

# Rechtsgeschichte

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg17>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 17 (2010)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg17/081-083>

Rg **17** 2010 81–83

**Guido Pfeifer**

## Rechtsgewohnheiten in der Perspektive der altorientalischen Rechtsgeschichte

## Rechtsgewohnheiten in der Perspektive der altorientalischen Rechtsgeschichte

Martin Pilchs rechtstheoretische Auseinandersetzung mit dem Begriff der Rechtsgewohnheit bzw. Rechtsgewohnheiten sowie dem Rechtsbegriff als solchem, wie sie seit geraumer Zeit innerhalb der Rechtsgeschichte des Mittelalters diskutiert werden, bietet Gelegenheit zu einer Stellungnahme aus der Perspektive der altorientalischen Rechtsgeschichte. Während in anderen Bereichen der antiken Rechtsgeschichte Rechtsgewohnheiten als Begriff und als Phänomen jedenfalls in jüngerer Zeit durchaus thematisiert werden,<sup>1</sup> spielt dies im Zusammenhang mit Untersuchungen zu den Keilschriftrechten bislang eine allenfalls untergeordnete Rolle.

Der Rechtsbegriff der Geschichte der keilschriftlich überlieferten Rechte<sup>2</sup> ist nachhaltig geprägt von der ausgedehnten Diskussion um die Natur der Rechtssammlungen, namentlich des so genannten »Codex« Hammurapi. Die Einzelheiten dieser Diskussion, die mit der Entdeckung der Gesetzesstele Hammurapis 1901/02 begann und bis heute andauert, können und müssen an dieser Stelle nicht wiedergegeben werden; das Spektrum der Erklärungsmodelle oszilliert zwischen der Annahme des Charakters dieser Texte als gesetzlicher Normen und ihrer »bloßen« Funktion als Kommemorativinschriften mit einer eigenen literarischen Tradition.<sup>3</sup> Alle Erklärungsmodelle weisen indes eine auffällige Gemeinsamkeit auf: Der »Codex« Hammurapi sowie die anderen überlieferten Rechtssammlungen weisen sowohl im Hinblick auf die Erfassung des Rechts insgesamt wie auch hinsichtlich der Ausdifferenzierung der jeweils erfassten Rechtsmaterien erkennbare Lücken auf. Beispielsweise bleiben einzelne Rechtsinstitute,

die durch Zeugnisse der Rechtspraxis außerordentlich gut belegt sind, wie etwa die Bürgerschaft, in den Rechtssammlungen vollkommen unberücksichtigt. Andererseits formulieren die Rechtssammlungen zahlreiche Sondertatbestände, ohne auf entsprechende Grundtatbestände auch nur in irgendeiner Weise einzugehen – so sanktioniert der »Codex« Hammurapi etwa den Tempel- oder Palastdiebstahl (§§ 6 und 8 CH) und den Diebstahl landwirtschaftlicher Werkzeuge (§§ 259 f. CH), enthält aber keine allgemeine Sanktionierung des Diebstahls als solchen. Dieser auf zahlreiche weitere Beispiele stütz- und unbestrittene Befund wird konsequent und unabhängig vom jeweiligen Verständnis der Quellen damit »erklärt«, dass die Rechtssammlungen auf einem Fundament ungeschriebenen Gewohnheitsrechts beruhen.<sup>4</sup> Der Verweis auf ein Gewohnheitsrecht wird zuweilen auch dazu herangezogen, das Verhältnis zwischen den Rechtssammlungen und den in ungleich größerer Quantität überlieferten Texten der Rechtspraxis näher zu bestimmen. So lassen sich etwa bei Annahme eines autoritativen Geltungsanspruchs der Rechtssammlungen Widersprüche zwischen normativen Texten und Zeugnissen der Rechtspraxis mit der mangelnden Befolgung des reformatorisch-gesetzgeberischen Willens vor dem Hintergrund eines fungiblen Gewohnheitsrechts erklären.<sup>5</sup>

Indes erscheint der Verweis auf ein altorientalisches Gewohnheitsrecht gleich in mehrfacher Hinsicht problematisch und kritikwürdig: Der Begriff des Gewohnheitsrechts beruht selbst bei einem äußerst weiten Verständnis und einem sehr allgemeinen Sprachgebrauch, der die mo-

1 Zuletzt etwa bei É. JAKAB, Risikomanagement beim Weinkauf. *Periculum und Praxis im Imperium Romanum*, München 2009, S. 82 ff. zum *nomos*-Begriff. Bei G. CARDASCIA, *La coutume dans les droits cuneiforms*, in: *La Coutume 1 – Antiquité, Afrique Noir, Amérique, Australie* –, Brüssel 1990, 61–69, wird der Begriff *coutume* im Sinne des deutschen *Gewohnheitsrechts* verwendet.

2 Überblick bei M. P. STRECK, Artikel »Recht. A. In Mesopotamien«, in: *Reallexikon der Assyriologie und Vorderasiatischen Archäologie*, Bd. 11, Berlin [u. a.] 2006–2008, 280–285.

3 Einen schnellen Zugriff auf die wichtigsten Aspekte der Debatte und die aktuelle Literatur bietet jetzt S. A. JACKSON, *A Comparison of Ancient Near Eastern Law Collections Prior to the First Mil-*

*lenium B. C.*, New Jersey 2008, 69–113, 257–276.

4 Zumeist geht damit die Annahme eines Reformcharakters der Rechtssammlungen einher, vgl. etwa für den Codex Hammurapi H. NEUMANN, *Recht im antiken Mesopotamien*, in: *Die Rechtskulturen der Antike*, hg. v. U. MANTHE, München 2003, 55–122, 88.

5 Dazu G. PFEIFER, *Die Gesetze des Königs Hammurapi*, in: *Exami-*

dernen Anforderungen an den Begriff des Gewohnheitsrechts ignoriert, auf der Prämisse ungeschriebenen Rechts, das wiederum begrifflos mit der Existenz geschriebenen Rechts verbunden ist. Bereits an dieser fundamentalen kategorialen Differenzierung fehlt es jedoch in der Überlieferung der altorientalischen Rechte, zumal die betreffenden Rechtsordnungen zu keiner Zeit den Ansatz einer wissenschaftlichen Reflexion über Recht ausgebildet haben. Abgesehen davon steht geschriebenes Recht im Sinne positiv gesetzten Rechts als notwendiger Gegenbegriff zum Gewohnheitsrecht, wie oben angedeutet, für die gesamte altorientalische Zeit zumindest in der Diskussion. Zudem lassen sich weitere elementare Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts, etwa die lang andauernde Übung (*longus usus*), und vor allem die allgemeine Billigung der Rechtsverbindlichkeit (*opinio iuris*), anhand des überlieferten Quellenmaterials praktisch nicht nachweisen. Überhaupt fehlt es bislang weitgehend an Beschreibungen der konkreten Erscheinungsformen des vielfach bemühten Gewohnheitsrechts; seine oben angesprochene Funktion im Hinblick auf die Charakterisierung der Rechtssammlungen lässt dies vielleicht überflüssig erscheinen.<sup>6</sup> Im Übrigen ließe sich schließlich (selbstkritisch) fragen, ob nicht mit der Verwendung dieser vom römischen Recht und seiner Dogmatik geprägten Terminologie zumindest die Gefahr verbunden ist, dass gewisse Vorverständnisse in die Betrachtung der Rechtsordnungen des Alten Orients transportiert werden, die einem ungetrübten Blick auf die Quellen im Wege stehen könnten.<sup>7</sup>

All diese Probleme entfielen, würde auf den Verweis auf ein nicht näher konkretisiertes bzw. konkretisierbares Gewohnheitsrecht verzichtet. Demgegenüber könnte der Rückgriff auf den Terminus der Rechtsgewohnheit gleich

auf mehreren Begriffsebenen dazu dienen, der Diskussion auf verschiedenen Problemfeldern der altorientalischen Rechtsgeschichte neue Impulse zu geben. Dies mag umso mehr gelten, als die Rechtsordnungen des Alten Orients im Hinblick auf einzelne rechts- wie kulturhistorische Aspekte, etwa das Fehlen einer ausgeprägten Rechtswissenschaft oder das Spannungsfeld zwischen Schriftkultur und Oralität, der Rechtskultur des europäischen Mittelalters, anhand derer und für die der Begriff der Rechtsgewohnheit ursprünglich entwickelt wurde, durchaus vergleichbar erscheinen. Hier ist freilich nicht der Ort, diesen möglichen Impulsen im Einzelnen nachzugehen; stattdessen seien im Folgenden lediglich einige summarische Überlegungen angestellt.

Versteht man Rechtsgewohnheit als Erhebung des »normalen« gesellschaftlichen Seins zur Norm (Gerhard Dilcher),<sup>8</sup> ergeben sich (neue) Ansatzpunkte für Fragen etwa nach dem Verhältnis von Norm und Schrift, das für die altorientalische Rechtskultur von nachgerade zentraler Bedeutung ist,<sup>9</sup> oder – sei es diesen Ansatz kontrastierend, sei es ihn ergänzend – die Frage nach der Rolle von Rechtsgewohnheiten als »gedächtnisgebundenen Formen«, mithin nach dem Verhältnis zur oralen Rechtskultur. Bei einem Verständnis von Rechtsgewohnheiten als »eingübte(n), vielfach wiederholte(n) Verhaltensweisen auf dem Gebiet des Rechts, zu denen man nicht verpflichtet war, deren Verbindlichkeit erst durch Konsens und freiwillige Unterwerfung entstand und die über die konkrete Verabredung hinaus keine bindende Wirkung für die Zukunft entfalteten« (Albrecht Cordes),<sup>10</sup> kommen hingegen konkrete Ausformungen des Rechtslebens in den Blick, wie etwa Ordal und Reinigungseid, denen (auch) im altorientalischen Rechtsausstrahl nicht unerhebliche

natorium Rechtsgeschichte, hg. v. M. SCHMOECKEL u. ST. STOLTE, Köln [u. a.] 2008, 1–4, 3 f.

6 CARDASCIA (Fn. 1) 65 verweist auf die mangelnde Wahrnehmbarkeit des Gewohnheitsrechts außer in Fällen der Abrogation oder der schriftlichen Fixierung.

7 In der Tat ist die altorientalische Rechtsgeschichte juristischer Provenienz gerade terminologisch nach wie vor stark vom römischen

Recht geprägt, kann aber andererseits mit der Dogmatik der römischen Rechtswissenschaft auf ein theoretisches wie sprachliches Instrumentarium zurückgreifen, das die Entstehung eines in anderen Disziplinen in der Vergangenheit aufgetretenen (oder zumindest verspürten) Theoriedefizits bislang vermieden hat.

8 G. DILCHER, *Leges – Gentes – Regna*. Zur Rolle normativer

Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur:

Fragen und Probleme, in: *Leges – Gentes* (2006) 15–42, 40 f.

9 Zur Verortung der Rechtssammlungen im Kontext der Schreiberbildung siehe NEUMANN (Fn. 4) 63 ff.

10 A. CORDES, *Rechtsgewohnheiten in lübischen Gesellschaftsverträ-*

Bedeutung zukommt.<sup>11</sup> Ein besonders interessantes Beispiel könnten in diesem Zusammenhang die so genannten Klagverzichtsklauseln der altorientalischen Vertrags- und Prozesspraxis darstellen. Hierbei handelt es sich möglicherweise um ein verschriftetes Relikt aus einer oralen Tradition, das einen Präentionsverzicht zwischen privaten Rechtssubjekten dokumentiert, der Rechtskraft und Rechtsgeltung überhaupt erst generiert<sup>12</sup> und dem durchaus eine fundamentalere Rolle zukommen könnte, als bislang angenommen.

Es liegt auf der Hand, dass der Begriff der Rechtsgewohnheit selbstverständlich nicht per se alle Probleme löst, die nach wie vor bei der Erfassung und beim Verständnis der keilschriftlich überlieferten altorientalischen Rechtsord-

nungen bestehen. Er mag indes aufgrund seiner empirisch-soziologischen Konnotation geeigneter sein als der dogmatisch verengte Begriff des Gewohnheitsrechts, um den immensen Raum, nicht allein, aber vor allem, der Rechtspraxis auszuloten, den die Rechtssammlungen lassen. In diesem Zusammenhang spielt nicht zuletzt eine gewisse Offenheit der Terminologie im Hinblick auf die Auseinandersetzung mit dem Quellenmaterial eine Rolle: Die einmal gewonnene Freiheit sollte daher – weder im Rahmen der altorientalischen Rechtsgeschichte noch in anderen Bereichen – nicht mutwillig durch eine als solche nicht zwingend erforderliche theoretische Festlegung aufs Spiel gesetzt werden.

**Guido Pfeifer**

gen, in: *Rechtsbegriffe* (2002), 29–41, 37.

<sup>11</sup> Dazu NEUMANN (Fn. 4) 90 f.

<sup>12</sup> So jedenfalls die allgemein rechtsdogmatische und rechtstheoretische Hypothese bei G. HUSSERL, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, Berlin 1925. Erwähnenswert erscheint, dass Husserl, der bei PILCH (2009) 331 im Zusammenhang mit dem Rechtsbegriff im Werk J. Weitzels angesprochen

wird, seine Idee im Anschluss an die keilschriftrechtlichen, papyrologischen und romanistischen Arbeiten von P. Koschaker, M. San Nicolò, J. Partsch, L. Mitteis und E. Rabel entwickelt (vgl. HUSSERL, *Rechtskraft*, bes. 169 ff.), seinerseits indes lediglich geringe Resonanz gefunden hat (so jedenfalls PILCH [2009] 31).