Jürgen Weitzel

Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen

I.

Neben der Religion sind Gewohnheit, Brauch, Herkommen und Sitte, *consuetudo, mos* und *usus* nicht nur europaweit, sondern selbst menschheitsgeschichtlich und weltweit gesehen der wohl bedeutendste Geltungsgrund des Rechts. Die Verbindung ist derart eng und elementar, daß bekanntlich in Rechtsethnologie und Rechtsgeschichte breit die Frage diskutiert wird, wie Gewohnheit und Recht voneinander abzugrenzen seien – wenig aber die andere, weshalb eigentlich Gewohnheit und Herkommen Recht hervorbringen und legitimieren. Gewohnheit und Herkommen waren bislang immer im Spiel, wenn es um das Recht ging – noch dürfte es keiner Rechtsordnung gelungen sein, sie als Quelle und Grund des Rechts gänzlich auszuschalten. Ich kann mir auch nicht vorstellen, daß einer der hier Anwesenden einen solchen Zustand als erstrebenswert erachten würde. Man kann also in der Gewohnheit die urwüchsig-profane Begründungsweise des Rechts sehen, die ursprünglich nur mit religiösen Begründungsformen konkurrierte. Alle anderen Begründungen gingen folglich zu deren Lasten, mußten – systematisch gesehen – ihren Anwendungsbereich schmälern.

Im Rahmen des Gesamtthemas sehe ich bezüglich der Gewohnheit drei zu erörternde Problembereiche. Erstens die Frage nach dem Grund des Geltungsgrundes Gewohnheit, zweitens die nach der Unterscheidung von Recht und Gewohnheit und drittens die nach den Abgrenzungen und Verschiebungen zwischen der Gewohnheit und anderen Begründungsweisen des Rechts. Da die ersten beiden Fragen nur knapp angesprochen werden können und müssen, will ich nach den im dritten Teil zu erinnernden Grundzügen der mittelalterlichen Gesamtentwicklung zwei Ausschnitte dieser Entwicklung etwas näher ins Auge fassen.

II.

1.

Die Frage nach den Gründen der rechtsbegründenden Wirkung von Gewohnheit und Herkommen ist jedenfalls keine genuin rechtswissenschaftliche. Schon deshalb findet sich in rechtshistorischen Veröffentlichungen kaum etwas zu diesem Thema. Immerhin hat Gerhard Dilcher 1994 kurz darauf hingewiesen, daß „das Mängelwesen Mensch die fehlende Instinktausstattung durch kulturell erzeugte Verhaltensmuster ersetzen“ müsse. „Die allgemeine Verhaltensforschung (Ethnologie) beginnt hier auch Gemeinsamkeiten zwischen Mensch und Tier zu erkennen: Auch beim Menschen gibt es in diesem Bereich wohl genetisch festgelegte Grundmuster, und auch Tiere lernen und tradieren Verhaltensweisen.“¹ Zum Vorgang der Ausbildung dieser Verhaltensmuster und -weisen selbst ist damit aber noch nichts ausgesagt.

Neben der gerade genannten Ethnologie ordnet man unser Problem beim ersten Nachdenken auch der (Kultur-)Anthropologie und der Psychologie² zu. Es ist aber – jedenfalls in Deutschland und den freilich engen Grenzen meines Überblicks – vornehmlich die Rechtssoziologie Niklas Luhmanns³, die ausführlich und grundsätzlich den Grund der legitimierenden Wirkung von Gewohnheit erörtert. Nach Luhmann geht es um Erwartungen und um die Erwartung von Erwartungen. Auf ihnen beruhen, mehr als auf ausdrücklichen Erklärungen, die gesellschaftliche Kommunikation und Interaktion. Die Normierung von Erwartungen reduziert Komplexität und Kontingenz. Stellt sich so im Sozialsystem Gesellschaft „Erwartungskongruenz“ ein, so soll es sich bei den derart konstituierten Verhaltensregeln bereits um Recht handeln. Luhmann definiert Recht als „Struktur eines sozialen Systems, die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht“⁴. Die Grundlagen seiner Lehre ordnet Luhmann übrigens einem „gleichsam vorpsychologischen und vorsoziologischen Untersuchungsfeld zu, in dem gewisse Grundbegriffe und Mechanismen geklärt werden müssen, die sowohl für die Theorie der Persönlichkeit als auch für die Theorie sozialer Systeme von Bedeutung sind“. Es ist „von einem Feld sinnhaften Erlebens und Handelns auszugehen, in dem sich Persönlichkeiten und Sozialsysteme erst konstituieren als je verschieden strukturierte Sinnzusammenhänge desselben Erlebens und Handelns“. So überrascht es nicht, den Rekurs auf die „Erwartungen

¹ *Gerhard Dilcher*, Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, in: *ders.* und andere, *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter* (Berlin 1992) 21–65, 48.

² Vgl. *Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein*, hrsg. von *Ernst-Joachim Lampe* (Frankfurt a.M. 1997).

³ *Niklas Luhmann*, *Rechtssoziologie* (Opladen 1987) 27 ff., 94, 99, 105 ff. Zur Umsetzung vgl. *Stefan Esders*, *Rechtsdenken und Traditionsbewußtsein in der gallischen Kirche zwischen Spätantike und Frühmittelalter. Zur Anwendbarkeit soziologischer Rechtsbegriffe am Beispiel des kirchlichen Asylrechts im 6. Jahrhundert*, in: *Francia* 20/1 (1993) 97–125.

⁴ *Luhmann*, (Anm. 3) 105.

„regelmäßigen“ Verhaltens“ auch bei dem Rechtsethnologen Rüdiger Schott⁵ als normbegründend erwähnt zu finden. Und schließlich steckt auch in Max Webers „Tradition“, dem Glauben an die Unverbrüchlichkeit des „ewig Gestrigen“⁶, die Wertschätzung historisch gewachsener Erwartungssicherheit.

Andererseits legitimieren bei Schott und Weber nicht nur Erwartungskongruenzen das schriftlose Recht. Beide Autoren greifen vielmehr auch auf die die Erwartungen begründenden Faktoren durch, stellen diese nicht nur als historisches Geröll dar, durch das sich die „allmähliche Ausdifferenzierung und funktionale Verselbständigung“⁷ des systemtheoretischen Rechtsbegriffs ihre Bahn bricht. Es treten dann auch ganz konkrete Ereignisse wie Eroberung, Unterjochung oder Erstbesitz von Land, ferner Mentalitäten wie Ahnenverehrung als rechtsbegründend in Erscheinung⁸. Die konkrete Geschichte eines Stammes – oder das, was der Stamm dafür ausgibt – kann das Recht maßgeblich bestimmen. Orale Traditionen dieser Art können so stark sein, daß Schott in Umkehrung eines bekannten Diktums von der Tradition als der „faktischen Kraft des Normativen“, die solche Gesellschaften beherrsche, spricht⁹.

2.

Die Frage nach der Unterscheidung von Recht und Gewohnheit ist die nach dem Rechtsbegriff. Sie gehört zwar zur Gesamtthematik – Herr Willoweit wird selbst zu „Rechtsbegründung und Rechtsbegriff“ vortragen¹⁰ –, doch setzt mein Thema die Scheidung von Recht und nichtrechtlicher Gewohnheit bereits voraus, indem Rechtsgewohnheiten und Gewohnheitsrecht ihren Grund schwerlich in rechtlicher Gewohnheit haben können, sondern mit dieser identisch sind. Damit bin ich erleichtert, dieses nahezu uferlosen Gegenstandes¹¹ enthoben zu sein. Da jedoch der Rechtsbegriff Luhmanns bereits Erwähnung fand, möchte ich noch anmerken, daß dieser meines Erachtens das spezifisch Rechtliche am Recht nicht zu er-

⁵ Rüdiger Schott, Anarchie und Tradition. Über Frühformen des Rechts in schriftlosen Gesellschaften, in: Begründungen des Rechts, hrsg. von Ulrich Nembach (Göttingen 1979) 22–48, 45.

⁶ Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Studienausgabe (Tübingen 1976) 581 f.

⁷ Luhmann, (Anm. 3) 105.

⁸ Rüdiger Schott, Das Geschichtsbewußtsein schriftloser Völker, in: Af BegriffsG 12 (1968) 166–208, 185 f.

⁹ Schott, (Anm. 5) 36.

¹⁰ Willoweit thematisierte allerdings in erster Linie die Abgrenzung des Rechts gegenüber dem Un-Recht. Die hier angesprochene Dimension ist das Verhältnis von Recht und Nicht-Recht. Die beiden unterschiedlichen Konnotationen des Rechtsbegriffs müssen offengelegt werden, was Hasso Hofmann in einem Diskussionsbeitrag betonte.

¹¹ In unserem Zusammenhang vgl. Simon Roberts, Ordnung und Konflikt (Stuttgart 1981); Leopold Pospisil, Anthropologie des Rechts (München 1982); Uwe Wesel, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften (Frankfurt a.M. 1985) 52 ff., 334 ff.; Rüdiger Schott, Die Funktionen des Rechts in primitiven Gesellschaften, in: Jb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1 (1970) 107–174, 111 ff.; Hannes Wimmer, Theorien zur Entstehung des Staates und des Rechts, in: Entwicklung (Anm. 2) 214–252.

fassen scheint. Die von Luhmann betonte Selektionsleistung im Hinblick auf Verhaltenserwartungen unterscheidet sein Recht z. B. nicht hinreichend von der Sitte, Gewohnheit und Gebräuche nicht hinreichend von der Rechtsgewohnheit. Auch zu Religion und Moral hin wird jedenfalls nicht ausdrücklich abgegrenzt. Es fehlt ein Einbeziehen von Form, Verfahren und Entscheidung in die Definition¹². Das Verfahren erscheint nur als Akzidens¹³. Erarbeitet wird die Struktur des gewohnheitlichen Sollens schlechthin, nicht die des rechtlichen Sollens.

3.

Die Grundlinien der Rechtsbildung aus Gewohnheit im Mittelalter und die diesen Prozeß begleitenden je zeitgenössischen Vorstellungen sind in den Jahrzehnten etwa seit 1960 entscheidend erhellt worden. Ich denke, man kann insoweit wohl zumindest im Problembewußtsein von einem Durchbruch sprechen. Über die Diskussion der Romanisten wurden wir gerade informiert. Von kanonistischer Seite sei an Arbeiten von Jean Gaudemet¹⁴, Winfried Trusen¹⁵ und Udo Wolter¹⁶ erinnert, bei den Germanisten sind vornehmlich Hermann Krause¹⁷, Karl Kroeschell¹⁸, Gerhard Köbler¹⁹ und die Mitarbeiter am Sammelband „Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter“ (1992) zu nennen. Erwähnt werden soll ferner Band LII der *Récueilles de la Société Jean Bodin, La Coutume (Europe occidentale médiévale et moderne)*, erschienen 1990²⁰. Durchgesetzt hat sich vornehmlich die Einsicht, daß zwischen der in gelehrten Kontexten stehenden römisch-kanonischen *consuetudo*-Tradition einerseits und einem mehr oder

¹² Das erscheint mir unabdingbar. Vgl. meinen Versuch in *Dinggenossenschaft und Recht* (Köln 1985) 41–50 unter Rückgriff auf H. U. Kantorowicz, M. Weber und F. Wieacker.

¹³ Luhmann, (Anm. 3) 27 f., 101 f.

¹⁴ Jean Gaudemet, *La coutume en droit canonique*, in: *Revue de droit canonique* 38 (1988) 224–251 = *La coutume/Custom. Deuxième partie* (Recueils de la Société Jean Bodin LXII), (Bruxelles 1990) 41–61, wonach hier zitiert wird.

¹⁵ Winfried Trusen, *Gutes altes Recht und consuetudo*. Aus den Anfängen der Rechtsquellenlehre im Mittelalter, in: *Festschrift Günter Küchenhoff* (Berlin 1972) 189–204; ders., *Gewohnheitsrecht*, in: *LexMA* IV, 1426 f.

¹⁶ Udo Wolter, *Die „consuetudo“ im kanonischen Recht bis zum Ende des 13. Jahrhunderts*, in: *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten* (Anm. 1) 87–116.

¹⁷ Hermann Krause, *Aufzeichnung des Rechts*, in: *HRG* I, 256–259; ders., *Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht*, in: *ZRG GA* 75 (1958) 206–251; ders., *Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher*, in: *ZRG GA* 82 (1965) 1–98.

¹⁸ Karl Kroeschell, *Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert*, in: *Probleme des 12. Jahrhunderts* (Vorträge und Forschungen 12, 1968) 309–335; ders., *Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte. Das Beispiel des Mittelalters*, in: *ZRG GA* 111 (1994) 310–329.

¹⁹ Gerhard Köbler, *Das Recht im frühen Mittelalter* (Köln 1971); ders., *Zur Frührezeption der consuetudo in Deutschland*, in: *HJb* 89 (1969) 337–371; ders., *Recht, Gesetz und Ordnung im Mittelalter*, in: *Funktion und Form. Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte*, hrsg. von Karl Kroeschell, Albrecht Cordes (Berlin 1996) 93–116.

²⁰ (Anm. 14).

weniger unreflektierten, eher ethnologisch zu betrachtenden Verständnis von Rechtsgewohnheiten in der profan-ungelehrten Welt des Mittelalters andererseits zu unterscheiden ist. Nur im Grundelement der Rechtsbildung aus Gewohnheit und Herkommen stimmen sie problemlos überein. Die *consuetudo*-Lehren haben die Einordnung gewohnheitlich gebildeten Rechts in ein theologisches oder juristisches Wert- und Ordnungssystem zum Gegenstand. Vornehmlich geht es dabei um das Verhältnis der *consuetudo* zum göttlichen oder menschlichen Gesetz, also zu Offenbarung, *ratio* und Rechtsbildungsmonopol. Die gegebene oder aber fehlende Schriftform der einschlägigen Normen ist dabei zweitrangig.

Zu den Rechtsgewohnheiten fehlt eine zeitgenössische Theoriebildung. Ihre wesentlichen Merkmale sind die Schriftlosigkeit und damit verbunden Herrschaftsferne und Fehlen eines Systemdenkens im vorbeschriebenen Sinne²¹. Deshalb die breite Diskussion um Existenz, Verbreitung, Bedeutung und Deutung von Schriftrecht im Mittelalter. Denn allein die Existenz schriftlich überlieferter Normtexte schließt bekanntlich nicht aus, daß diese Normen als Rechtsgewohnheiten entstanden waren und auch als solche fortgalten, Stichwort „Aufzeichnung des Rechts“²². Nimmt man überlieferte Normtexte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgeltung schärfer ins Visier, so läßt sich heute bei etlichen prominenten Texten nicht einmal mehr ihr Rechtsquellencharakter mit Sicherheit bejahen. Karl Kroeschell hat kürzlich im Hinblick auf die fränkischen Stammesrechte ausgeführt: „Die Rechtsaufzeichnungen des Mittelalters ... müssen vor dem Hintergrund eines Rechtslebens gesehen werden, das sich im Medium der Mündlichkeit vollzog. Welche praktische Bedeutung sie unter diesen Umständen hatten, ist daher oft zweifelhaft. Insbesondere fragt man sich, ob ihnen normative Geltung zukam, ob man sie also wirklich als Rechtsquellen bezeichnen sollte.“ Zu den Kapitularien merkt er an, „eine normative ‚Geltung‘ über den konkreten Anlaß hinaus ist nicht nachweisbar“²³. Nun, das geht alles etwas zu weit, ist – im Rahmen eines Lexikonartikels verständlich – zu wenig differenziert. Doch weist es nachdrücklich auf die Möglichkeit hin, daß vorliegende Rechtstexte schon deshalb den Lauf der Rechtsgewohnheiten nicht beeinflussten, weil alle Voraussetzungen fehlten, unter denen die niedergeschriebenen Regeln einen Anspruch auf Beachtung hätten erheben können. Man wird jedenfalls fragen müssen, ob der Begriff der „Rechtsgeltung“ im früheren, dem sogenannten Ersten Mittelalter für Zugriffe auf das profane Recht – insbesondere nördlich der Alpen – überhaupt sinnvoll ist²⁴, ob sich „Geltung“ nicht schlicht in einem schemenhaften Geltungsanspruch des

²¹ Vgl. Dilcher, (Anm. 1); Jürgen Weitzel, Deutsches Recht, in: LexMA III, 777–781.

²² Krause, (Anm. 17).

²³ Karl Kroeschell, Recht (allg. Darstellung, westl. Bereich), in: LexMA VII, 510–513, 511.

²⁴ In der Diskussion wies Hasso Hofmann darauf hin, daß Rechtsgeltung nach heutigem Verständnis nicht vorliegen könne, da es durchgehend an den dieses konstituierenden Merkmalen fehle. Dies akzeptiert, bleibt es rechtshistorisch notwendig, die „Rechtsgeltung des Mittelalters“ in einer Relation zum heutigen Geltungsbegriff zu beschreiben – wie sonst sollten wir die Sache verstehen können? Auf die vergleichbare Problematik der an „Staat“, „Gesetz“ und „Stadt“ orientierten Sprechweise sei hingewiesen.

Herrschers und der Herren verlor, dem im Bewußtsein der Normadressaten wenig oder nichts korrespondierte. Erst kürzlich hat wieder Paul Fouracre darauf hingewiesen, wie wenig realitätsnah die dem Rechtswesen geltende Reformrhetorik Karls des Großen und Ludwigs des Frommen in der Tat gewesen ist²⁵. Selbst für das Kirchenrecht hat Peter Landau unlängst ausgeführt, lasse sich auf die Frage nach der Geltung der Kanones vor dem 12. Jahrhundert jedenfalls „eine Antwort im Sinne des heutigen Verständnisses von Rechtsgeltung ... nicht geben“²⁶. Selbst für die Kirche verschwimmen damit die Grenzen zwischen autoritativ gemeintem Recht und Gewohnheitsrecht, das ohnehin die kirchliche Rechtsordnung bis in das 13. Jahrhundert hinein prägte.

III.

Den Überblick zur Entwicklung des Verhältnisses von gewohnheitlichem Recht und Gesetz im Mittelalter beginnt man am besten mit dem Kirchenrecht, denn die Kirche hat ihr Recht nach dem Vorbild des römischen Rechts verstanden. Zu letzterem sei nur angemerkt, daß darin der *consuetudo* „im Verhältnis zum Gesetzesrecht vor allem eine Ergänzungs- und Hilfsfunktion zugewiesen“ worden war²⁷. Sie sollte zur Anwendung kommen *si qua in re hoc deficeret*. Sie sollte ferner dem Gesetz eine verbindliche Auslegung geben können. Das Kirchenrecht hat dies dann in den Satz *quae optima est legum interpres* gefaßt. Gewohnheiten wurden in der Kirche als *consuetudines*, *mores* und auch *traditiones* bezeichnet. Dabei wurde offenbar „von vornherein auf die Gewohnheit (auch) im rechtlichen Sinn“ abgestellt²⁸. In der Kirche mußten Gewohnheiten wie Schriftrecht der göttlichen Offenbarung und der *lex aeterna* genügen. Maßstab ist die Tradition, die ihren Ausdruck schon bei Tertullian um 200 – unter Hintansetzung der Dichotomie von *ius scriptum* und *non scriptum* – in *veritas* und *ratio* findet. Gegen den Vorrang der Übung wird schon hier eingewandt: *Sed Dominus noster Christus veritatem se, non consuetudinem cognominavit*. Ergänzende Funktion hat die *consuetudo* auch bei Augustinus, der zudem stärker zwischen allgemeinen und lokalen Gewohnheiten unterscheidet. Wichtig wurde dann Isidor von Sevilla, der dem Mittelalter das antike römische Erbe vermittelte. Er erfaßte die Begriffe *ius*, *lex*, *mos* und *consuetudo* in ihrem Zusammenhang. *Ius* ist *generale nomen*, und *omne ius legibus et moribus constat*. Die *lex* ist *constitutio scripta*, der *mos vero est vetustata probata consuetudo, sive lex non scripta*. Wir haben es mit einem auf die *lex*, das schriftliche

²⁵ Paul Fouracre, *Carolingian Justice: the Rhetoric of Improvement and Contexts of Abuse*, in: *La giustizia nell'alto medioevo* (Settimane di studio del centro italiano di studi sull'alto medioevo XLII) (Spoleto 1995) 771–803.

²⁶ Peter Landau, *Die Durchsetzung neuen Rechts im Zeitalter des klassischen kanonischen Rechts*, in: *Institutionen und Geschichte*, hrsg. von Gert Melville (Köln 1992) 137–155.

²⁷ Wolter, (Anm. 16) 93.

²⁸ Wolter, (Anm. 16) 96.

Gesetzesrecht ausgerichteten System zu tun. Sowohl *lex scripta* als auch *lex non scripta* rechtfertigen sich allein und gleichwertig durch die *ratio*. Rational ist, was der göttlichen Offenbarung entspricht, der Kirchenordnung folgt und das Seelenheil fördert.

Nach den Kirchenvätern folgten die *cinq siècles de la silence* (VIe – Xe siècles)²⁹ während deren die für die Kirchenväter grundlegende Regel, daß die Gewohnheit der entgegenstehenden „Wahrheit“ zu weichen habe, nicht in Vergessenheit geriet. Welche Bedeutung allerdings dieser theologischen Rationabilität im ersten Jahrtausend der christlichen Kirche tatsächlich zukam, welchen Inhalt sie aufs Ganze gesehen und in je konkreten Problembereichen hatte, das läßt sich heute jedenfalls noch nicht sagen³⁰.

Gratian knüpfte bekanntlich bei Isidor von Sevilla an³¹, ersetzte jedoch dessen Oberbegriff *ius* durch *consuetudo*. Die *consuetudo redacta in scriptis* von der *consuetudo moribus utentium reservata* scheidend, gelangte er entsprechend den Verhältnissen seiner Zeit zu einer insgesamt auf die *consuetudo* ausgerichteten Rechtslehre. Das Gesetz als *constitutio populi* blieb ohne systembildende Kraft der verschriftlichten Gewohnheit eingeordnet. *Ratio* und *veritas* sind auch bei ihm Maßstab und Geltungsgrund der *consuetudo*. Aus diesen Bausteinen entwickelten Kirchenrechtswissenschaft und päpstliche Gesetzgebung im 12. und 13. Jahrhundert die klassische Theorie des Gewohnheitsrechts. Ihre Aufgabe bestand vornehmlich darin, den freien Wuchs der Gewohnheiten, auf die man nicht generell verzichten konnte, in die vom Papsttum seit Gregor VII. erstrebte allumfassende Gesetzgebungsmacht einzufassen. Die Strukturen dieser Lehre sind die folgenden³². Entgegen Gratian setzen die neuen Überlegungen wieder beim Gesetz an, sogenannte Legalisierungstendenz. Anerkannt wird die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts, zu der sich zuletzt noch Gratian widersprüchlich geäußert hatte. Über die Konstruktion einer Zustimmung des Papstes als des kirchlichen Gesetzgebers erfolgte die Einordnung des Gewohnheitsrechts als gesetzesgleich in dessen allumfassende Gesetzgebungsbefugnis. Indem die Kanonisten einerseits einen *tacitus consensus* als zur Rechtsbildung – auch *contra legem* – ausreichend erachteten und die Lehre von der allumfassenden Rechtskenntnis des Papstes entwickelten, andererseits weitere Kriterien für die Anerkennung einer Gewohnheit als Recht aufstellten, gewannen sie ein Instrument zur differenzierten Steuerung des Gewohnheitsrechts. Die Grundkonstruktion erfolgte offenbar in Anlehnung an Überlegungen zum römischen Recht. Unter den Einzelkriterien behauptete die *ratio* den ersten Platz, wurde jedoch stärker rechtsbildungstechnisch interpretiert: *ius naturale* und *ratio* konnten jetzt auseinandertreten. Hieraus entwickelte der Liber Extra (1234) den Begriff des *ius positivum* als Gegenbegriff zur *consuetudo*. Zum anderen erwuchs aus dem Dekretalenrecht das

²⁹ Gaudemet, (Anm. 14) 48.

³⁰ Wolter, (Anm. 16) 106.

³¹ Wolter, (Anm. 16) 101.

³² Vgl. Wolter, (Anm. 16) 104 ff. zum Nachfolgenden.

Erfordernis der *legitima praescriptio*. Nach einigen Schwankungen setzte sich die 40-Jahres-Frist durch. Der Liber Sextus (1298) stellte schließlich fest, daß ein generelles Gesetz partikulares Gewohnheitsrecht dann aufhebe, wenn es dieses ausdrücklich seiner Regelung unterwerfe. Das Fortbestehen der lokalen Gewohnheiten wird im Verhältnis zum Papst als ein lediglich tatsächlicher Vorgang gedeutet, der die Gesetzgebungsposition gar nicht tangiere. In der Folge der Theoriebildung sind ferner eine Abklärung der Begrifflichkeit und die neuerliche Auseinandersetzung mit der fehlenden Schriftform der *consuetudo* zu verzeichnen. Rechtswort im Sinne einer Rechtsquellenlehre wird *consuetudo*. *Mos* und *usus* bezeichnen hinfort die nichtrechtliche Übung und *traditio* wird auf den theologischen Überlieferungszusammenhang eingeschränkt. Die fehlende Schriftlichkeit, der der *tacitus consensus* als Entstehungsbedingung entsprach, stand zwar dem Rechtscharakter der *consuetudo* nicht entgegen, doch mußte man – insbesondere der Richter – sie nicht kennen, vielmehr konnte und mußte sie bei Zweifeln an ihrem Bestand bewiesen werden – und zwar wie ein Faktum. Aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht wurde nicht als *ius scriptum* anerkannt, andererseits sollte es doch *ius expressum*, *non tacitum* sein. Also gewann das schriftlich fixierte Gewohnheitsrecht eine eigenartige Zwischenstellung: weder *ius scriptum* im Sinne von Gesetzesrecht noch Gewohnheitsrecht, da durch die Aufzeichnung nicht mehr im *tacitus consensus* gründend. Gegen Ende des 13. Jahrhundert war dann mit dem *animus inducendi consuetudinem* und der Rechtsüberzeugung auch die subjektive Seite des Gewohnheitsrechts hinreichend präzisiert. Die aufgezeigten Grundzüge haben ihre Bedeutung bis zur Gegenwart bewahrt.

Was nun das weltlich-ungelehrte Gewohnheitsrecht angeht, stellen sich zwei Fragen: die nach seiner Beeinflussung durch die kirchliche und im Spätmittelalter auch durch die römischrechtliche Doktrin der *consuetudo* und die nach den Eigenstrukturen des profan-schriftlosen Rechts, wie sie sich aus grundsätzlichen Überlegungen ethnologischer und normtheoretischer Natur sowie aus dem je zeitgenössischen Rechtsverständnis der Laien, aus der Gerichtsverfassung, dem gerichtlichen Verfahren und anderem mehr herleiten lassen.

Die erste Frage ist in ihren Grundzügen vornehmlich durch Arbeiten von Gerhard Köbler und Winfried Trusen geklärt – jedenfalls für das deutsche Sprachgebiet³³. Die Wortuntersuchungen Köblers schließen eine nachhaltige Beeinflussung des fränkisch-deutschen Denkens über einheimische Rechtsgewohnheiten durch das vorgratianische Kriterium der theologischen Rationabilität wie auch durch eine kirchlich vermittelte Vorstellung von wesensnotwendigen oder konstitutiven Altersanforderungen an das Recht aus. Daß das Recht „gut“ zu sein habe, ist jedenfalls dann nichts Besonderes, wenn man unter „gut“, was naheliegt, „gerecht, richtig“ versteht. Erst seit dem 12. Jahrhundert – und das heißt im Zuge von Kirchenreform und Frührezeption der gelehrten Rechte – dringen diese Anforderungen in die Rechtsvorstellung der Deutschen ein. Dazu gibt es etliche ältere und neuere Untersuchungen, z. B. die von Rudolf Hagemann zum Basler Rechtsleben

³³ Vgl. oben (Anm. 15, 19).

im Spätmittelalter³⁴. Dieser Einschätzung widerspricht nicht, daß auch das profane Recht seit der fränkischen Zeit religiös gebunden ist, was Trusen betonte, zu Gott und zur christlichen Religion hin „offen“ war, wie dies vornehmlich Hermann Krause dargestellt und formuliert hat. Selbstverständlich waren die Auffassungen der Kirchenväter den Klerikern auch nördlich der Alpen bekannt, und dieses einschlägig formulierte Wissen hat gelegentlich sogar Laien erreicht – Trusen weist darauf hin, „De civitate Dei“ sei das Lieblingsbuch Karls des Großen gewesen – oder es findet sich in – oft klerikal beeinflussten – weltlichen Normtexten wie im Prolog zur „Lex Baiuvariorum“. Dort steht der Satz: „Longa enim consuetudo pro lege habetur“. Was besagt das aber für das aktuelle weltliche Rechtsleben? Was besagt es, wenn diese Lex möglicherweise nicht einmal Rechtsquelle war?

Zu den Eigenstrukturen der profan-ungelehrten Rechtsgewohnheiten liegen unterschiedliche Entwürfe vor, die sich innerhalb einer gewissen Bandbreite halten. Zunächst jedoch der Hinweis, daß sich der Prozeß der Umbildung und schließlich Überwindung dieser Strukturen durch das gesamte Spätmittelalter und bis weit in die frühe Neuzeit hineinzieht. Das 13. Jahrhundert bezeichnet den Beginn einer dann konstanten Entwicklung, im Zuge der Reichsreform gewinnt das Neue die Oberhand. Es gibt also hinreichend Erkenntnismöglichkeiten für den hier angesprochenen Strukturwandel des Rechts auch in gar nicht so fernen Jahrhunderten.

Überlegungen zum Charakter des schriftlosen mittelalterlichen Profanrechts nördlich der Alpen haben vornehmlich Karl Kroeschell, Gerhard Dilcher und ich vorgetragen, während Gerhard Köbler in erster Linie die von Fritz Kern postulierten Rechtswerte zu demontieren suchte³⁵. Diese Arbeiten und Vorstellungen sind angesichts der lebhaft geführten Debatte um den „Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte“ bekannt. Ich kann hier jedenfalls nur die grundsätzlich gegebenen Gemeinsamkeiten und einige Divergenzen – so wie ich sie derzeit sehe – resümierend vortragen.

Einigkeit besteht hinsichtlich der Unbrauchbarkeit der *consuetudo*-Lehren und des mit ihnen verbundenen Denkens in einer mehr oder weniger geschlossenen „Rechtsordnung“, in einem „Rechtssystem“. Dem vornehmlich trägt die Sprachkonvention „Rechtsgewohnheit(en)“ Rechnung, die sich zudem besser *contume(s)* und *custom(s)* angleicht, Begriffe, die das kaum von Deutschen geprägte rechtsethnologische Schrifttum beherrschen. Rechtsgewohnheiten liegen in unterschiedlicher Regelungsdichte vor. Einigkeit besteht darin, daß es die fehlende Schriftform, also die Mündlichkeit dieser Rechtsgewohnheiten ist, die sie grundlegend vom Recht einer Schriftkultur unterscheidet. Erst als man die Selbstver-

³⁴ Hans Rudolf Hagemann, *Basler Rechtsleben im Mittelalter I* (Basel 1981); aus älterer Zeit Siegfried Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht* (Breslau 1899).

³⁵ Vgl. ferner Joachim Rückert, *Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung*, in: ZRG GA 111 (1994) 275–309. Seitens der Historiker sind als Mitdiskutanten Hanna Vollrath, Gerd Althoff und Otto Gerhard Oexle zu nennen.

ständigkeit des Denkens in schriftzentrierten Kategorien hinterfragte, wurde man der Tiefe und Grundsätzlichkeit der Fragestellung ansichtig. Konsens dürfte aber auch dahingehend gegeben sein, daß die Konsequenzen gerade dieses Befundes schwer zu erfassen sind. Jedenfalls wird sich dieses urtümliche „Rechtsbewußtsein kaum seiner Eigenart sprachlich vergewissert haben“. Es wird sich „der Gewohnheitsbegriff nur dort ausbilden, wo es auch andere Steuerungsphänomene gibt. Eine Ordnung, die wesentlich auf eingeübten Abläufen beruht, wird eine Begriffsbildung im Sinne einer Bewußtseinserklärung gar nicht hervorbringen können.“³⁶ Schon Otto von Gierke schrieb 1895: „Erst reflektierende Juristen späterer Zeitalter, in denen die Vorstellung mächtig wurde, daß eigentliche und primäre Rechtsquelle das Gesetz sei, fragten nach dem Grunde der bindenden Kraft von Gewohnheiten.“³⁷

In diesen Zusammenhang gehört auch der Befund, daß sich das Rechtsdenken des „ersten Mittelalters“ eher an subjektiven Rechten und am Verfahren als am objektiven und materiellen Recht orientierte. Übereinstimmende Folgerungen werden daraus jedoch nicht gezogen.

Es bleibt ein Hinweis auf den Vorrang des gesprochenen Wortes vor dem Schrifttext, auf den Vorrang des Rechtswissens der „Weisen“ vor der Subsumtion und Auslegungstechnik. Rechtsgewohnheit als „das Leben selbst“ (Savigny) begründet „methodisch keine Vermutung für ein hohes Alter ... Sie bleibt gleich oder ändert sich unbewußt mit den gesamten – sozialen, ökonomischen, politischen, mentalen – Verhältnissen“³⁸. De facto werden viele Rechtsgewohnheiten „alt“ sein, denn trotz des sozialen Wandels, dessen die Mediävisten zunehmend ansichtig werden, waren doch viele Lebensbereiche von Konstanz geprägt. Auch in der Anschauung entspricht die Einschätzung als „alt“ den Werten und der Mentalität einer traditionellen Gesellschaft. Doch ist das heute nicht mehr Forschungsschwerpunkt – wir sind – hoffentlich – über Kern hinausgekommen.

Nun zu einigen Divergenzen. Zunächst in der Methode. Hier werden die Akzente unterschiedlich gesetzt. Teils steht der sprachgeschichtliche Ansatz im Vordergrund, teils werden der Ethnologie entstammende Deutungsmuster bevorzugt, teils wird primär auf die Grundzüge von Gerichtsverfassung und Verfahren abgehoben. Alles verspricht diskussionswürdigen Erkenntnisgewinn.

Die stärksten Divergenzen, aber auch die objektiv größten Probleme der Beschreibung und Verständigung liegen m.E. im Bereich der Normtheorie, vielleicht kann man auch sagen des „Rechtsbegriffs“. Die Qualitäten des schriftlosen Rechts positiv zu beschreiben, ist ein schwieriges Unterfangen. Ein Beispiel aus „der Debatte um die Existenz objektiven Rechts im Frühmittelalter“. Karl Kroeschell und Albrecht Cordes berichten im Vorwort des von ihnen 1996 herausgegebenen Sammelbandes „Funktion und Form. Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte“ von einem Vortrag Yoichi Nishikawas, der, da

³⁶ Clausdieter Schott, Der Stand der Leges-Forschung, in: FMS 13 (1979) 29–55, 54.

³⁷ Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht I (Leipzig 1895) 162.

³⁸ Dilcher, (Anm. 1) 60.

vom Vortragenden für „noch nicht publikationsreif“ erachtet, nicht habe aufgenommen werden können. Gleichwohl wird mitgeteilt, Nishikawa habe „die Hypothese entwickelt, daß sich für die Merowingerzeit das ‚Recht als Vorschlag‘ auffassen lasse: Es habe Verbindlichkeit nur für denjenigen entfaltet, der sich diesem Vorschlag anschloß und freiwillig unterwarf“. Es wird dies von den Herausgebern als ein „origineller Ansatz ... der bei hoher Suggestionskraft neue Impulse geben könnte“, bezeichnet³⁹. Einmal völlig von einer Bewertung dieser Hypothese abgesehen: Wie ließe sich so etwas normtheoretisch einpassen?

Ich bin der Auffassung, daß es im frühen Mittelalter sehr wohl auch außerhalb der Zwänge eines einmal akzeptierten Gerichtsverfahrens Streitprogramme und Unrechtskomplexe germanischer Herkunft gab, die man als objektives und materielles Recht zu verstehen hat. Diese Vorstellungen sind allerdings weitgehend subjektiv und verfahrensrechtlich eingekleidet. In diesem Sinne verstehe ich auch Gerhard Köbler⁴⁰ und zumindest in Teilen auch Gerhard Dilcher⁴¹. Kroeschell hat seine Vorstellung vom völligen Aufgehen des objektiven Rechts im Verfahren mit der Begriffsbildung „nicht normatives Recht“ versehen – „zugespitzt gesagt“⁴². Diese Diktion ist weithin als verwirrend empfunden worden. Stellt man darauf ab, Kroeschell meine schlicht „normfreies Regelverhalten“ und „wertfreie Sitte“⁴³, also Faktisches oder allein dem Brauch zuzurechnendes, doch über konstante Vertragspraxis rechtlich relevantes Regelverhalten, dann nähert sich diese Betrachtungsweise offenbar der Formel von „Ordnung und Konflikt“, die Gerhard Dilcher bevorzugt, und auch meine Formulierung, daß die Rechtsgewohnheit sich entweder in konsentierter Übung oder aber im Zwangskonsens des dinggenossenschaftlichen Verfahrens (neu) konstituiere, kann ich in diesem Sinne verstehen. Legt man jedoch Pospisil, Wesel und Luhmann zugrunde, so sind alle diese Regeln „Recht“.

³⁹ Hinsichtlich der in den Leges aufgeführten Bußsummen (-beträge) ist allerdings die Vorstellung, daß diese nur „Verhandlungsgrundlage“ zwischen den Parteien, also eine Art „Vorschlag“ des „Gesetzgebers“ seien, nicht neu. Vgl. etwa *Hermann Nehlsen*, Buße (Deutsches Recht), in: *LexMA* II, 1144–1149, 1146. Das Recht der Zeit erschöpft sich jedoch nicht in jenen möglicherweise zur Disposition stehenden Tarifen.

⁴⁰ *Köbler*, Recht im frühen Mittelalter (Anm. 19).

⁴¹ *Dilcher*, (Anm. 1) 40, 55.

⁴² *Karl Kroeschell*, Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, in: *Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung* (Berlin 1983) 47–77, 74ff., 76. Er meinte damit in erster Linie den Mangel eines geschlossenen Regelsystems. Aber das hat Konsequenzen hinsichtlich der „Rechtsgeltung“.

⁴³ Von ihnen spricht *Hanna Vollrath*, Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften, in: *HZ* 233 (1985) 571–594, 583.

IV.

Mein vierter Teil will nur kurz eine Situation in Erinnerung rufen, von der man erwarten sollte, daß Tradition (*consuetudo*) und Wahrheit (*veritas*) in einem besonders ausgeprägten Antagonismus zueinander standen: der Investiturstreit und in dessen Rahmen vornehmlich die oft erörterte Rolle der vorgenannten Topoi im Denken Gregors VII. Man hat immer wieder Ambivalenzen in der Haltung dieses Papstes konstatiert. Horst Fuhrmann formulierte: „So erhielt die Bindung an die Tradition zugleich einen ahistorischen Zug“⁴⁴, und Hans-Werner Goetz fügte hinzu: „Er berief sich, wenngleich zu Unrecht, auf die Geschichte, um diese Neuerungen traditionell erscheinen zu lassen. Die Ambivalenz lag darin, daß hier ein konservatives Weltbild mit progressiven Durchsetzungsbestrebungen zusammenstieß. Die Anschauungen selbst waren traditionell: Daß die Wahrheit sich in der geoffenbarten Tradition und damit auch in der Geschichte spiegelte, das konnte und wollte auch Gregor VII. nicht leugnen.“⁴⁵ Ein klarer Antagonismus zwischen Wahrheit und Tradition ist also selbst hier nicht auszumachen. Es kam darauf an, was man wollte, welche Ziele und wessen Nutzen man verfolgte. So stand denn bekanntlich hinter der Qualifizierung rechtlicher *consuetudines* und *coutumes* als *mala* oder aber *bona* die Durchsetzung kirchlicher Interessen, weltlichen Herrschaftskalküls oder aber des gelehrten Rechts⁴⁶.

V.

Im fünften und letzten Teil möchte ich auf Probleme der Abgrenzung der *consuetudo* von anderen Teilbereichen und Klassifikationen des Rechts hinweisen. Es gibt hier eine erste Problemzone im frühen Mittelalter. Zwischen Kroeschell⁴⁷ und Köbler⁴⁸ bestehen Divergenzen über den Bedeutungsgehalt und die systematische Einordnung von *consuetudo* in dieser Zeit. Köbler sieht *ius*, *lex*, *mos* und *consuetudo* bereits in der Spätantike aufs engste miteinander verflochten, wobei *consuetudo* im Frühmittelalter eine ausgeprägte Nähe zu *mos* aufweise. Kroeschell hingegen sieht *lex* (diese als „Verfahrensrecht“ der Leges) und *mos* als verwandt,

⁴⁴ Hans Fuhrmann, Das Reformpapsttum und die Rechtswissenschaft, in: Investiturstreit und Reichsverfassung, hrsg. von Josef Fleckenstein (Sigmaringen 1973) 175–203, 191.

⁴⁵ Hans-Werner Goetz, Tradition und Geschichte im Denken Gregors VII., in: *Historiographia mediaevalis*. Festschrift für F.-J. Schmale (Darmstadt 1988) 138–148; vgl. auch Hans-Henning Kortüm, *Necessitas temporis*: Zur historischen Bedingtheit des Rechtes im früheren Mittelalter, in: ZRG RA 110 (1993) 34–55, 44 ff.

⁴⁶ Ludwig Buisson, Ludwig IX., der Heilige, und das Recht (Freiburg i. Brsg. 1954) 30.

⁴⁷ Kroeschell, Recht und Rechtsbegriff (Anm. 18) 314–318, 320 ff., 325; ders., „Rechtsfindung“. Die mittelalterlichen Grundlagen einer modernen Vorstellung, in: Festschrift für Hermann Heimpel III (Göttingen 1972) 498–517, 510.

⁴⁸ Köbler, Recht (Anm. 19) 208 ff, 226 f.; zusammenfassend: Johannes Liebrecht, Das gute alte Recht in der rechtshistorischen Kritik, in: Funktion und Form (Anm. 19) 185–204, 198 f.

lex und *consuetudo* hingegen nachdrücklich als Gegensatzpaar, als „zweierlei“. Hinter der Divergenz steht in erster Linie die unterschiedliche Einschätzung von *êwa*, die Kroeschell über *lex* allein verfahrensmäßig deutet, während Köbler eine eindeutige Trennungslinie zwischen Ausdrücken für objektives und subjektives Recht ebenso in Frage stellt wie die Möglichkeit, das mittelalterliche Recht als bloß verfahrensmäßig zu beschreiben. Auch habe *ius* seine objektive Bedeutung nie gänzlich verloren.

Im 12. Jahrhundert sieht Kroeschell dann eine neue rechtliche Vorstellungswelt entstehen, in der deutsche Quellen *ius* und *consuetudo* als ein neues Begriffspaar im Sinne einer weitgehenden Identität zusammenfassen⁴⁹. Es handelt sich um Wendungen wie *iura et consuetudines terrae* oder *consuetudinarium ius civitatis*. Kroeschell fragt nach den „rechtsbildenden Kräften“, denen dieses neue Recht seine Entstehung verdanke. Er kommt zu dem Ergebnis, es sei „die rechtsgeschäftliche Verwillkürung im Ebelschen Sinne, die Satzung, die den Inhalt des Gewohnheitsrechts, der *iura et consuetudines*“ ausmache. Ferner nennt er noch das königliche Privileg als Grundlage. Als Beispiel für derart gewillkürtes Recht wird z. B. das *sunderleke dorprechte* in Ssp LdR III 79 § 2 genannt. Im Lehrbuch⁵⁰ führt Kroeschell aus, es handle sich bei den neuen *consuetudines* um die „der neuen Schichten und Gruppen, deren sozialer Aufstieg sich in jener Zeit vollendet: der Ministerialen, der freien Bauern und der städtischen Bürger“. Sehr zweifelhaft ist an dieser Deutung jedenfalls die Gleichsetzung der neuen *consuetudines* mit gewillkürtem Recht. Zunächst einmal fehlen in den geschilderten Wortverbindungen weitere auf gewillkürtes Recht hindeutende Begriffe: Neben *consuetudo* waren *voluntas*, *statuta*, *arbitrium*, *pacta* und *constitutio* in Gebrauch. Es ist schon deshalb wenig wahrscheinlich, daß sich gerade das Willkürrecht, also der Typus des kraft Eides vereinbarten Rechts, hinter jenen *consuetudines* verbirgt. Willküren konnten zu Recht werden; konnten es aber bereits die städtischen und kaufmännischen Willküren des 12. Jahrhunderts, die doch nur einen geringen Teil des frühen Stadtrechts ausmachten? Entsprechend wäre für ein dörfliches Willkürrecht zu fragen. Und: Inwieweit beruhten die Dienstrechte der Ministerialen überhaupt auf Verwillkürung? Die freibäuerlichen Rechtsgewohnheiten der Siedlungsperiode taten es jedenfalls nicht. Bei ihnen handelt es sich um von den Siedlern mitgebrachte, von ihnen gewählte oder ihnen verliehene Rechte, die nicht mit dem allgemeinen Landrecht übereinstimmten, insofern also „besonderes Dorfrecht“ im Sinne des Sachsenspiegels waren, doch eben besonderes Recht – und nicht Willkür. Über allen Einzelbeobachtungen steht aber auch hier die Betrachtung des Verhältnisses von „Partikularität und Universalität“⁵¹: Warum sollte ein Rechtstypus, der der Vergesellschaftung von Gruppen eigen ist, warum also

⁴⁹ Kroeschell, *Recht und Rechtsbegriff* (Anm. 18) 331 f.

⁵⁰ Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte I* (Reinbek 1972) 155, 183, 210–217, 285 f.

⁵¹ Zu dieser Begrifflichkeit vgl. Otto Gerhard Oexle, *Friede durch Verschwörung*, in: *Träger und Instrumentarien des Friedens*, hrsg. von Johannes Fried (Sigmaringen 1976) 115–150, 144 ff.; ders., *Die Kultur der Rebellion*, in: *Ordnung und Aufruhr im Mittelalter*, hrsg. von Marie Theres Fögen (Frankfurt a.M. 1995) 119–137, 132.

sollten solche gruppengebundenen Sonderrechte die Entwicklung des gesamtgesellschaftlichen Rechtsverständnisses bestimmen? Zumal Willkür und Recht grundsätzlich schon aus politisch-sozialen Gründen in einem Spannungsverhältnis zueinander standen, von dem die Wortverbindungen des 12. Jahrhunderts nichts spüren lassen. Diese *consuetudines* waren also doch wohl Recht. Das Phänomen, daß um 1100 – also schon vor Gratian und vor der Welle der Aufzeichnungen des Stadt- und Landrechts – in deutschen Quellen die Wendung *iura et consuetudines* erscheint, verweist uns auf die grundsätzliche Frage, welche Bedeutung(en) die *consuetudo* als Rechtsbegriff in einem Gebiet schriftlosen Rechts neben diesem Recht überhaupt gewinnen konnte. Als Gegensatz zum Schriftrecht konnte sie sich hier ja nicht darstellen. Haben wir es bei Wendungen wie *iura et consuetudines*, nach *recht und harkommen* lediglich mit Pleonasmen zu tun? Oder handelt es sich um unterschiedliche Schichten schriftlosen Rechts? Wenn ja, worin unterschieden sie sich, und warum wurden die Zeitgenossen um 1100 dieser Unterscheidung ansichtig? Einwirkungen des vorgratianischen Kirchenrechts will Kroeschell nicht gelten lassen. Es handele sich um „eine Wandlung des deutschen Rechtsdenkens selbst“, um eine solche des „Rechtsgefüges und seines Verständnisses ...“, die dem Eindringen der romanistischen und kanonistischen Denkweise eigentlich erst den Boden bereitet hat“⁵². Möglicherweise liegt dieser Einschätzung jedoch gerade die hier kritisierte Willkür-Deutung zugrunde.

Es bleibt die Deutung der *consuetudines* als neues Recht. Der seit längerem anhaltende Aufstieg der Ministerialität, die neuen Erscheinungen der Stadtkommune und der ländlichen Siedlungen wirkten zwar nicht über die Rechtsform der Willkür auf das Rechtsverständnis ein, wohl aber brachten sie neues – und sei es auch nur ortsfremdes – Recht herauf: Es entstanden also neue Rechtsgewohnheiten durch Übung, Verleihung, Gerichtsgebrauch⁵³. Sie gegenüber dem überkommenen Recht als *consuetudo* zu bezeichnen, entspricht der ergänzenden Rolle, die der gewohnheitlichen Rechtsbildung ansonsten gegenüber dem schriftlichen Gesetzesrecht zukam. Damit soll selbstverständlich nicht gesagt sein, daß *consuetudo* im hoch- und spätmittelalterlichen deutschen Sprachraum stets diese Bedeutung hatte. Der Hauptgedanke ist vielmehr der, daß je nach örtlicher bzw. regionaler Rechtsquellsituation mit unterschiedlichen Bedeutungen von *consuetudo* zu rechnen ist, und daß selbst innerhalb ein und desselben Rechtskreises *consuetudo* und die ihr entsprechenden deutschen Begriffe Gewohnheit, Herkommen, Brauch zum Recht in unterschiedliche Beziehungen gesetzt werden konnten.

⁵² Kroeschell, *Recht und Rechtsbegriff* (Anm. 18) 335; *ders.*, *Deutsche Rechtsgeschichte* (Anm. 50) 183.

⁵³ Möglicherweise beruht ein Teil der Verständigungsschwierigkeiten darauf, daß Kroeschell dazu neigt, „Rechtsgewohnheiten“ eng zu verstehen, nämlich im spezifischen Sinne des festen Brauchs „vertraglicher Regelung, der gleichwohl nur für den Einzelfall Recht schafft“, vgl. Kroeschell, *Recht* (Anm. 23) 512, aber auch Weitzel, (Anm. 21) 778 und *ders.*, *Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100)*, in: *Entwicklung* (Anm. 2) 371–402, 380.

Die für Basel, den lübischen und den sächsisch-magdeburgischen Rechtskreis vorliegenden regionalen Untersuchungen⁵⁴ des Sprachgebrauchs vom 14. bis zum 16. Jahrhundert deckten folgende Grundzüge auf: In der hoch- und spätmittelalterlichen lübischen Rechtssprache waren *consuetudo* und Gewohnheit, Herkommen keine relevante Größe. In den Städten lübischen Rechts lag die Rechtsbildung beim Rat. Er setzte das Recht und beherrschte die Rechtsprechung. Erst gegen Ende des 15. Jahrhunderts gewinnt die Gewohnheit geringe Bedeutung, als auch der Lübecker Rat dazu übergeht, auch nach anderem als nur dem eigenen Recht zu entscheiden.

Im Sachsenspiegel findet sich das Wort *gewonheit* nur einige wenige Male. Häufig tritt uns die Gewohnheit in den spätmittelalterlichen sächsischen Urkunden und Schöffensprüchen entgegen. In den Sprüchen wird sie als räumlich begrenztes Sonderrecht gegen das von den Magdeburger Schöffen selbst als weitläufig und gemein bezeichnete Weichbild- und Sachsenrecht abgehoben. Um 1500 erfolgte schließlich der Übergang zur gelehrten Statutentheorie. In Basel bezeichneten Gewohnheit und Herkommen einen Teil des Stadtrechts. Auch hier wird deutlich, daß wir in *recht* das ursprüngliche, gegenüber *gewonheit* stärkere Wort zur Bezeichnung des Richtigen vor uns haben. Das Verhältnis der *gewonheit* zum *recht* ist wie auch im Sachsenrecht zumeist das eines sich stützenden Miteinanders, wobei das *recht* der führende und vorangestellte Teil ist. „Gewohnheit, Herkommen und Brauch scheinen gegenüber dem Recht als schwächere Größen empfunden worden zu sein“, formuliert Hagemann. Sollte eine Rechtsregel geändert oder abgeschafft werden, so qualifizierte man sie zunächst einmal als Brauch und Herkommen ab. Von diesen fand man dann leichter zur „schlechten Gewohnheit“, „so biszhar für ein statrecht ... gehalten“⁵⁵. Die *gewonheit*, so kann man auch sagen, lebte von ihrer Verbindung mit dem *recht*. Das *recht* aber lebte aus sich heraus, wurde durch die gleichlaufende Übung nur illustriert, untermalt, bestärkt, erneuert, fortgebildet. Die *gewonheit* meinte überwiegend neues und fremdes Recht, einen das *recht* erweiternden, lockeren Bereich, der in den Städten auch Übergänge zur Willkür zeigt. Die *gewonheit* erreichte also in Lübeck, Sachsen, Magdeburg und Basel keinen dem *recht* gleichen Stellenwert – weder qualitativ noch quantitativ. Sie blieb gegenüber dem ursprünglich nicht primär im Zeitablauf gedachten schriftlosen *recht* eine Neuerung, eine eindringende Hilfsgröße zu dessen Beschreibung. Zu einer eigenständigen rechtlichen Größe wurde sie möglicherweise erst dadurch, daß sich den großen Schöffenstühlen und dem Lübecker Rat als Oberhof im 15. Jahrhundert dringlicher die Frage nach dem Verhältnis ihrer großräumigen Rechte zu lokalen und regionalen Rechtsentwicklungen stellte. Angesichts dieser Problemlage, die ihrerseits bereits durch die Rezeption angestoßen sein kann, wird nun – mangels einheimischer Grundlagen für die Ausbildung einer gestuften Rechtsquellenlehre – die gelehrte *consuetudo*-

⁵⁴ Vgl. Hagemann, (Anm. 34) 107–141; Jürgen Weitzel, Gewohnheiten im lübischen und im sächsisch-magdeburgischen Rechtskreis, in: La coutume (Anm. 14) 325–358.

⁵⁵ Hagemann, (Anm. 34) 135 f.

Vorstellung auf jene „minderen“ Rechte lokalen, privilegialen und statutarischen Zuschnitts zur Anwendung gebracht. Wir haben es mit einer wenig anspruchsvollen, noch ganz dem deutschrechtlichen Umfeld verhafteten und Positionen innerhalb überlieferter Rechtsmassen absteckenden Frucht der Rezeption römisch-kanonischer Grundkategorien zu tun. Die Details der zu diesem Zeitpunkt ja schon breit ausgearbeiteten gelehrten Rechtsquellenlehre blieben dabei zunächst unbeachtet. Es gibt Anhaltspunkte dafür, daß die Forderungen nach der Güte der anzuwendenden Gewohnheit und nach einer bestimmten Dauer ihrer Übung sowie das Erfordernis des Beweises der entsprechend qualifizierten Gewohnheit erst im Laufe des 15. Jahrhunderts die Spruchpraxis der Oberhöfe ergänzt haben.