgehen: die Fehde, das Handhaftverfahren und das Gericht (der Rechtsgang).

#### 1. Die Fehde

Die Pflicht, besser die Notwendigkeit der Behauptung des eigenen Rechts im Konfliktfall führt in ihren unmittelbarsten Formen zu unbefriedigenden Ergebnissen für alle Beteiligten. Das klassische Instrument – vor und neben dem

101 Max Weber spricht davon, dass »eine hinlänglich starke Chance des Eingreifens eines eigens darauf eingestellten Personenkreises [...] tatsächlich besteht.« DERS. (Fn. 97) 183. Auf die reale Motivlage kommt es dabei nicht an.

102 Um einem Missverständnis vorzubeugen, sei betont, dass der hier entworfenen Rechtsbegriff in methodischer Absicht Abstraktionen vornimmt, um gewisse Strukturen

im Recht aufzeigen zu können. Er beabsichtigt nicht das Phänomen Recht in vollem Umfang und in allen Aspekten zu erfassen (vgl. die Vorbehalte gegen einen akzentuiert gewaltbezogenen Rechtsbegriff bei U. WESEL, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, Frankfurt 1985, 269 f.). Insbesondere bleibt die veritative Seite ganz ausgeblendet, d. h. die jeweiligen Vorstellungen

von Akzeptanz und Legitimität des Rechts, die für das Funktionieren von Recht eine große Rolle spielen.

103 DILCHER (Fn. 98) unterscheidet fünf Formen des (organisierten) Rechtszwanges im Mittelalter: Fehde, Handhaftverfahren, Acht, Gericht und Eidgenossenschaft.

›Rechtsgang‹ vor Gericht – ist die gewaltsame Selbsthilfe in der Form der Fehde,<sup>104</sup> also Gewalt, die als Reaktion auf eine Rechtsverletzung ihrerseits gerechtfertigt ist.<sup>105</sup> Fehde als Rechtsmittel würde nur funktionieren, wenn schon die bloße Androhung Rechtsverletzungen wieder rückgängig macht oder einen Ausgleich bewirkt. Dafür ist ihre Struktur aber zu instabil. Beide Konfliktparteien können gleichermaßen für sich reklamieren, über die richtige Interpretation des Rechtszustandes zu verfügen und somit die Rechtmäßigkeit der eigenen Gewaltausübung behaupten. Die Figur der gewaltsamen Behauptung des Rechts durch geübte Gegengewalt

Gewalt ↔ Gewalt\*

kommt also nicht nach dem ersten rechtmäßigen Gegenschlag zur Ruhe, sondern eskaliert typischerweise zu

Gewalt<sub>1</sub> → Gewalt<sub>2</sub>\* → Gewalt<sub>3</sub> → Gewalt<sub>4</sub>\* →  
Gewalt<sub>5</sub> → Gewalt<sub>6</sub>\* ...

weil die Gegenpartei die Figur umkehrt und die Rechtmäßigkeit der Fehdeführung für sich in Anspruch nimmt, also die selben faktischen Vorgänge als

Gewalt<sub>1</sub>\* → Gewalt<sub>2</sub> → Gewalt<sub>3</sub>\* → Gewalt<sub>4</sub> →  
Gewalt<sub>5</sub>\* → Gewalt<sub>6</sub> ...

interpretiert. Solange es keinen Dritten gibt, der souverän über die richtige Interpretation entscheiden und effektiv die Positionen von Recht und Unrecht zuweisen kann, können nur die Streitparteien selbst den Rechtszustand wiederherstellen, entweder durch Ausrottung des Gegners oder durch Sühneverhandlungen.<sup>106</sup>

Rechtmäßige Gewalt muss ihr eigenes Ende vorsehen, sie muss selbst Recht sein und das

bedeutet auf ihre eigene Aufhebung zielen. Das kann die Fehde mit ihrer Neigung, in Kettenreaktionen von Gewalt auszuarten, nicht leisten. Insofern gehört sie zwar zum Recht, ist ein Mittel des Rechts, zu dessen Behauptung und Wiederherstellung, aber ungezügelt und ungebrochen führt sie zum Gegenteil des Intendierten, zur Aufhebung von Recht, weil nicht ein Zustand minimaler, sondern von maximaler Gewalt erreicht wird. Fehde als Rechtsmittel enthält also einen Selbstwiderspruch. Das Problem ist nicht, dass die Fehde nicht zum Recht gehört, sondern dass sie als Rechtsbehauptungsinstrument scheitert: Entweder die Fehde kommt zu einem Ende oder das Recht, das insofern tatsächlich zerbrechen kann.

Es gibt einen zweiten Problempunkt der Fehde, der alle Formen ursprünglicher rechtlicher Selbsthilfe betrifft und der ebenfalls aus der Logik der Gewalt resultiert. Um sich in einer ›Gesellschaft ohne Staat‹ selbständig in der Sphäre des Rechtlichen behaupten zu können, muss man über ein gewisses Gewaltpotential verfügen, das gegebenenfalls als Gewalt\* einsetzbar ist, jedenfalls als [Gewalt\*] immer präsent sein muss, egal ob aus eigener Kraft oder mit Hilfe von Verwandten oder sonst Verbundenen. Dieses Gewaltpotential muss aber von Zeit zu Zeit sichtbar werden, es muss aus seiner bloßen Potentialität heraustreten, um glaubwürdig und damit wirksam zu sein. Das bedeutet, dass es neben dem defensiven Einsatz der Machtmittel immer auch zu einem offensiven kommen wird: Verteidigung des eigenen Rechts und Ausbau und Sicherung der eigenen (politischen) Machtposition gehen also ineinander. Dazu kommt, dass das Gewaltpotential, von dem der Status als Rechtsperson abhängt, zugleich auch bestimmend für Ehre und Rang der betreffenden Person ist. Die Aktivierung dieser Gewalt erfolgt also

104 C. H. F. MEYER, *Freunde, Feinde, Fehde*, in: *Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter*, hg. von J. WEITZEL, Köln [u. a.] 2002, 211–266; PILCH (2009) 152 ff. Der Gebrauch des Fehdebegriffs ist in der Wissenschaft nicht von großer Einheitlichkeit geprägt. Für Verwendungsweisen in der ethnologischen Forschung siehe J. HELBLING,

*Tribale Kriege*, Frankfurt, New York 2006, 40 ff.

105 DILCHER (Fn. 98) 128 ff.

106 Vgl. H. FICHTENAU, *Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts*, Stuttgart 1984, 544 ff. Es gibt aber auch die Auffassung, die die Fehde viel positiver beurteilt und ihr einen ›Stabilisierungseffekt‹ zuschreibt: »Fehde als Beziehung und Kommunikation zwischen Gruppen zielt darauf ab, die Exis-

tenz der Konfliktparteien zu erhalten und ihre Autonomie [...] zu sichern.« MAYER (Fn. 104) 221 f. Eine solche sozialstabilisierende Funktion soll gar nicht in Abrede gestellt werden, sie dient ja der Möglichkeit, Recht zu behaupten, und damit dem Recht selbst – als Korrektiv muss der Stellenwert des Friedens aber im Auge behalten werden. So galt es doch als primäre Aufgabe des Königs *pax et*

nicht nur zur Verteidigung eigener Rechte, sondern auch noch zur Bewahrung (und Steigerung) von Ehre und Rang.

## 2. Das Handhaftverfahren

Soll Recht sein, so muss die Fehde zurückgedrängt werden, sei es durch wirksame Verbote, rituelle Einhegung der Fehdeführung oder durch Etablierung erfolversprechender Alternativen der Rechtsbehauptung. Im Handhaftverfahren wird die gerechtfertigte Gegengewalt für bestimmte Fälle des unmittelbaren und offenkundigen Rechtsbruches erfolgreich einer Form unterworfen. Dadurch kommt in ritualisierter Weise Öffentlichkeit ins Spiel: »Es besteht die Nachbarschaftspflicht, sich auf das ›Gerüfte‹ des Verletzten hin an der sofortigen Verfolgung des Täters zu beteiligen (Spurfolge) und an dessen Tötung oder Ergreifung, Fesselung und Überstellung an das Gericht mitzuwirken.«<sup>107</sup> In zwei bemerkenswerten Studien zum archaischen römischen Recht<sup>108</sup> hat Franz Wieacker ganz ähnliche rituelle Formen von Verfolgung unter Einbeziehung von Öffentlichkeit (*endoplorare*) beschrieben, die Spurfolge und förmliche Haus-suchung bei dem Verdächtigen, und als »ritualisierten Zugriff auf Personen und Sachen«<sup>109</sup> gedeutet. Der Zweck der rituellen Formen ist: »der Verdächtige soll überführt, zugleich aber Gewalttat der Verfolger im Haus unter dem Vorwand der Diebstahlsbeschuldigung durch das waffenlose und rituelle Eintreten des Bestohlenen vorgebeugt werden.«<sup>110</sup> Das Bemerkenswerte ist nun, dass Wieacker diese Form der »rituellen ›Kanalisation‹ der Gewalt«<sup>111</sup> unmittelbar mit der Wortbedeutung von *ius* in Verbindung bringt: *ius* ist als gewaltsamer, aber ritualisierter Machtzugriff direkter Gegensatz zu *vis* als bloßer Gewalt: »*Ius* war die Ritual-

sierung des Machtzugriffs in den von der Frühgesellschaft geübten und anerkannten Handlungsmustern, die den blutigen Gewaltaustrag abfangen sollten.«<sup>112</sup> Es geht, wie zu sehen ist, also wieder um die Momente der Gewaltverminderung und der Scheidung von ungerechtfertigter Gewalt (*vis*) und gerechtfertigter Gewalt (*ius*) als Kennzeichen von Recht:

Recht = [*vis* ↔ *ius*\*]

Der Fortschritt gegenüber der Fehde ist der kontrollierte Vollzug der rituellen Gewalt in der eigens zu dem Zweck hergestellten Öffentlichkeit, die dadurch zur Aufhebung oder Minderung der Gewalt in der Gegenreaktion auf die Rechtsverletzung führt. *Ius* in diesem Sinne weist also die innere Struktur von Recht als Selbstaufhebung der Gewalt auf. Der gewaltsame Widerstand des Dursuchten wird illegitim, die rituell geübte Gewalt des Durchsuchenden dagegen legitim, solange sie im gerechtfertigten Rahmen bleibt. Die Grundstruktur der von Wieacker am frühen römischen Recht gezeigten förmlichen Kanalisierung von Gewalt (nicht die Wortbedeutung von *ius*) wird man auf die mittelalterlichen Verhältnisse übertragen dürfen.<sup>113</sup>

## 3. Das Gericht (Rechtsgang)

Auf dieser Stufe erreicht die gegen das Unrecht gerichtete gerechtfertigte Gegengewalt eine neue institutionalisierte Qualität. Da das Gericht alternativ an die Stelle der Selbsthilfe tritt, muss es als Mittel ausgestaltet sein, Recht und Frieden wiederherzustellen, es wird damit zur alternativen Form gerechtfertigter Gewalt:

Recht = [Gewalt ↔ Gericht\*]

*iustitia* zu wahren und nicht allseitigen Kampf und Kampfbereitschaft zu befördern (obwohl letzteres für die Verteidigung nach außen natürlich wichtig ist).

107 DILCHER (Fn. 98) 131.

108 F. WIEACKER, Rechtsaustrag und Rechtsvorstellung im archaischen Rom, in: Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen, hg. von W. FIKENTSCHER, H. FRANKE u. O. KÖHLER, Freiburg 1980, 581–

608; DERS., *Ius*, in: Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, hg. von U. IMMENGA, Göttingen 1980, 33–52.

109 Vgl. WEITZEL (Fn. 14) 43; WIEACKER, Rechtsaustrag (Fn. 108) 596.

110 WIEACKER, Rechtsaustrag (Fn. 108) 592.

111 WIEACKER, Rechtsaustrag (Fn. 108) 597.

112 WIEACKER, *Ius* (Fn. 108) 44.

113 Vgl. WEITZEL (Fn. 14) 42 ff.

In der Form des Gerichts, wie sie das dinggenossenschaftliche Verfahren darstellt, werden das Element der Sühne bzw. Sühneverhandlung (das allgemein als Vorläufer des Gerichts angenommen wird) zur Durchbrechung des Fehde-mechanismus und das Element der Öffentlichkeit erfolgreich kombiniert. Das Verfahren stellt also nicht nur Recht her, indem es die Parteien zur Einigung zwingt, es bekommt damit selbst die innere Struktur von Recht (im hier diskutierten Sinn als gewaltminimierender Prozess):

Gericht = [Gewalt<sub>im Gericht</sub> ↔ Gewalt<sub>des Gerichts</sub>\*]

Gewalt im Gericht wird nunmehr durch die potentielle Gewalt des Gerichtsherrn und der Gerichtsgemeinde unterdrückt – im Gericht herrscht Friedenspflicht, es ist ein Sonderfriedensbezirk. Gewalt ist an diesem Ort nur in hochgradig ritualisierter Form zulässig, z. B. im gerichtlichen Zweikampf, ansonsten ist sie ausgeschlossen. Diese gewaltunterdrückende Funktion gehört zur Natur des Gerichts, ein Gerichtsverfahren, das den Frieden vor Ort nicht wahren kann, hört auf eines zu sein und hebt sich als Form selbst auf.

In der Logik der Gewalt und ihrer Aufhebung bedeutet das, dass die Struktur des Rechts – in der Art eines *re-entry*<sup>114</sup> – als Struktur in sich selbst eintritt:

Recht = [Gewalt ↔ [Gewalt ↔ Gewalt\*]\*]

Der *erfolgreiche* Rechtsgang verhindert sowohl extern weitere Gewalttätigkeit (durch Beilegung des Rechtsstreites) als auch intern (als gewaltfreie Alternative zur Fehde). Die gewaltminimierende Funktion des Rechts wird also dadurch immer wirksamer realisiert, dass fortschreitend die innere Struktur des Rechts selbst die Form

von Gewaltbalancierung und Gewaltaufhebung integriert. Im Recht kehrt also das grundlegende Strukturverhältnis rekursiv wieder; insgesamt ist es in der vorliegenden Betrachtungsweise nicht primär durch den Aufbau einer Normenhierarchie, sondern durch Selbstähnlichkeit immer komplexer werdender Gewalt- bzw. Rechtsverhältnisse geprägt. Das ermöglicht im Recht die Entwicklung weitaus subtilerer Ausprägungen, als hier diskutiert wurden (z. B. Vertragsrecht und Obligationen), und die Entfaltung einer eigenständigen Ordnungs- und Gestaltungsfunktion,<sup>115</sup> die aber erst möglich wird, wenn die eigentliche Friedensleistung weithin erbracht ist. Physische Gewalt tritt in entwickelteren Rechtssystemen immer mehr in den Hintergrund und wird zur exemplarischen Ausnahme, an die Stelle der physischen Verletzung tritt die Figur der Rechtsverletzung.

#### *Zusammenfassung*

Der Begriff der Rechtsgewohnheiten hat in den letzten Jahrzehnten eine außerordentliche Entwicklung durchgemacht und sich als sehr fruchtbarer Idealbegriff zum Verständnis des ungelehrten Rechts im Mittelalter erwiesen. In besonderer Weise ist im Begriff der Rechtsgewohnheiten auf die oralen Bedingungen der mittelalterlichen Rechtskultur Rücksicht genommen, auf die charakteristische Form der Rechtskonkretisierung im dinggenossenschaftlichen Verfahren ebenso wie die besondere Bedeutung von Ritualen in einer weitgehend schriftlosen Rechtswelt. Als bewusst verfremdender Gegenbegriff zum Gewohnheitsrecht unterstreicht er die Eigenständigkeit dieser Rechtsform, die nicht in bloßer Vorläuferschaft und im Gegensatz zum Gesetzgebungsrecht gesehen werden darf.

114 N. LUHMANN, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 189 f. u. 379 f.

115 KOLLER (Fn. 74) 59.

In Fortführung dieser instrumentellen Funktion der Rechtsgewohnheiten wurde hier versucht, über den bloß negativen Aspekt der Verfremdung hinauszugelangen und durch Überlegungen zur Gedächtnisbindung und zur rechtstheoretischen Tiefenstruktur der Rechtsgewohnheiten diese zu einem eigenständigen Modell, einer eigenen Repräsentationsform von Recht weiterzuentwickeln. Die grundlegende Andersartigkeit des ungelehrten mittelalterlichen Rechts erfordert andere rechtstheoretische Modelle als das vom Recht als Normensystem, schon deshalb, weil der Begriff der Norm viel zu sehr an modernes Schriftrecht gebunden ist. An die Stelle von Norm, System und Subsumtion tritt ein prozeduraler Rechtsbegriff i. S. v. Ronald Dworkin, der es ermöglicht, Rechtsgewohnheiten auch in ihren elementaren Strukturen ganz aus den oralen Bedingungen heraus zu verstehen. Rechtsgewohnheiten erweisen sich so als eigenständiger Modus des Rechtlichen.

Zugleich wurde ein Vorschlag für einen methodischen Rechtsbegriff unterbreitet, der gleichermaßen mit dem Modus der Rechtsgewohnheiten wie mit dem Modus eines an Norm und Geltung ausgerichteten Schriftrechts vereinbar ist. Angelpunkt dieses methodischen Rechtsbe-

griffs ist der inhärente Gewaltbezug des Rechts in Verbindung mit der generellen Friedensfunktion von Recht. Auf dieser Grundlage ist es möglich, typische Phänomene des mittelalterlichen Rechts wie Fehde, Handhaftverfahren, dinggenossenschaftlich organisierte Gerichtsbarkeit, den stark formalisierten Charakter des Rechts, konsensuale Rechtsfindung, die Bedeutung von Rechtsritualen u. a. m. in einen sinnhaften Zusammenhang zu bringen und als Recht zu verstehen, ohne auf Schriftrechtskategorien wie Norm, Normsystem und Geltung Bezug nehmen zu müssen.

Damit erscheint letztlich auch die mittelalterliche und neuzeitliche Schriftrechtstradition in einem anderen Licht, da eben nicht davon ausgegangen werden kann, dass Recht *quasi* natürlicherweise in Normen zerfällt. Es ist vielmehr eine der herausragenden Leistungen des gelehrten Schriftrechts, die Typisierungen von Rechtsatz, Rechtsregel, Rechtsnorm und Rechtssystem geschaffen und als Technik für das Recht mit so großem Erfolg etabliert zu haben,<sup>116</sup> dass sie uns heute als die naturgegebene Struktur von Recht erscheinen.

**Martin Pilch**

116 Die ganz langsame Entwicklung der ›Normqualität‹ im Schriftrecht wird sehr schön an einem Längsschnitt durch das frühe kanonische Recht in A. THIER, Dynamische Schriftlichkeit – Zur Normbildung in den vorgratiani-schen Kanonensammlungen, in: ZRG KA 93 (2007) 1–33, demonstriert. Er zeigt (7), wie durch das bloße Zusammenstellen, Ordnen und Rubrizieren von aufge-

griffenen Rechtstexten Normen, »sekundäre Normbildungen« entstehen. Bedeutsamer an diesem wesentlich schriftgetragenen Prozess noch als die konkrete Normbildung ist aber die Herausbildung der Norm selbst als Typus.