

## Recht als Formel von Gewalt im Mittelalter

Ob eine Suche nach Rechtsbegriffen des Mittelalters förderlich sei, erscheine – so Harald Siems – zweifelhaft. Theoretische Reflexionen über Recht habe man im Frühen Mittelalter kaum angestellt. Jedenfalls nicht in der Intensität, dass sie sich zum Begriff verdichtet hätten. Die Frage nach dem Rechtsbegriff sei auch deshalb fehl am Platze, weil im Frühmittelalter so etwas zur Lösung von Rechtsfragen nichts hätte beitragen können. Warum sollte jemand auf die Idee kommen, »quasi auf Vorrat« Rechtsbegriffe zu entwickeln? Schon wenn es um konkrete Rechtsfragen wie beispielsweise die Behandlung von Diebstahl oder Raub geht, fehle es »noch lange an Begriff und System«. Diese knappe Feststellung bringt Siems' Ausführungen für einen kurzen Moment in die Nähe von Überlegungen, die Pilch anstellt und die auf dieser Tagung zu verfolgen sind. Aber wirklich nur für einen Augenblick blitzt das auf: Siems sagt, Rechtsbegriffe seien eine schwierige, abstrakte Kategorie, für die heute die Vertreter der Rechtstheorie und der Rechtsphilosophie zuständig seien.<sup>1</sup>

Dazu kann man zunächst nur sagen, dass Martin Pilch – insofern ganz seiner Zuständigkeit entsprechend – sich genau dem nun auch zugewendet hat. Und damit betritt er durchaus – anders als Siems meint – rechtshistorisches Terrain. Zwar haben Siems' Warnungen vor Anachronismen ihre Berechtigung. Gedanken um einen alles umspannenden Rechtsbegriff waren im frühen Mittelalter gewiss selten. Eine interessante Beobachtung ist auch, dass die Frage danach – wie Dirk Heirbaut in seinen Beiträgen in diesem Band<sup>2</sup> zum Ausdruck bringt – vor allem oder gar nahezu ausschließlich in Deutsch-

land bei Rechtshistorikern auf Interesse stößt.<sup>3</sup> Meines Erachtens ist die Frage nach Rechtsbegriffen aber keineswegs schon deshalb in das Metier von Rechtstheorie und Rechtsphilosophie zu verbannen, weil sie im Frühen Mittelalter kaum gestellt wurde. Das ist für den Rechtshistoriker kein Grund, sich nicht darum zu kümmern, denn wir stellen – wie sollten wir es anders tun – unsere eigenen Fragen an die Quellen. Es dürfte klar sein, dass wir beispielsweise an das Recht der Lex Salica mit anderen Fragen herantreten als ein Franke vor 1500 Jahren. Welche Fragen der Franke hatte, werden wir nie erfahren. Für die Beantwortung vieler Fragen setzt dem Rechtshistoriker – dieses Problem stellt sich in der Rechtstheorie nicht – die Überlieferungsdichte seiner Quellen Grenzen. Diese könnten sich auch für den interessanten Gedanken der »Teilnehmerperspektive« ergeben, den Pilch in seinem Vortrag<sup>4</sup> geäußert hat.

Hält man eine Suche nach mittelalterlichen Rechtsbegriffen für grundsätzlich fruchtbar, so führt das zu der grundsätzlichen Frage nach den Berührungspunkten von Rechtsgeschichte und Rechtstheorie. Beide sind juristische Grundlagenfächer und haben damit den Zweck, ein tieferes und besseres Verständnis des geltenden Rechts zu ermöglichen. Pilch stellt die Rechtstheorie im Hinblick darauf auf eine neue Ebene. Bei ihm ist sie nicht mehr Wissenschaftstheorie der aktuellen Rechtswissenschaft. Sie wird zu einer Metaebene für eines ihrer Grundlagenfächer. Gegenstand der Analyse ist jedenfalls nicht in erster Linie der Rechtsbegriff von heute, sondern einer, der weit über 1000 Jahre alt ist. Was kann der Rechtshistoriker von diesem Ansatz erwarten?

1 Die Entwicklung von Rechtsquellen zwischen Spätantike und Mittelalter, in: Von der Spätantike zum frühen Mittelalter, hg. v. T. KÖLZER u. R. SCHIEFFER, Ostfildern 2009, 245–285, 250f.

2 Unten 57 und 87.

3 LAURENT WÄLKENS meint, die Anthroposophie Rudolf Steiners, die die deutschen Mediävisten »diep getekent« habe, sei hierfür verantwortlich, in: Revue Belge de

Philologie et d'Histoire / Belgisch Tijdschrift voor Filologie en Geschiedenis 83 (2005), 567–569 (569).

4 PILCH (2010) 29, 32.

Der Rechtshistoriker kann davon das erwarten, was eben jede Wissenschaftspraxis (das ist die Rechtsgeschichte hier) von ihrer jeweiligen Wissenschaftstheorie erwarten kann: Sie muss der Praxis in Kenntnis ihrer Probleme möglichst viele davon abnehmen bzw. durch eine klare Analyse dafür sorgen, dass sie gar nicht erst auftreten. Außerdem soll sie zumindest Anleitungen zur Lösung immer wieder zu bewältigender Probleme geben. Ein Ergebnis dieser Reflexion kann natürlich auch sein, dass der Theoretiker den Praktiker mit zusätzlichen Problemen versorgt, die er zuvor nicht hatte. Vielleicht ist das ein Grund dafür, warum fruchtbare Kooperation zwischen Theorie und Praxis nicht allzu oft anzutreffen ist. Umso erfreulicher ist es, dass Pilch mit seiner Arbeit hierfür einen Grundstein gelegt hat. Ein wichtiges Kriterium für ihren Wert ist demnach dieses: Worin genau liegt Pilchs Theorieangebot für den Rechtshistoriker und erweist sich dieses für ihn als weiterführend? Entwickelt Pilch eine oberhalb der Quellen liegende Abstraktionsebene, mit der der Rechtshistoriker für seine alltägliche Arbeit etwas anfangen kann? Darauf will ich anhand von zwei Punkten eingehen:

1. Gibt es Recht?
2. Gibt es Normen?

Pilch wirft in seinem Buch<sup>5</sup> die Frage auf, ob die von Wilhelm Ebel begründete Trias »Weistum – Willkür – Gebot« die Grundformen des Rechtlichen im Mittelalter richtig erfasst. Ich bin der Meinung, dass das so ist. Es geht Pilch aber – wenn ich ihn richtig verstehe – weniger um diese drei Säulen. Mehr geht es ihm darum in Zweifel zu ziehen, dass sie überhaupt irgendetwas zusammenhält. Es gibt also zwar Weistum, Willkür und Gebot, nicht aber das Recht, das sie zusammenführt. Ein solcher einheitlicher Rechtsbegriff

habe sich erst mit dem gelehrten, schriftbezogenen Recht herausgebildet.

Ich halte diesen Gedanken für originell, glaube aber nicht, dass er richtig ist. Versucht man, soweit das überhaupt geht, sich von heutigen Gedanken zu lösen, so erscheint es in der Tat keineswegs von vorneherein abwegig, dass eine Rechtsgewohnheit und ein königliches Gebot als etwas kategorial Verschiedenes verstanden wurden. Dennoch glaube ich nicht, dass dieser Gedanke richtig ist, weil sich in Rechtsquellen des frühen Mittelalters sowohl Elemente von Weistum als auch von Gebot nebeneinander und untrennbar miteinander verwoben als Begründungsmechanismen oder Bestandteile von Recht finden. Man denke an den Prolog zur Lex Salica (MGH LL nat. Germ. 4,1, Prologus), zum Edictus Rothari (MGH LL in fol. 4, Prologus: Incipit edictum, quem renovavit dominus Rothari, vir excellentissimo, rex genti Langobardorum cum primatos iudices suos) oder zur Lex Baiuvariorum (MGH LL nat. Germ. 5,2, Prologus, dort S. 201 f.).

Ich glaube auch nicht, dass die Einheit »Recht« erst später durch Schriftlichkeit entstanden ist. Für diese Betrachtung spricht ein Blick in eine um 870 entstandene Streitschrift Hinkmars von Reims. Er behandelt die »leges publicae« und sagt, einige davon seien aufhebbar, andere unveränderlich (MGH LL Conc. 4, Suppl. 2), Hannover 2003, c. 20, S. 214). Hinkmar sticht dadurch heraus, dass er – was für diese Zeit durchaus ungewöhnlich ist – eine Art Rechtsquellenlehre entwickelt.<sup>6</sup> Und danach gibt es sowohl ewige als auch wandelbare Elemente des Rechts. Auch weise ich hin auf ein Kapitular, das König Pippin von Italien um das Jahr 790 erließ: »Placuit nobis inserere: Ubi lex est, praececellat consuetudinem, et nulla consuetudo superponatur legi« (MGH Cap. I, Nr. 95, c. 10). Der

<sup>5</sup> PILCH (2009) 182.

<sup>6</sup> SIEMS, Entwicklung (Fn. 1) 267.

König beantwortet hier die Frage, ob geschriebenes Gesetz oder Gewohnheit die Oberhand haben soll. Das setzt voraus, dass zwei unterschiedliche Arten von Quellen gleichermaßen normative Vorgaben machen können. Diese Verbindung reicht mir, um sie einer gemeinsamen Obermenge zuzuordnen. Und so unscharf dieser Begriff heute ist und es immer war: Eine treffendere und verständlichere Bezeichnung als »Recht« vermag ich dafür nicht zu finden. – In seinem Aufsatz hebt Pilch (wodurch seine Thesen für mich dem Buch gegenüber klarer werden) hervor, dass es nicht darum gehe, das Recht als Kategorie zu beseitigen oder ihm das spezifisch Normative abzuspochen. Er macht darauf aufmerksam, dass heutige Vorstellungen von Norm, System und Subsumtion und insbesondere die untrennbare Verbindung dieser Begriffe erst durch den Mengenbegriff in der Mathematik möglich wurde, der seinerseits Einfluss auf die Konzeption von Recht nahm.<sup>7</sup>

Das bringt mich zum nächsten Punkt: Pilch schrieb in seinem Vortragsexposé zu dieser Tagung, das den Tagungsteilnehmern zur Verfügung stand, die Hauptbotschaft seines Buches sei, ich zitiere, »der limitierte Anwendungsbereich und die begrenzte Eignung von Begriffen wie Norm, Geltung und Normsystem usw. für das mittelalterliche Recht und insbesondere die Rechtsgewohnheit«. Auf den ersten Blick fragt man sich, was daran neu sein soll. Dass man die Vorstellung von einem System von Normen für das mittelalterliche Recht fallen zu lassen hat, gilt auch Pilch als eine »seit langem abgesicherte Einsicht«.<sup>8</sup> Neu ist aber etwas anderes, und das bereitet dem Juristen mehr Verständnisschwierigkeiten. Auch von dem für den rechtstheoretischen Laien gefährlich unverfänglich erscheinenden Begriff »Norm« sollen wir uns verabschieden.

Wieso das? Pilch sagt in seinem Buch, der Normbegriff sei »das rechtswissenschaftlich falsch gewählte Paradigma«.<sup>9</sup> Nach modernem Normsystemdenken spiele der Kontext der Anwendung für eine Norm nämlich erst dann eine Rolle, wenn sie mit anderen Normen ins Verhältnis gesetzt und zu einem System zusammengefasst worden sei. In seinem Aufsatz in diesem Heft setzt Pilch sich mit diesem Thema weiter auseinander und räumt ein, dass es in der mittelalterlichen Rechtskultur durchaus »lupenreine Regel[n]«<sup>10</sup> gegeben habe, etwa die zahlreichen mit »Si quis« beginnenden Bußtaxenkataloge der Leges. Dem hält Pilch aber entgegen, dass hier mnemotechnische Aspekte im Vordergrund stehen. Diesen dienten die Regeln, doch bestehe das Recht nicht aus ihnen. Über Erinnerung und ihre Bedeutung für Rechtsgewohnheit differenziert Pilch in seinem Vortrag im Hinblick auf kulturelles und kollektives Gedächtnis und unternimmt im Hinblick darauf eine Typologie der Rechtsgewohnheit nach inhaltlichen Aspekten. Den in seinem Buch formulieren Vorschlag, den Begriff der Norm durch den auf Carl Schmitt zurückgehenden Begriff der »konkreten Ordnung« zu ersetzen, äußert Pilch in seinem Vortrag nicht. Schmitt'sche Theorie spielt – anders als in Pilchs Buch – in seinem Aufsatz keine Rolle.

Auch wenn Pilch – hoffentlich – in der Sache Eulen nach Athen tragen mag: Dass der Normbegriff nicht so unproblematisch ist, wie Rechtshistoriker glauben könnten, ist ein wichtiger Hinweis von Seiten einer Wissenschaftstheorie. Auch wenn ich – falls ich den Begriff »Norm« für das Mittelalter verwendet habe – nie davon ausgegangen bin, es handele sich um einen Rechtsatz, der erst im Zusammenspiel mit anderen eine spezifische Bedeutung erhält und erst in einem zweiten Schritt der Kontext der Anwen-

<sup>7</sup> PILCH (2010) 28.

<sup>8</sup> PILCH (2010) 27.

<sup>9</sup> PILCH (2009) 417.

<sup>10</sup> PILCH (2010) 29.

derung eine Rolle spielen soll: Pilchs terminologische Warnung führt zu einer reflektierten Sichtweise. »Norm« ist – das hat Pilch gezeigt – in der heutigen Rechtstheorie mit zuviel Vorverständnissen belegt, um davon ausgehen zu können, es bedeute einfach »normative Aussage« und keinerlei andere Vorstellungen schwängen mit.<sup>11</sup>

Zurückhaltender mit Zustimmung bin ich im Hinblick auf die »Ordnungskonfigurationen«. Letzterer Begriff geht auf Bernd Schneidmüller und Stefan Weinfurter zurück. Der Begriff soll eine »Wechselbeziehung von Wertevorstellungen und politischen und sozialen Ordnungen« erfassen. Mit rechtlichen Aspekten hat sich Christoph H. F. Meyer beschäftigt. Dieser meint – ähnlich wie der zu Anfang zitierte Harald Siems –, das Konzept der Ordnungskonfigurationen vermöge Fragen des autochthonen Rechts wegen der schlechten Quellenlage nicht zu erfassen. Nur für die gelehrten Rechte könne es ergiebig sein.<sup>12</sup> Wenn dieser Meyer'sche Einwand zutrifft, ist Pilchs Vorschlag für nichtgelehrte Quellen schon aus diesem Grunde zu verwerfen.

Was mit Ordnungskonfigurationen gemeint ist und worin ihr Nutzen für die Rechtsgeschichte liegen kann, ist mir durch die Ausführungen in Pilchs Aufsatz und das Beispiel mit Friedrich Barbarossa und den lombardischen Städten (wenn dieses auch nicht aus dem frühen Mittelalter stammt) zumindest klarer geworden. Im Hinblick auf das Beispiel mit der tiefen Überzeugung von Religion und dem Eingreifen jenseitiger Mächte als »Interpretationsrahmen für das zeitgenössische Rechtsverständnis«<sup>13</sup> bin ich nicht sicher, ob hier nur alter Wein in neuen Schläuchen serviert wird. Allerdings finde ich die Erklärung, was mit der kryptischen Formulierung, Ordnungskonfigurationen seien »so etwas wie die Bedingung der Möglichkeit für die

Ausbildung solcher Letztinterpretationen des Rechtlichen«,<sup>14</sup> gemeint ist, durchaus hilfreich: Pilch will einen metaphysischen Rahmen für das abstecken, was in einer Zeit in Rechtsdingen gedacht werden könne.

Hier liegt meines Erachtens ein Unterschied zu seinem Buch. Dort bringt Pilch »Letztinterpretation des Rechtlichen« mit einer Einordnung in eine der drei Schmitt'schen Kategorien »Norm, Dezision, konkrete Ordnung« in Verbindung. Weshalb die Lehren Carl Schmitts hier eine so zentrale Rolle spielen, hat sich mir nicht erschlossen,<sup>15</sup> auch nicht durch Pilchs Beispiel:<sup>16</sup> Gregor VII., Urheber des berühmten Dictatus Papae und Protagonist des Investiturstreits, sei idealtypisch der Dezision zuzuordnen. Grundlage sei eine bestimmte Ordnungskonfiguration gewesen, der sein politisches Denken angehört habe. Kaiser Heinrich III. hingegen, Vater des Heinrichs, der sich zu Canossa in die Gnade des eben besagten Gregors geben musste, sei in seinem Ordnungsdenken noch ganz mit dem Typus der Rechtsgewohnheit verbunden gewesen. Das heißt wohl – Pilch spricht diese Konsequenz nicht aus –, sein politisches Denken sei von Ordnungskonfigurationen beherrscht gewesen, die zu »konkreten Ordnungen« im Rechtlichen führte.

Vielleicht würde Pilch heute auch davon abrücken und Carl Schmitt – wenn Pilch sein Buch heute noch einmal von vorne beginnen würde – nicht mehr diese prominente Stellung einräumen. Jedenfalls ging es ihm darum auf der Frankfurter Tagung nicht. In seinem Aufsatz kommt weder der Name Carl Schmitt noch der in Pilchs Buch wichtige Begriff der konkreten Ordnungen vor. Wohl aber nimmt Pilch – was er in seiner Zusammenfassung noch einmal aufgreift – überzeugend auf die Überlegungen von Ronald Dworkin Bezug. Obwohl keineswegs für vorstaatliche Ver-

11 Insofern hat Pilch – jedenfalls was mich angeht – gewiss nicht ganz Unrecht, wenn er »unbefangene[n] – fast naiv anmutende[n] – Einsatz des ... Normgedankens« in der Rechtsgeschichte beobachtet (PILCH [2009] 332).

12 C. H. F. MEYER, Ordnung durch Ordnen. Die Erlassung und Gestaltung des hochmittelalterlichen Kirchenrechts im Spiegel von Texten, Begriffen und Institutio-

nen, in: Ordnungskonfigurationen (2006) 303–411 (313).

13 PILCH (2010) 32.

14 PILCH (2009) 329.

15 BERND KANNOWSKI, Besprechung zu Martin Pilch, Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten, <http://www.koeblergerhard.de/ZRG128Internetrezensionen2011/PilchMartin-DerRahmender-Rechtsgewohnheiten.htm>.

16 PILCH (2009) 329.

hältnisse entworfen, erweist sich die prozedurale Rechtstheorie für die Rechtsgewohnheiten als fruchtbar. Etwas irritierend finde ich, dass Pilch von »Repräsentationsformen« des Rechts spricht, was mit »Modus« bedeutungsgleich zu sein scheint.

Einen weiteren Unterschied zum Buch und zugleich einen wichtigen neuen Schritt auf dem Weg zu einem rechtstheoretisch reflektierten und für mittelalterliche Verhältnisse tauglichen Verständnis von Recht sehe ich in dem Rückgriff auf das Kriterium der Gewalt. In seinem Buch billigt Pilch dem Gesichtspunkt des Rechtszwanges zwar im Ansatz Überzeugungskraft zu, hält ihn aber wegen seiner Mannigfaltigkeit nur bedingt für ein taugliches Kriterium.<sup>17</sup> In seinem Aufsatz entwickelt Pilch die Formel (im wahren Sinne des Wortes; er mag Formeln) für Recht als Neutralisierung illegitimer durch legitime Gewalt. Bemerkenswerterweise kann Pilch hier keinen Geringeren als Franz Wieacker als Gewährsmann nennen,<sup>18</sup> hat dieser doch in Studien zum archaischen römischen Recht ähnliche Beobachtungen gemacht. Durch die Neutralisierung von Gewalt, so Pilch, erfülle das Recht seinen Zweck, Gewalt

insgesamt zu minimieren. Das wirft nun rein mathematisch gesehen die Frage auf, ob eine Stärkung der illegitimen Gewalt zwingend eine solche der legitimen mit sich bringen muss. Außerdem wirkt dieser Ansatz – wie Pilch auch sieht – wie eine »zirkelhafte Erklärung«. <sup>19</sup> Entscheidend an diesem nicht auf Inhalte abzielenden Modell ist aber, dass es zum einen auch das Recht in der Ruhelage (nicht nur das im Konflikt) mit einbezieht und – was für Pilch besonders wichtig sein dürfte – dass Normen darin »keine unmittelbar konstitutive Funktion [haben]«. <sup>20</sup>

In der Analyse der von Rechtshistorikern verwendeten Begriffe aus wissenschaftstheoretischer Sicht vollbringt Pilch Pionierleistungen. Sein in diesem Band gedruckter Frankfurter Vortrag hat weitere Perspektiven für den Dialog zwischen den Disziplinen eröffnet und in einigen für mich an dem großen Buch unklaren oder problematischen Punkten für mehr Klarheit gesorgt.

**Bernd Kannowski**

<sup>17</sup> PILCH (2009) 208.

<sup>18</sup> PILCH (2010) 37.

<sup>19</sup> PILCH (2010) 34.

<sup>20</sup> PILCH (2010) 35.