

## »Rechtsgewohnheiten« – und wie es dazu kam

Vor Ihnen steht nun, meine Damen und Herren, ein erster der Autoren, die mit ihrer Rede von der »Rechtsgewohnheit« (statt des vertrauten »Gewohnheitsrechts«) die Diskussion ausgelöst haben, die uns auch heute hier zusammenführt und die Martin Pilch gar dazu veranlasst hat, darüber ein Buch mit fast 600 Seiten zu schreiben.

Meine Aufgabe sehe ich heute darin, Ihnen zu erklären, wie ich dazu gekommen bin, in meiner »Deutschen Rechtsgeschichte« Bd. 2 (1973) zur Charakterisierung des mittelalterlichen deutschen Rechts den Terminus »Rechtsgewohnheiten« vorzuschlagen. Die entsprechenden Ausführungen, die sich in Kap. 6 in dem abschließenden Text »Zur Vertiefung« über »Mittelalterliche Rechtsbildung« finden (84–86), möchte ich kurz rekapitulieren. Ausgehend von der Feststellung, dass die deutsche Rechtsgeschichte das mittelalterliche Recht herkömmlich als Gewohnheitsrecht ansieht, erinnerte ich daran, dass »Gewohnheitsrecht« ein Komplementärbegriff zum Gesetzesrecht ist und wie dieses eine (freilich ungeschriebene) Normenordnung meint. Ob es gewohnheitsrechtlich geltende Normen auch in der Frühzeit und im Mittelalter gegeben habe, sei eine offene Frage. Eine Reihe von (damals!) neueren Untersuchungen mache es eher unwahrscheinlich. Ich stellte dann drei Aufsätze von Wilhelm Ebel (Göttingen), Hans Rudolf Hagemann (Basel) und Heinrich Demelius (Wien) vor, welche die mittelalterliche Vertragspraxis untersucht hatten, und kam zusammenfassend zu dem Ergebnis: »Es gibt den festen Brauch rechtsgeschäftlicher Regelung, die aber nur für den Einzelfall Recht schafft; eine ungeschriebene Legalordnung gibt es nicht. Das

mittelalterliche deutsche Recht kennt also Rechtsgewohnheiten, aber kein Gewohnheitsrecht.«

Entstanden ist dieser kleine, gerade einmal zwei Seiten lange Text (Albrecht Cordes hat ihn einmal »fast hermetisch knapp« genannt) im September 1972. Im Frühjahr war Band 1 der »Deutschen Rechtsgeschichte« erschienen, und Prof. Ernesto Grassi in München, der Herausgeber der wissenschaftlichen Rowohlt-Taschenbücher, drängte zum Abschluss von Band 2. Der größte Teil des Typoskripts lag ja auch schon vor: sämtliche Einführungsabschnitte mit den Literaturhinweisen sowie alle Quellentexte und Übersetzungen. Allerdings fehlten noch die 24 Abschnitte »Zur Vertiefung«! So habe ich denn im September 1972 in einer großen Kraftanstrengung, praktisch an 24 aufeinander folgenden Nachmittagen und Abenden, diese Texte – nicht geschrieben, sondern diktiert: auf Band, mit Hilfe einer GRUNDIG »Stenorette«.

Als Gedächtnisstütze dienten mir dabei (wie schon bei Band 1) die Arbeitsnotizen, in denen ich zuvor Aufbau und Inhalt meiner kleinen »Rechtsgeschichte« skizziert hatte. Seit Beginn der Arbeit, also 1966/67, waren sie oft neu gruppiert, umgeschrieben und korrigiert worden. Den kleinen Ringbuchordner im Format DIN A5, in dem für jedes Kapitel ein Blatt vorgesehen war, habe ich bis heute aufgehoben. Das hier interessierende Blatt für Band 2 Kap. 6 haben Sie vor sich (vgl. die Abbildung auf der folgenden Seite).

Auf der Vorderseite sind zunächst die vorgesehenen Quellentexte angeführt, dazu weitere Quellen notiert. Bis zuletzt wurden hier aus sachlichen wie aus Platzgründen immer wieder



Kopf herum. Sie waren leider nicht meine »geniale Intuition«, wie Roy Garré vor einigen Jahren meinte, sondern ich hatte sie bei einem fast vergessenen Germanisten des 19. Jh. gefunden: bei Wilhelm Arnold.

Anfang 1972 hatte ich nämlich gerade die Dissertation meines Doktoranden Albert Janssen über »Otto von Gierkes Methode des geschichtlichen Rechtsdenkens« zu begutachten. Die mündliche Prüfung war am 12. Mai 1972; die Arbeit ist dann 1974 als Buch erschienen. In seiner berühmten Kritik des Labandschen Staatsrechts hatte Gierke bekanntlich gefordert, das Recht müsse als Teil des Gemeinlebens vor allem genetisch erforscht werden und hatte Laband eine »genetische Isolierung« des Rechts vorgeworfen. Janssen konnte nun zeigen, dass dieses genetische Rechtsverständnis schon in Wilhelm Arnolds Buch »Cultur und Rechtsleben« von 1865 seinen Ausdruck gefunden hatte. Gierke hat sich denn auch ausdrücklich auf Arnold bezogen und seine »oft verkannte hohe Bedeutung« für die Erforschung der Zusammenhänge zwischen dem Recht und allen anderen Seiten des Soziallebens betont.

Wilhelm Arnold war mir bis dahin vor allem als Verfasser des Buches über »Ansiedlungen und Wanderungen deutscher Stämme« von 1875 bekannt gewesen – des Grundwerkes der historischen Ortsnamenforschung. Als Rechtshistoriker hatte ich ihn noch gar nicht recht wahrgenommen. Nun nahm ich also »Cultur und Rechtsleben« zur Hand und begegnete hier in dem Kapitel über »Sitte und Recht« den »Rechtsgewohnheiten«.

»Alle Verhältnisse waren zunächst von der Sitte beherrscht, es gab nur wenige bestimmte Rechtsvorschriften und von dem größten Theil der für Leben und Verkehr bestehenden Gewohnheiten mochte man lange Zeit nicht sagen,

ob es rechtliche oder bloß sittliche seien«, schreibt Arnold (269 f.). »So fest überall Übung und Brauch der Sitte geregelt war, so wenig konnte man genau den Punkt angeben, wo die Sitte aufhöre und das Recht anfangen. Erst allmählich wurde aus der Sitte eine Rechtsgewohnheit und daraus ein Recht.« Zahlreiche Beispiele führt Arnold hierzu an: die Leihverhältnisse an Grund und Boden, den Rentenkauf, die Baugerechtheiten und anderes mehr. Gewiss sind ihm diese Rechtsfiguren in den Urkunden der Basler Klöster und Stifte begegnet, an deren Erschließung er in seinen Basler Professorenjahren 1855–1863 gemeinsam mit seinem Freunde Andreas Heusler gearbeitet hatte. Besonders ausführlich spricht er von den Eheverträgen oder Ehestiftungen: »Sie erzeugten zwar an und für sich keine Regel, kein Recht im objectiven Sinne, stimmten aber doch ihrem wesentlichen Inhalt nach überein und gaben diesem die Bedeutung einer Sitte« (272). Dies schien mir eine treffende Beschreibung des Befundes zu sein, den die Aufsätze von Ebel, Hagemann und Demelius dargelegt hatten. Daher denn mein Vorschlag, für das Mittelalter von »Rechtsgewohnheiten« zu sprechen.

An eines habe ich dabei, wie ich gestehen muss, nicht gedacht: an die Oralität. Zum einen war die Diskussion über *Orality and Literacy* damals noch nicht in Deutschland angekommen. Hanna Vollraths bekannter Aufsatz über »Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften« erschien erst 1981, und die Werke von Jack Goody und Walter J. Ong entfalteten ihre Wirkung noch später. Auch sachlich gab es aber keinen Grund, die Rechtsgewohnheiten mit der Mündlichkeit zu verknüpfen. Die Arbeiten von Ebel, Hagemann und Demelius, auf die ich mich bezogen hatte, beruhten auf Urkunden und Stadtbüchern, also auf Zeugnissen jener »prag-

matischen Schriftlichkeit«, die sich vor allem in der spätmittelalterlichen Stadt so reich entfaltete. Deswegen bestand auch kein Anlass, in den Bahnen von Max Weber über die Bedeutung der Stadt für die Rationalisierung des Rechts nachzudenken. Die beschriebenen Rechtsgewohnheiten gehörten dieser städtischen Welt selbst schon an.

Ohnehin sind die Rechtsgewohnheiten, wie ich meine, kein Phänomen nur des Mittelalters oder gar der schriftlosen Frühzeit. Es gibt sie vielmehr auch heute! Ich darf etwa auf das Beispiel des bäuerlichen Hofübergabevertrages verweisen; Birgit Fastenmayer hat dazu im vergangenen Jahr hier in Frankfurt eine wohlgelungene Dissertation vorgelegt (»Hofübergabe als Altersversorgung«, Studien zur europ. Rechtsgeschichte 246, 2009). Bei spärlichsten Ansätzen im Gesetzesrecht (Art. 96 EGBGB, § 49 GBO) lebt dieses Rechtsinstitut seit Jahrhunderten ausschließlich in der Vertragspraxis fort und ist mit deutschen Auswanderern als *Dutch contract* sogar bis in die USA gelangt. Wem dieses Beispiel zu abseitig ist, der wird in den Rechtsformen des internationalen Handels- und Zahlungsverkehrs

andere, vielleicht aktuellere finden. Ich denke etwa an das Dokumentenakkreditiv, das zu den Vertragstypen gehört, bei denen bis heute darum gestritten wird, ob man sie sich wohl als »rechtsordnungslose Verträge« vorstellen kann. Wenn ich recht sehe, gibt es auch heute noch in keiner Rechtsordnung der Welt eine gesetzliche Regelung dafür. Aber der Vertrag wird praktiziert, und das funktioniert auch. Eine »Rechtsgewohnheit« eben!

Wie auch immer: Nachdem mein Buch 1973 erschienen war, haben die »Rechtsgewohnheiten« lange Zeit niemandem schlaflose Nächte bereitet. Auch andere Versuche, die spezifische Struktur des mittelalterlichen Rechts zu beschreiben, wurden allenfalls mit freundlichem Spott registriert. Erst auf dem Rechtshistorikertag von Nimwegen 1990 wurde das Stichwort aufgegriffen und vor allem von Gerhard Dilcher in weitere, namentlich soziologisch-anthropologische Zusammenhänge hineingestellt. Damit begann endlich die Diskussion, die noch heute andauert.

**Karl Kroeschell**