

Eine Rechtstheorie für das Mittelalter?

Gerhard Dilcher hat mich gebeten, primär nicht eine mediävistische, sondern eine rechtstheoretische Sicht in die Debatte über das Buch von Martin Pilch einzubringen. Ich versuche dieser Bitte zu entsprechen, auch wenn ich mich lediglich als ein rechtstheoretisch sensibilisierter und etwas informierter Rechtshistoriker betrachte und aus dieser Perspektive das Buch eines rechtshistorisch äusserst gut informierten Rechtstheoretikers zu kommentieren versuche.

Darüber hinaus sollte meine Stellungnahme auch vor dem Hintergrund des im Rahmen des Luzerner Graduiertenkollegs »Text und Normativität« laufenden Forschungsprojekts über Mündlichkeit und Schriftlichkeit in der schweizerischen Rechtstradition erfolgen (http://www.unilu.ch/deu/graduiertenkolleg-text-und-normativitaet_344082.html). Es handelt sich dabei um ein Projekt, das sich mit der Frühen Neuzeit und dem 19. Jahrhundert beschäftigt, allerdings mit der schweizerischen Neuzeit, die, so die Meinung vieler Rechtshistoriker, starke mittelalterliche Züge aufweist.

1. Die rechtshistorische Zunft ist, zumindest im deutschsprachigen Raum, immer noch (und wieder zunehmend) von Theorieabstinenz bzw. Theoriefeindlichkeit geprägt. Persönlich möchte ich mich davon distanzieren und die Notwendigkeit theoretisch-methodischer Reflexion für die rechtshistorische Forschungsarbeit betonen. Eine Reflexion, die für die Rechtsgeschichte als Bindestrich-Disziplin Orientierung an rechtswissenschaftliche wie auch an geschichts- und sozialwissenschaftliche Theorieangebote bedeutet.

Aus dieser Perspektive finde ich es beeindruckend, mit welcher rechtstheoretischer und

rechtshistorischer Kompetenz Martin Pilch sich Grundfragen des mittelalterlichen Rechts nähert. Allerdings kann ich der von Pilch gewählten Verknüpfung von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte nicht beipflichten: Ihm geht es, zugespielt formuliert, in erster Linie um eine grundsätzliche Kritik moderner positivistischer Rechtstheorien über den »Umweg« einer rechtshistorischen Auseinandersetzung mit dem mittelalterlichen Recht mit Hilfe antipositivistischer Ansätze (insbes. Dworkin, Schmitt). So steht es schon im Untertitel des Werks: »Kritik des Normensystemdenkens entwickelt am Rechtsbegriff der mittelalterlichen Rechtsgeschichte«. Rechtsgeschichte fungiert dabei als »Dienerin« für eine rechtstheoretische Auseinandersetzung, die mitunter Carl Schmitts Konzept des »Konkreten Ordnungsdenkens« in die Debatte wieder einführt (2009: 371 ff.).

Als Rechtshistoriker stehe ich einer solchen Vorgehensweise äusserst skeptisch gegenüber. Die Falsifizierung, Validierung oder Rehabilitierung einer (Rechts)Theorie durch eine rechtshistorische Untersuchung ist meines Erachtens nicht möglich. Ich meine zwar auch, dass eine grössere rechtshistorische Sensibilität und Informiertheit den meisten Rechtstheoretikern nicht schaden könnte. Die Rechtsgeschichte kann der Rechtstheorie Anschauungsmaterial und Vergleichsmomente liefern, aber eine unmittelbare Umsetzung für rechtstheoretische Diskurse schliesse ich aus.

Theoriegeleitete Rechtsgeschichte bedeutet vielmehr praktische Konvertierung (rechts)theoretischer Aussagen, die für eine konkrete rechtshistorische Untersuchung brauchbare Erklärungsmuster liefern: »respektlose«, aber reflektierte und selbstreflexive Nutzung des be-

stehenden Theorieangebots. Rechtsgeschichte ist deshalb nicht der Ort für rechtstheoretische Diskurse, für rechtstheoretisches ›Outing‹. Es geht vielmehr um »rezeptionelle Interdisziplinarität (...), die Untersuchungen und Theorien aus anderen Disziplinen zur Kenntnis nimmt und für die eigene Forschungsarbeit nutzt«.¹

2. Unter diesem Gesichtspunkt kann man sich fragen, welchen rechtshistorischen Erkenntnisgewinn Pilchs Ansatz bringt. Um diese Frage zu beantworten, möchte ich kurz auf eines der wichtigsten (von Pilch auch kurz gestreiften, 2009: 417 f.) Mittelalter-Bücher der letzten Jahre eingehen: Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*.² Grossi wendet sich gegen die sowohl bei den Rechtshistorikern wie auch in noch unreflektierterem Ausmass oft bei den Historikern anzutreffende Übertragung moderner staatlicher Konzepte auf die mittelalterlichen Zustände. Grossi stützt sich dabei – freilich mit einem viel geringeren theoretischen Aufwand – mitunter auf Santi Romanos Konzept eines Rechts ohne Staat und charakterisiert die mittelalterliche Rechtswelt als eine Pluralität rechtlich autonomer Ordnungen, für die das Recht ding- und faktenbezogen war: »Was zählt, sind die Rechtsgewohnheiten, anders gesagt, die zeitlich wiederholten und anerkannten Tatsachen, ein unmittelbarer Ausdruck der Dinge selbst, die bestimmte Regeln für sich reklamieren.«³

Nun, der Staatsrechtler und Rechtstheoretiker Santi Romano war einer der führenden Juristen des faschistischen Regimes und entwickelte seine Theorie in Auseinandersetzung mit dem liberalen Rechtsdenken. Pietro Costa hat auf überzeugende Weise gezeigt, dass Romanos institutionelle Rechtslehre, die enge Beziehungen zu den Konzepten von Maurice Hauriou und Carl Schmitt aufweist, zwar pluralistisch in Be-

zug auf die Darstellung des Sozialen, aber streng etatistisch in Bezug auf die Definition des dominanten Orientierungspunktes ist.⁴ Um es für sein Mittelalterkonzept zu verwenden, musste also Grossi Romanos Modell einer, möglichen aber bestimmt nicht von Romano intendierten, »soziozentrischen« Lektüre unterziehen. Grossi weist auf diese Problematik selbst hin, wenn er in seinem Buch den vorherrschenden etatistischen Umgang mit Romanos Theorie anprangert und diesen Umgang auch Romano selbst vorwirft, »quando indossa le vesti del giurpubblicista«.⁵

Auch Pilch muss, wie er selber zugibt, »nicht unerhebliche Modifikationen« (2009: 17) an Carl Schmitts Modell des konkreten Ordnungsdenkens vornehmen, um es für seine mittelalterliche Fragestellung nutzbar zu machen. Fragt sich nur, was dieser Rückgriff noch bringt, wenn Schmitts Konzepte ihrer »streitbaren Akzente« (2009: 395) entkleidet werden mussten und am Schluss »allein der Begriff des Ordnungsdenkens« (2009: 399) übrigbleibt und mit diesem die Distanz zum modernen Rechtsdenken markiert wird. Dass man die rechtliche Dimension des Mittelalters nicht mit modernen Rechtskategorien erfassen kann, war mir, auf Grund meiner nicht allzu vertieften Lektüre der Arbeiten von Kroeschell, Weitzel, Dilcher und einiger anderer Rechtshistoriker, auch schon vor der Auseinandersetzung mit Pilchs Werk klar geworden. Damit will ich keinesfalls die Bedeutung der Untersuchung von Martin Pilch herabwürdigen, die, aus rechtshistorischer Sicht, meines Erachtens vor allem in der vertieften Auseinandersetzung mit dem Rechtsverständnis der eben erwähnten Rechtshistoriker liegt.

3. Ich bleibe aber dabei, dass die Wiederbelebung Schmittscher Kategorien für das Verständ-

1 S. BURGHARTZ, Umordnung statt Unordnung? Ehe, Geschlecht und Reformationgeschichte, in: Zwischen den Disziplinen? Perspektiven der Frühneuzeitforschung, hg. v. H. Puff u. C. Wild, Göttingen 2003, 165.

2 P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, Bari 1995. Dazu jetzt auch DERS., Ein Buch von 1995 und sein kultureller Plan, in: ZRG GA 126 (2009) 208 ff.

3 GROSSI, Ein Buch (Fn. 2) 218.

4 P. COSTA, *Lo stato immaginario*, Milano 1986, 124 ff.

5 GROSSI, *L'ordine* (Fn. 2) 32.

nis des mittelalterlichen Rechts keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn bringt. Sie ist überdies eben doch von »streitbaren Akzenten« geprägt. Auch hier muss ich wieder zunächst auf Grossi hinweisen: Sein Werk ist von einer scharfen, manchmal einen kreuzzugmässigen Ton annehmenden Polemik gegen die Moderne und ihre rechtlichen Errungenschaften geprägt. Problematisch ist dabei nicht so sehr die über weite Strecken nachvollziehbare Kritik am modernen Staat, sondern der Versuch, dem Mittelalter als Gegenentwurf zur Moderne eine Modellfunktion für die Zukunft zuzuweisen. Ganz ähnlich geht es auch Pilch um eine grundsätzliche Kritik (und Ablehnung) moderner rechtspositivistischer Theorien mit Blick auf die Zukunft. Er spricht ebenfalls von der »Attraktivität« (2009: 533) des Mittelalters für die rechtstheoretische Beschäftigung mit aktuellen Phänomenen der Entstaatlichung. Rechtsgeschichte wird auch unter diesem Aspekt als »Dienerin« für eine rechtstheoretische Auseinandersetzung ge-/missbraucht.

Meine Einwände beziehen sich auf Pilchs Buch, und es ist nun interessant zu beobachten, dass er in seinem nun vorliegenden Aufsatz auf Schmittsche Kategorien völlig verzichtet und nur noch die prozedurale Rechtstheorie von Ronald Dworkin anführt. Freilich muss Pilch auch Dworkins Modell, »das in keiner Weise auf vorstaatliche Rechtskulturen hin entworfen worden« (2010: 30) ist, vollständig seines »gesamten historischen, gesellschaftlichen und ideologischen Hintergrunds« (2009: 358) entkleiden und es auf einen formalen Aspekt (»Recht als interpretative Praxis«, 2009: 358) reduzieren. Eine wiederum fragwürdige Operation mit geringem rechtshistorischen Erkenntnisgewinn.

4. Vielversprechender (und von Pilch in seinem Aufsatz nun auch expliziter ins Feld geführt) er-

scheint demgegenüber die Einbeziehung (rechts-)ethnologischer Ansätze wie auch von neueren Konzepten der Mediävistik.⁶ In diesem Zusammenhang möchte ich abschliessend auf die Ergebnisse und Anregungen eines Werks eingehen, das bisher (so mein Eindruck) von der mittelalterlichen Rechtsgeschichte kaum rezipiert worden ist: Simon Teuscher, *Erzähltes Recht*.⁷ Dass ich darauf komme, hängt mit dem eingangs erwähnten Forschungsprojekt zur schweizerischen Rechtstradition zusammen. Dort stehen wir immer noch vor der Schwierigkeit, die Besonderheiten des alteidgenössischen Rechts in den Griff zu bekommen. Während die kontinentaleuropäische Rechtsentwicklung seit dem Mittelalter als vom *ius commune* und damit von der Schriftlichkeit beherrscht gilt, wird das Gebiet der Alten Eidgenossenschaft als eine vom Gewohnheitsrecht und vom »alten Herkommen« geprägte Rechtsinsel betrachtet. Zur helvetischen Mythologie gehört das Bild einer seit 1499 »unabhängigen« Eidgenossenschaft, die sich nicht nur der Reichsreform, sondern auch der Rezeption des *ius commune* (und damit der Professionalisierung und Verwissenschaftlichung des Rechts) verweigerte und, ohne »Bartele und Baldele«, eine »volksnahe« Rechts- und Prozesskultur (bis heute?) pflegte.⁸

Von historischer Seite hat sich nun Simon Teuscher mit dem spätmittelalterlichen Phänomen der Rechtsaufzeichnungen auf alteidgenössischem Gebiet beschäftigt. Er hat dabei die herkömmlichen Vorstellungen von einer scharfen Trennung und einem zeitlich-evolutionären Nacheinander von altem volkstümlichem und neuem gelehrtem Recht in Frage gestellt. Nach Teuscher hat das gelehrte Recht die Rechtsgewohnheiten nicht einfach verdrängt: »Lokale Rechte als alte Rechtsgewohnheiten zu verstehen, war in mancher Hinsicht weniger der Aus-

6 Vgl. insbes. die Ritualforschung oder den von PILCH [2009] 479 ff., ausführlich diskutierten Begriff der Ordnungskonfigurationen.

7 S. TEUSCHER, *Erzähltes Recht. Lokale Herrschaft, Verschriftlichung und Traditionsbildung im Spätmittelalter*, Frankfurt a. M. 2007.

8 Vgl. dazu die Hinweise bei H. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*,

10. Auflage, Heidelberg 2005, 58 f.

gangspunkt als die Folge der Rezeption des gelehrten Rechts.«⁹

Teuscher beschäftigt sich mitunter mit der Materialität der Quellen, mit den Entstehungstechniken und mit dem Gebrauch dieser Dokumente. Bei den Weistümern stellt Teuscher fest, dass sie nicht einfach Reflexe traditionaler Zustände waren. Ihr hohes Alter wurde vielmehr, auf der Grundlage von Kompilationen und redaktionellen Überarbeitungen schriftlicher Vorlagen, konstruiert. Die Anklänge an mündliche und volkstümliche Ausdrucksweisen müssen also zum Teil als Ergebnis redaktioneller Tätigkeiten betrachtet werden. Im Vordergrund stehen insgesamt die Konventionen der formalisierten schriftlichen Darstellung, nicht der urtümlich schriftlosen Kultur. Die Orientierung am alten Recht wäre somit das Produkt literaler Elitenkultur. Dabei war, laut Teuscher, die Verschriftlichung von Recht im Spätmittelalter auch mit »Transfers von Praktiken aus den Sphären von Kirche und Religion in die weltliche Herrschaftsausübung«¹⁰ verbunden und auch die Gebrauchsformen der Rechtsaufzeichnungen lehnten sich an religiöse Vorbilder an.

Schliesslich verweist Teuscher auf die Verbindung oraler Rechtskultur mit genossenschaftlichen Strukturen (dazu auch Pilch [2009] 295 ff.): Die Alte Eidgenossenschaft war durch Kleinräumigkeit und Heterogenität der Herrschaftstypen an der Wegkreuzung von Reich, italienischen Stadtkommunen und Frankreich gekennzeichnet. Diese Strukturen begünstigten die breite Teilnahme am Rechtsleben und damit

auch die Beibehaltung oraler Rechtsformen. Andererseits führte der Aufbau frühmoderner Staatlichkeit zur Marginalisierung oraler Rechtskulturen.

Daran anknüpfend stellt sich nun die Frage, was sich, nach der ›Trennung‹ alteidgenössischer Gebiete von der gemeinrechtlich geprägten Rechtsentwicklung, am Verhältnis von Mündlichkeit und Schriftlichkeit verändert hat? Bestand weiterhin eine Schichtung von oraler Tradition und Schriftlichkeit oder kam es sogar zu einer Inversion, bzw. zu Konflikten? Wenn die These von Garré¹¹ eines »wilden Gewohnheitsrechts« und einer Rechtskultur, die die raffinierten gemeinrechtlichen Lehren zur *consuetudo* nicht rezipierte, stimmt, dann hätten wir es in diesen Gebieten auch in der Frühen Neuzeit mit Rechtsgewohnheiten und eben nicht mit Gewohnheitsrecht zu tun. Zu untersuchen wäre dann, ob, wie und wann der grundlegende Wandel des Rechtsverständnisses von situationsbezogenem, einzelfallorientiertem und rückwärtsgerichtetem Recht zu generell-abstrakter, zukunftsorientierter Normativität erfolgte und ob es dabei, wie Pilch es postuliert, um einen »Wandel von der normlosen Gestalt oraler Rechtsgewohnheit zur Normstruktur des Schriftrechts« (2009: 310) ging. Eine Analyse frühneuzeitlicher alteidgenössischer Rechtspraxis könnte so auch die, durch das Werk von Martin Pilch angeregte, Diskussion über die Eigenart des mittelalterlichen Rechts befruchten.

Michele Luminati

⁹ TEUSCHER (Fn. 7) 316.

¹⁰ Ebda.

¹¹ R. GARRÉ, Ein Urteil der Rota Florentina am Ende des 18. Jahrhunderts und sein wissenschaftsgeschichtlicher Kontext, in: Mit den Augen der Rechtsgeschichte. Rechtsfälle – selbstkritisch kommentiert, hg. v. M. LUMINATI, U. FALK u. M. SCHMOECKEL, Münster 2008, 182.