

Ein zweiter Paradigmenwechsel?

1. In der Diskussion des Vortrages, den Martin Pilch am 15. Januar 2010 am Frankfurter Internationalen Max-Planck-Forschungskolleg gehalten hat, konnte ich das Verhältnis von »Dinggenossenschaft und Recht« (Herbst 1979 – Frühjahr 1983, erschienen 1985) zu Gerhart Husserls »Rechtskraft und Rechtsgeltung« (1925) erläutern. Einen konzeptionellen Einfluss sehe ich nicht. Intensiv habe ich mich mit Husserls Verständnis des Urteilserfüllungsergebnisses der fränkischen Placita befasst. Wann je diskutierte ein Rechtstheoretiker anhand historisch derart interessanter Quellen? Das Urteilserfüllungsergebnis bringt notwendigerweise subjektiv-bilaterale Elemente in die Rechtsbildung ein. Doch ist es kollektiv in die gerichtliche Willensbildung eingebettet. Eine signifikante, prägende »Anknüpfung an Husserls bilaterale Geltungstheorie des Rechts« (Pilch [2009] 343) möchte ich auch deshalb verneinen, weil ich mich ja nur mit den Rechtsgewohnheiten (*recht*), nicht auch mit Vertrag und Willkür, näher befasste. Allerdings waren einzelne Elemente und Bilder brauchbar. Objektiv wird mein Konzept in erster Linie bestimmt durch rechtshistorische Konsensvorstellungen (z. B. Ekkehard Kaufmann, Konsens, HRG II, 1090–1102), die »Dogmatik« des deutschrechtlichen Urteils (Julius Wilhelm Planck, August Sigismund Schultze, Gerhard Buchda; Weitzel, *consilio et iudicio* (1980), in: FS Kroeschell 1987, 581 f.) und die mir seit den späten 1970er Jahren durch Uwe Wesel bekannte Oralitätsproblematik.
2. Beginnen wir die Suche nach den Kriterien des nichtnormativen Rechts mit dem Bild, die Rechtsgewohnheit sei ein Werkzeug, das erst im

Konflikt/Prozess (in deren »interpretativer Praxis«) geschmiedet werde. Oder: ein Recht, das mit Regeln operiere, während es bzw. die »Ordnung« nicht aus solchen bestehe (Pilch [2010] 29). Ich versuche Annäherung und Wertung im Vergleich der beiden Konzeptionen, dabei insbesondere den Aufsatz Pilchs in diesem Heft bedenkend. Vor dem Hintergrund etlicher Entwicklungsschritte sowohl meines Modells als auch der Erfassung des Problems durch Martin Pilch (zunächst qua »konkretem Ordnungsdenken« und seiner Fortbildung durch das Friedens- und Rechtszwangselement hin zum »Modus der Ordnung und des Erinnerns«) ist es nicht immer einfach, hinsichtlich Konzeption und Argumentationsführung den Überblick zu behalten. Insgesamt scheint mir in dem Aufsatz die Problemdarstellung eher an Tiefenschärfe und Möglichkeiten ihrer Strukturierung verloren zu haben. Ich will dies nachfolgend an zwei Hauptpunkten – in die freilich weitere Zusammenhänge hineinspielen – zu erläutern suchen. Der erste ist der Verlust einer modellhaft zu bedenkenden Ausgangsposition Null im Verhältnis von reiner Gewohnheit und Rechtsgewohnheit. Der zweite betrifft die Regelhaftigkeit des frühen Rechtsdenkens, aber auch der Gewohnheit. Von Regeln und Regelungskomplexen ist bei Pilch vermehrt die Rede. Gibt es »nichtregelhafte« Regeln? Ist nicht eine gewisse terminologische Unschärfe hinsichtlich »Regel«, »Ordnung« und »Norm« eingekehrt?

3. Beschreibungen meiner Konzeption von Rechtsgewohnheit(en) formulieren immer wieder, sie kenne »rechtliche Verbindlichkeit außerhalb des Rechtsganges ... gar nicht«. Im Gegen-

satz zu meiner Auffassung manifestiere sich Rechtsgewohnheit auch außergerichtlich und nicht nur im gerichtlichen oder in bilateralen Vereinbarungen (Pilch [2010] 19). Solche Beschreibungen sind unzutreffend. Der Konsens, in dem das *recht* entsteht und in den es nach Erledigung des Konfliktes zurückkehren mag (vgl. Pilch [2010] 25, 30), kann und wird nicht selten ein gänzlich problemfreier, ja unreflektierter, jenseits des »Rechtsganges« und einer vertraglichen Vereinbarung sein: »Recht in Ruhelage«. Kommt es aber zum Konflikt, dann steht allerdings die Notwendigkeit des Urteilserfüllungsgelöbnisses oder des Abschlusses eines Sühnevertrages zusammen mit der Art der dinggenossenschaftlichen Rechtsfindung der Annahme des Fortbestehens einer objektiv beurteilbaren Rechtslage zwischen den Parteien entgegen. Außerhalb des wiedergewonnenen Konsenses gibt es nur die Tötung des (Rache-)Gegners oder den Ausschluss einer Partei aus der Rechtsgemeinschaft, weil sie nicht zu Recht stehen wollte – kein Sachurteil! Woher in einer solchen Situation außerhalb des Gerichts eine zwischenparteilich oder gar öffentlich verbindliche »Thematisierung der Rechtslage« kommen soll, erschließt sich mir nicht.

In »Dinggenossenschaft und Recht« wird des Rechts in Ruhelage zwar gedacht (1344 ff., 1370), doch galt mein Interesse viel stärker den Formen, Strukturen und Wirkungen des ungelehrten Gerichtsverfahrens. In diesem beschränkten Rahmen stellte sich dann freilich auch die Frage, wie der Konflikt und seine gerichtliche oder sühnevertragliche Beilegung das Verständnis der ehemals in Ruhelage existierenden Regeln verändert. Ich spreche hier allgemein von Regeln, nicht notwendigerweise von Rechtsregeln. Denn mit dem Recht in Ruhelage ist eine bislang ungeklärte, m. E. zentrale Fragestellung verbun-

den, die wir früher gelegentlich unter dem Stichwort »Ordnung / konkrete Lebensordnung« diskutierten. Bei Pilch spielt sie, wenn ich richtig sehe, gar keine Rolle mehr. Es geht um den Übergang von der reinen Gewohnheit(-sordnung) zur Rechtsordnung, um die Ausdifferenzierung von Rechtsregeln aus Gewohnheitsregeln. In meiner Terminologie könnte man hier vom »Recht vor allem Konflikt« sprechen. Auch von *recht* – und nicht nur von einer Gewohnheit – deshalb, weil wir bislang nicht wissen, was alles eine Gewohnheitsregel zu einer Rechtsregel werden lässt. Bisher kennen wir nur den Konflikt oder besser die Art seiner Bewältigung als Kennzeichen für *recht*. Aber warum soll nicht *recht* auch aus einer »Ruhelage« heraus entstehen können? Vielleicht gibt es weitere Auslöser für die Entstehung des Bewusstseins, »mit Regeln zu operieren«. Die Überlegungen zum »Recht als Selbstbeziehung von Gewalt«, obwohl grundsätzlich weiterführend und sicher ausbaufähig, helfen in dieser Situation nicht weiter. Der Rechtszwang in den drei explizierten Formen ist ein abgeleitetes Kriterium. Und ist die Fehde bußrechtlich missbilligt, die in ihr geübte Gewalt nicht eindeutig ausgerichtet, so bringen Blutrache und Fehdehandlungen in früherer Zeit nicht Recht, sondern bestenfalls die Notwendigkeit hervor, sich rechtlich einigen zu müssen. Insofern ist die Lehre Max Webers vom Fehdezwang als Rechtszwang zu korrigieren.

Es bleibt das (Gegen-)Argument, dass *recht* unter dem Regime der Gewohnheit ohnehin nur ein Aspekt oder eine Betrachtungsweise der Gewohnheit sei, »etwas am Untersuchungsgegenstand ..., was als Recht zu interpretieren sich aus der Sicht des modernen Forschers rechtfertigen lässt« (Pilch [2010] 31). Es folgt dem modernisierend der Übergang zur Rechtsgewohnheit, die im Ritual »lebe« (nur oder auch?). Die Folge-

nung ist die, dass es im Zustand der »Lebensordnung« oder der »Ordnung und des Erinnerns« Fragen wie die von mir gestellten gar nicht geben könne (vgl. Pilch [2010] 31 f.). Warum aber wurden dann – und dies offenbar doch recht bald – bestimmte Streitfragen nach Regeln traktiert, die wir *recht* nennen – und andere eben nicht? Und ab wann können wir von solchen Unterscheidungen ausgehen? Konnte eine Regel beiden Bereichen zugehören? Der Verzicht darauf, diesen Fragen nachzugehen, führt m. E. zu einer Verkürzung der Diskussion (Pilch [2010] 29: »gravierende Durchführungsprobleme«), in der alle diskutierten Elemente – Gewohnheit und Rechtsgewohnheit, Regeln und Recht, dieses als subjektives und objektives, als abstraktes und konkretes – einfach »da sind« und es nur darauf ankommt, darzutun, dass ihnen allen »Norm« und »Normativität« fehlen.

4. Auch Martin Pilch braucht Bilder, um sein Strukturmodell der Rechtsgewohnheiten vorzustellen. Der Versuch des »Hineindenkens« in das Neue wäre ohne Bilder von vornherein vergeblich. Ein Bild, das den Rechtscharakter der Rechtsgewohnheit(en) trotz fehlender Normativität veranschaulichen soll, ist das von den Regeln, mit denen im Gericht operiert werde, aus denen aber die Ordnung nicht bestehe. Auf derselben Seite steht (als Neuerung gegenüber früheren Formulierungen) aber auch zu lesen, im dinggenossenschaftlichen Verfahren werde »nicht – oder nur untergeordnet –« mit Regeln operiert (Pilch [2010] 29). Hier scheint mir der Gedankengang nicht ganz konsistent zu sein. Rechtsregeln sind dabei »einzelne in Regelform gebrachte Momente des Rechts« (Pilch [2010] 28). Schwer nachzuvollziehen ist sodann, wie sich solche Regeln oder eigentlich eine solche Regellosigkeit außergerichtlich als Recht »mani-

festieren« soll (Pilch [2010] 19). Anachronistisch oder zumindest terminologisch verfehlt ist die Aussage, die doch mehr oder weniger regelfreien Rechtsgewohnheiten hätten ihren »Interpretationsschwerpunkt« im Gericht (Pilch [2010] 31).

Mein zentraler Kritikpunkt an Pilchs Strukturmodell der mittelalterlichen Rechtsgewohnheit oder besser an seiner Ansicht, man könne die Strukturen der Rechtsgewohnheit nur unter Verzicht auf das Denken in Normativität und Geltung erfassen, ist sein m. E. zu enges Verständnis dessen, was Normativität und Rechtsgeltung im Mittelalter überhaupt (heute noch) meinen kann. Er entfaltet (Pilch [2010] 27 ff.) quasi die Folterkammer des heutigen Rechtspositivismus. Vieles Dinge, in denen ich mich in Bezug auf das mittelalterliche Recht nicht (mehr) wiederfinde. Er beschwört die Gefahr von Anachronismen und Verzeichnungen, die »Nichtnormativität« spielt aber auch als Verteidigungsstrategie gegen »gravierende Durchführungsprobleme« eine Rolle. An die Stellungnahme gegen Hayeks Modell der spontanen Ordnung (Ordnung nicht als Regelvollzug, auch nicht als unbewusstes Regelbefolgen) schließt die Aussage an, es bestehe kein »System von Regeln für das Treffen rechtlicher Beurteilungen« (Pilch [2010] 30). Das ist unter Rechtshistorikern heute eine Selbstverständlichkeit. Das »System« wurde zuerst verabschiedet. Die von Pilch zuvor beschworenen Gefährdungen durch die Kategorien des voll entfalteten Normativismus werden das Verständnis der mittelalterlichen Rechtsregeln nicht mehr einholen. Ist, um auf dem eingeschlagenen Weg weiterzukommen, ein Paradigmenwechsel, der Übergang zum neuen Strukturmodell des »Nichtnormativen« erforderlich? Pilch meint, nur durch einen revolutionären Bruch könnten wir uns dem verzerrenden Einfluss des Normendenkens entziehen. Er verweist auf den »revolu-

tionären« Übergang vom »Gewohnheitsrecht« zur »Rechtsgewohnheit«. Doch nur bei letzterem handelte es sich wirklich um einen Systemwechsel, nämlich den vom schriftbestimmten Denken zur Oralität. Hingegen muss auch innerhalb des von Mündlichkeit bestimmten Denkens dem Recht ein Minimum an Regelmäßigkeit, Verbindlichkeit, Vorbildlichkeit und damit »Normativität« erhalten bleiben.

Wenn ich hinsichtlich des mittelalterlichen ungelehrten Rechts von »Normativität« spreche, so meine ich damit schlicht ein rechtliches Sollen, das in irgendeiner näher zu bestimmenden (das heißt auch: zu erforschenden) Weise Verbindlichkeit ausdrückt. So, wie ich in »Dinggenossenschaft und Recht« (siehe Register) vom »Soll-Urteil« gesprochen habe. Gleichwohl können selbst wirklich archaische Kulturen beispielsweise hinsichtlich der Abstammung höchst komplexe und komplizierte Regelsysteme ausformen. Mit den Fragen nach dem »relativen Recht«, der »unvollkommenen Rechtsgeltung« und dem Normenkonflikt ziehe ich Konsequenzen aus dem Verlust des Systemdenkens im mittelalterlichen Recht. Doch normativ ist selbst die reine Gewohnheitsregel. Denn ohne ein irgendwie geartetes Sollen, ohne eine irgendwie gegebene Vorbildlichkeit, Verbindlichkeit und Wiederholung gibt es keine Regel. Die Reichweite der Regeln und ihre Zahl können eng begrenzt sein, sie können durchbrochen und missachtet werden, sie können mit anderen Regeln, insbesondere solchen des Amtsrechts, konkurrieren, doch müssen sie ein Minimum an Sollen beanspruchen können. Pilch benennt als Merkmale des ungelehrten mittelalterlichen Rechts vornehmlich: Es sei die unmittelbare rechtliche Urteilskraft der Rechtsgenossen, die Fähigkeit, einzeln und im Kollektiv in ihrer Lebenswelt Recht von Unrecht konkret unterscheiden zu können (Pilch [2010]

29). Für den einzelnen Rechtsgenossen gilt dies sicher nicht. Und was das Kollektiv der Rechtsgenossen angeht, muss man deshalb nicht zu einem nichtnormativen Recht übergehen. Der Satz, die Ordnung sei als unmittelbare zu nehmen, das Recht also nicht als Regelvollzug zu verstehen, ist grundsätzlich richtig. Von der »Tiefenstruktur« des neuen Rechtsmodells sollte man aber mehr erwarten können. Unbewusstes (oder bewusstes) Regelbefolgen werden oft ausscheiden, da jedenfalls »anfangs« und Pilchs Meinung folgend nur wenige »Rechtsmomente« regelhaft ausgeformt sind. Gleichwohl gibt es zumindest grundsätzliche und offenbar allgemein geteilte Vorstellungen davon, was »richtig«, was »Recht« und »Unrecht«, »mein« und »dein«, »eigen« und »fremd« ist. Pilch ([2010] 24) sieht in diesen Urbildern, die ja nicht substanzlos sind, sogar einen Abstraktionsprozess angelegt. Zu diesem Bestand an Rechtsregeln gehören offenbar alsbald Verfahrensregeln, wie Pilch ([2010] 37) anhand des von Franz Wieacker erläuterten endoplorare richtig ausführte. Dazu zählen ferner die Rechtswörter der Dingsprache, die jedenfalls Unrechtskomplexe bezeichnen. Und ihrer sind nicht wenige. Auch die si quis-Sätze der Volksrechte und noch manches mehr an regelhaftem Rechtsdenken gehören dazu (Pilch [2010] 29). All das belegt normatives Rechtsdenken, das, da lückenhaft, holzschnittartig und nicht auf im modernen Sinne subsumierenden Vollzug angelegt sowie durch das Vergessen und konkurrierende Regeln geschmälert, der konkreten Entscheidung und der »unmittelbaren« rechtlichen Urteilskraft Raum lässt, aber doch nicht *nur* diese, mit denen allein kein *recht* zu machen ist, kennt.

Schon angesichts der relativen Fülle der von Pilch vorgestellten Rechtsregeln überzeugt sein Argument, es müsse die Rechtsgewohnheit

strukturell nach ihrer überwiegenden Repräsentationsform losgelöst von allem normativen Denken entwickelt werden, nicht. Da dieser Annahme aber bereits rechtsgrundsätzlich widersprochen wurde, mag das Mehrheitsargument dahinstehen.

5. Fazit: Martin Pilch vertritt eine interessante, in Teilen auch weiterführende neue Sicht auf das Problem. Nicht überzeugend dargetan sind die befürchteten Erkenntniseinbußen unter dem Pa-

radigma der »Normativität« sowie die Möglichkeiten, unter dem Paradigma der »Nichtnormativität« zu vertieften Einsichten zu gelangen. Insoweit verspricht die ausdifferenzierte überkommene Terminologie mehr. Sie entspricht der Einschätzung, dass keine Repräsentationsform von Recht eines Minimums an Sollensvorstellungen entbehren kann.

Jürgen Weitzel