

# Rechtsgewohnheiten, Ordnungskonfigurationen und Rechtsbegriff

## I. Einleitende Überlegungen

Die kontroverse Debatte um den normativen Status des vor allem frühmittelalterlichen Rechts und seiner Teilelemente zählt seit jeher zum festen Bestandteil der Wissenschaftstradition der germanistisch orientierten Rechtsgeschichte vor allem des deutschsprachigen Raums.<sup>1</sup> Das gilt auch und gerade für die Frage nach den »Rechtsgewohnheiten«. Denn dieses Phänomen wird regelmäßig gedeutet als wesentlicher Beleg der »qualitativen Andersartigkeit« einer »den sozialen Kreisen verbundenen nichtschriftlichen überlieferten Ordnung«,<sup>2</sup> das sogar die »entscheidende Quelle mittelalterlichen Rechts«<sup>3</sup> gebildet habe. Es sei an dieser Stelle dahingestellt, ob diese Charakterisierungen nicht in Teilen Überzeichnungen darstellen, die insbesondere auf der weiträumigen Vernachlässigung der kirchlichen Rechtskultur auch in der Zeit vor der Ausformung des gelehrten Rechts beruhen.<sup>4</sup> Jedenfalls sind in der Diskussion um die Rechtsgewohnheiten bisweilen auch Zeichen einer gewissen Ermüdung zu beobachten, machte doch ein Teilnehmer der Debatte Indizien dafür aus, dass »sich die Diskussion um die Inhalte des Begriffs »Rechtsgewohnheit« in einer Sackgasse befindet.«<sup>5</sup> Das wäre freilich eine unglückliche Entwicklung. Denn immerhin birgt dieses Diskussionsfeld Potential für die rechtshistorische Perspektivenbildung (und sei es auch als negativer Referenzbegriff), das es ihr nicht zuletzt auch ermöglichen könnte, im Gespräch mit der Dogmatik einerseits und den historischen Nachbarwissenschaften andererseits Antworten auf die Frage nach dem, wie man vielleicht formu-

lieren könnte, epistemologischen »Proprium der Rechtsgeschichte«<sup>6</sup> zu formulieren. Solche Antworten müssen natürlich nicht unbedingt auf die Figur der »Rechtsgewohnheit« zurückgreifen, aber es bleibt doch festzuhalten, dass damit ein jedenfalls hilfreicher Ausgangspunkt der rechtshistorischen Perspektivbildung gegeben ist.

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund sind die Überlegungen von Martin Pilch besonders zu begrüßen. Denn auch wenn seine Überlegungen zum Widerspruch auffordern mögen, so machen sie doch zugleich auch sehr eindringlich die Komplexitäten deutlich, in denen sich die Modellbildungen zur mittelalterlichen Rechtlichkeit bewegen. Das gilt umso mehr, als die Analyse der »Rechtsgewohnheiten als rechtstheoretische Herausforderung«<sup>7</sup> einen Zugewinn an konzeptioneller Konsistenz verheißt. Vor allem aber regt sein Beitrag zur Reflektion über die von ihm vorgetragene Überlegungen an. So sollen auch im Folgenden drei grundsätzliche Fragen angesprochen werden, die ihren Ausgangspunkt bei seinen Thesen nehmen. In einem ersten Schritt sollen die temporalen Strukturen von Rechtlichkeit und ihre »Verankerung in der Erinnerung«<sup>8</sup> in den Blick genommen werden (unten II.). Dabei wird insbesondere zu fragen sein, ob Kategorien wie »Erinnerung« und »Gedächtnis« wirklich nur auf die Konstellation von Oralität zu übertragen sind. In einem weiteren Abschnitt soll die von Martin Pilch in die Debatte eingeführte Kategorie der »Ordnungskonfigurationen« näher betrachtet werden. Dabei wird zu fragen sein, wie sich »Ordnungskonfiguration« und Rechtlichkeit zueinander verhalten (unten III.). In einem dritten Schritt schließlich richtet sich

1 Für einen Überblick s. etwa J. RÜCKERT, Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung, in: ZRG GA III (1994) 275–309, 280–303, sowie B. KANNOVSKI, Rechtsbegriffe im Mittelalter. Stand der Diskussion, in: Rechtsbegriffe (2002), hier 3–26 m. w. N.  
2 G. DILCHER, Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem (1992), in:

DERS., Normen (2008) Nr. I. 2, S. 33–84, hier 42.

3 KANNOVSKI, Rechtsbegriffe (Fn. 1) 6, differenzierend dagegen etwa DILCHER, Mittelalterliche Rechtsgewohnheit (Fn. 2) 69–74.

4 Kritisch deswegen P. LANDAU, Die Kirche als Vermittlerin schriftlichen Rechts, in: Leges – Gentes (2006) 219–229, 219 f. und passim.

5 A. CORDES, Rechtsgewohnheiten in lübischen Gesellschaftsverträgen, in: Rechtsbegriffe (2002) 29–41, 34.

6 Die Formulierung in Anlehnung an: Das Proprium der Rechtswissenschaft, hg. v. CH. ENGEL u. W. SCHÖN, Tübingen 2007.

7 PILCH (2010) 27.

8 PILCH (2010) 24.

der Blick auf den von Martin Pilch vorgeschlagenen Rechtsbegriff (unten IV.), der aus der hier vertretenen Sicht ungeachtet einer im Ausgangspunkt widersprüchlichen Argumentation Martin Pilchs trotzdem sehr überzeugend ist, wenn er als Kombination von zwei Elementen gedeutet wird.

## II. Gedächtnis, Erinnerung und Rechtsbildung

In eindrucksvoller Prägnanz macht Martin Pilch den Bezug zwischen Gedächtnis, Oralität und temporaler Struktur von Rechtsgewohnheiten deutlich.<sup>9</sup> Dass oral vermittelte Regelungen »letztlich an das individuelle Gedächtnis aller Akteure«<sup>10</sup> gebunden sind, dass sich in solchen Konstellationen rechtliche Verbindlichkeit durch die immer wieder neue Rekonstruktion von Vergangenheit ergeben kann und dass dabei vor allem stark formalisierte Formen der Erinnerung bevorzugt werden, sind wesentliche Befunde. Man könnte im Anschluss an diese Überlegungen vielleicht auch die Frage stellen, ob nicht erst die mit der Schriftform prinzipiell garantierte auch zukünftige dauernde Verfügbarkeit von Regeln die Zukunft vollends zum Regelungsbereich von Recht macht. Denn erst durch die Schrift erhält das aufgrund seiner oralen und iterativen Überlieferung flexible Recht Beständigkeit. Jetzt wird es auch eher möglich, künftige Regelungen *explicit* anders zu gestalten als bisher. Die Gesetzgebung als gezielte Gestaltung (vor allem) von Zukunft ist nicht zuletzt deswegen so eng mit der Schriftlichkeit verbunden, wie etwa die berühmte Parömie *lex est constitutio scripta* verdeutlicht.<sup>11</sup>

Allerdings stellt sich die Frage, ob das Spannungsverhältnis von der »Verankerung von Recht im Gedächtnis« einerseits und seiner Bewahrung »in Textdokumenten oder Willensakten«<sup>12</sup> andererseits nicht etwas überakzentuiert

wird. Selbstverständlich ist die Kontinuitätswahrscheinlichkeit von Schriftrecht ungleich höher als im Fall von oral überlieferten Rechtsnormen. Aber mit der Schriftlichkeit allein ist es nicht getan. Schriftlich überliefertes Recht, das nicht durch Anwendung vergegenwärtigt wird, kann ebenfalls buchstäblich in Vergessenheit geraten. Dem entspricht es, dass etwa die Verlesung von schriftlich verfügbaren Regelungen gerade in der schriftbasierten Rechtskultur der mittelalterlichen Kirche belegt ist. So war die Vergegenwärtigung der älteren Regelungstradition etwa durch die Verlesung von älteren Regelungen fester Bestandteil frühmittelalterlicher synodaler *ordines* über die Abhaltung von Synoden.<sup>13</sup> Die Einbindung dieser liturgisch eingerahmten Vergegenwärtigung gerade in den synodalen Raum zeigt zudem, dass auch im Zusammenhang einer Schriftkultur die »Organisation von Erinnerung«<sup>14</sup> ebenso an eine Institution gebunden sein konnte, wie Martin Pilch dies im Blick auf die Rechtsgewohnheiten für das Gericht angenommen hat. Damit sollen die Unterschiede zwischen einer Schriftkultur und einer oralen Rechtskultur nicht negiert werden. Sie sind aber in einem anderen Punkt ausgeprägter: In einer schriftlich orientierten Rechtskultur entwickeln sich regelmäßig »Speicher« zur Sicherung des Rechtsgedächtnisses, im Fall des Kirchenrechts fiel diese Rolle in der Zeit vor den päpstlich veranlassten Rechtssammlungen den Kanonessammlungen zu.<sup>15</sup> Dabei können beständigere und auch komplexere Ordnungsstrukturen entstehen als im Fall nur oral überlieferten Rechtswissens. Solche Speicher fehlen in der Situation einer nur oral basierten Rechtskultur, deren Rechtsgedächtnis deswegen, wie Martin Pilch mit Recht betont, zwangsläufig weniger leistungsstark ist.

Allerdings, und damit ist ein weiterer kritischer Einwand angesprochen, stellt sich die

<sup>9</sup> PILCH (2010) 23–27.

<sup>10</sup> PILCH (2010) 23.

<sup>11</sup> So die Formel von Isidor v. Sevilla (*Etymologiae*, 5,3, 2), die über das *Decretum Gratiani* D. 1, c. 3 Eingang in das gelehrte Recht fand.

<sup>12</sup> PILCH (2010) 26.

<sup>13</sup> H. SCHNEIDER, *Vorgratianische Kanonessammlungen und ihre Synodalordines*, in: *Proceedings of the Ninth International Congress of Medieval Canon Law*, hg. v.

P. LANDAU u. J. MÜLLER, *Città del Vaticano* 1997, 41–61, 43–47.

<sup>14</sup> PILCH (2010) 25.

<sup>15</sup> Für einen kurzen Überblick zu diesem Zusammenhang s. etwa T. DUVE, Art. »Corpus Iuris Canonici«, in: *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Bd. 2, Oxford 2009, 218–225, 219 f., 221; A. THIER, Art. »Corpus Iuris Canonici«, in: *HRG* 1 (2008), Sp. 894–901, hier

895 f., 897 f.; zum Modell der Kanonessammlungen als Speicher des kirchlichen Rechtsgedächtnisses demnächst auch DERS., *Hierarchie und Autonomie. Regelungstraditionen der Bischofsbestellung in der Geschichte des kirchlichen Wahlrechts bis 1140*, C. (Einleitung).

Frage, ob nicht die (wenn auch bewusste) Verengung des Beobachtungszusammenhangs von Rechtsgewohnheiten auf den Kontext »von streng oralen Verhältnissen«<sup>16</sup> zu kurz greift, selbst wenn sie allein »zum Zweck der Kategorienbildung«<sup>17</sup> geschieht. Es sei dahingestellt, ob die Vernachlässigung der möglichen Einflüsse einer, so könnte man es ausdrücken, benachbarten Schriftkultur auf eine orale Rechtskultur nicht von vornherein fragwürdig ist. Aber ganz abgesehen davon vergibt diese Art der Kategorienbildung auch die Möglichkeit, das Spannungsverhältnis zwischen Schriftlichkeit und Mündlichkeit, die Frage nach der Umformung oraler Rechtlichkeit in Schriftlichkeit und umgekehrt, in den Blick zu nehmen.<sup>18</sup> Das gilt umso mehr, als diese Art des Medienwandels und des Medienwechsels alles andere als selten ist, wie schon das Zusammenwirken von römischer und kirchlicher Schriftkultur einerseits und oraler Tradition andererseits im Zusammenhang der Stammesrechte zeigt.<sup>19</sup>

### III. Ordnungskonfigurationen und mittelalterliches Recht

Martin Pilch plädiert dafür, die Rechtsgewohnheiten in den Kontext von »Ordnungskonfigurationen« zu stellen und sie damit (auch) im »Zusammenhang von gelebter und gedachter Ordnung im Mittelalter« zu analysieren.<sup>20</sup> Damit führt Martin Pilch ein in den Geschichtswissenschaften entwickeltes Konzept ein, das historische Entwicklungsdynamiken in den Konflikthorizont unterschiedlicher Ordnungsvorstellungen rückt.<sup>21</sup> Freilich sind solche Überlegungen zur Präsenz unterschiedlicher Ordnungsentwürfe im Mittelalter nicht neu. Bernhard Jussen etwa hat 2001 einen Sammelband mit dem be-

zeichnenden Titel *Ordering medieval society* publiziert, dem allerdings eine andere Sicht auf »Ordnungen« zugrunde liegt, die hier in erster Linie von der Perspektive der »Social Ties Beyond Kingship« her gesehen und damit gegen ältere Traditionen der deutschen Verfassungsgeschichtsschreibung positioniert werden.<sup>22</sup> Aber auch der rechtshistorische Erkenntnisgewinn der Konzeption von den »Ordnungskonfigurationen« ist im Ausgangspunkt eher bescheiden. Denn dass Sollenssätze nicht abstrakt von ihrer sozialen, wirtschaftlichen, politischen und kulturellen Wirkung bestehen, dass sie Ausdruck und Funktion zeitgenössisch bedingter Ordnungsvorstellungen sind, ist eine Selbstverständlichkeit. Trotzdem ist es ein Verdienst von Martin Pilch, diesen Punkt noch einmal sehr deutlich und in begrifflicher Verdichtung in den Vordergrund gerückt zu haben. Hinzu tritt der Umstand, dass es dadurch konzeptionell möglich wird, die Rechtsgewohnheiten von der Vorstellung einer stets »homogenen Hintergrundordnung« zu lösen<sup>23</sup> und auf diese Weise zu einer ihrerseits wandelbaren und damit historischen Größe zu machen. Ganz abgesehen davon ist auch die in seiner Monographie entwickelte Vorstellung vom Übergang des Rechts als einer eher gestaltungsfernen Größe in der Zeit bis zum 12. Jahrhundert zu einer »gestaltbaren Ordnung«<sup>24</sup> sehr gut nachvollziehbar, wie sich etwa am Beispiel der kirchlichen Rechtskultur zeigen ließe. Hier nämlich werden, wie es scheint, die spätantiken Texte für einen Papst wie Gregor VII. zum Material kreativer Gestaltung.<sup>25</sup>

Allerdings bleiben auch Fragen offen, die sich freilich teilweise weniger an Martin Pilch als vielmehr an die Urheber des Konzepts der »Ordnungskonfigurationen« selbst richten: So wären die Konturen dieser Konfigurationen, ihre Kriterien und Kategorien näher zu bestimmen.

16 PILCH (2010) 23.

17 PILCH (2010) 23.

18 Erklärungsansätze für solche Situationen bei J. WEITZEL, Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, in: Gewohnheitsrecht (1992) 67–86, 68–70.

19 Vgl. nur GERHARD DILCHER, Leges – Gentes – Regna. Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen

Rechtskultur: Fragen und Probleme (2006), in: DILCHER, Normen (2008), Nr. I, S. 3–32, 22–27 m. w. N.

20 PILCH (2010) 32.

21 Ordnungskonfigurationen (2006).

22 Ordering Medieval Society. Perspectives on Intellectual and Practical Modes of Shaping Social Relations, hg. v. B. JUSSEN, Philadelphia 2001, das Zitat im Text als Teil der Introduction, 1–12, 4.

23 PILCH (2010) 32.

24 PILCH (2009) 403.

25 THIER, Hierarchie und Autonomie (Fn. 16), B.IV.4.

Selbstverständlich können etwa Überlegungen zur Legitimation politischer Herrschaft den Ausgangspunkt auch einer weiterreichenden Ordnungsvorstellung bilden.<sup>26</sup> Aber dann stellt sich die Frage, wie diese Legitimationsvorstellungen von schlichten politischen Interessen abzugrenzen sind, ob sie als Ausdruck solcher Interessen (und vielleicht politischer Zwänge) zu deuten sind und welche Akteure in diese Konfiguration typischerweise eingebunden sind. Eine Frage allerdings geht in der Tat an Martin Pilch selbst: Wenn »Recht und Verfassung bedeutende Elemente ... der realen wie auch der ideellen Ordnungen« sein sollen,<sup>27</sup> dann liegt die Vermutung nicht fern, dass auch das Recht selbst eine solche Ordnung konstituieren kann. Dem scheint es zu entsprechen, dass Martin Pilch ausdrücklich auch Konflikte »um den Rechtsbegriff ... selbst«<sup>28</sup> für möglich hält. Dann aber stellt sich erst recht die Frage nach den Determinanten der Beziehung von Recht und Ordnungskonfiguration, nach der Abhängigkeit von Rechtsvorstellungen insbesondere von sozialen Schichtungen sowie nicht zuletzt nach der Unterscheidung zwischen Ordnungskonfigurationen einerseits und Ordnungsvorstellungen über die Konfiguration des Rechtsgefüges (etwa im Verhältnis zwischen *lex scripta*, *consuetudo* und Rechtsgewohnheiten) andererseits.

#### IV. Recht und Gewalt

Martin Pilch plädiert für einen »methodischen Rechtsbegriff«,<sup>29</sup> dessen Kern gebildet wird durch die »Aufhebung von Gewalt durch Gewalt ... durch die Scheidung von legitimer und illegitimer Gewalt«.<sup>30</sup> Mit dieser Konzeption kann Martin Pilch die Frage nach der Verknüpfung von Recht und hoheitlicher Durch-

setzungsmacht als Garantie seiner Verbindlichkeit vermeiden und muss sich daher nicht mit der Diskussion über die Präsenz staatlicher Vollstreckungsstrukturen im Mittelalter auseinandersetzen. Gleichzeitig kann sein Rechtsbegriff aber auch verschriftlichte Regeln, also Normen, einbeziehen, weil er gegenüber der Unterscheidung von Oralität und Schriftlichkeit neutral ist.

Die Vorteile dieses Vorgehens sind offensichtlich. Martin Pilch gewinnt einen Rechtsbegriff, der in seinen Konturen zwar hinreichend bestimmt ist, aber gleichwohl auch im Zusammenhang mittelalterlicher Formen der Rechtsbewahrung einsetzbar ist, wie er am Beispiel von Fehde, Handhaftverfahren und Gericht zeigen kann. Freilich werden bei näherer Betrachtung auch die Probleme dieses Rechtsbegriffs deutlich. Jenseits dieser möglichen Konsistenzprobleme liegt allerdings die grundsätzliche Frage nach der Perspektivenbildung von Martin Pilch: Es ist sein erklärtes Ziel, »Recht von anderen sozialen Phänomenen abgrenzen zu können«<sup>31</sup> und damit die »Differenzierung zwischen Recht und anderen normativen Bereichen wie Sitte, Brauch, Mode usw.« leisten zu können.<sup>32</sup> Aber es stellt sich die Frage, ob nicht gerade mit dieser »Differenzierung« unversehens eine Kategorie in den Rechtsbegriff hineingelangt, die zwar typisch für Neuzeit, Moderne und Gegenwart ist, dagegen aber dem Mittelalter gerade nicht entspricht: Denn bei der Unterscheidung zwischen »Recht« und anderen normativen Ebenen wird, wie es scheint, implizit bei den hoch differenzierten Institutionen- und Funktionsgefügen moderner Staatlichkeit angeknüpft, in denen die Autonomie des Rechts gegenüber anderen sozialen und kulturellen Regeln unbestritten und im Blick auf die strikten Verfahrensregeln für die Rechtsetzung auch unbestreitbar ist. Im mittelalterlichen Zusammenhang ist aber

26 Vgl. PILCH (2010) 32 f.

27 PILCH (2010) 33.

28 PILCH (2010) 32.

29 PILCH (2010) 39.

30 PILCH (2010) 34.

31 PILCH (2010) 33.

32 PILCH (2010) 33.

diese Autonomie des Rechtlichen nicht so eindeutig zu bestimmen. Selbst in der Rechtskultur der Kirche sind die Grenzen etwa zwischen den ekklesiologischen Entwürfen der Kirchenväter und anderen Normen bis zum *Decretum Gratiani* nicht eindeutig bestimmt. Erst durch Gratian werden solche Unterscheidungen möglich, räumte er doch den patristischen Texten Rechtsquellenstatus ein und gliederte sie zugleich in eine Hierarchie der Rechtsnormen ein.<sup>33</sup>

Dieses Beispiel zeigt, dass die Autonomie des Rechts ihrerseits eine evolutionäre Eigenschaft darstellt. Diese Qualität scheint auch im Rechtsbegriff von Martin Pilch auf, wenn hier die »Legitimität« der Gewaltausübung zum entscheidenden Merkmal von Rechtlichkeit wird. Diese Frage nämlich ist nicht, wie in der Situation einer geschlossen operierenden Rechtsordnung, allein durch den Rückgriff auf Rechtssätze zu beantworten, sondern verweist auch auf andere Wertungen jenseits davon. Damit öffnet sich der Rechtsbegriff von Martin Pilch allerdings auch gerade jenen zeitgenössischen Regelbildungen, von denen er sich im Ausgangspunkt hatte absetzen wollen. An dieser Stelle wird seine Argumentation also widersprüchlich.

Aus der hier vertretenen Sicht liegt aber gerade in dieser Offenheit des Rechtsbegriffs ein großer Vorteil: Denn trotz eines kategorial festen Kernes – der Vorstellung von der Gewaltausübung, die ihrerseits immer auch auf die notwendig relationale Qualität von Recht (seine Position »inmitten« mindestens zweier Beteiligten) verweist – wird durch das Kriterium der »Legitimität« ein wandelbares, evolutionäres Element in den Rechtsbegriff eingefügt. Damit, so könnte man sagen, verbinden sich in der Konzeption von Martin Pilch überzeitliche Kontinuität und historischer Wandel zu einer epistemologischen Einheit. Freilich käme es jetzt darauf an, die Inhalte

von »Legitimität« näher zu bestimmen, wobei etwa an eine prozedurale Legitimation (etwa im Rechtsgang), aber auch an eine Legitimation durch herrscherliches Handeln zu denken wäre. Möglicherweise könnten in diesem Zusammenhang auch die Überlegungen von Martin Pilch zu den Ordnungskonfigurationen fruchtbar gemacht werden, die Eingang in das Legitimitätsurteil finden müssten. Doch damit wird bereits über den vorliegenden Rahmen hinausgegriffen.

## V. Schlussbemerkung

Jede Generation von Rechtshistorikerinnen und Rechtshistorikern bestimmt ihre Perspektiven neu und setzt dabei je unterschiedliche Akzente. Das zeigen auch die Überlegungen von Martin Pilch, die für manche aufgrund ihres ausgeprägt rechtstheoretischen Ansatzes vielleicht als Provokation wirken werden. Das gilt erst recht im Hinblick darauf, dass Martin Pilch durchgängig aus einer idealtypischen Perspektive arbeiten muss, in der die Komplexität der Quellenbefunde hermeneutisch geradezu nivelliert wird. Natürlich könnte ihm deswegen entgegengehalten werden, dass die oszillierende Labilität der frühmittelalterlichen Strukturbildungen und die Zufälligkeiten der Quellenüberlieferungen kein eindeutiges Urteil, geschweige denn eine Modellbildung seines Typs zulassen. Allerdings bedeutet diese Position den grundsätzlichen Verzicht darauf, überhaupt zu Aussagen über die Ausformung und Evolution von Rechtlichkeit zu gelangen. Das allerdings würde den Verzicht auf rechtshistorisches Fragen überhaupt bedeuten, eine Position, die vielleicht legitim sein mag, aber doch jedenfalls fragwürdig ist.

**Andreas Thier**

33 *Decretum Gratiani*, D. 20, v. a. *Dict. Gratiani ante D. I, c. 1*; zum Ganzen: TATSUSHI GENKA, *Hierarchie der Texte, Hierarchie der Autoritäten. Zur Hierarchie der Rechtsquellen bei Gratian*, in: *ZRG KA* 95 (2009) 101–127, 122–125 und pass.