Diskussionsbericht

von Christiane Birr, Thomas Brückner, Janine Fehn-Claus und Dagmar Janson

I. Stefan Breuer: Das Legitimitätskonzept Max Webers

Zu Beginn der Diskussion warf Hofmann die Frage auf, ob hinter dem Legitimitätsbegriff Max Webers sich nicht in Wahrheit zwei auf unterschiedlichen Ebenen angesiedelte Begriffe von Legitimität verbergen. Diese Vermutung stützte Hofmann auf die Beobachtung, daß sich der Legitimitätsgrund des Satzungsglaubens von anderen Legitimitätsgründen, die in § 7 von „Wirtschaft und Gesellschaft“ genannt sind (nämlich der Tradition, dem affektuellen Glauben und dem wertrationalen Glauben), dadurch unterscheide, daß der Satzungsglaube keinen eigentlichen Grund von Legitimität darstelle, sondern eine ihrer Folgen. Legitimationsgrund sei statt dessen die Legalität der Herrschaft. Die Notwendigkeit der Kategorie des Satzungsglaubens liege darin, daß deren Legitimität mit den anderen Legitimitätsgründen nicht erklärt werden könne. Diese Beobachtung könnte in Zusammenhang mit der Tatsache stehen, daß Weber im älteren zweiten Teil von „Wirtschaft und Gesellschaft“ den neuen Typus der Stadtherrschaft als nicht-legitime Herrschaft einführt. Möglicherweise sei dieser Herrschaftstypus aus den von Weber bis dahin verwendeten Legitimationsgründen herausgefallen; sein Legitimitätsbegriff habe somit zu jener Zeit eine Legitimität kraft Satzung nicht umfaßt.

Bezüglich des Begriffs der nicht-legitimen Herrschaft wiesen Breuer und Dilcher darauf hin, daß dieser Begriff Schwierigkeiten bereite, jedoch nicht überbewertet werden dürfe, zumal die Überschrift des Stadtkapitels nicht unbedingt zum Text gehöre. Insbesondere sei der Begriff der nicht-legitimen Herrschaft nicht auf alle im Stadtkapitel abgehandelten Herrschaftsformen anwendbar; es fänden sich auch dort weitgehend legale Strukturen der Herrschaft, so daß Stadtherrschaft nicht mit der nicht-legitimen Herrschaft gleichzusetzen sei. Unter nicht-legitimer Herrschaft verstehe Weber die mittelalterliche Stadt-Konjuration, da in einer legitimen Herrschaft schon vom Ansatz her keine Revolution denkbar sei. Die Revolution werde somit nicht von der Herrschaftssoziologie erfaßt und sei eher der politischen Soziologie zuzuordnen. Dilcher wies auf die Bedeutung der Konjurationen hin: Mit ihrer nicht mehr allein traditionellen, sondern auch rationalen Herrschaftslegitimation stellten sie einen wichtigen Schritt auf dem Weg der Rationalitätsbildung bis hin zum Anstaltsstaat dar. Breuer warnte jedoch vor einem Verständnis der Weber'schen Ausführungen, das zu stark auf die Entwick-

lungsgeschichte fixiert sei: Weber habe keine entwicklungsgeschichtliche Analyse schreiben wollen.

Anschließend stellte Landau die Frage nach dem Verhältnis Max Webers zu Otto von Gierke: Ihm falle auf, daß all das, was Gierke in seinem Genossenschaftsbegriff erfasse, bei Weber offenbar ausfalle; ein Grund dafür könnte Webers Betonung des Zwangselementes sein. Breuer bestätigte Landaus Vermutung, zwischen Weber und Gierke habe es keine intensive Beziehung gegeben: Weber habe sich an andere Gewährsleute gehalten, etwa an Jellinek, der den Herrschafts- und Willensbegriff stark betont habe. Autoren wie Gierke habe Weber dagegen abwertend der romantisch-nationalen Bewegung zugeordnet. Er sei auch skeptisch gegenüber Kollektivbegriffen wie „Genossenschaft“ und „Volksgeist“ gewesen; diese seien seiner Meinung nach mit Hilfe von Begriffen zu dekomponieren. Der Begriff Genossenschaft sei mit den Begriffen Webers nicht zu analysieren.

Weitzel führte die Unterschiede zwischen beiden Autoren grundlegend auf die unterschiedliche Funktion zurück, die Gierke und Weber der Herrschaft zuschrieben; diese unterschiedlichen Interessen mußten auch in der Begrifflichkeit ihren Ausdruck finden. Zwar zeige sich in Webers Ableitung der Dinggenossenschaft Kenntnis des Gierke'schen Werks; allerdings habe Weber die Linie Gierkes nicht weiter verfolgt; vielmehr sei die Dinggenossenschaft im traditionellen Typus eingeschmolzen. In diesem Zusammenhang wies Willoweit darauf hin, daß auch der Gierke'sche Anstaltsbegriff von Weber erwähnt wird.

Schließlich wurde die Frage nach den Verwendungsmöglichkeiten der Typologie Max Webers für die rechtshistorische Forschung diskutiert. Willoweit warnte davor, bei der Rezeption Webers Methode mit Inhalten zu verwechseln, und Klippel stellte angesichts der Forschungsfortschritte seit Weber die Frage, ob Weber nicht historisiert werden müsse, d. h. ob man nicht die Kategorien Webers modernisieren oder sogar von ihnen Abstand nehmen müsse. Dilcher wies darauf hin, daß man die Begriffe Webers nicht verdinglichen dürfe, sondern sie vielmehr in ihrem hypothesenhaften Charakter akzeptieren müsse. Konsequenterweise seien weniger die durch neuere Forschungen aufgedeckten Irrtümer Webers erheblich, sondern vielmehr die Anregungen, die von den Hypothesen ausgingen. An Klippel schloß sich Willoweit mit der Frage an, ob die Kategorien Webers überzeitlich oder historisch, also als in einer bestimmten historischen Situation verankert, gedacht werden müßten. Seiner Ansicht nach zeigten die Typen Webers beide Merkmale: Einerseits seien etwa die Herrschaftstypen nicht streng historisch gereiht, andererseits könne man doch die Annahme einer historischen Wasserscheide finden; sie trenne den traditionellen und charismatischen Herrschaftstypus von seinem rational legitimierten Gegenstück. Danach, so Breuer, lasse sich der Prozeß der Rationalisierung verstehen als die Durchsetzung eines Typus im historischen Verlauf, der die übrigen Typen zwar zurückdränge, sie aber nicht beseitige. Breuer plädierte auch dafür, die Typen Webers als Hilfsmittel für eine historische Wirklichkeitswissenschaft zu bezeichnen, da Weber nicht die Identität von Begriff und Wirklichkeit angestrebt habe. Der Sinn des Idealtyps habe für ihn darin gelegen, die Aufmerksamkeit des Historikers für Abstände und Abweichungen von die-

sem zu schärfen. Damit solle gerade die Erkenntnis des wirklich Besonderen der jeweiligen Erscheinung ermöglicht werden. Verfehlt wäre es daher, die Geschichte in die Begriffe Webers hineinpresse zu wollen. So sei es die Problematik aller Kategorien, daß es Phänomene gebe, die sich einer Erfassung durch sie entzögen. Besonders wichtig seien Kategorien bei Vergleichen: Sie stellten das notwendige *tertium comparationis* dar. Gerade die Übersetzungsleistung, die die Typen Webers für den Vergleich verschiedener Kulturen erbrächten, sei nicht hoch genug zu schätzen. Alternativen zu ihnen seien kaum vorhanden. Für Studien zu begrenzten Problemen allerdings böten die Weber'schen Begriffe oft nicht die erforderliche Trennschärfe.

II. Okko Behrends:

Das *mos maiorum* des klassischen Römischen Rechts

Brandt eröffnete die Diskussion mit einer kritischen Anmerkung: Er habe als problematisch empfunden, daß Behrends im Hinblick auf die verwendete Begrifflichkeit nicht immer die verschiedenen Ebenen der vorklassischen Vorstellung und ihrer kritischen Auflösung auseinandergehalten habe. Dabei bestünde die Gefahr, spätere Begriffe in ältere Formationen hineinzutragen. Als Beispiele nannte Brandt: Varros *iudicium animi* erfordere kein Individuum; von Spiritualismus könne man erst ab ca. 1810 sprechen, und „Volksgeist“ sei ein Begriff der historischen Rechtsschule. Außerdem seien die Stoiker Materialisten und keine Individualisten gewesen, da bei ihnen das *mos* als spirituelle Substanz gestrichen worden sei. Zwar sprächen sie von *animus*, dabei handele es sich aber um einen nicht-juristischen Begriff. Behrends entgegnete darauf, bei dem stoischen Materialismus handele es sich gerade nicht um Materialismus im Sinne des 19. Jahrhunderts. Stoiker seien nur insofern materialistisch, als sie davon ausgingen, daß alles, was in der Welt Wirkung hat, deshalb sei, weil es notwendig körperlich sei. Eine solche Auffassung sei aber nach heutiger Sicht eben nicht materialistisch, weswegen er den Begriff Spiritualismus für angemessener halte. Im übrigen beruhe die Kritik hinsichtlich der Begrifflichkeit auf mangelnder Kenntnis der Bedeutung der hellenistischen Philosophie für das römische Recht. Die von ihm verwendeten Begriffe fänden sich jedenfalls schon im Hellenismus und stellten keine eigenen Begriffsbildungen dar.

Hiergegen wandte Landau ein, die Entwicklung des römischen Rechts sei bis 90 v. Chr. unbeeinflusst von griechischer Philosophie verlaufen. Erst danach habe die Stoa das so entstandene Recht interpretiert und ihm eine Wendung zur Skepsis beigegeben. Somit stelle sich das Problem, wo sich in den Quellen eine evolutionistische Rechts- und Zwecklehre finde. Möglicherweise habe Behrends im wesentlichen das Rechtsbild Jherings übernommen. Jedoch sei mit Puchta das Recht etwas weniger spiritualistisch aufzufassen. Für den Volksgeistbegriff – den Puchta instrumentalisiert habe – sei die Bezeichnung Spiritualismus durchaus zutreffend;

Puchta habe denn auch Schwierigkeiten gehabt, das kanonische Recht zu rechtfertigen, da es nicht vom Volk komme. Zwar könne der Begriff *iudicium animi* durchaus individualistisch gemeint sein, trotzdem könne man in diesem Zusammenhang nicht von Spiritualismus sprechen. Zu den Epochen der Entwicklung des römischen Rechts merkte Behrends an, bereits am Ende des 3. Jahrhunderts v. Chr. sei der erste Einbruch hellenistischen Denkens in die Auslegung der Zwölftafelgesetze erfolgt. Die vorklassische Theorie habe naturrechtlich gearbeitet und sei von der *bona fides*-Theorie der Stoa beeinflusst gewesen, die auch den Personalismus ins Rechtsdenken gebracht habe. Auf diese sei die skeptizistische Theorie gefolgt, die ihr Nachspiel in der historischen Rechtsschule gefunden habe. Puchta habe eine theologische Ansicht vertreten, da er von der göttlichen Herkunft des Rechts ausgegangen sei. Die Romantik als säkularisierte Theorie habe schließlich die Vorstellung einer evolutionären Rechtsentwicklung mit sich gebracht.

Breuer unternahm es, die Begrifflichkeit des Behrends'schen Vortrags in die Begriffe der Rechtssoziologie zu übersetzen: Brauch und Sitte als Geltungsgrund des Rechts seien bei Max Weber mit einem Reflexionsverbot begründet. Das römische Recht habe Weber als rationales Recht mit Systemcharakter betrachtet. Es stelle sich aber die Frage, wie hoch der Systemcharakter zu veranschlagen und der Grad der rationalen Durchkonstruktion einzuschätzen sei, wenn andererseits ein Reflexionsverbot bestanden habe. Behrends seinerseits ging davon aus, daß der form- und wertrationale Bereich der *aequitas* ein Resultat der skeptischen Auffassung von Recht sei. Nur Vernunftformen reichten jedoch zur Begründung des Rechts nicht aus. Deshalb habe man auch Zweckmäßigkeitsregeln herangezogen. Diese seien ebenfalls dem Bereich der Rationalität zuzuordnen, wenn auch auf einer niedrigeren Stufe. Das römische Recht habe somit einen umfassenden Rationalitätsanspruch, der aber skeptisch abgetönt sei und seine Grenzen u.a. in den Grenzen der Erkenntnismöglichkeiten finde.

Willoweit knüpfte an den Begriff der Zweckmäßigkeit an: Anstelle von Naturrecht müsse man wohl eher von naturgebundenem Recht sprechen. Notwendige Strukturfolge der Naturgebundenheit des Rechts sei, daß Rechtsfolgen ein direktes Spiegelbild menschlichen Verhaltens darstellten. Das *mos maiorum* aber trete in einer Phase in Erscheinung, in der massiv reflektiert worden sei. Der Begriff der Zweckmäßigkeit sei wohl so zu verstehen, daß es als zweckmäßig empfunden wurde, die Strukturen der Vorväter zu erhalten. Eventuell sei hier eine frühe Parallele zu einer Entwicklung im späten Mittelalter zu ziehen. Es frage sich, ob die Berufung auf das alte Herkommen im späten Mittelalter nicht ein bewußtes Abstellen auf die eigene Tradition und damit Abgrenzung zu dem im Vordringen befindlichen gelehrten Recht gewesen sei. Behrends stimmte dem Begriff naturgebundenes Recht zu, wies aber darauf hin, daß (insbesondere die stoischen) Quellen selbst den Begriff Naturrecht gebrauchten. Plausible, strukturelle Regelungen hätten erst die Skeptiker begründet. Einer der Plausibilitätsgründe sei die Zweckmäßigkeit gewesen. Dabei handle es sich um eine Formalisierung der Argumentation, die zu einem herabgesetzten Anspruch an die Rationalität geführt habe. Diese formale Rationalität lasse keine Analogisierung zu.

Auf die Frage Nehlsens nach dem Verhältnis von *mos* zu *consuetudo* antwortete Behrends, daß es sich bei *consuetudo* um die allgemeine Bezeichnung für die gesamte Rechtsordnung handelte, der Begriff mithin umfassender gebraucht worden sei als der heutige Begriff des Gewohnheitsrechts. Der Begriff des *mos* hingegen finde sich in den Rechtsquellen aber nur als *mos maiorum*: Dieses sei der klassische Begriff.

Sodann warf Kersting die Frage auf, wie der Begriff Rechtstheologie im Zusammenhang mit der historischen Rechtsschule zu verstehen sei. Die historische Rechtsschule sei als Absetzbewegung zu begreifen, die die moderne Rationalität noch nicht begreife, sondern ihr Verständnis auf alte, nicht mehr ganz zutreffende Begriffe zurückführe. Diese Begriffe seien mit der sich ständig wandelnden Wirklichkeit nicht mitgekommen, und so habe man auf Deutungen dieser Begriffe zurückgegriffen, die bereits abgelegt worden waren, da die Zeitgenossen keine Ahnung mehr von dem hinter den Begriffen stehenden Sinn hatten. Man könne dies aber nicht als Rechtstheologie dekonstruieren. Dies wäre eine heutige, im Nachhinein vorgenommene Deutung. Es handle sich vielmehr um eine terminologische Hilfslosigkeit. Es sei bei der historischen Rechtsschule eine auf praktische Erfahrungen mit der unzureichenden Begrifflichkeit begründete Skepsis am Vernunftrecht zu konstatieren, die nichts mit Theologie zu tun habe, sondern eher als Alternativrationalität und Alternativpraxis charakterisiert werden könnte. Diesen Ausführungen stimmte Behrends unter Hinweis auf eine bei Savigny festzustellende alternative Rationalität zu.

Abschließend fragte Seelmann, ob es im römischen Recht (wie etwa später im 16. Jahrhundert) Bestrebungen gegeben habe, Legitimationskategorien auszutauschen, ob also etwa das *ius gentium* durch Eindringen von Argumentationen aus dem *mos maiorum* verändert worden sei. Behrends beantwortete die Frage negativ: Hinweise auf eine solche Beeinflussung des *ius gentium* durch das *mos maiorum* seien ihm nicht bekannt.

III. Jürgen Weitzel:

Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkunft

Einführend knüpfte Hofmann an die moderne Rechtstheorie an, derzufolge der Begriff der Rechtsordnung von folgenden drei Bedingungen abhängig sei: 1. einer ausgeprägten Vorstellung von der Rechtsordnung als Sollensordnung, die nicht allein auf ontologische Aussagen beschränkt bleibt, 2. einem ausgeprägten Verständnis der Rechtsordnung als einer veränderbaren, bewußt zu wandelnden Ordnung und 3. der Abgrenzung von Rechtsnormen gegenüber anderen, z.B. moralischen, Sollensvorschriften. Die Frage sei, ob dieser Begriff auch in historischen Kontexten nutzbringend angewendet werden könne. Weitzel bejahte zwar im allgemeinen die Möglichkeit, historische Quellen anhand dieser drei Gesichtspunkte auf das Vorliegen einer Rechtsordnung zu untersuchen; er wies aber auf

die damit verbundenen Probleme hin: Gerade für das frühe Mittelalter sei zu fragen, was unter diesen Voraussetzungen noch unter den Rechtsbegriff gefaßt werden könne, da die ersten beiden Gesichtspunkte (soweit überhaupt vorhanden) nur sehr schwach ausgeprägt vorlägen. Den Vorstellungen der Zeit angemessener sei es, sich auf den dritten Punkt zu konzentrieren und nach einer relativ einfach handhabbaren Formel zwischen Recht und Moral zu unterscheiden: Recht sei alles, was vor Gericht geschieht. Dieser Abgrenzungsformel schloß sich Dilcher an; er wies darauf hin, daß im frühen Mittelalter das Fehlen eines Durchsetzungszwanges durch obrigkeitliche Sanktionen für die Rechtsfindung der Gerichte prägend gewesen sei. Zur Umsetzung ihrer Urteile seien die Gerichte auf den weitgehenden Konsens aller Beteiligten angewiesen gewesen. Erst im 12. Jahrhundert sei der Durchsetzungszwang der Gerichte erstarkt.

Willoweit problematisierte das erste von Hofmann genannte Abgrenzungskriterium: den Charakter der Rechtsordnung als Sollensordnung. Er gab die Möglichkeit zu bedenken, daß es nach mittelalterlichem Verständnis unterschiedliche Grade von Verbindlichkeit einer Regel gegeben haben könne, ein intensiveres und ein weniger intensives Sollen, eine Vorstellung, die dem modernen Rechtsdenken fremd sei. Nehlsen unterstützte diesen Deutungsansatz anhand von Beobachtungen an den Bußenkatalogen der *lex salica*: Ausgehend vom Wortsinn *componere* (d.h.: einen Vergleich errichten) seien die *compositiones* als Vorschläge zur Einigung zu betrachten, entstanden als schriftliche Fixierung von Erfahrungswerten aus ungezählten Vergleichen. Sie erlaubten den beiden Streitparteien, unter Wahrung des eigenen Gesichts den Unfrieden zu beenden. Diese Bußenkataloge besäßen also zwar hohe gesellschaftliche Relevanz, aber keinen zwingenden Charakter. Nur in Ausnahmefällen habe ein hoher Verbindlichkeitsgrad bestanden, etwa, wenn es um die Beilegung einer Fehde gegangen sei. Ausgehend von diesen Ausnahmen hätten allmählich die „Vorschläge“ der Bußenkataloge allgemein an Verbindlichkeit gewonnen, eine Entwicklung von Sollen, die den systematisierenden Rechtshistorikern des 19. Jahrhunderts gänzlich fremd bleiben mußte.

Nach der Abgrenzung der allgemeinen Gewohnheiten von den Rechtsgewohnheiten fragte Klippel in zugespitzter Formulierung: Was ist das Rechtliche an den Rechtsgewohnheiten? Er verwies in diesem Zusammenhang auf Althoff, nach dessen Ansicht diese Abgrenzung dahinstehen könne; allein zu untersuchen seien die Wege der Konfliktregelung in einer Gesellschaft, unabhängig davon, ob diese auf rechtlichen oder außerrechtlichen Gewohnheiten beruhe. Weitzel räumte ein, daß ein umfassendes Kriterium des Rechtlichen von der Rechtsgeschichte noch gesucht werde. Man könne nur festhalten, daß auch im (hier untersuchten) frühen Mittelalter Gerichte bestanden hätten, vor denen bestimmte Gewohnheiten behandelt wurden, andere dagegen nicht. So sei allein anhand der Gerichte eine Abgrenzung des Rechtlichen von der allgemeinen Konfliktlösung zu erreichen.

Im Anschluß konzentrierte sich die Diskussion auf die Frage nach der bewußten Veränderbarkeit von Recht und Rechtsgewohnheiten. Willoweit gab zu bedenken, in den Quellen des Frühmittelalters sei Gewohnheitsrecht noch wenig zu

erkennen. *Constitutiones* wie Schöffensprüche suchten pragmatische Lösungen auf konkrete Probleme. Erst im Spätmittelalter erhielten altes Herkommen und das Einholen von Kundschaft ihren überragenden Stellenwert bei der Rechtsfindung. Dieses Beharren auf Althergebrachtem, Bekanntem könne man gerade als einen Reflexionsprozeß in der Auseinandersetzung mit neuen Rechtswelten deuten (fortschreitende Rezeption des römischen Rechts). Zudem seien die Übergänge zwischen Recht und Willkür fließend: Die Vielfalt der Quellen sei nicht allein durch die Vielfalt lokaler Rechtsgewohnheiten zu erklären, sondern statt dessen durch ursprünglich gesetztes Recht entstanden, das im Laufe der Zeit, etwa nach ein bis zwei Generationen, Bestandteil des alten Herkommens geworden sei. Dilcher hielt fest, daß in Situationen mit einem unzureichend differenzierten Normgefüge immer auf (auch fingierte) Gewohnheiten zurückgegriffen werde, da ein Ordnungsgefüge unabdingbar für menschliches Zusammenleben ist. Insofern sei die Frage nicht sinnvoll, ob es sich bei den angewendeten Regeln um „neues Recht“ handle. Da die dinggenossenschaftlichen Gerichte nicht von einem gelehrten Richter geleitet wurden, seien die Gewohnheiten auf breitem Raum in die Rechtsfindung eingeströmt. Eine substantielle Veränderung habe sich dann durch die gregorianische Reform ergeben.

Daran anknüpfend stellte Miethke dar, wie sich im Rechtsverständnis Gregors VII. zum ersten Mal eine bewußte Rechtssetzung beobachten lasse. Dieser Papst habe ausdrücklich klargestellt, daß er die Macht habe, neues Recht zu setzen. Dabei habe Gregor für sich in Anspruch genommen, Gewohnheiten zu verwerfen und eventuell vorhandene Lücken durch *veritas* zu schließen. So sei das Gegensatzpaar *veritas* – *consuetudo* entstanden, auf dessen Grundlage sich der Begriff der *mala consuetudo* bilden konnte. Grundlage dieser neuen Haltung gegenüber dem Recht seien die Kirchenreformen des 11. Jahrhunderts. In ihnen wurde die Regel des hl. Benedikt auf ihre Brauchbarkeit hin überprüft und stellenweise verworfen. Zum ersten Mal sei Tradition zum Problem geworden. Landau beklagte die Vernachlässigung des kanonischen Rechts im Frühmittelalter durch die Forschung, obwohl der Rechtsdiskurs in dieser Zeit nicht ohne die Perspektive des Kirchenrechts verstanden werden könne. Bischöfe seien gleichzeitig als Legislatoren und Sammler von Rechtsgewohnheiten tätig gewesen, kirchenrechtliche Urteile besaßen bereits früh die Tendenz, durch hoheitlichen Ausspruch streitige Angelegenheiten abzuschließen (*Roma locuta, causa finita*). Und auch die Urkundenfälschungen des frühen Mittelalters seien letztendlich von einem Geltungswillen getragen: Ziel der Fälscher sei regelmäßig eine Beeinflussung der objektiven Rechtslage gewesen.

Kersting wies darauf hin, daß auch aus Sicht der Rechtssoziologie (in welche die Rechtsgeschichte hier zwangsläufig einmünde) es die bereits angedeuteten zwei Möglichkeiten gäbe, sich dem Rechtsbegriff vergangener Zeiten anzunähern: 1. die Untersuchung und Klassifizierung historischer Phänomene anhand eines bereits mitgebrachten normlogischen Apparats und 2. ihre Beschreibung mit dem Ziel, den pragmatischen Charakter des damaligen Rechtslebens herauszuarbeiten.

IV. Gerhard Dilcher: Kaiserrecht und Rechtsgedanke

Miethke wandte ein, Dilcher habe in seinen Ausführungen den Kaisergedanken im kirchlichen Bereich ausgeblendet und dadurch die Bedeutung des sakralen Elementes des Herrschers „abgeschnitten“. Dabei haben sich, so Landau, Kaisergedanke und Kaiserrecht in der Kirche durchgesetzt (*papa est verum Imperator*), wie auch der Gedanke des positiven Rechtes der Kanonistik entstamme. Dieser Kritik begegnete Dilcher mit dem Hinweis, bei dieser Ausblendung habe es sich um eine bewußte, analytische Maßnahme gehandelt. Sein Ziel sei es gewesen, die Funktionalität kaiserlicher Gesetzgebung darzustellen, nicht deren Ideengeschichte.

In anderer Weise kritisch äußerte sich Weitzel: Er halte die Darstellung der dem Kaiserrecht zukommenden Transferfunktion für zu akzentuiert. Unter Hinweis auf die Ausbreitung von Recht im Rahmen der Ostsiedlung wies er darauf hin, daß es andere Mechanismen neben dem Kaiserrecht gegeben habe, die nicht nur den Rechtstransfer, sondern auch die Auswechslung ganzer Rechtsordnungen ermöglicht hätten. Dilcher räumte ein, daß im Hinblick auf Städte und Stadtrechte der Kaisergedanke nicht maßgebend gewesen sei, etwa für die Ausdehnung des lübischen Rechts nach Osten. Gleichwohl sei zumindest für die Legitimation nach außen, d. h. gegenüber dem Reich, eine Legitimationswirkung kaiserlicher Privilegien auch für den städtischen Bereich zu konstatieren.

Im Anschluß daran warf Willoweit die Frage auf, warum gerade aus dem Kaisergedanken Recht und Gesetz geboren wurden und ob man die Berufung auf den Kaisergedanken als einen auf die unveränderliche Vergangenheit gegründeten Legitimationsmechanismus begreifen könne, der auf einem massiven Historisierungsschub beruhe. Tatsächlich haben nach Dilchers Ansicht historisierende Zeitvorstellungen im Hintergrund des Denkens eine Rolle gespielt. Wichtig für diesen Prozeß, den man durchaus als Historisierung bezeichnen könne, sei auch die Gregorianische Reform; sie habe durch eine Verbindung fortgesetzten archaisch-zyklischen Denkens mit dem linearen Gedanken der christlichen Weltdeutung einen normativen Maßstab geboten. Stolleis sah in dem von Willoweit und Dilcher als Historisierung bezeichneten Vorgang eine produktive Verwendung traditioneller Argumentation, die sich u. a. in den Volksrechten, bei den Staufern und im Frühabsolutismus finde. Er schlug deshalb vor, von einer historisierenden produktiven Aneignung der Vergangenheit zu sprechen.

V. Jürgen Miethke:

Die Legitimitätsfrage in der Theorie des 14. Jahrhunderts

Die Diskussion konzentrierte sich auf die Frage nach dem Begriff der politischen Theorie. Klippel eröffnete sie mit der Frage, warum man nach Miethkes Ansicht erst für das 14. Jahrhundert von politischen Theorien sprechen könne, für die Zeit

davor aber lediglich von politischem Denken. Daran anschließend gab Landau zu bedenken, ob nicht möglicherweise bereits zu Beginn des Investiturstreits Anfänge politischer Theorie im Hinblick auf die *libelli de lite* zu erkennen seien. Doch plädierte Dilcher dafür, zwei im Rahmen des Investiturstreites geführte Diskurse zu unterscheiden: einen hinsichtlich der Trennung von *temporalia* und *spiritualia* in den *libelli de lite* und einen anderen hinsichtlich der aristotelischen Politik. Der Kaisergedanke sei in die Isolation geraten, da er auf anderen Quellen beruht habe.

Miethke erläuterte, politischer Hintergrund des Denkens im 14. Jahrhundert sei der Konflikt zwischen Papsttum und Kaisertum unter Bonifaz VIII. und Ludwig dem Bayern gewesen. Ob man von politischem Denken oder politischer Theorie spreche, sei letzten Endes eine Wertungsfrage, die vor dem Hintergrund einer emanzipatorischen Entwicklung entschieden werde. Charakteristisch für die politische Theorie sei, daß sie eine allgemeine (weil externe) Legitimation des Kaisertums und seiner Gesetzgebungstätigkeit biete (im Gegensatz zur internen und nicht-allgemeinen Legitimation kaiserlicher Gesetzgebung aus dem *Corpus Juris Civilis*).

Hofmann nannte als ein entscheidendes Kriterium einer politischen Theorie ihre Einheitlichkeit: Der Begriff politische Theorie bezeichne einen politischen Strukturentwurf, der die Gleichbehandlung aller politischen Gemeinschaften vorsehe. Er halte es überdies für fraglich, ob eine solche Theorie als die Verarbeitung praktischer Erfahrungen gesehen werden könne; dabei bezog sich Hofmann auf das Beispiel des Marsilius von Padua. In seiner Lehre jedenfalls, die im 14. Jahrhundert keinerlei praktische Wirkung zu entfalten vermochte, sei ein unterschiedlich großer Abstand von der Realität zu konstatieren.

Klippel sprach das Verhältnis der Legitimation der Normsetzung zur Legitimation der Herrschaft an: In welchem Verhältnis habe das Naturrecht zum positiven weltlichen Recht im Naturrecht der frühen Neuzeit gestanden? Hofmann bemerkte, man müsse bei der Frage nach dem Legitimitätsbegriff unterscheiden, ob man ihn soziologisch oder staatsphilosophisch verstehe. Als staatsphilosophischer Begriff habe Legitimität seit dem 17. Jahrhundert eine engere Bedeutung; sie betreffe die Begründung von Herrschaft überhaupt. Im Mittelalter hingegen sei die Legitimität von Herrschaft keine politisch-theoretische, sondern eine metaphysische Frage gewesen.

VI. Peter Landau: Der biblische Sündenfall und die Legitimität des Rechts

Stolleis sah das zentrale Problem in der Errichtung einer legitimen Ordnung nach einem Gewaltakt bzw. einer Revolution. An dieser Frage habe sich die Verfassungsrechtslehre des 20. Jahrhunderts gespalten, deren einer Teil der Weimarer Verfassung so die Legitimität abgesprochen habe. Nach der Gegenansicht beginne

nach einem Gewaltakt die Legitimität mit der Anerkennung der neuen Rechtsordnung. Landau wies darauf hin, daß dieses Problem bereits in der Antike bekannt gewesen und diskutiert worden sei: Nach Gratian könne Legitimität aus Zeit erwachsen, sie werde durch die Akzeptanz der neuen Ordnung durch die Bevölkerung nach der Revolution geschaffen.

Überhaupt, so Kersting, gehöre die Frage nach dem Umgang mit gewaltentsprungenem Recht zu den Standardproblemen der neuzeitlichen Philosophie, deren großen Werke (Hobbes, Kant) im Schatten schwerer Gewaltsituationen entstanden seien (englischer Bürgerkrieg, Französische Revolution). Wie Willoweit formulierte, habe die Erfahrung die Philosophen gelehrt, daß Recht aus Unrecht entstehe und sich eben nicht Recht aus Recht entwickle. Hofmann fügte hinzu, daß für Kant alles von der Gewalt seinen Anfang nehme, auch wenn er diesen Gedanken in seine „Metaphysik der Sitten“ nicht aufgenommen habe. Kersting lokalisierte das Kernproblem in der Frage, wie die Gültigkeit gewaltentsprungenen Rechts gesichert werden könne. Kant versuche eine Antwort mit der Unterscheidung zwischen Rechtlichkeit und Rechtmäßigkeit: Recht sei ungeachtet seines Ursprungs aus Gewalt dann Recht, wenn es formalen Ordnungskriterien genüge. Auf dieser These Kants baue auch Stammler seinen apriorischen Rechtsbegriff auf.

Willoweit lenkte das Gespräch auf die intensiven Erörterungen der Frage der Revolution im späten 19. Jahrhundert. Dabei führte Landau aus, daß nach 1870 die Frage nach Recht und Macht zum zentralen Diskussionsthema unter den Juristen werde. Kersting wies auf die zeitgenössischen Vorwürfe an die Adresse Savignys hin: Seine Lehre vom Volksgeist vergesse die notwendig zum Rechtsbegriff gehörende Macht. In der Theorie Jherings werde die Gewalt als Entstehungsursache in die Definition des Rechts aufgenommen: „Recht ist nichts anders als die Politik der Gewalt.“ Und auf der Ebene der praktischen Politik führe die Lehre, daß Gewalt Recht schaffe, zur Rechtfertigung der Kolonialisierungspolitik.

Landau kam auf das Rechtsdenken Savignys zurück: Für ihn seien Individualpositionen nicht der Geschichte enthoben, so wie auch das Recht nicht nur für den einzelnen da sei. Dabei, so Behrends, unterscheide Savigny aber: Die Individualenteignung mißbillige er, die Abschaffung ganzer Rechtsinstitute (wie z. B. der Sklaverei) halte er für rechtmäßig. Vergleichbar sei dieses Denken mit dem mittelalterlichen Begriff der *falsa consuetudo*.

Abschließend wurden die Auswirkungen des Sündenfall-Bildes für das Staatsverständnis der Neuzeit thematisiert. Kersting erinnerte an die ins Säkularisierte transponierte Bedeutung dieses Bildes in der Moderne: In Lockes Theorie des Naturzustandes sei die Einführung des Geldes ein Ereignis mit Sündenfallqualität. Landau fügte hinzu, daß Puchta und Savigny das mittelalterlich-christliche Sündenfall-Schema unmittelbar rezipieren konnten für ihre Aufarbeitung der römischen Quellen, denn dieses Motiv des Goldenen Zeitalters war bereits in der antiken, heidnischen Welt von Bedeutung, zu der die historische Schule sich in einer tiefen Wahlverwandtschaft hingezogen fühlte. Hier entstünden Anklänge an Seneca, nach dessen Ansicht die Notwendigkeit des Rechts mit der *avaritia* der

Menschen beginne. Jedoch klassifiziere Seneca das notwendig gewordene Recht nicht so radikal ab, wie dies später christliche Denker, zuerst Augustinus, taten: Der Kirchenvater betrachte die Rechtsgemeinschaft mit Mißtrauen, sie sei als Konsequenz des Sündenfalls von sich aus böse. Auf die Fortwirkung dieser ablehnenden Haltung gegenüber der Rechtsordnung bis weit in die Neuzeit hinein wies Stolleis hin: Erst ab 1805 entstünde eine dezidierte Opposition gegen die Idee des Notstaats, in der eine Entwürdigung des Staates als Selbstwert gesehen werde. Und Klippel bemerkte, daß zur selben Zeit und vor diesem gedanklichen Hintergrund auch das liberale Naturrecht zum Feindbild werde, denn nach der naturrechtlichen Vorstellung solle sich der durch Vertrag gegründete Staat ständig verbessern, besitze also in seiner gegenwärtigen Unvollkommenheit den Charakter eines Notstaats. Gegen diesen Entwurfscharakter des Staates opponierten vor allem Adam Müller u. a.

VII. Kurt Seelmann: Die theologischen Wurzeln des säkularen Naturrechts

Nach Seelmann besteht Einigkeit darüber, daß man die Thomas-Renaissance Ende des 15. Jahrhunderts in ihrer Wirkung nicht überbewerten dürfe als eine Entscheidung für eine theologische Richtung. Miethke stimmte zu: Keinesfalls könne man von einem Sieg der thomistischen Naturrechtslehre sprechen. Nach wie vor ungeklärt seien aber die Gründe für das Wiederaufgreifen thomistischen Gedankengutes zu diesem Zeitpunkt. Während es im 14. Jahrhundert keine eigene Schule nach Thomas von Aquin gegeben habe, sei die scholastische Tradition eines Duns Scotus ständig von den franziskanischen Ordensschulen im Gespräch gehalten worden. Seelmann erklärte, daß die Bedeutung der Dominikaner im 14. und 15. Jahrhundert in Predigt und Lehre ins Hintertreffen geraten sei, hänge möglicherweise mit einer von den Franziskanern angebotenen, überzeugenderen Sozialtheologie zusammen. Wirtschaftliche Bedürfnisse für ein neues Naturrecht (etwa die wachsende Mobilität der Menschen und die steigende Bedeutung des Geldes) seien dagegen bereits vor dem Rückgriff auf thomistische Anschauungen vorhanden gewesen und hätten auch allein nicht zu dieser Renaissance führen können.

Im Hinblick auf den Eigentumsbegriff der spanischen Spätscholastiker zeigten Klippel und Seelmann auf, daß der Begriff *dominium* bei Vázquez gegenüber der legalistischen Tradition durch Einbeziehung einer Freiheitsdefinition und des eigenen Willens ausgeweitet worden sei (*dominium actionem suam*). Hofmann konstatierte die Verwandtschaft dieses *dominium*-Begriffes mit dem *property*-Begriff Lockes, und Seelmann machte darauf aufmerksam, daß selbst bei Hegel der Eigentumsbegriff die eigene Arbeitskraft des einzelnen umfasse. In diesem Zusammenhang fragte Landau nach der Rezeption der spanischen Spätscholastik durch Naturrechtler wie Pufendorff. Seelmann räumte ein, daß Pufendorff die Spanier nicht ausdrücklich

zitiert; dennoch liege seine Kenntnis ihrer Werke nahe. Klippel wies unterstützend darauf hin, daß das Fehlen ausdrücklicher Zitate auf konfessionellen Gründen beruhen könne; aus demselben Grund sei jede Erwähnung der spanischen Spätscholastiker in von Protestanten verfaßten historischen Abrissen dieser Zeit unweigerlich mit vernichtender Kritik an den katholischen Denkern verbunden.

Schließlich brachte Behrends das Verhältnis des Naturrechts zur Sklaverei zur Sprache: Nach römischem Recht sei ein Sklave ein Mensch, der durch Besitzbegründung Eigentum eines anderen werde. Konsequenterweise sei Sklavenrecht daher Sachenrecht. Erst unter den Adoptivkaisern setze sich die Auffassung durch, daß auch Sklaven als Menschen ein gewisser rechtlicher Status zukommen müsse. Diese Übernahme des stoischen Gleichheitsgedankens habe notwendig zu „Verwerfungen“ im bisherigen Rechtssystem geführt; die Lösung habe man in einem zweischichtigen Naturrecht gefunden: Die Menschen seien grundsätzlich gleich, verteilten sich aber nach einem Konsensmodell. Für die Neuzeit führte Hofmann den Gedanken fort: Verstärkt habe sich die Frage nach der Rechtfertigung der Sklaverei in der Neuzeit nach der Entdeckung Amerikas im Indianerproblem gestellt. Dabei habe man die Berechtigung der Sklaverei aus dem sekundären Naturrecht abgeleitet: In einer Abwägung der möglichen Übel (Versklavung und physische Vernichtung der Indianer / Zusammenbruch der südamerikanischen Bergwerke durch Mangel an Sklaven / Import und Einsatz afrikanischer Sklaven in Amerika) spreche sich sogar ein Mann wie Bartolomé de las Casas für die letztgenannte Möglichkeit aus. Landau wies darauf hin, daß diese Vereinbarkeit der Sklaverei mit sekundärem Naturrecht bis ins 19. Jahrhundert erhalten geblieben sei und sich selbst noch im Denken Karl Marx' finde; er erkläre die Sklaverei für legitim, da anders die Baumwollproduktion nicht durchzuführen sei.

VIII. Hasso Hofmann: Die Transformation der Frage nach dem Recht des Rechts in die Frage nach dem Recht der Herrschaft

Eröffnend fragte Behrends nach Anhaltspunkten dafür, daß den Zeitgenossen der Zusammenhang zwischen dem Verbot der Rechtsverweigerung und der neuen Rolle des Richters bewußt sei. Hofmann bezweifelte die bewußte Wahrnehmung dieses Zusammenhangs, obwohl es zu dem Bewußtsein der Zeitgenossen keine Forschungen gäbe. Er gehe vielmehr von dem Wirken synergetischer Effekte aus.

Daran schloß Behrends eine Frage an nach einer eventuell unterschiedlichen Entwicklung der verschiedenen Arten von Gerichtsbarkeit; als Beispiel nannte er die verfassungsschützende Gerichtsbarkeit, die vor allem Werte vertrete und die vor allem durch den Stil der Legistik geprägte vollziehende Gerichtsbarkeit. Tatsächlich, so Hofmann, zeigen die Entwicklungen der verschiedenen Gerichtsbarkeiten graduelle Unterschiede. Beispiel für eine besondere Entwicklung sei die Arbeitsgerichtsbarkeit; sie zeichne sich aus zum einen durch die starke Bedeutung der Rechtsprechung mangels gesetzlicher Regelungen und zum anderen durch die

repräsentative Struktur der Entscheidungsfindung, die es Interessenvertretern ermögliche, Einfluß zu nehmen. Auf der Ebene der Obergerichte seien jedoch kaum Unterschiede erkennbar. Insbesondere das Beispiel der USA zeige, wie sich die Verfassungsgerichtsbarkeit aus der Zivilgerichtsbarkeit entwickelt habe.

Nach diesen Ausführungen brachte Landau das Gespräch auf die Rolle der Rechtswissenschaft in dem von Hofmann gezeichneten Modell der strukturellen Koppelung von Recht und Politik. Nach Hofmann ist das Verhältnis zur Politik ein Kernpunkt des Selbstverständnisses des Rechtswissenschaftlers. Obwohl allgemein zu konstatieren sei, daß die Rechtswissenschaft wenig Einfluß auf die Politik habe, gebe es zwei spürbar rechtswissenschaftlich beeinflusste Bereiche: zum einen die ministeriale Bürokratie, durch die Tätigkeit der durch die juristische Ausbildung geprägten Beamten in der Gesetzgebung; allerdings habe dieser Einfluß auf unterschiedlichen Feldern unterschiedliche Bedeutung. Zum anderen diene die Rechtswissenschaft der Stabilisierung der Justiz. Gerade die Entwicklung der juristischen Dogmatik sei in der Geschichte die Voraussetzung für die Emanzipation des Rechts und der Justiz von der Politik gewesen.

Willoweit ergänzte das in dem Vortrag entwickelte Konzept eines doppelten Rechtsbegriffs durch einen Befund in Quellen des Spätmittelalters: Sie unterschieden zwischen „Ordnung“ und „Recht“ und zwar anhand des Kriteriums des jeweiligen Adressaten. Eine „Ordnung“ habe sich an die Allgemeinheit gerichtet, während die Anwendung des „Rechts“ dem Richter obliegen habe. Erst mit dem Entstehen der Landesobrigkeit mit einem obersten Richter habe sich ein einheitlicher Rechtsbegriff herausgebildet, der im 19. Jahrhundert erneut zerfallen sei. Für die Gegenwart stelle sich jedoch die Frage, wie man mit zwei Rechtsbegriffen leben könne, da dies auch zwei Arten von Normativität und Legitimität voraussetze. Zu fragen sei auch, ob der Richter nach dem Konzept Hofmanns nicht ein Legitimitätsdefizit aufweise. Hofmann entgegnete, offensichtlich seien Kulturen fähig, mit Widersprüchen zu leben. Um dies zu bewerkstelligen, gäbe es verschiedene Techniken. Die Technik unserer Kultur bestehe in der Bildung von Kategorien und im Ablegen sich widersprechender Phänomene in verschiedene Kategorien. In der Rechtswissenschaft finde diese Technik ihren Ausdruck in der Einteilung in die verschiedenen Disziplinen. Sie verdecke die sich widersprechenden Legitimationskonzeptionen. Im Bereich des öffentlichen Rechts entspreche die Legitimation der Tradition der Aufklärung. Das Justizrecht dagegen beziehe seine Legitimation aus der ständigen Arbeit am Recht, die eine juristische Ausbildung voraussetze.

IX. Wolfgang Kersting: Rechtsbegründung im Neukantianismus

Klippel thematisierte die Gründe für die Entstehung eines Bedürfnisses nach einer Begründung des Rechts gegen Ende des 19. Jahrhunderts, das neben dem Neukantianismus auch Strömungen wie den Neuhegelianismus und den Neuthomis-

mus entstehen ließ. Als wesentlichen Grund nannte Kersting das Leiden der Zeit an einer Unwissenschaftlichkeitsbefürchtung. Nachdem im 19. Jahrhundert die Selbstverständlichkeit der Metaphysik allmählich geschwunden sei, habe es nur noch den Gott der Wissenschaften gegeben. Die Wissenschaftlichkeit sei gerade für die „prekären“ Wissenschaften, wie die Rechtswissenschaft, als Überlebensbedingung empfunden worden. Die Schule Cohens sei eher naturwissenschaftsgläubig gewesen, während die südwestdeutsche Schule sich stärker an den Geisteswissenschaften orientiert habe. Beide hätten philosophischer Verwissenschaftlichungsstrategien bedurft, die sie bei Kant gefunden hätten, allerdings nicht ohne zuvor dessen Philosophie nach ihren Bedürfnissen „zurechtzubiegen“. Dabei habe die Schule von Cohen bei der Verarbeitung der Kant'schen Philosophie größere intellektuelle Ansprüchlichkeit gezeigt als die Wissenschaftslogik der südwestdeutschen Schule. Von Landau nach dem Bestehen eines Zusammenhangs zwischen der Cohen'schen Ethik des Reinen Willens und dessen jüdischer Prägung gefragt, antwortete Kersting, zwar hätten negative persönliche Erfahrungen Cohens zu seiner Beschäftigung mit jüdischer Religionsphilosophie geführt. Diese Religionsphilosophie habe sich aber nicht in seinen Systemrahmen einfügen lassen, so daß ein Einfluß auf seine Rechtsphilosophie nicht möglich gewesen sei.

Auf Landaus Frage, was an Stammlers Definition des Rechts zu kritisieren sei, gab Kersting zu bedenken, gegen den Stammler'schen Rechtsbegriff spreche die Diskrepanz zwischen dem tatsächlich Geleisteten und der „begründungstheoretischen Draperie“. Stammler hätte besser daran getan, einen empirischen Rechtsbegriff zu bilden. Nur ein solcher funktionallogisch begründeter Rechtsbegriff, wie er heute in der Rechtsphilosophie vertreten werde, sei brauchbar. Unabdingbar sei das offene Benennen von Prinzipien, wie der Freiheit, auch wenn unterschiedliche Begründungsformen gewählt werden. Bei Stammler zeige sich jedoch statt dessen eine Einengung durch eine begründungstheoretische Scholastik und ein Festhalten an einem apriorischen Rechtsbegriff, der jede Diskussion verhindere. Insgesamt verberge die Stammler'sche Terminologie die eigentlichen Fragestellungen.

Interessant sei festzustellen, so Behrends, daß die Zuordnung Savignys zum Neukantianismus offenbar auf den Einfluß Cohens zurückzuführen sei, obwohl Savigny kein Formalist gewesen sei, sondern einen empirischen Rechtsbegriff gehabt habe. Kersting erwiderte, die Neukantianer hätten keine Schwierigkeiten mit ihrer Zuordnung zum Idealismus gehabt. In gewisser Weise stellten sie sogar ein Musterbeispiel des Idealismus dar: Eigentlich betrieben sie nämlich nicht eine Philosophie des Rechts, sondern vielmehr eine Philosophie der Rechtswissenschaft. Dies sei idealistisch.

X. Dietmar Willoweit: Rechtsbegründung und Rechtsbegriff. Rechtsgeschichtliche Rückfragen am Ende des 20. Jahrhunderts

Die Diskussion begann mit einer Auseinandersetzung mit den Rechtsbegriffen Stammlers und Hörsters. Stolleis problematisierte die Geltung von Rechtsnormen im despotischen Kontext: Er sehe keinen Fortschritt des Stammler'schen Ansatzes gegenüber dem Denken Hörsters, der ein in sich schlüssiges Konzept des Positivismus vortrage. Problematisch sei jedoch bei Hörster, daß er eine gewisse Stabilität des politischen Systems voraussetze, um die grundlegenden Strukturen des Rechts erkennen zu können. Demgegenüber sei beispielsweise das Dritte Reich in seiner Endphase zu instabil, um den Hörster'schen Rechtsbegriff überhaupt anwenden zu können. Der Kritik am Rechtsbegriff Hörsters schloß sich Kersting an: Rechtspositivisten argumentierten mit zwei Thesen: a. Aus der Anwendung von Naturrecht neben positivem Recht entstünden jurisdiktionelles Chaos und Rechtsunsicherheit; diese These aber werde bereits durch die historische Erfahrung widerlegt; b. ein rechtshistorisches Arbeiten sei ohne einen empirisch genauen Rechtsbegriff unmöglich. So baue die Theorie Hörsters auf einem Zirkelschluß auf: Verfassungskonformität könne nicht Begriffsvoraussetzung von Recht sein, weil eine Verfassung eben bereits Recht voraussetze. Erforderlich sei vielmehr ein allgemeiner Normbegriff, der nicht zwischen Verfassungsnorm und einfachem Gesetz unterscheide.

Der Beobachtung, daß es eine „Grauzone“ sowohl an den Rändern des Stammler'schen wie des Hörster'schen Rechtsbegriffes gäbe, stimmte Willoweit zu. Die Unterschiedlichkeit beider Rechtsbegriffe betonte Kersting: Hörster vereinfache die Historie für seine Zwecke. So führe der positivistische Rechtsbegriff Stammlers weiter als derjenige Hörsters, gebe aber natürlich auch nicht auf alle Fragen eine Antwort. Bei historischer Betrachtung sei der Fortschritt im Denken Stammlers die Einführung eines neuen definierenden Elements des Rechtsbegriffs: der Selbstbindung des Gesetzgebers als Begriffsvoraussetzung des Rechts.

Dagegen zeigte Klippel die Grenzen des Stammler'schen Rechtsbegriffes an zwei historischen Beispielen auf: Nach Stammler existiere kein Recht, wenn nicht auch der Herrscher an es gebunden sei. Damit aber gäbe es *qua definitionem* in absolutistischen Staaten kein Recht, da die Ungebundenheit des Souveräns durch das Recht gerade zum Kern der absolutistischen Herrschaftstheorie gehöre. Zum anderen sei kein Grund erkennbar, die Regeln, die Althoff im Rahmen der mittelalterlichen Konfliktlösungsstrategien beschreibt, nicht zum Recht gehören zu lassen, von dem sie nach Stammler ausgeschlossen seien. Jedoch wandte Willoweit ein, Althoff selbst erhebe nicht den Anspruch, die von ihm beschriebenen Rituale seien Recht. Er habe gerade die Verhandelbarkeit dieser Rituale und ihren variablen Inszenierungscharakter erkannt. Der Rechtsraum sei dagegen erst erreicht, wenn nach dem Ende der Verhandlungen das Ritual festgelegt sei und in der für diesen Fall vereinbarten Weise durchgeführt werde. Gerade das Beispiel des Ab-

solutismus mache aber die „Grauzone“ des Stammer'schen Rechtsbegriffs deutlich. Auch Stammler selbst habe anerkannt, daß im Einzelfall die Abgrenzung zwischen Recht und Willkür schwierig sei; wichtig sei ihm aber gewesen, daß diese Abgrenzung eben im Prinzip möglich sei.

Hofmann erkannte Stammers Begriffsbildung beschränkte Tragfähigkeit zu. Der von inhaltlichen Kriterien freie Rechtsbegriff orientiere sich allein am Verbindlichkeitskriterium, d.h. Recht setze ein Minimum an Unverbrüchlichkeit voraus. Dieser aus dem Vertragsrecht stammende Gedanke werde von Stammler auf das Gebotsrecht übertragen, wobei das Unverbrüchlichkeitsminimum allein in der Selbstbindung des Befehlsgebers liegen könne. Dieses Kriterium für Recht sei allerdings wenig tauglich: Eine solche Selbstbindung an allgemein anerkannte Regeln finde sich auch in widerrechtlichen Gemeinschaften, so z.B. in mafiösen Gruppen.

Kontrovers diskutiert wurde die Frage, ob die Rechtsgeschichte einen Rechtsbegriff brauche. Willoweit stellte klar, zu Beginn aller Überlegungen sei zu unterscheiden zwischen der Formulierung eines Rechtsbegriffes, mit dem der Rechtshistoriker arbeiten und auch außerrechtliche Zustände klar erkennen könne und der spezifischen europäischen Problematik des 20. Jahrhunderts. Klippel vertrat die Ansicht, ohne einen präzisen Rechtsbegriff komme diese Disziplin nicht aus. Jedoch beschreibe dieser nicht allein ihren Gegenstand; Rechtsgeschichte müsse sich notwendigerweise auch mit Unrecht befassen. Dilcher dagegen bestritt die Notwendigkeit einer Rechtsdefinition für den Rechtshistoriker. Erforderlich sei aber eine ständige Reflexion, welcher Rechtsbegriff an einen historischen Sachverhalt herangetragen und wie dieser Begriff durch die erzielten Ergebnisse verändert werde. Recht sei ein sich veränderndes Kulturerzeugnis, dem jeweils mit einem adäquaten Rechtsbegriff begegnet werden müsse. Ein zu stark vorgeprägter Rechtsbegriff verschütte unter Umständen gerade interessante Fragestellungen, die sich aus dem historischen Rechtsverständnis ergeben könnten. Erforderlich sei daher die Ausbildung eines mit anderen Kulturen dialogfähigen Rechtsbegriffs ohne eine genaue Umsetzung der modernen, europäischen Begriffe.

Der Rechtspositivismus, so Stolleis, mit seiner scharfen Trennung von Recht und Moral überfordere unsere Rechtskultur. Es bestehe gegenüber Phänomenen wie dem Dritten Reich der Drang zu urteilen: „Das war Unrecht.“ Stattdessen aber formuliere der Positivismus: „Das war Recht, aber moralisch verwerflich.“ Diese Aufspaltung von Recht und Moral sei studierten Juristen und juristischen Laien gleich unerträglich. Kersting wandte ein, es sei künstlich, etwas nach rechtspositivistischen Anwendungskriterien als Recht zu klassifizieren, dasselbe aber aus moralischen Gründen als Unrecht zu betrachten. Rechtspositivistischer und naturrechtlicher Rechtsbegriff stünden sich in den großen Ausnahmesituationen, menschlichen Katastrophen und Zivilisationsbrüchen, unvereinbar gegenüber. Allein durch die Einführung eines rechtspositivistischen Vokabulars könne man nicht einen Rechtsbegriff schaffen, der sowohl in Zivilisationen als auch für Zivilisationsbrüche gelte. So warnte Hofmann davor, von den Rechtspositivisten

mehr Antworten zu verlangen, als sie wissenschaftlich vertretbar geben könnten. Im Rückgriff auf den Rechtsbegriff Stammlers stellte Willoweit klar, daß es sich bei der Ausklammerung gewisser historischer Phänomene aus diesem Rechtsbegriff keinesfalls um eine moralische Wertung, sondern um eine tatsächliche Feststellung handele. Diese Ausklammerung sei ein Mittel, um die eigenen Überlegungen zu ordnen und zu disziplinieren: Willkürliche Gewaltakte würden aus dem Rechtsbegriff ausgeschieden, um diesen luzider zu gestalten.

Aus dem Dilemma des Rechtspositivismus kann nach Ansicht Landaus keine zeithobene Perspektive herausführen, sondern allein eine historische Betrachtungsweise: Es gebe verschiedene Niveaus einer Rechtskultur, nach denen sich der jeweilige Rechtsbegriff bestimme. Diesem Deutungsansatz stimmte Behrends zu; die rechtliche Definition unserer Zeit geschehe gerade durch solch eine Abgrenzung des eigenen Rechtsniveaus: Historische Phänomene würden aus heutiger Sicht nicht mehr als Recht empfunden, obwohl sie für die Zeitgenossen selbstverständlich zum Recht gehörten. Damit habe man zeitlose Gültigkeitsansprüche an den Rechtsbegriff für dessen formale und inhaltliche Anforderungen aufgegeben.

Zur Begriffsklärung stellte Hofmann folgende grundsätzliche Überlegung an: Der Begriff des Rechts könne in zwei Begriffspaaren verwendet werden, die meist unausgesprochen vorausgesetzt würden und in Diskussionen eine Quelle unendlicher Mißverständnisse bildeten. Das Gegenteil von Recht könne auf zwei Arten gebildet werden: a. als konträrer Gegensatz Recht – Unrecht, b. als kontradiktorischer Gegensatz Recht – Nichtrecht. Wichtig dabei: Unrecht sei eben nicht Nichtrecht. Diesen verschiedenen Arten der Begriffsbildung entspreche jeweils eine andere Perspektive des Betrachters: Das konträre Gegensatzpaar entstehe aus der Entscheiderperspektive (Betrachtung „von innen“), der kontradiktorische Gegensatz aus der Beurteilerperspektive (Betrachtung „von außen“). Wenn über Recht oder Unrecht im Dritten Reich gesprochen werde, sei es für Deutsche als moralisch bzw. durch die Staatszugehörigkeit physisch Betroffene unmöglich, die Außenperspektive des Beurteilers einzunehmen, sie blieben auf die Innenperspektive des Entscheiders und damit auf die Frage nach Recht und Unrecht beschränkt. Exemplifizierend wies Nehlsen hin auf die unterschiedliche Betrachtung der Nürnberger Gesetze und von Sklavengesetzen, denen ähnliche moralische Verwerflichkeit eigne: Während man jene ganz selbstverständlich als Unrecht auffasse, betrachte man im Gegensatz dazu die Sklavengesetze ebenso selbstverständlich als Recht, und zwar als Recht im Gegensatz zu Nichtrecht. Allein die persönliche Betroffenheit des Betrachters mache hier den Unterschied in der Wahl der Perspektive aus.

Abschließend hielt Willoweit die Unmöglichkeit fest, die Begriffe Geltung, Sollen und Verbindlichkeit auf die Vergangenheit zu projizieren. Bei historischer Betrachtung seien jetzt schon unterschiedliche Grade der Verbindlichkeit des Rechts in der Vergangenheit erkennbar. Recht sei ein innergesellschaftliches Phänomen, das aus Konsens entstünde; erst später werde ihm die Zwangsgewalt zu seiner Durchsetzung beigegeben. So sei die Urform des Rechts der Vertrag; auch

das Strafrecht basiere auf einem Generalkonsens, nämlich auf der übereinstimmenden Überzeugung, bestimmte Verhaltensformen dürfe es innerhalb der Gemeinschaft nicht geben. Somit sei das Recht kein allgemein menschliches Phänomen, das unverändert überall und zu allen Zeit Geltung habe, sondern es entstehe und existiere an die jeweilige Gesellschaft gebunden, deren Zusammenleben es regele.