

MÜNSTERANER GLOSSAR ZU EINHEIT UND VIELFALT IM RECHT MÜNSTER GLOSSARY ON LEGAL UNITY AND PLURALISM

ABSTRACT

Phänomene von Einheit und Vielfalt im Recht werden seit einigen Jahren aus dem Blickwinkel verschiedener Disziplinen und bezüglich unterschiedlicher Epochen intensiv erforscht. Ein produktiver Austausch zwischen Forschungsgemeinschaften bedarf dabei einer Verständigung über zentrale Begriffe und Konzepte. Das vorliegende Glossar, das sukzessive erweitert wird, versammelt Artikel aus unterschiedlichen disziplinären und epochalen Perspektiven und will die interdisziplinäre Forschung erleichtern, indem es Verständnishürden abbaut und kompakt in die Denkhorizonte der beteiligten Fächer einführt.

Schlüsselwörter:

Rechtsgeschichte, Rechtsvielfalt, Rechtspluralismus, Rechtseinheit, interdisziplinäre Verständigung

For several years, phenomena of legal unity and pluralism have been intensively researched from the perspectives of various disciplines and in different periods of time. A mutual understanding of central terms and concepts is key to a productive exchange between the different research communities. The glossary, which will be successively expanded, brings together articles from different disciplinary and epochal perspectives and aims to facilitate interdisciplinary research by providing a brief introduction into different approaches of the disciplines involved.

Keywords:

legal history, legal pluralism, legal unity, interdisciplinary understanding

INHALT

AUSNAHME

| | |
|---------------------|---|
| Gregor Albers | 4 |
|---------------------|---|

BEGNADIGUNG

| | |
|----------------------------------------|---|
| Ulrike Ludwig/Quentin Verreycken | 8 |
|----------------------------------------|---|

DROIT COUTUMIER

| | |
|---------------------------|----|
| Marie Seong-Hak Kim | 12 |
|---------------------------|----|

DROIT ÉCRIT

| | |
|---------------------------|----|
| Marie Seong-Hak Kim | 15 |
|---------------------------|----|

JUSTICE

| | |
|--------------------|----|
| Sophia Mösch | 18 |
|--------------------|----|

LEGAL MATERIALITY

| | |
|-------------------------------|----|
| Emilia Mataix Ferrándiz | 21 |
|-------------------------------|----|

MULTINORMATIVITÄT

| | |
|-------------------|----|
| Thomas Duve | 23 |
|-------------------|----|

NORM-PRAXIS-KONFLIKT

| | |
|---------------------------------------|----|
| Clara Harder/Benjamin Seebröker | 26 |
|---------------------------------------|----|

RECHTSVIELFALT

| | |
|----------------------|----|
| Peter Oestmann | 30 |
|----------------------|----|

GREGOR ALBERS

AUSNAHME

Als Ausnahme bezeichnet man erstens eine besondere Norm in ihrer Beziehung zu einer allgemeineren Norm (Regel), die in den von der besonderen Norm erfassten Sachverhalten nur wegen dieser besonderen Norm nicht gilt. Auch der Sachverhalt, der dadurch geprägt ist, dass die besondere Norm gilt, kann Ausnahme heißen; präziser spricht man hier vom Ausnahmefall oder – dies allerdings oft in einem besonderen Sinne – vom Ausnahmestand. Die Ausnahme kann einen einzigen Fall betreffen oder eine Gruppe von Fällen. Außer bei präskriptiven (juristischen, sozialen, moralischen) Normen begegnet die Ausnahme zweitens auch als besonderer beschreibender Satz, der von einem allgemeineren beschreibenden Satz abweicht.

In beiden Fällen gilt: Besonderheit und Allgemeinheit können rein formal verstanden werden, dann ist die Ausnahme eine Frage der Formulierung. Wer eine Norm aufstellt für oder eine Aussage macht über alle Säugetiere, außer die, die an Land leben, für die eine andere Norm oder eine andere Aussage gelten soll, macht Wal und Delfin zum Regelfall der Säugetiere, Hund und Katze zum Ausnahmefall. Häufig erhebt die Kennzeichnung

als Ausnahme aber nicht nur einen formalen, sondern auch einen inhaltlichen Anspruch: Quantitativ soll diese Norm oder dieser Satz einen kleineren Bereich erfassen als die Regel, das seltenere gegenüber dem häufigeren Phänomen bezeichnen; oder qualitativ von einem durch die Regel gegebenen Ideal abweichen. In jedem Fall ist die Ausnahme eine Frage der Perspektive: Die formale wird dadurch zur Ausnahme, dass der Sprecher sie so formuliert, die inhaltliche dadurch, dass jemand sie als solche qualifiziert.

Im Recht steht die Ausnahme in der Spannung zwischen Einheit und Vielfalt. Wer eine Ausnahme identifiziert, setzt eine Hierarchie von Normen voraus, in die die Ausnahme sich fügt; benennt den Teil eines Ganzen, der sich von anderen Teilen auffällig unterscheidet. Die Ausnahme steht zur Regel nicht im Widerspruch, denn beide Normen konkurrieren nicht miteinander um Geltung, sondern erkennen einander an. Durch ihre Erfassung als Ausnahmen werden Abweichungen in den Dienst des Ganzen gestellt. Was viele Ausnahmen hat, ist kleinteilig und bunt, aber doch in Ordnung. Das gilt vor allem dann, wenn Ausnahmen nicht aus pragmatischen

Gründen gemacht werden, sondern weil ein übergeordnetes Prinzip (*aequitas*, Billigkeit, *equity*) die Anwendung einer Regel verbietet. Solch eine Ausnahme erlaubt, an der Regel und dem Prinzip festzuhalten und beide im konkreten Fall in Einklang zu bringen.

Ausnahmen sind Mittel und Ausdruck der Veränderung von Recht und nicht selten Vorboten für die Ablösung einer alten Regel durch eine neue. Juristen und Herrscher haben nicht immer die Befugnis oder Macht, eine Regel abzuschaffen. Mitunter scheuen sie die dafür erforderliche Mühe und den damit einhergehenden Streit. Für sie kann es einfacher sein, von der Regel eine Ausnahme zu machen. Am leichtesten fällt das, wenn die Ausnahme nur im gerade vorliegenden Fall gelten soll (Dispens, Privileg, **Gnade**). Mit etwas mehr Aufwand lässt sich eine abstrakt gefasste Ausnahme etablieren, die für gleichartige Fälle in Zukunft gelten soll (*ius singulare*). Nehmen die Ausnahmen an Zahl und Bedeutung zu, höhlen sie die Regel aus und verkehren sie – bei inhaltlicher Betrachtung – ins Gegenteil.

Das entsprechende lateinische Wort *exceptio* wurzelt selbst im römischen Zivilprozess: Der Magistrat konnte die überlieferte Prozessformel, mit der er dem Richter vorgab, nach welchen Kriterien ein Fall zu entscheiden war, um eine Ausnahmeklausel (*exceptio*) ergänzen (Institutionen 4,13). So konnte er

die Anwendung des strengen *ius civile* auf einen konkreten Fall verhindern. Er gewährte diese Ausnahmen aber nicht nur spontan, sondern kündigte in seinem Edikt an, in gewissen Fällen gewisse Ausnahmeklauseln einzufügen. Ihrer praktischen Bedeutung nach wurden diese Klauseln, obwohl sie formal Ausnahmen blieben, zu gleichberechtigten Elementen der Regel. Auf diese Weise konnte der Magistrat die Rechtspraxis modernisieren, ohne mit dem überlieferten Recht zu brechen [4].

Die spätere juristische Methodenlehre kennt den Satz, dass Ausnahmen eng auszulegen oder nicht analogiefähig seien [5. 85–87]. Er geht auf ein Argument Ciceros zurück: Wenn eine Ausnahme ein Verhalten verbiete, so müsse es in den Fällen als erlaubt gelten, in denen keine Ausnahme greife (Pro Balbo 14,32: *quod si exceptio facit ne liceat, ubi non sit exceptum, ibi necesse est licere*). In den von der Ausnahme nicht erfassten Fällen gilt das Gegenteil von dem, was sie anordnet. Versteht man eine Norm als Ausnahme, so hat man die gegenteilige Regel aufgestellt: Die Ausnahme bestätigt die Regel (*exceptio probat / firmit regulam in casibus non exceptis*). Das Argument hängt davon ab, dass man die Ausnahme als eine auch im inhaltlichen Sinne bewertet – etwa im Fall Ciceros, weil erlaubt sein muss, was nicht verboten ist.

Die philosophische Literatur urteilt über Ausnahmen unterschiedlich. Für Leibniz verliert eine Regel ihren Sinn, wenn sie Ausnahmen erleidet, weil man ihr dann nicht trauen könne. Die landläufige Behauptung, dass es keine Regel ohne Ausnahme gebe, entlarvt er als paradox (Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae, 2. Teil, § 24: *Quod si regulae habent exceptiones, frustraneae sunt, quia fidi illis non potest. Quod igitur vulgo jactatum est: Nullam regulam esse sine exceptione, mihi perinde esse videtur ac illud: Nunc ego mentior*). Hingegen schildert Kierkegaard in seiner „Wiederholung“, wie erst die Ausnahme das Ganze belebt und zu erkennen erlaubt (Samlede Vaerker, Bd. 3, 260–262).

Eine besondere Karriere hat der Begriff des Ausnahmezustands gemacht. Er betrifft das Verhältnis zwischen dem Recht und den Um-

ständen, unter denen es gelten soll. Nietzsche bezeichnet als Ausnahmezustand, dass es einer Rechtsordnung gelingt, sich gegen die natürlichen Triebe des Menschen Geltung zu verschaffen (Genealogie der Moral, Zweite Abhandlung, 11. Kapitel). Meist charakterisiert man damit umgekehrt eine Situation als Ausnahme, in der Rechtsnormen einstweilen nicht gelten. Carl Schmitt postuliert, dass im Ausnahmezustand der Souverän erst die Voraussetzungen für ihre Geltung schaffen müsse (Politische Theologie, 19 f.). Rechtlicher Normierung unterliegt hingegen der Notstand des heutigen Rechtsstaates, unter dessen Voraussetzungen von einzelnen Normen in bestimmtem Umfang abgewichen werden kann: Diese Ausnahme soll erlauben, auch extremen Situationen mit den Mitteln einer einheitlichen Rechtsordnung gerecht zu werden.

LITERATUR

- [1] Agamben, Giorgio: Ausnahmezustand (Homo Sacer II.1), aus dem Italienischen von Ulrich Müller-Schöll, Frankfurt am Main 2004.
- [2] Forsthoff, Ernst: Ausnahmezustand, in: Joachim Ritter (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 1, Darmstadt 1971.
- [3] Hofmann, Hasso: Ausnahme II, in: Joachim Ritter (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 1, Darmstadt 1971.

- [4] Mantovani, Dario: La regola e l'eccezione, Vortrag vom 4.5.2022: <https://www.youtube.com/watch?v=kX56qqv7XZw>. Die Schriftfassung soll erscheinen in der Reihe des Istituto italiano per gli studi storici.
- [5] Reimer, Franz: Apologie der Ausnahme. Rechtstheoretische Perspektiven, in: Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.): *Ausnahmen brechen die Regel* (Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht, Bd. 12), Berlin 2019, 71–89.
- [6] Zhavoronkov, Alexey G.: Foundations of a Philosophical Theory of Exceptions: A Historical Perspective, in: *Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences* 13, 8 (2020): 1405–1415.

Verwendete Quellenausgaben:

Marcus Tullius Cicero, *Die Prozessreden*, Bd. 2, hrsg., übers. u. erl. von Manfred Fuhrmann, Zürich 1997.

Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, Bd. I: *Institutionen*, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben hrsg. von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler, Heidelberg 1990.

Sören Kierkegaard, *Die Wiederholung. Drei erbauliche Reden 1843*, übers. von Emanuel Hirsch, Düsseldorf 1955.

Gottfried Wilhelm Leibniz, *Frühe Schriften zum Naturrecht*, hrsg. von Hubertus Busche, Hamburg 2003.

Friedrich Nietzsche, *Kritische Studienausgabe*, hrsg. von Giorgio Colli und Mazzino Montinari, Bd. 5, Neuausgabe München 1999.

Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 2. Ausgabe München und Leipzig 1934.

ULRIKE LUDWIG/QUENTIN VERREYCKEN

BEGNADIGUNG

IM KONTEXT DES STRAFRECHTS (FRÜHE NEUZEIT/ MITTELALTER, CHRISTLICHES EUROPA)

Im Kontext des Strafrechts und der Strafrechtspraxis lässt sich Begnadigung als vollständiger oder teilweiser Erlass der für ein bestimmtes Handeln eigentlich vorgesehenen Rechtsfolgen/Strafen fassen. Die Gründe für eine Begnadigung liegen dabei jenseits des Rechts bzw. werden mit einer höheren Gerechtigkeit begründet. Zur Begnadigung berechtigt waren in Mittelalter und Früher Neuzeit typischerweise jene herrschaftlichen Gewalten, die die Gerichtsherrschaft in einem bestimmten Raum innehatten. Begnadigungen spiegeln damit immer auch den Anspruch auf strafrechtliche Zuständigkeit in einem bestimmten Gebiet und über bestimmte Personengruppen. Dem entspricht, dass Begnadigungen und die (Entstehung der) öffentlichen Strafgewalt im Kontext der alteuropäischen Entwicklungen des Strafrechts eng verbunden sind. Das Recht zu begnadigen wird daher wie das Recht zu strafen zu den herrschaftlichen Regalien gezählt. Ausgangspunkt von Begnadigungen waren in aller Regel Bitten um Gnade, entweder von den Delinquent:innen selbst oder aber

durch Dritte, die mit diesen Bitten das herrschaftliche Recht auf Begnadigung und damit auch das Recht zu strafen anerkannten. Im jeweiligen Einzelfall war die Möglichkeit zur Begnadigung allerdings zumeist auch daran gebunden, dass ein Konflikt nicht privat-rechtlich verfolgt wurde.

Zu unterscheiden ist Begnadigung von Privileg, Dispens (Nichtanwendung eines bestimmten Gesetzes im Einzelfall) – die beide v. a. jenseits des Strafrechts bedeutsam waren, sowie von Abolition (Aufhebung von Strafverfahren vor dem regulären Abschluss) und Amnestie (Begnadigung einer bestimmten Personengruppe).

Historische Entwicklung

In Alteuropa war die Begnadigung eng mit den christlichen Vorstellungen von Gnade (christl.), Barmherzigkeit und Nächstenliebe verknüpft. Eine Entsprechung fand dies seit dem 8. Jh. in der Vorstellung der ‚Gnaden-

gesinnung‘ des charismatischen Herrschers. Fassbar wird in dieser Zeit auch, dass sich das Begnadigungsrecht des Königs von einer Beschränkung auf seine unmittelbaren Gefolgsleute löste und sich zumindest dem Anspruch nach auf sämtliche Untertan:innen des jeweiligen Reiches erstreckte. Überliefert sind freilich nur Einzelfälle, so dass über die Begnadigungspraxis kaum Aussagen möglich sind.

Im hohen und späten Mittelalter lässt sich dann eine zunehmende Zersplitterung der Gerichtsgewalten und damit verbunden auch der Gnadengewalten innerhalb größerer Reiche beobachten, was sich auch in einer zunehmend breiteren Quellenbasis spiegelt. Wesentliche Bedeutung kam in dieser Phase dem ‚Richten nach Gnade‘ zu, das dem ‚Richten nach Recht‘ gegenüberzustellen ist. ‚*Richten nach Gnade*‘ zielte angesichts eines noch fehlenden Strafrahmens bzw. begrenzter Möglichkeiten, im Prozess den Umständen des vorliegenden Einzelfalls hinreichend Geltung zu verschaffen, darauf ab, milder als im Recht vorgesehen zu urteilen. In Abgrenzung dazu fasst die Forschung *Begnadigungen* als Milderungen eines bereits ergangenen Strafurteils aus Gründen, die jenseits des Rechts liegen. Diese Unterscheidung ist idealtypisch und lässt sich bis zum Beginn der Frühen Neuzeit und gerade im Kontext städtischer Gnadenpraxis auch noch darüber hinaus nur bedingt voneinander trennen. Mit dem Bedeutungsrückgang des ‚Richtens

nach Gnade‘ bildete sich die Begnadigung allmählich zum Reservatrecht von Herrschaft aus.

Insgesamt ist aber an der Wende zur Frühen Neuzeit eine grundlegende Verschiebung festzustellen: Mit der Ausdifferenzierung des strafrechtlichen Rahmens und der Etablierung der *Poena arbitraria* konnten schuld-mildernde Gründe zunehmend leichter im Strafverfahren selbst berücksichtigt werden. Damit verlor das ‚Richten nach Gnade‘ an Bedeutung. Greifbar wird dies zunächst bei zentralen Strafgesetzen, etwa der *Constitutio Criminalis Carolina*, die kein ‚Richten nach Gnade‘ mehr kennt, sondern strafmildernde Gründe rechtlich regelt. Es ist allerdings anzunehmen, dass sich diesbezüglich erhebliche Unterschiede zwischen verschiedenen Herrschaftsebenen und in verschiedenen Regionen Europas ausmachen lassen. Insgesamt lässt sich im Laufe der Vormoderne zudem stets eine parallel auf verschiedenen Herrschaftsebenen bestehende Gnadenpraxis ausmachen, wobei mit zunehmender Tendenz eine Zentralisierung der Gnadengewalt bei der Landesherrschaft festzustellen ist. Darüber hinaus ist eine sukzessive Formalisierung der Supplikations- und Begnadigungspraxis zu beobachten.

Im Zuge der Aufklärung gerieten Begnadigungen zunehmend als Ausdruck einer fehlenden Gleichheit vor dem Recht und

mangelhafter Rechtssicherheit in die Kritik; im 19. Jh. gewann sie angesichts der tendenziell schärferen Sanktionspraxis der wieder aufkommenden Schöffengerichte mit Laienbeteiligung aber zeitweilig wieder an Bedeutung. Gänzlich verschwunden ist die Gnade nie.

Zusammenhang zu Einheit und Vielfalt im Recht

Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass Gnade i. S. einer Ausnahme von der Regel i. e. S. kein Ausdruck von Rechtsvielfalt (i. S. einer ‚Mehrheit von Rechten im Gegensatz zur Rechtseinheit‘) ist. Auf zwei Beobachtungen ist aber hinzuweisen:

(1) Gerade für das Mittelalter ist festzuhalten, dass die Rechtsregel selbst nicht immer klar zu fassen und damit der Ausnahmecharakter nur bedingt greifbar ist. Zudem erzeugte die Schärfe und Inflexibilität des ‚Richtens nach Recht‘ mit dem ‚Richten nach Gnade‘ eine spezifische Form von Rechtsvielfalt, zumindest dann, wenn sich für ein Gericht oder aber eine Herrschaftsinstanz eine gewisse Regelhaftigkeit der Begnadigungspraxis ausmachen lässt. Die begrenzte Quellenlage macht Aussagen aber oft schwierig.

(2) In der Frühen Neuzeit lässt sich hingegen ein neuer Grad der Regelhaftigkeit von Gnade greifen: Nun gewannen einzelne regelhafte Formen der Begnadigung selbst Rechtscharakter. Damit bildete sich ein Anspruch auf Begnadigung aus, der gleichwohl anders als andere Rechtsregeln von Bedingungen außerhalb des Rechts abhängig blieb (z. B. im Fall der Begnadigungen im Kontext von Ehebrüchen das Verzeihen der Ehepartner:innen). Weit verbreitet war zudem die Herausbildung von internen Regeln der Begnadigungspraxis bei den zur Begnadigung berechtigten Instanzen, die als Normsystem im weiteren Kontext des Rechts (wenngleich auch nicht als Recht i. e. S.) verstanden werden können. Damit lässt sich bei der gemeinsamen Betrachtung der Straf- und Begnadigungspraxis durchaus von einer Rechtsvielfalt i. w. S. sprechen, denn erkennbar wird im herrschaftlichen Umgang mit Straftaten zweifellos eine Mehrheit von Normsystemen im Unterschied zu einer Normeinheit. Vor diesem Hintergrund wären Überführungen einzelner Regeln aus den Begnadigungsnormen in das gesatzte Recht wiederum Ausdruck von (Rechts-)Ver einheitlichung.

LITERATUR

- [1] Andreas Bauer: Das Gnadenbitten in der Strafrechtspflege, Frankfurt a. M./ New York 1996.
- [2] Cecilia Nubola, Andreas Würigler (Hrsg.): Bittschriften und Gravamina. Politik, Verwaltung und Justiz in Europa (14.–18. Jahrhundert), Berlin 2005.
- [3] Quentin Verreycken: The Power to Pardon in Late Medieval and Early Modern Europe. New Perspectives in the History of Crime and Criminal Justice, in: *History Compass* 17, 6 (2019), DOI: <https://doi.org/10.1111/hic3.12575>.

MARIE SEONG-HAK KIM

DROIT COUTUMIER

Ancien régime France was a country of legal pluralism. Instead of a unified state law, several distinct sources of law coexisted. In the sixteenth century, Étienne Pasquier enumerated four kinds of law in force in a distinct hierarchical order: “first, royal ordinances; second, diverse *coutumes* of the provinces; third, general maxims which we transplanted in France, not the entirety of the law of Romans but a part of it; fourth, the *arrêts* of each parlement” [7. 30]. The *droit coutumier*, together with the *loi du roi* (royal ordinances and edicts), Roman law, canon law, case law (judicial decisions), and doctrine (learned juristic writings), regulated the people’s legal relations. The *coutumes*, by definition, applied in a limited territory. Varying greatly from one locality to the next, they dealt primarily with such matters of private law as property, succession, persons, and procedures. Marriage belonged to the realm of church law, but the marriage patrimony was subject to custom.

A generally accepted definition of custom is “the ensemble of usages or rules of a social group that acquired binding force through the repetition of public and peaceful acts for a long period of time” [3. 263f.]. *Consuetudo*

in the Middle Ages before the twelfth century referred to fiscal exactions, taxes, fines, or duties, imposed by feudal lords on the people in their estates. As feudalism waned, villagers and townspeople wrested various concessions from the seigneurs, and the movement to draw up documents to reshape the relationship between the lords and inhabitants progressed.

A profound change came about by the second half of the thirteenth century as judicial practice at royal courts adopted Romano-canonical procedures and new methods of proof. Medieval doctors set out on the task of reconciling Germanic and feudal customs with the *Corpus juris civilis*, the compendium of Roman law in the sixth century. The canonists theorized that custom, in order to obtain the force of law, required two elements: first, repetition by people of the similar act, anchored in time immemorial; and second, *opinio necessitatis*, or popular belief of its binding force. There is little dispute about the fact that the development of *jus consuetudinarium* was a result of the intellectual breakthrough paved by the renaissance of Roman law. Legal practitioners recorded the customs of their regions, which came to be called *coutumiers*. One of the most famous

was the *Coutumes de Beauvaisis* composed by Philippe de Beaumanoir in 1283.

Le droit coutumier is contrasted with **le droit écrit**. In the *pays de droit écrit* in the south of France, Roman law was regarded as a *coutume générale*. In the *pays de droit coutumier* in the north, the *ius commune* was a subsidiary law which was referred to only to fill the silence of the *coutumes*; Roman law was in theory not more than written reason (*raison écrite*). Yet the division between the *pays de droit écrit* and the *pays de droit coutumier* was rather artificial. The geographical delimitation was solidified less by reason of law than by the practice of law, resulting from the establishment of the provincial parlements after the end of the Hundred Years War (1337–1453) and also the official redaction of the customs from the late fifteenth century.

The redaction of customs by authors continued through the fifteenth century. Since these were private collections, however, the problems of the proof of custom were not alleviated. In 1454, Charles VII, through the famous ordinance of Montils-lès-Tours, launched the official redaction of the customs in each bailiage of France. In accordance with the procedures mandated by the king, customs were discussed in the assemblies of the three estates under the supervision of royal commissioners before they were approved and issued in the name of the king. Once this process, known

as homologation, was completed, no customs other than the officially published customs could be alleged by the parties or considered by judges. Many customs in the west and the center of the kingdom were written down under Louis XII and Francois I, including the *Coutume de Paris* in 1510. In the late 1550s, a new phase of campaign started to compile the customs of the remaining regions and also to reform the customs that had already been written down. The *Nouvelle coutume de Paris* saw its promulgation in 1580, a tour de force of Christophe de Thou, the *premier président* of the Parlement of Paris. At the closing of the sixteenth century, there were some sixty general customs (*coutumes générales*) and over three hundred local customs (*coutumes locales*) across the kingdom.

The official texts of the customs allowed scholars to analyze and compare them. They set out to identify the general principles of an authentically French law, which the jurist Guy Coquille dubbed the “civil law of the French.” Charles Dumoulin famously proposed the idea of *le droit commun coutumier*. The efflorescence of doctrinal and jurisprudential activities, at the height of legal humanism, stimulated royal legislative initiatives, in particular under Chancellor Michel de L'Hôpital. All such developments were nothing short of remarkable, considering that this was precisely the time when France was ravaged by the religious wars (1562–1598).

The idea of the unification of law remained strong throughout the seventeenth and eighteenth centuries, but political will to implement it was absent. Despite the assertion of unchallenged legislative power, the monarchy took little effort in intervening in the field of

private law. Following the French Revolution, the Code civil was promulgated in 1804, and all preexisting laws—royal law, *coutumes*, and Roman law—were declared null and void. Yet a large number of provisions of the civil code had their origins in the *droit coutumier*.

BIBLIOGRAPHY

- [1] Charles A Bourdot de Richebourg et al: Nouveau coutumier général, ou Corps des coutumes générales et particulieres de France, et des provinces: connues sous le nom des Gaules; exactement vérifiées sur les originaux conservez au greffe du Parlement de Paris & des autres cours du royaume, 4 vols., Paris 1724.
- [2] René Filhol: Le premier président Christophe de Thou et la réformation des coutumes, Paris 1937.
- [3] John Gilissen: Loi et coutume: quelques aspects de l'interpénétration des sources du droit dans l'ancien droit belge, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 21 (1953), 257–296.
- [4] Martine Grinberg: Écrire les coutumes: Les droits seigneuriaux en France, XVIe–XVIIIe siècle, Paris 2006.
- [5] Marie Seong-Hak Kim: Custom, Law, and Monarchy: A Legal History of Early Modern France, Oxford 2021.
- [6] Jacques Krynen: Voluntas domini regis in suo regno facit ius: Le roi de France et la coutume, in: Aquilino Iglesia Ferreirós (Ed.): El dret comú I Catalunya, Barcelona, 1998, 59–89.
- [7] Étienne Pasquier: L'interprétation des Institutes de Justinian: Avec la conférence de chaque paragraphe aux ordonnances royales, arrestz de parlement et coutumes générales de la France, Étienne-Denis Pasquier and Charles Giraud (Ed.), Paris 1847.

MARIE SEONG-HAK KIM

DROIT ÉCRIT

Droit écrit refers to the sources of law such as *jus commune*, statutes, charters, or other regulations in written form. In ancien régime France, the term *droit écrit* was used to designate the legal regime in the south of the kingdom, called the pays de droit écrit, as opposed to the pays de droit coutumier in the north. The division between the two legal zones, on either side of a La Rochelle-Geneva line, hinged on the status of Roman law.

While the notion of *jus commune* allowed a remarkable doctrinal unity in continental Europe, the place of Roman law in the legal hierarchy varied in different countries. The Holy Roman Empire was the only entity in medieval Europe that granted Roman law the status of the common law, and the sweeping nature of its recognition rendered the use of the formulas like *jus commune* or *gemeines Recht* quite malleable. France, which never recognized Roman law as its *droit commun*, was a different story. In 1312, Philip IV declared that Roman law was followed in France as custom and usage, not the written law, and this by the permission of him and his ancestors. Since Roman law was one of the general *coutumes*, deriving its validity from the roy-

al will, other customs in the kingdom could derogate from it. In other words, the legal authority of *droit écrit* in France was neither more nor less than other *coutumes*.

Historians have largely abandoned the conventional view that *droit écrit* evolved seamlessly, drawn from the Theodosian Code, preserved by the Visigothic compilations, and rekindled by the revival of Roman law in the twelfth and thirteenth centuries. Instead, they argue that the emergence of the legal order in Languedoc, Dauphiné, and Provence, known as the Midi, was a result of the convergence of socio-economic and political developments, with the prominent presence of royal power in the background. These provinces did not have regional customs but had a number of local customs, called *droit étroit*, which would continue to exist all the way to the Revolution. Municipal statutes began to appear in the cities in the delta of the Rhône. They included Roman law solutions that had passed through daily life in a customary form, with limited attention to the *Corpus juris civilis*. The custom of Montpellier was written down in 1204 and that of Toulouse between 1283 and 1286 following its annex-

ation to the kingdom. But these customs soon fell into disuse as their provisions were subject to the control by the royal courts that adopted the procedures of Romano-canonical proofs. Jurists preferred to apply resurgent Roman law, which became the *droit écrit*.

One way of ascertaining the differences between *droit écrit* and *droit coutumier* is to focus on their respective authority. From the fourteenth century, jurists distinguished between the supplementary authority (*autorité supplétive*) and the doctrinal authority (*autorité doctrinale*) of laws. In the *pays de droit coutumier* in the northern and central regions where Roman law existed as a purely doctrinal authority in the form of *ratio scripta*, the judge could refer to Roman law only if it was in conformity with the dominant principles of the custom in his jurisdiction and also only if it seemed just to him; even when it seemed just to him, he could still decide to turn to a different *coutume* instead, the *coutume* of Paris for example, if he deemed it preferable. In the *pays de droit écrit* where Roman law held the authority as *droit supplétif*, by contrast, the judge was obliged to apply it in the absence of the general custom. Local custom was to apply insofar as it was consonant with the relevant precepts of Roman law.

There is a common misconception that Roman law was unknown in the *pays de coutumes* or conversely that there was no local

custom in the *pays de droit écrit*. In reality, custom and written law coexisted in many areas and were enforced concurrently. Enclaves of *droit coutumier* remained in the jurisdictions of *droit écrit*, and vice versa. The influence of the learned Roman law tended to soften inflexible customary rules of patrimonial bequest. Under Roman law, a person enjoyed considerable liberty in disposing of property by gifts and wills. Many provisions of the *Coutume de Paris* of 1580 included elements from Roman law principles. After most customs in the kingdom were redacted and reformed in the sixteenth century, the jurist Louis le Caron declared: “Now that all the customs of major provinces of the *pays* of France which one used to call *coutumier* are recorded in writing, it seems that the distinction of *droit écrit* and *non écrit* no longer exists.”

European juriconsults long accepted the idea that all particular legal norms, whatever their sources, should be considered the implementation of a set of rules from Justinian’s compilations, which had, in theory, universal application to all litigants. The preeminent authority of Roman law in Europe’s legal civilization is indisputable. Yet, Roman law in observance in the *pays de droit écrit* was a Roman law that had been filtered to accommodate each provincial parlement’s tradition and adapted to local needs. The jurisprudence maintained flexible attitudes toward

the formulas implemented by practitioners. In France, legal pluralism as an expression of local particularism was powerfully in place all the way until 1789.

BIBLIOGRAPHY

- [1] Émile Chénon: Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815, 2 vols., Paris 1926.
- [2] John Gilissen: La coutume. Typologie des sources du Moyen Âge occidental, Turnhout 1982.
- [3] Jean Hilaire: La vie du droit coutumes et droit écrit, Paris 1994.
- [4] Peter Stein: Roman Law in European History, Cambridge 1999.
- [5] Alain Wijffels: Le Code civil entre ius commune et droit privé européen, Brussels 2005.

SOPHIA MÖSCH

JUSTICE

THE BIBLICAL-CHRISTIAN ELEMENTS OF *IUSTITIA*

Justice in the biblical and Christian sense is a virtue that is closely linked with the love of God in the first instance and the love of neighbour in the second instance (which is also reflected in the Decalogue). In his early works, Augustine of Hippo started to apply this Christian notion of *iustitia* to social and political ethics. His reasoning was that, because the right love of God involves the right love of neighbour, the Church instils the teaching that relations between family members, citizens as well as between subordinates and superiors (e. g. the people and their ruler) must be maintained by *caritas*, which *iustitia* compels [3. s. v. *Iustitia*]. In early Christianity, it was a matter of course that *pietas* and *caritas* form a pair. However, early Christianity was not in the first place concerned with the state. *Caritas* was considered a responsibility of the individual rather than the state. Only when Christianity was made the state religion in the fourth century, *caritas* increasingly became a public concern for ruler and citizen. Along these lines, *caritas* gained importance in Augustine's political ethics as one of the foremost civic duties. The presence of

caritas in the political sphere also brought a new, Christian dimension to the concept of *iustitia*. The merging of the biblical-Christian with the philosophical-juridical elements of *iustitia* in Augustine's political thought resulted in the belief that *vera iustitia* presupposes *vera pietas*, whose essential feature is the knowledge and love of the true God (as we can see in the instance where *gentilitas* is identified with *iniustitia* in Ambrose's *De officiis*). From this, it follows that, throughout the *De civitate Dei*, Augustine argues that a *societas iusta* is one that worships God correctly. This *societas* is synonymous with the *civitas Dei*, since in the *De civitate Dei* Augustine – based on Marcus Tullius Cicero – establishes *iustitia* as the precondition for a *civitas Dei* [4. 200].

Robert Dodaro, in the Augustinus-Lexikon s. v. *iustitia*, claims that in certain letters to public officials and authorities engaged in secular pursuits (e. g. Augustine's *epist.* 48 *ad Vincentium*), Augustine puts forward an argument concerning the transformation of the four *virtutes civiles* (*sapientia/prudentia*,

temperantia, fortitudo/magnitudo animi and *iustitia*) beyond the fundamental level of virtue attained by pagan politicians who lack *vera pietas* (which consists in the knowledge and love of the true God) [3. s. v. *Iustitia*]. By allowing that their conception of *iustitia* is transformed through *fides, spes* and *caritas*, Christian politicians, according to Augustine, may fight wars more virtuously than by relying on the Roman concept of *bellum iustum* and may punish offenders with *iustitia* that is moderated by *miser cordia* [4. 55].

This double meaning of *iustitia*, created by the late antique thinkers who were involved in reconciling the Christian ideas about the nature of man's existence in politically organised communities with the change in the Church's mode of existence in the fourth century, culminated in Augustine's alternative definition of "people" (*populus*) based on Cicero's definition of "state" (*res publica*):

Cicero, *De re publica*, I 39 [5. 28]: "A state is the affair of a people; [...] a people is [...] associated in a consensus with respect to justice and welfare for the community." (*Res publica res populi; populus [...] coetus multitudinis iuris consensus et utilitatis communione sociatus.*)

Augustine, *De civitate dei*, XIX 24 [2. 400]: "A people is a rational union of a crowd associated in a concordant communion over things that it loves." (*Populus est coetus multitudinis rationalis rerum quas diligit concordie communione sociatus.*)

The transformed definition of "people" (*populus*) not only laid the foundation for a versatile application of Augustine's own Christian political thought and ethics in later periods. It also fostered a 'pluralism' in the Latin West in terms of different understandings of the quality of justice (*iustitia*) that may exist within politically organised communities.

BIBLIOGRAPHY

- [1] Jed W. Atkins: *Cicero on Politics and the Limits of Reason. The Republic and Laws*, Cambridge 2013.
- [2] Bernhard Dombart, Alfons Kalb (recogn.): *Augustinus Hipponensis. Sancti Aurelii Augustini episcopi De civitate Dei libri XXII.*, Stuttgart 1993.

- [3] Cornelius Mayer, Christof Müller, Robert Dodaro (Ed.): *Augustinus Lexikon*, vol. 3, Basel 2004–2010.
- [4] Sophia Moesch: *Augustine and the Art of Ruling in the Carolingian Imperial Period. Political Discourse in Alcuin of York and Hincmar of Rheims*, Abingdon/ New York 2019.
- [5] J. G. F. Powell: *Marcus Tullius Cicero. De re publica; De legibus; Cato maior de senectute; Laelius de amicitia*, Oxford/ New York 2006.

EMILIA MATAIX FERRÁNDIZ

LEGAL MATERIALITY

(ANTIQUITY)

Legal materiality, especially in the context of the history of trading in ancient times is concerned with how materials come to matter to law by being engaged in the production of legal meaning through practices and representations [3]. However, the new materialist approaches tend to regard the very matters or practices as shaping law's effects and often law itself [2]. Law can then be understood as being constituted through routines and praxis, so that it is more about what the objects represent for the practitioners [4], or with it, and concerning how the materials affect legal interactions and practices [6]; [7].

Legal materiality constitutes a theoretical approach that can be used to study manifold phenomena, especially when these reveal traces of **legal pluralism**, because materials and their changing features describe the dynamics

of legal and normative interactions, their appropriation within other normative orders, and forms of resistance to assimilation. For example, in the case of commercial activities, these implied a system of interaction among actors from different legal backgrounds and with differing access to justice. The need to use legal materiality is justified because commerce was part of a customary tradition; and thus, it constituted a rich source of experience and practice. In addition, many commercial practices have not left a written record, either due to a lack of preservation, or simply because the practitioners did not feel the need to record their transactions in writing. Thus, in this context, the focus on legal materiality helps us understand what these objects do in society, and how they structure social interactions [1. 160–167]; [5].

BIBLIOGRAPHY

- [1] Nicole Boivin: *Material Cultures, Material Minds: The Impact of Things on Human Thought, Society, and Evolution*, New York 2008.
- [2] Hyo Yoon Kang: *Law's Materiality: Between Concrete Matters and Abstract Forms, or How Matter Becomes Material*, in: Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos (Ed.) *Routledge Handbook of Law and Theory*, London 2018, 458.
- [3] Hyo Yoon Kang and Sara Kendall: *Legal Materiality*, in: Simon Stern, Maksymilian Del Mar, and Bernadette Meyler (Ed.), *The Oxford Handbook of Law and Humanities*, Oxford 2019, 22.
- [4] Bruno Latour: *An Enquiry into the Modes of Existence*, Cambridge, MA 2013.
- [5] Astrid Van Oyen, Martin Pitts: "What did objects do in the Roman world? Beyond representation", in: Astrid Van Oyen and Martin Pitts (Ed.), *Materialising Roman histories*, Oxford 2017, 3–12.
- [6] Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos: *Flesh of the Law: Material Legal Metaphors*, in: *Journal of Law and Society* 43 (2016), 45–65.
- [7] Thomas Scheffer: *Materialities of legal proceedings*, in: *International Journal for the Semiotics of Law* 17 (2004), 365–389.

THOMAS DUVE

MULTINORMATIVITÄT

Multinormativität bezeichnet eine Reihe von Phänomenen, von denen einige auch unter den Stichworten Rechtsvielfalt oder Rechtspluralismus diskutiert werden. Das Konzept geht allerdings über die üblicherweise mit diesen Begriffen verbundenen Vorstellungen hinaus, weil es auch die praxeologische Dimension einbezieht.

Multinormativität beschreibt damit erstens die Koexistenz verschiedener Rechte in demselben sozialen Raum (so das ältere, bis in die 1970er Jahre zurückreichende Verständnis von Rechtspluralismus). Der Begriff schließt zweitens auch solche modi von Normativität ein, die üblicherweise nicht von dem am staatlichen Modell geprägten Rechtsbegriff als Teil des Rechtspluralismus erfasst werden, also z. B. Zeremonial, Moden, Ritual, Spielregeln oder technische Normen (in diesem Sinne gebraucht Miloš Vec den Begriff Multinormativität [7]). Diese werden in der jüngeren Literatur zum Rechtspluralismus zum Teil auch einbezogen, z. B. wenn einer der wichtigsten Referenzautoren in der Debatte um *legal pluralism*, John Griffith, inzwischen von *normative pluralism* spricht [6]. Bis zu diesem Punkt sind der jüngere Begriffsge-

brauch zu Rechtsvielfalt oder Rechtspluralismus und die Bedeutung von Multinormativität durchaus gleich.

Auch in dieser erweiterten Form bezeichnet Rechtspluralismus allerdings lediglich das, was man in Hart'scher Terminologie die *primary* und *secondary rules* nennt, also unmittelbare Handlungsanweisungen sowie Operationalisierungsregeln. Sie erfassen nicht die vielfältigen anderen regelhaften Bedingungen und Voraussetzungen des Handelns, die von der sog. Praxistheorie, der praxeologischen Forschung, herausgearbeitet worden sind. Auf die Integration dieser Dimension zielt der für die rechtshistorische Analyse konzipierte, insofern gegenüber früheren Verwendungen [7] deutlich erweiterte Begriff der Multinormativität [2].

Mit den regelhaften Bedingungen und Voraussetzungen des Handelns sind vor allem Praktiken gemeint, verstanden als „in Raum und Zeit situierte, sich wiederholende Vollzüge von Sprechakten und Handlungen im Zusammenspiel von Dingen und körperlichen Routinen von Akteuren“ [5. 92]. Es handelt sich dabei um „roughly, what scientists ac-

tually do as opposed to what they say they do“, wie im Blick auf die Wissenschaftsgeschichte lapidar zusammengefasst wurde [1. 139]. Das zeigt, dass Praktiken gerade nicht gleichzusetzen sind mit den oben genannten Operationalisierungsregeln, also den *secondary rules*, z. B. den Regeln der Juristischen Methode. Diese sind die Theorie der Praxis. Praktiken bezeichnen dagegen die „Praxis der Praxis“, also das, was häufig eher vage als Teil der Rechtskultur oder der Rechtstradition o. ä. umschrieben wird. Es kann sich dabei um Regeln gelehrter Praxis handeln, um nur vor Ort oder allein durch Beobachtung zu erwerbendes praktisches Wissen, aber auch um Amtsverständnisse, Denkstile, Leitbilder, ästhetische Normen, als Teil des Habitus inkorporierte Vorstellungen davon, wie man zu einem richtigen Ergebnis kommt etc. [2. 103–295]. Von Teilen der soziologischen Forschung werden solche regelhaften Bedingungen des Handelns auch als Konventionen bezeichnet. Man versteht darunter interpretative Rahmen, die helfen sollen, Handlungssituationen zu beurteilen und zu bewältigen. Diese bilden sich in konkreten Situationen heraus und können in Netzwerkstrukturen oder Institutionen stabilisiert werden.

Praktiken, Konventionen und andere Voraussetzungen und Bedingungen des Handelns wie implizites Wissen sind normativ, weil sie Handlungen strukturieren. In manchen historischen Situationen dürfte der Übergang

zwischen ihnen und Operationalisierungsregeln fließend sein. In anderen allerdings nicht, vor allem, wenn es sich um implizites, lokales oder stilles Wissen handelt (*tacit knowledge*). Wenn z. B. Amtsträger der Kolonialverwaltung in den frühneuzeitlichen Imperien immer wieder darauf hinwiesen, dass man viele Dinge nur dann richtig beurteilen könne, wenn man „vor Ort“ gewesen ist, und zwar nicht nur als Besucher, wird damit auf lokales Wissen verwiesen, das sich nicht in ausdrückliche Regeln fassen ließ. Auch Klugheitslehren sind Teil der juristischen Methodenlehre. Doch ihre Konkretisierung erfolgt nicht willkürlich, sondern hängt von Regeln der Praxis ab. Gerade wenn Rechtsgeschichte sich mit Formen der Normerzeugung beschäftigt, die nicht auf das staatliche Recht der westlichen Moderne hinführen, müssen solche Bedingungen des Handelns besondere Aufmerksamkeit erfahren. Multinormativität ist deswegen ein wichtiger Baustein für eine Methode der Globalrechtsgeschichte [3].

Die Bedeutung praktischen Wissens und damit auch von Praktiken ist in den historischen Geisteswissenschaften seit einigen Jahrzehnten ein zentrales Thema. Auch die Erzeugung von Recht ist in den letzten Jahrzehnten in vielfältiger Weise als Praxis beschrieben worden, z. B. wenn man Rechtsfindung als Handwerk, als kulturelle Kompetenz oder als *bricolage* bezeichnet hat. Hinter diesen Beschreibungen steht rechtstheoretisch ein

pragmatisches Normenverständnis. Dieses beruht auf der Überzeugung, dass es erst und allein der – medial gebundene – Gebrauch ist, der dazu führt, dass bestimmten Sätzen ein bestimmter Inhalt und damit auch Verpflichtungscharakter, also Normativität, zugeschrieben wird. Rechtsgeschichte muss sich

deswegen mit der Rekonstruktion des Wissens beschäftigen, über das die Akteure verfügten, und ein wichtiger Teil dieses Wissens sind juristische Praktiken und Konventionen. Sie lassen sich mit dem Begriff der Multinormativität in die rechtshistorische Analyse einbeziehen [4].

LITERATUR

- [1] Lorraine Daston: The History of Science and the History of Knowledge, in: *KNOW. A Journal on the Formation of Knowledge* 1, 1 (2017), 131–154.
- [2] Thomas Duve: Was ist Multinormativität? – Einführende Bemerkungen, in: *Rechtsgeschichte – Legal History* 25 (2017), 88–101, mit anschließendem Themenfokus, 103–295.
- [3] Thomas Duve: What is global legal history?, in: *Comparative Legal History* 8 (2020), 73–115.
- [4] Thomas Duve: Rechtsgeschichte als Geschichte von Normativitätswissen?, in: *Rechtsgeschichte - Legal History* 29 (2021), 41–68.
- [5] Marian Füssel: *Wissen. Konzepte – Praktiken – Prozesse*, Frankfurt/New York 2021.
- [6] John Griffiths: The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology, in: Michael Freeman (Hrsg.): *Law and Sociology*, Oxford 2006, 49–68.
- [7] Miloš Vec: Multinormativität in der Rechtsgeschichte, in: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Jahrbuch der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften* 2008, Berlin, 155–166.

CLARA HARDER/BENJAMIN SEEBRÖKER

NORM-PRAXIS-KONFLIKT

Allgemein (Clara Harder)

Norm-Praxis-Konflikte beziehen sich auf theoretische oder tatsächliche Widersprüche zwischen Rechtsnormen und der praktischen Anwendung und Durchsetzung von Recht. Als solche können sie grundsätzlich Ausdruck von **Rechtspluralismus**, Normenkonzurrenz, fehlendem Kollisionsrecht und/oder fehlender Kongruenz von materiellem und formellem Recht sein. Norm-Praxis-Konflikte machen die genannten Phänomene wahrnehmbar und bieten somit einen möglichen Ansatzpunkt ihrer Erforschung. Die Auseinandersetzung mit solchen vermeintlichen oder historisch dokumentierten Widersprüchen bietet Einblicke, u. a. in das Verhältnis von Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht und Richterrecht, über Effektivität eines Rechtssystems oder die Macht der innerhalb einer Ordnung herrschenden und handelnden Autoritäten.

In einem weiteren Sinne können sich Norm-Praxis-Konflikte neben rechtliche auch auf

soziale, kulturelle oder religiöse Normen und Praktiken beziehen. Das Ausbleiben solcher Konflikte ist nicht geeignet, die inhaltliche Qualität der Normen selbst zu beurteilen [9]. Von Norm-Praxis-Konflikten zu unterscheiden sind Aspekte der Rechtswirkung, d. h. der sozialen, politischen, ökonomischen oder kulturellen Folgen rechtlicher Prozesse, die ebenfalls in Konflikt mit den jeweiligen Normen stehen können.

Europäisches Mittelalter (Clara Harder)

In der mittelalterlichen Geschichtswissenschaft wird häufig zwischen ‚Rechtsnorm‘ und ‚Rechtswirklichkeit‘ unterschieden [2. 146f., 167f.]; [8]. Obwohl so gut wie nie explizit von ‚Norm-Praxis-Konflikten‘ gesprochen wird, zeigt diese Differenzierung, dass in der Forschung Uneinigkeit herrscht hinsichtlich der Frage, ob schriftlich fixierte Rechtsvorschriften Aussagen hinsichtlich gängiger rechtlicher oder sozialer Praxis zulassen.

Vor allem in der Frühmittelalterforschung sind Norm-Praxis-Konflikte in diesem Sinne eher ein erkenntnistheoretisches Problem, da Quellen über die rechtliche Praxis, z. B. Gerichtsakten, im früheren Mittelalter überwiegend fehlen. Entsprechende Informationen können nur den normativen Quellen selbst oder den erzählenden Quellengattungen entnommen werden, deren Aussagewert oft umstritten ist. Der Begriff Norm-Praxis-Konflikt kann in diesem Sinne auch eine Ablehnung zum Ausdruck bringen gegenüber der Vorstellung, man könne eine Übereinstimmung von normativen Rechtsquellen und historischer Wirklichkeit annehmen. Eine Umsetzung schriftlich überlieferter Rechtsnormen in der Rechtspraxis darf aber nicht pauschal vorausgesetzt (oder bestritten) werden, sie muss anhand geeigneter Quellen plausibel gemacht werden.

Aufgrund einer stark lückenhaften schriftlichen Überlieferung ist es methodisch herausfordernd, entsprechende Fragen zu beantworten. So wurden im Mittelalter rechtliche Normen und Vorgänge nicht immer verschriftlicht (z. B. Rechtsgewohnheiten, mündlich geschlossene Verträge), und/oder es ist mit einem erheblichen Überlieferungsverlust zu rechnen, so dass Einblicke in die Rechtspraxis zum Teil Zufallsbefunde sind, deren systemische Bedeutung unklar ist. In anderen Fällen, wie den sogenannten *leges*, wird versucht, mithilfe indirekter Belege,

z. B. Benutzungsspuren in der materiellen Überlieferung, die Praxisrelevanz von vor-modernem Recht wahrscheinlich zu machen [6].

Europäische Frühe Neuzeit (Benjamin Seebröker)

In der Debatte um Norm-Praxis-Konflikte in der Frühen Neuzeit stand bislang das Strafrecht im Vordergrund. Die ältere Forschung versteht unter Norm-Praxis-Konflikten die Abweichungen zwischen angedrohten und tatsächlich verhängten bzw. vollzogenen Strafen nach Normbrüchen. Insbesondere die Strafjustizforschung sieht in dieser Diskrepanz zwischen Normen und Strafpraxis einen Indikator für defizitäre Herrschaft, die nicht imstande war, die eigens gesetzten Normen auch effektiv durchzusetzen [1; 7]. Eine solche Interpretation greift jedoch zu kurz, da sie die Vielfalt der Geltung beanspruchenden Normen neben der obrigkeitlichen Rechtsetzung sowie die Relevanz des Strafprozesses für die Strafzumessung übersieht.

Im Verlauf der Frühen Neuzeit lässt sich zudem verstärkt beobachten, dass obrigkeitliche Normen kein bestimmtes Strafmaß festschrieben, sondern lediglich den Rahmen absteckten, innerhalb dessen die Strafe unter Berücksichtigung weiterer Aspekte zuzuerkennen war. Die Durchset-

zung der angedrohten ‚Maximalsanktion‘ blieb Einzelfällen vorbehalten, die sodann einen exemplarischen und abschreckenden Charakter aufwiesen. Die Flexibilität in der Sanktionierung war teilweise bereits in den Normen selbst angelegt, wenn etwa in der *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) mit Blick auf mildernde Umstände für ein und dasselbe Vergehen neben der Maximalstrafe auch geringere Strafen genannt werden oder gar darauf verwiesen wird, dass das Gericht eine „willkürliche“, d. h. eine den Umständen der Tat angemessene, Strafe festsetzen kann (arbiträres Strafen).

Zentrale Bedeutung für die Strafzumessung kam dem Strafprozess selbst zu, der als Rechtskonkretisierung, i. e. die Anwendung der Rechtsnorm(en) auf den Einzelfall, zu verstehen ist. Insgesamt standen bei der Strafverfolgung die Herstellung von Frieden und Konfliktregulierung im Vordergrund und weniger die Disziplinierung durch Strafen. Dem entsprechend ist eine Konsensorientierung im Strafprozess zu erkennen, bei der neben den obrigkeitlich-rechtlichen Normen auch soziale und ökonomische Aspekte berücksichtigt sowie infrajustizielle und traditionelle Verfahrenswege einbezogen wurden. **Begnadigungen** stellten weitere Möglichkeiten bereit, die Strafe zu mildern. Zwar konnten Supplikationen auch schon während des Prozesses eingereicht werden, sie wurden diesem aber zunehmend nachgeschaltet [5].

Schließlich spielten neben den obrigkeitlich festgesetzten Normen häufig auch weitere Normen eine Rolle, wie am Beispiel von Duellen deutlich wird, wo die Strafpraxis nahezu vollständig von den strafrechtlichen Normen abwich. Hier wurde während der Gerichtsverfahren lebensweltlichen Normen zur Ehre und ihrer Verteidigung eine viel größere Bedeutung zugemessen als den obrigkeitlich-rechtlichen. Somit konnten Norm-Praxis-Konflikte in der Frühen Neuzeit auch durch die Koexistenz verschiedener, für einen bestimmten Sachverhalt relevanter Normen hervorgerufen werden und somit auf Phänomene von **Normenvielfalt** hindeuten. Weitet man den Blick und berücksichtigt neben den häufig fokussierten rechtlichen noch weitere Normen, ändert sich mitunter also der Befund eines vorliegenden Norm-Praxis-Konflikts.

Zu betonen ist, dass die beschriebenen Phänomene nicht einfach als fehlende Akzeptanz obrigkeitlicher Normen zu deuten sind. Denn auch die Bevölkerung war an der Aufrechterhaltung einer guten Ordnung interessiert, was immer wieder in dezidierten Forderungen nach dem Erlass von Gesetzen zum Ausdruck kam, auf die von obrigkeitlicher Seite etwa mit Policyordnungen reagiert wurde [3]; [4]. Gestützt wurden die Normen zudem in den Verhandlungen der Parteien vor Gericht, denn es wurde zwar über Schuld und Strafmaß gestritten, nicht aber über den

grundlegenden Geltungsanspruch der Normen an sich. Von der Diskrepanz zwischen Normen und Praxis lässt sich damit nicht auf eine geringe Geltung von Normen oder Defizite im Strafsystem bzw. bei der Durchsetzung von Herrschaft in der Frühen Neu-

zeit schließen, zumal sich Normkonformität im Gegensatz zu deviantem Verhalten nur äußerst selten in den Quellen niederschlug und die überlieferten Akten zwangsläufig ein verzerrtes Bild entstehen lassen.

LITERATUR

- [1] Martin Dinges: Normsetzung als Praxis? Oder: Warum werden die Normen Sachkultur und zum Verhalten so häufig wiederholt und was bedeutet dies für den Prozess der „Sozialdisziplinierung“? in: Gerhard Jaritz (Hrsg.): Norm und Praxis im Alltag des Mittelalters und der Frühen Neuzeit, Wien 1997, 39–53.
- [2] Hans-Werner Goetz: Proseminar Geschichte. Mittelalter, Stuttgart 42014.
- [3] Karl Härter: Soziale Disziplinierung durch Strafe? Intentionen frühneuzeitlicher Policeyordnungen und staatlicher Sanktionspraxis, in: Zeitschrift für historische Forschung 26, 3 (1999), 365–379.
- [4] Karl Härter: Policey und Strafsystem in Kurmainz. Gesetzgebung, Normdurchsetzung und Sozialkontrolle im frühneuzeitlichen Territorialstaat, Frankfurt a. M. 2005.
- [5] Ulrike Ludwig: Das Herz der Justitia. Gestaltungspotentiale territorialer Herrschaft in der Strafrechts- und Gnadenpraxis am Beispiel Kursachsens 1548–1648, Konstanz 2008.
- [6] Hubert Mordek (Hrsg.): Überlieferung und Geltung normativer Texte des frühen und hohen Mittelalters. Vier Vorträge, gehalten auf dem 35. Deutschen Historikertag 1984 in Berlin, Sigmaringen 1986.
- [7] Jürgen Schlumbohm: Gesetze, die nicht durchgesetzt werden – ein Strukturmerkmal des frühneuzeitlichen Staates? in: Geschichte und Gesellschaft 23, 4 (1997), 647–663.
- [8] Hubertus Seibert: Abterhebungen zwischen Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Formen der Nachfolgeregelung in lothringischen und schwäbischen Klöstern der Salierzeit (1024–1125), Mainz 1995.
- [9] Marcus Willaschek: Soziale Geltung und normative Richtigkeit. Eine sozial-pragmatische Konzeption von Normativität, in: Rainer Forst, Klaus Günther (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2012, 94–116.

PETER OESTMANN

RECHTSVIELFALT

Rechtsvielfalt bezeichnet im allgemeinen Sprachgebrauch untechnisch eine Mehrheit von Rechten im Gegensatz zur Rechtseinheit. Im engeren Sinne versteht man darunter das Vorhandensein verschiedener Rechte aus verschiedenen Entstehungszusammenhängen in einem bestimmten Gebiet in einer bestimmten Zeit. Recht meint insoweit eine Ordnung des menschlichen Zusammenlebens mit dem Anspruch auf Durchsetzbarkeit oder zumindest auf Befolgung. Damit unterscheidet sich Rechtsvielfalt als Beschreibungsbegriff von der **Multinormativität**, die ausdrücklich auch sittlich-moralische und religiöse Normen in ihr Modell einbezieht. Weitgehend synonym benutzt wird Rechtsvielfalt mit dem Begriff Rechtspluralismus.

Die Erscheinungsformen von Vielfalt unterscheiden sich stark. Besonders häufig ist der Gegensatz von staatlich gesetztem, überstaatlichem und nichtstaatlich gewachsenem Recht (Gewohnheitsrecht, Sonderrecht indigener oder religiöser Gemeinschaften). Von den Rechtsschichten des römischen Rechts bis zum modernen *forum shopping* und dem Gegensatz staatlicher Gerichtsbarkeit und privater Schiedsverfahren gibt es

ganz verschiedene Arten von Vielfalt. In der europäischen Tradition sind vor allem Unterscheidungen von gelehrtem und ungelehrtem Recht, weltlichem und kirchlichem Recht, geschriebenem und ungeschriebenem Recht sowie universalem und partikularem Recht über weite Jahrhunderte von großer Bedeutung. Zur inhaltlichen Rechtsvielfalt führt eine solche Rechtsmehrheit, wenn damit unterschiedliche Regelungen mit teilweise sogar gegenläufigen Befolgungserwartungen verbunden sind.

Anders als bei der vertikalen Überlagerung von Rechtsmassen verhält es sich bei Recht, das nur bestimmte Personengruppen erfasst. Das Personalitätsprinzip, also die Bezogenheit von Recht auf bestimmte Verbände, begegnet historisch als Stammesrecht, aber etwa auch als Sonderrecht für Adlige und Kleriker. Das neuere Territorialitätsprinzip betont demgegenüber die räumliche Geltung von zumeist staatlichem Recht. Das Fremdenrecht bzw. Ausländerrecht im Vergleich zum Recht der Staatsangehörigen verliert allerdings seit dem späten 20. Jahrhundert zumindest in Westeuropa zunehmend seine Bedeutung. Auf der anderen Seite diente

das Personalitätsprinzip auch in der Moderne mehrfach dazu, gezielt Minderheiten rechtlich zu diskriminieren.

Von Rechtsvielfalt in diesem Sinne ist die horizontale Kleinteiligkeit von Rechtsräumen zu unterscheiden, mit einem negativ besetzten Begriff häufig Rechtszersplitterung oder noch abwertender Flickenteppich genannt. Historisch konnte Recht von Polis zu Polis verschieden sein, später von Territorium zu Territorium. Auch der Gegensatz von Stadtrecht und Landrecht zählt hierzu (so etwa im Sachsenspiegel, 13. Jahrhundert). Ob diese Kleinteiligkeit von Recht überhaupt vorliegt, hängt von der je verschiedenen Beobachterperspektive ab. Wer etwa das deutsche Strafrecht des 19. Jahrhunderts betrachtet, wird über 30 verschiedene Rechtsquellen zusammentragen. Blickt man dagegen auf den einzelnen Bundesstaat vor 1870, sieht man das jeweils einzelstaatliche Strafgesetzbuch (Kodifikation) und damit Rechtseinheit. Genauso verhält es sich beim Blick auf die Europäische Union und die einzelnen europäischen Staaten. Das räumliche Nebeneinander verschiedener Rechte führt jeweils bei grenzüberschreitenden und internationalen Angelegenheiten zu Rechtsgeltungsfragen. Mit ihnen beschäftigt sich das Kollisionsrecht, z. B. das internationale Privatrecht, im früheren gelehrten europäischen Recht die Statutenkollisionslehre.

Üblicherweise nicht gemeint mit Rechtsvielfalt ist die Schnelllebigkeit von Recht, also die zeitlich häufige Folge wiederholter oder geänderter Rechtsnormen. Die schnelle Rechtsänderung führt zwar wie auch Rechtsvielfalt häufig zu Rechtsunsicherheit, dies aber nicht aufgrund abweichender Herkunft, sondern lediglich unterschiedlicher Geltungsdauern. Auch eine streitige Rechtslage, etwa verschiedene Antworten auf dogmatische Fragen oder eine uneinheitliche Rechtsprechung, erzeugen als solche keine Rechtsvielfalt.

Ebenfalls nicht erfasst von Rechtsvielfalt im üblichen Begriffsverständnis sind Individualvereinbarungen (Verträge), die von allgemeinen Normen abweichen, oder Einzelfallentscheidungen (Gerichtsurteile, Verwaltungsakte), die Rechtsnormen konkretisieren, abwandeln oder gar nicht beachten. Erreichen diese Einzelfälle freilich ein bestimmtes Ausmaß oder lassen sie Regelmäßigkeiten erkennen, können sie zu Verkehrssitten, ständiger Rechtsprechung oder Gewohnheitsrecht erstarken. Dann hat man es mit einem Gegensatz von Rechtspraxis und Gesetzeslage zu tun, also mit einem *law in action* im Gegensatz zum *law in the books*. In diesem Sinne haben im Mittelalter und in der Neuzeit etwa auch Privilegien als Sonderrecht personelle Vielheit von Regelungen erzeugt.

Der Umgang mit Rechtsvielfalt stellte und stellt Rechtsunterworfenen wie auch die je-

weilige Rechtswissenschaft vor spezifische Ordnungsaufgaben. Ausdifferenzierte Rechtsordnungen kannten und kennen Rechtsquellenlehren. Sie versuchen, die verschiedenen Rechtsmassen zu ermitteln und mit ihren eigenen Geltungsansprüchen zu beschreiben. Zudem ist es die Aufgabe besonderer Rechtsanwendungslehren, beim Aufeinandertreffen verschiedener Normen für dieselben Regelungsprobleme festzulegen, in welchem Verhältnis bei der Lösung rechtlicher Fragen die abweichenden Rechte heranzuziehen sind. In der europäischen Tradition erfüllte vom 14. bis ins 19. Jahrhundert hinein die Statutenlehre (Statutenanwendungslehre) diese Aufgabe.

Der Gegenbegriff zur Rechtsvielfalt ist Rechtseinheit. Das Streben nach Rechts-

einheit ist historisch oftmals verbunden mit starken Herrscherpersönlichkeiten (z. B. die *Cinq Codes* von Napoleon zwischen 1804 und 1810), einer Zentralisierung der obrigkeitlichen Gewalt oder mit dem Wunsch nach staatlicher Einheit (Kodifikationsstreit in Deutschland 1814). Neben der förmlichen Überwindung von Rechtsvielfalt kann ebenfalls eine einheitliche Rechtspraxis oder eine übergreifende Rechtswissenschaft der Sache nach Rechtseinheit erzeugen. Mit dem *ius commune* der gelehrten europäischen Tradition und mit der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts gab es solche Ansätze auf der Grundlage des römisch-kanonischen Rechts. Trotz aller Kleinteiligkeit und Vielfalt entstand so ein hohes Maß an Rechtseinheit auch ohne staatliche Gesetzgebung.

LITERATUR

- [1] Thomas Duve: Was ist Multinormativität? – Einführende Bemerkungen, in: Rechtsgeschichte – Legal History 25 (2017), 88–101, mit Fokus-Schwerpunkt 103–295.
- [2] Peter Oestmann: Rechtsschichten, Rechtskreise, Rechtsordnungen. Rechtsvielfalt als Problem der Rechtsgeschichte, in: Stefan Esders, Karl Ubl (Hrsg.): Kollision und Interferenz normativer Ordnungen im frühen und hohen Mittelalter, im Erscheinen.
- [3] Ralf Seinecke: Das Recht des Rechtspluralismus, Tübingen 2015.



IMPRINT

Editor

Käte Hamburger Kolleg
“Einheit und Vielfalt im Recht |
Legal Unity and Pluralism“
Georgskommende 25–26
48143 Münster
Germany
Phone: +49 251 83-25085
E-Mail: info.evir@uni-muenster.de
Web: www.evir-muenster.de

Editorial Board

Jan Matthias Hoffrogge
Ulrike Ludwig
Sophia Mösch
Peter Oestmann
Benjamin Seebröker

Editorial Office

Benjamin Seebröker

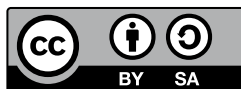
The Käte Hamburger Kolleg „Einheit und Vielfalt im Recht | Legal Unity and Pluralism“ at the University of Münster is funded by the Federal Ministry of Education and Research (BMBF) under the funding code 01UK2101.

Cite as

Münster Glossary on Legal Unity and Pluralism (EVIR Working Paper 01), Münster: Käte Hamburger Kolleg „Einheit und Vielfalt im Recht“ 2022, DOI: 10.17879/12099605936.

Licence

Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International (CC BY-SA 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>



URN: urn:nbn:de:hbz:6-12099607112
DOI: 10.17879/12099605936

© Münster 2022
Copyright is held by the contributing authors.

ISSN: 2749-8166 (Print)
ISSN: 2749-8174 (Online)

SPONSORED BY THE



Federal Ministry
of Education
and Research

