

Konsens in der Rechtsgeschichte des frühen Mittelalters

Christoph H. F. Meyer* (Frankfurt a. M.)

Wer das Verhältnis von Herrschaft, Recht und Konsens im frühen Mittelalter vor dem Hintergrund der Wissenschaftsgeschichte betrachtet, kann sich an Goethes Wort über das römische Recht erinnern fühlen, »das, gleich einer untertauchenden Ente, sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht, und immer einmal wieder lebendig hervortritt«¹⁾. Das moderne Wort »Konsens« verdeckt leicht den Blick dafür, wie weit das historische Interesse an *consensus* beziehungsweise *consentire* im Zusammenhang mit Recht und Herrschaft zurückreicht. Dies zeigt die Rolle eines frühmittelalterlichen Zitates in der französischen Literatur des späten Ancien Régime. Seitdem MONTESQUIEU in *De l'esprit des lois* (1748) den aus dem Edikt von Pîtres (864) stammenden Satz (*quoniam*) *lex consensu populi et constitutione regis fit*²⁾ zitiert hatte, wurde er beinahe zum geflügelten Wort und spielte als historisches Argument gegen die Gesetzgebungsbefugnisse des absoluten Monarchen in der gelehrten Diskussion bis zum Beginn der Französischen Revolution eine wichtige Rolle³⁾.

* Bei der Zitation der justinianischen Institutionen und Digesten werden im Folgenden Abkürzungen anstelle vollständiger bibliographischer Angaben verwendet. Zugrunde liegen die Editionen von KRÜGER/MOMMSEN. Vgl. *Corpus iuris civilis*, Bd. 1,1: *Iustiniani Institutiones*, hg. von Paul KRÜGER, Berlin 171963 (zit.: Inst.); Bd. 1,2: *Digesta*, hg. von Theodor MOMMSEN und Paul KRÜGER, Berlin 171963 (zit.: Dig.).

1) Johann Peter ECKERMANN, *Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens* (1823–1832), Bd. 2, Leipzig 1836, S. 109 (6. April 1829).

2) *Capitularia regum Francorum*, Bd. 2, hg. von Alfred BORETIUS und Victor KRAUSE (MGH Capit. 2), Hannover 1897, Nr. 273 (Edictum Pistense, a. 864), cap. 6, S. 313 Z. 35: *Et quoniam lex consensu populi et constitutione regis fit*, [...]. Vgl. Bernd SCHNEIDMÜLLER, Pîtres, in: *Lex.MA* 6 (1993), Sp. 2188–2189.

3) Charles-Louis de MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Bd. 1, hg. von Robert DRATHÉ (Bibliothèque du XVIII^e siècle 14), Paris 2011, Livre XVIII, chapitre XXX, S. 326; François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français; suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, Paris 1997, S. 448; Arnaud VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750–1789)* (Romanité et modernité du droit), Paris 2006, S. 204; Christian CHEMINADE, Charles le Chauve et le débat sur le pouvoir législatif au XVIII^e siècle, in: *Le prince et la norme. Ce que légiférer veut dire*, hg. von Jacqueline HOAREAU-DODINAU, Guillaume MÉTAIRIE und Pascal TEXIER (Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique 17), Limoges 2007, S. 177–193, S. 181–193; Stéphane BAUDENS, *Un défen-*

In dieser Zeit zeichneten sich die Umriss eines Themas ab, das die Forschung mutatis mutandis bis heute beschäftigt: Konsens als Voraussetzung und Ausdruck einer Beteiligung an politischen oder rechtlichen Entscheidungsprozessen, durch die Rechte oder Handlungsspielräume (früh)mittelalterlicher Herrscher eingeschränkt wurden⁴). Aus Sicht der Forschung hat das Phänomen vor allem einen besonders naheliegenden Sitz im Leben, und zwar die (Volks)Versammlung als Brennpunkt der Entscheidungsfindung, für die sich beginnend mit der *Germania* des Tacitus vielfältige Belege finden⁵). Doch liegt die Attraktivität des Konsenses nicht zuletzt darin, dass sich unter diesem Vorzeichen noch eine ganze Reihe anderer historischer Phänomene und Probleme erschließen lassen. Zugleich berührt sich das Thema mit zentralen politischen Vorstellungen und Legitimationsbedürfnissen der Moderne. So gesehen muss es nicht verwundern, dass der Konsens in den Lehrgebäuden der mittelalterlichen Verfassungsgeschichte⁶), deren Fundamente im

seur du libéralisme aristocratique lors de la Pré-Revolution en Anjou: Antoine-Joseph-Philippe Walsh, Comte de Serrant, in: Les Cahiers poitevins d’Histoire du Droit 3 (2011), S. 199–212, 204 f. Ferner vgl. Ian WOOD, *The Modern Origins of the Early Middle Ages*, Oxford 2013, S. 37–51.

4) Vgl. auch Ernst PITZ, *Verfassungslehre und Einführung in die deutsche Verfassungsgeschichte des Mittelalters* (Schriften zur Verfassungsgeschichte 75), Berlin 2006, S. 1049–1065.

5) P. Cornelius Tacitus, *Germania*, hg. von Joachim HERRMANN (Quellen und Schriften der Alten Welt 37,2), Berlin 1990, Lib. XI,2: *si displicuit sententia, fremitu aspernantur; sin placuit, frameas concutunt: honoratissimum assensus genus est armis laudare*. Vgl. P. Cornelius Tacitus, *Historiarum libri*, hg. von Erich KÖSTERMANN (P. Cornelii Taciti Libri qui supersunt 2,1), Leipzig 1957, Lib. V 17,3: *Ubi sono armorum tripudiusque (ita illis mos) adprobata sunt dicta, [...]*. Ferner vgl. Hinkmar von Reims, *De ordine palatii*, hg. und übers. von Thomas GROSS und Rudolf SCHIEFFER (MGH Fontes iuris 3), Hannover 1980, cap. 6. Zu Versammlungen im frühen Mittelalter vgl. Matthias SPRINGER, Märzfeld, in: *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde* 19 (2001), S. 113–116; *Political Assemblies in the Earlier Middle Ages*, hg. von Paul S. BARNSWELL und Marco MOSTERT (Studies in the Early Middle Ages 7), Turnhout 2003; *Assembly Places and Practices in Medieval Europe*, hg. von Aliko PANTOS und Sarah SEMPLE, Dublin 2004; Matthias HARDT, *Volksversammlung*, in: *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde* 32 (2006), S. 589–591; Daniel EICHLER, *Karolingische Höfe und Versammlungen – Grundvoraussetzungen*, in: *Streit am Hof im frühen Mittelalter*, hg. von Matthias BECHER und Alheydis PLASSMANN (Super alta perennis. Studien zur Wirkung der Klassischen Antike 11), Göttingen 2011, S. 121–148; Levi ROACH, *Kingship and Conflict in Anglo-Saxon England, 871–978. Assemblies and the State in the Early Middle Ages* (Cambridge Studies in Medieval Life and Thought), Cambridge 2013. Zur Öffentlichkeit vgl. Christoph H. F. MEYER, *Das Publicum als Instrument spätmittelalterlicher Justiz*, in: *Politische Öffentlichkeit im Spätmittelalter*, hg. von Martin KINTZINGER und Bernd SCHNEIDMÜLLER (VuF 75), Ostfildern 2011, S. 87–146.

6) Zur Geschichte der Disziplin vgl. Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder* (Schriften zur Verfassungsgeschichte 1), Berlin 1995; Hans-Werner GOETZ, *Moderne Mediävistik. Stand und Perspektiven der Mittelalterforschung*, Darmstadt 1999, S. 174–224; Bernd SCHNEIDMÜLLER, *Von der deutschen Verfassungsgeschichte zur Geschichte politischer Ordnungen und Identitäten im europäischen Mittelalter*, in: *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* 53 (2005), S. 485–500; Ewald GROTHE, *Neue Wege der Verfassungsgeschichte in Deutschland. Probleme und Perspektiven aus Sicht eines Historikers*, in: *Verfassungsgeschichte in Europa*, hg. von Helmut NEUHAUS (Der Staat, Beiheft 18), Berlin 2010, S. 123–144; Christian WALDHOFF, *Stand und Perspektiven der Verfassungsgeschichte in Deutschland aus Sicht der Rechtswis-*

Vormärz gelegt wurden, Türen zu ganz unterschiedlichen Räumen (zum Beispiel einer germanischen Volkssouveränität) öffnet, deren Inventar zum Teil aus Begriffen und politischen Forderungen des frühen 19. Jahrhunderts besteht ⁷⁾.

Lenkt man den Blick vom 19. auf das 20. Jahrhundert, dann zeigt sich einerseits die Wandlungsfähigkeit des Themas, andererseits aber auch die Bedeutung seines politischen und weltanschaulichen Kontexts. Das gilt für die von Fritz KERN gegebenen Fingerzeige zum Beispiel in Richtung einer »Konsensgebundenheit des Herrschers«⁸⁾ genauso wie für die Neue deutsche Verfassungsgeschichte, deren Vertreter seit den 1930er Jahren den Konsens vom Volk zum Adel verschoben und ihn von einem Mitbestimmungsrecht zu einem Herrschaftsinstrument umdeuteten⁹⁾. Nicht weniger bemerkenswert ist für die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg das verstärkte Interesse an der Karolingerzeit und den in ihr wirksamen Konsensvorstellungen¹⁰⁾. Die seit den späten 1950er Jahren unter anderen von François Louis GANSHOF und Rudolf BUCHNER geführte Diskussion um die Bedeutung der Wörter *consensus* beziehungsweise *consentire* in den karolingischen Kapitularien, die sich nicht zuletzt um Rechte des Adels drehte, erscheint einerseits als Fortsetzung, andererseits als Wendepunkt gegenüber der älteren Forschung¹¹⁾. Wenn GANSHOF die Be-

senschaft, in: Verfassungsgeschichte in Europa, hg. von Helmut NEUHAUS (Der Staat, Beiheft 18), Berlin 2010, S. 145–174; Barbara STOLLBERG-RILINGER, Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte, in: ZRG Germ. 127 (2010), S. 1–32.

7) Jürgen HANNIG, *Consensus fidelium*. Frühfeudale Interpretationen des Verhältnisses von Königtum und Adel am Beispiel des Frankenreiches (Monographien zur Geschichte des Mittelalters 27), Stuttgart 1982, S. 3–17.

8) Fritz KERN, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter. Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie, hg. von Rudolf BUCHNER, Darmstadt ³1962, S. 278–288 (Anhang X. Anmerkung 283. (Das Maß der Konsensgebundenheit des Herrschers.)). Vgl. ebd. S. 269–276 (Anhang VIII. Anmerkung 280. (Consensus fidelium.)). Zu Kern vgl. HANNIG, *Consensus fidelium* (wie in Anm. 7), S. 20–23 und Oliver SCHILLINGS, Vom Bourgeois zum Citoyen. Fritz Kern zwischen Politik und Wissenschaft, Münster 2001.

9) HANNIG, *Consensus fidelium* (wie in Anm. 7), S. 19–26; Walter POHL, Staat und Herrschaft im Frühmittelalter. Überlegungen zum Forschungsstand, in: Staat im frühen Mittelalter, hg. von Stuart AIRLIE, DEMS. und Helmut REIMITZ (Österreichische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, Denkschriften 334/Forschungen zur Geschichte des Mittelalters 11), Wien 2006, S. 9–38, S. 11–13.

10) François GANSHOF, Was waren die Kapitularien?, Darmstadt 1961, S. 53–62; Rudolf BUCHNER, Rez. zu: F. L. Ganshof, *Wat waren de Capitularia?* [...], 1955 (*Recherches sur les Capitulaires*), Paris 1958, in: Rheinische Vierteljahrsblätter 23 (1958), S. 311–312, S. 312; Dieter HÄGERMANN, Zur Entstehung der Kapitularien, in: Grundwissenschaft und Geschichte. Festschrift für Peter Acht, hg. von Waldemar SCHLÖGL und Peter HERDE (Münchener Historische Studien, Abteilung Historische Hilfswissenschaften 15), Kallmünz 1976, S. 12–27, S. 13–15.

11) Werner HECHBERGER, Adel im fränkisch-deutschen Mittelalter. Zur Anatomie eines Forschungsproblems (Mittelalter-Forschungen 17), Ostfildern 2005, S. 212–214; Steffen PATZOLD, *Consensus – Concordia – Unitas*. Überlegungen zu einem politisch-religiösen Ideal der Karolingerzeit, in: *Exemplaris Imago*. Ideale in Mittelalter und Früher Neuzeit, hg. von Nikolaus STAUBACH (Tradition – Reform – Innovation 15), Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Brüssel/New York/Oxford 2012, S. 31–56.

deutung von *consentire* für die Kapitularien Karls des Großen und Ludwigs des Frommen mit »anerkennen, daß etwas Recht ist« umschreibt¹²⁾, *consensus* also nicht mit »(freiwillige!) Zustimmung« (so BUCHNER) übersetzt¹³⁾, dann zeichnet sich hier eine Skepsis ab, die sich bis in Jürgen HANNIGS 1982 erschienene Dissertation fortsetzt, demzufolge Konsensformeln wie *consensus populi* in der Merowingerzeit nur propagandistische Funktion hatten¹⁴⁾.

Mit Bernd SCHNEIDMÜLLERS im Jahre 2000 veröffentlichtem Essay »Konsensuale Herrschaft« kam es erneut zu einem Richtungswechsel¹⁵⁾. Geleitet von einem »neue[n] Interesse an der genossenschaftlichen Ausgestaltung von Herrschaft«¹⁶⁾ lenkt SCHNEIDMÜLLER den Blick auf das gemeinsame Agieren von Königen und Fürsten beziehungsweise Adel im 12. und 13. Jahrhundert, das ihm als eine gleichermaßen traditionale wie innovative Form von Herrschaft erscheint. Das spätere Mittelalter, das für gewöhnlich als Zeit schwachen Königtums und einer Krise der Reichsverfassung gesehen wird, rückt so in ein neues Licht. Ausgehend von diesem Ansatz hat sich in den letzten Jahren – auch mit Blick auf das Frühmittelalter – ein vielgestaltiges neues Interesse am Konsens entwickelt¹⁷⁾. Dabei mögen, wie SCHNEIDMÜLLER selbst zu bedenken gibt, auch äußere Ein-

12) GANSHOF, Kapitularien (wie in Anm. 10), S. 55. Für die Kapitularien nach 843 glaubt er dagegen einen veränderten Begriff des *consensus* zu erkennen, der stärker in Richtung einer freien Zustimmung der Großen tendiert. Vgl. ebd. S. 59–62.

13) BUCHNER, Rez. (wie in Anm. 10). Ferner vgl. HÄGERMANN, Kapitularien (wie in Anm. 10), S. 13–15; Arnold BÜHLER, *Capitularia Relecta. Studien zur Entstehung und Überlieferung der Kapitularien Karls des Großen und Ludwigs des Frommen*, in: AfD 32 (1986), S. 305–502, S. 426–432.

14) So zum Beispiel HANNIG, *Consensus fidelium* (wie in Anm. 7), S. 45 (vgl. ebd. S. 45 Anm. 17). Vgl. auch ebd. S. 59 und S. 300. In eine andere Richtung gehen die Arbeiten von NELSON. Vgl. Janet L. NELSON, *Legislation and Consensus in the Reign of Charles the Bald*, in: DIES., *Politics and Ritual in Early Medieval England*, London 1986, S. 91–116; Janet L. NELSON, *How Carolingians created Consensus*, in: *Le monde carolingien. Bilan, perspectives, champs de recherches. Actes de colloque international de Poitiers, Centre d'Études supérieures de Civilisation médiévale, 18–20 novembre 2004*, hg. von Wojciech FALKOWSKI und Yves SASSIER (*Culture et société médiévales* 18), Turnhout 2009, S. 67–81.

15) Bernd SCHNEIDMÜLLER, *Konsensuale Herrschaft. Ein Essay über Formen und Konzepte politischer Ordnung im Mittelalter*, in: *Reich, Regionen und Europa in Mittelalter und Neuzeit. Festschrift für Peter Moraw*, hg. von Paul-Joachim HEINIG und Sigrid JAHNS (*Historische Forschungen* 67), Berlin 2000, S. 53–87 (vgl. DERS., *Rule by Consensus. Forms and Concepts of Political Order in the European Middle Ages*, in: *The Medieval History Journal* 16,2 (2013), S. 449–471). Vgl. PATZOLD, *Consensus* (wie in Anm. 11), S. 36 Anm. 29.

16) SCHNEIDMÜLLER, *Konsensuale Herrschaft* (wie in Anm. 15), S. 64.

17) Vgl. etwa Bernd SCHNEIDMÜLLER, *Konsens – Territorialisierung – Eigennutz. Vom Umgang mit spätmittelalterlicher Geschichte*, in: *FmSt* 39 (2005), S. 225–246; Burkhard APSNER, *Vertrag und Konsens im frühen Mittelalter. Studien zur Gesellschaftsproblematik und Staatlichkeit im westfränkischen Reich* (*Trierer Historische Forschungen* 58), Trier 2006; NELSON, *Consensus* (wie in Anm. 14); Roman DEUTINGER, *Königsherrschaft im ostfränkischen Reich. Eine pragmatische Verfassungsgeschichte der späten Karolingerzeit* (*Beiträge zur Geschichte und Quellenkunde des Mittelalters* 20), Ostfildern 2006, S. 225–272; Steffen PATZOLD, *Konsens und Konkurrenz. Überlegungen zu einem aktuellen Forschungs-*

flüsse eine Rolle gespielt haben¹⁸). Dazu zählt nicht zuletzt die Gegenwartserfahrung, dass der omnipotente Staat der klassischen Moderne in die Defensive geraten ist¹⁹).

So vielfältig die Erfahrungen sind, die das historische Interesse von außen nähren, so breit ist das Spektrum der Vorstellungen und Erklärungsmodelle zum Konsens. Es beginnt bei dem Gedanken, es habe in vormodernen Gemeinschaften ein allgemeiner Konsensdruck bestanden, der Vertreter divergierender Positionen veranlasste, auf dem Wege des Verhandeln oder Aushandeln zu einer Einigung zu gelangen²⁰, und reicht bis zu der Auffassung, der in den Quellen erwähnte Konsens habe in Wirklichkeit nie existiert, es handele sich vielmehr um eine Fiktion²¹ oder um Propaganda²². Die folgenden Beobachtungen zielen nicht darauf ab, hier verbindliche Gewissheiten zu schaffen. Sie gelten lediglich einigen ausgewählten Forschungsentwicklungen zu dem Thema »Recht und Konsens im frühen Mittelalter«, dem Gegenstand der Frühjahrstagung des Konstanzer Arbeitskreises für Mittelalterliche Geschichte 2012 und des vorliegenden Tagungsbandes.

Der Abriss gliedert sich in drei Schritte. Nach einem ersten Blick auf das Verhältnis von Recht und Konsens aus Sicht der frühmittelalterlichen Rechtsgeschichte geht es um Tendenzen der Forschung. Dazu gilt es zunächst, die Entwicklung der (mittelalterlichen) Rechtsgeschichte als akademischer Disziplin in den letzten Jahrzehnten zu betrachten,

konzept der Mediävistik, in: *FmSt* 41 (2007), S. 75–103; PATZOLD, *Consensus* (wie in Anm. 11); *Pacto y consenso en la cultura política peninsular (siglos XI al XV)*, hg. von José Manuel NIETO SORIA und Óscar VILLARROEL GONZÁLEZ, Madrid 2013; ROACH, *Kingship* (wie in Anm. 5).

18) SCHNEIDMÜLLER, *Konsensuale Herrschaft* (wie in Anm. 15), S. 64.

19) Horst CARL, *Genossenschaft und Herrschaftsverdichtung. Zur politischen Kultur von Adelseinungen im Alten Reich, in: Staatsbildung als kultureller Prozess. Strukturwandel und Legitimation von Herrschaft in der Frühen Neuzeit*, hg. von Ronald ASCH und Dagmar FREIST, Köln/Weimar/Wien 2005, S. 405–427, S. 405 f. Vgl. auch POHL, *Staat und Herrschaft* (wie in Anm. 9), S. 15 f.

20) Barbara STOLLBERG-RILINGER, *Einleitung*, in: *Dies., Vormoderne politische Verfahren (Zeitschrift für historische Forschung, Beiheft 25)*, Berlin 2001, S. 9–24, S. 22–24. Vgl. auch Hans-Ulrich WIEMER, *Voces populi. Akklamation als Surrogat politischer Partizipation*, in: *Genesis und Dynamiken der Mehrheitsentscheidung*, hg. von Egon FLAIG (*Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien* 85), München 2013, S. 173–202, S. 176 f.

21) Heinrich BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, Leipzig ²1906, S. 406 Anm. 2. Vgl. auch Heinrich BRUNNER/Claudius Frhr. von SCHWERIN, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 2 (*Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft* II, 1, 2), München/Leipzig ²1928, S. 172; Rainer PARIS, *Konsens, Fiktion und Resonanz. Über einige Wirkungsbedingungen ritueller Kommunikation*, in: *Fest und Festrhetorik. Zu Theorie, Geschichte und Praxis der Epideiktik*, hg. von Josef KOPPSCHMIDT und Helmut SCHANZE (*Figuren* 7), München 1999, S. 266–280, S. 272–274; Martin JEHNE, *Konsensfiktionen in römischen Volksversammlungen. Überlegungen zur frührepublikanischen Curienversammlung und zu den kaiserzeitlichen Destinationscenturien*, in: *Genesis und Dynamiken der Mehrheitsentscheidung*, hg. von Egon FLAIG (*Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien* 85), München 2013, S. 129–152.

22) HANNIG, *Consensus fidelium* (wie in Anm. 7), insbesondere S. 50–79 (mit Blick auf die vorkarolingische Zeit). Zustimmend: Maurizio LUPOI, *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge 2000, S. 185 f.

um dann auf Theorien einzelner Autoren eingehen zu können. In einem dritten und letzten Schritt wird nach möglichen Perspektiven der Forschung zu fragen sein.

I. KONSENS, RECHT, RECHTSGESCHICHTE

Im Vergleich zu den gerade skizzierten Entwicklungen, die sich in einem weiteren Sinne der Verfassungsgeschichte zuordnen lassen, stellt sich die Erforschung des Konsenses aus Sicht der Rechtsgeschichte etwas anders dar. Dass Recht und Konsens eng miteinander verbunden sind, ja der Konsens eine »psychologische Funktionsbedingung des Regelsystems« (WIEACKER) ist²³⁾, erscheint auf den ersten Blick einleuchtend. Immerhin bedürfen auch Gerechtigkeitsvorstellungen, um wirksam zu werden, des Konsenses. Entsprechende Einsichten reichen, soweit es das Recht betrifft, weit in die Antike zurück, wenn man etwa an eine Bemerkung des Mitte des 3. Jahrhunderts n. Chr. lebenden römischen Juristen Modestinus denkt, demzufolge alles Recht die Übereinstimmung (*consensus*) geschaffen, die Notwendigkeit (*necessitas*) begründet oder die Gewohnheit (*consuetudo*) bestätigt hat²⁴⁾. Zeugnisse für Konsensvorstellungen ließen sich leicht durch Belege aus frühmittelalterlichen Rechtsquellen (zum Beispiel aus Prologen einzelner *Leges barbarorum* oder Kapitularien) vermehren, in denen auf die Zustimmung der Großen, der *fideles* oder des *populus* Bezug genommen wird.

Und doch spielt bis heute, wenn man von den Titeln einschlägiger Publikationen ausgeht, das Thema »Recht und Konsens im Mittelalter« in der rechtshistorischen Literatur eine sehr überschaubare Rolle²⁵⁾. Wenngleich sich dieser erste Eindruck, der wohl auch mit dem bis vor wenigen Jahren selten verwendeten und wenig problematisierten Terminus »Konsens« zusammenhängt, bei genauerem Hinsehen als korrekturbedürftig erweist, bleibt der Befund doch bemerkenswert. Allerdings steht die Rechtshistorie damit nicht allein. So hat etwa die Rechtstheorie den Faktor »Konsens« erst relativ spät im letzten Drittel des 20. Jahrhunderts für sich entdeckt. Erinnert sei hier nur an Josef ESSERS An-

23) Franz WIEACKER, Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft, in: DERS., *Ausgewählte Schriften*, Bd. 2, hg. von Dieter SIMON, Frankfurt am Main 1983, S. 81–100, S. 93. Zu Wieacker vgl. Franz WIEACKER, *Historiker des modernen Privatrechts*, hg. von Okko BEHREND und Eva SCHUMANN, Göttingen 2010; Viktor WINKLER, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft*. Franz Wieackers »Privatrechtsgeschichte der Neuzeit« und die deutsche Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts (*Studien zur Rechtswissenschaft* 313), Hamburg 2014.

24) Dig. 1,3,40: *Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo.*

25) Ekkehard KAUFMANN, *Konsens*, in: HRG 2 (1978), Sp. 1090–1102; Jürgen BRAND, *Kampf, Konsens, Befehl und Zauber als latente Rechtstechniken*, in: *Evolution des Rechts*, hg. von Rüdiger VOIGT (*Schriften zur Rechtspolitologie* 7/Jahresschrift für Rechtspolitologie 10), Baden-Baden 1998, S. 57–72, S. 60–64; Gerhard DILCHER, *Konsens*, in: HRG 3 (2013), Sp. 109–117. Ferner vgl. Ekkehard KAUFMANN, *Deutsches Recht. Die Grundlagen (Grundlagen der Germanistik* 27), Berlin 1984, S. 106–109 (»Die Zustimmung der Rechtsgenossen (Konsens)«).

fang der 1970er Jahre vorgetragene Deutung des Rechts als »autonomes, aber auf Konsensfähigkeit angewiesenes Ordnungsprogramm«²⁶⁾. Seit der Jahrtausendwende begann sich innerhalb der Jurisprudenz dann auch die Wissenschaft vom öffentlichen Recht für den Konsens zu interessieren²⁷⁾.

Doch zurück zur Rechtsgeschichte. Im Artikel ›Konsens‹ der zweiten Auflage des Handwörterbuchs zur deutschen Rechtsgeschichte listet Gerhard DILCHER fünf Bereiche auf, in denen das betreffende Phänomen im mittelalterlichen Rechtsleben eine wichtige Rolle spielte: Vertrag, Weistum und Urteil, Gesetzgebung, Wahlen und die Theorie des Gesellschaftsvertrags²⁸⁾. Ordnet man die fünf Bereiche den drei großen Themenfeldern Privatrechtsgeschichte (Vertrag), »Recht und Gericht« (Weistum, Urteil, Gesetzgebung) und Verfassungsgeschichte (Wahlen, Gesellschaftsvertrag) zu und lässt das letztgenannte Feld unberücksichtigt, dann fällt zunächst die Präsenz von Themen, die im Zusammenhang mit Recht und Gericht stehen, ins Auge. Demgegenüber scheint die Bedeutung der

26) Josef ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis (Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts 7), Frankfurt am Main 1970, S. 14. Vgl. ebd. S. 9, 24–25, 115, 153–155 sowie Johannes KÖNDGEN, Josef Esser – Grenzgänger zwischen Dogmatik und Methodologie, in: Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen, Bd. 1, hg. von Stefan GRUNDMANN und Karl RIESENHUBER, Berlin 2007, S. 103–127, S. 118 f.; Stefan VOGEL, Josef Esser – Brückenbauer zwischen Theorie und Praxis (Schriften zur Rechtswissenschaft 126), Berlin 2009, S. 159–162. Für die beiden folgenden Jahrzehnte vgl. Rechtsgeltung und Konsens, hg. von Günther JAKOBS (Schriften zur Rechtstheorie 49), Berlin 1976; Reinhold ZIPPELIUS, Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, hg. von Wolfgang FRISCH und Werner SCHMIDT, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, S. 1–10; Günther JAKOBS, Zur Stabilität von Konsens und zur Stabilisierung durch Konsens, in: Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung. Kieler Symposium vom 14.–16. Juni 1984, hg. von Hans HATTENHAUER und Werner KALTEFLEITER (Motive – Texte – Materialien 27), Heidelberg 1986, S. 23–45; Ota WEINBERGER, Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Recht und in der Politik, in: Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation, hg. von Aulis AARNIO, Ilkka NIINILUOTO und Jyrki UUSITALO (Rechtstheorie, Beiheft 2), Berlin 1981, S. 147–165; Wolfgang NAUCKE, Konsens als Quelle richtigen Rechts, richtiges Recht als Grenze des Konsenses, in: Mehrheitsprinzip, Konsens und Verfassung. Kieler Symposium vom 14.–16. Juni 1984, hg. von Hans HATTENHAUER und Werner KALTEFLEITER (Motive – Texte – Materialien 27), Heidelberg 1986, S. 47–60; Gunther TEUBNER, Ist das Recht auf Konsens angewiesen? Zur sozialen Akzeptanz des modernen Richterrechts, in: Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften, hg. von Hans-Joachim GIEGEL (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft 1019), Frankfurt am Main 1992, S. 197–211.

27) Florian BECKER, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung (Jus Publicum 129), Tübingen 2005; Gunnar FOLKE SCHUPPERT, Politisches Entscheiden. Überlegungen zur politischen Kultur als Entscheidungskultur, in: Kluges Entscheiden. Disziplinäre Grundlagen und interdisziplinäre Verknüpfungen, hg. von Arno SCHERZBERG (Neue Staatswissenschaften 4), Tübingen 2006, S. 233–258, S. 252 f.; Consent in the Law, hg. von Deryck BEYLEVLED und Roger BROWNSWORD Oxford/Portland (Oregon) 2007; The Ethics of Consent. Theory and Practice, hg. von Franklin G. MILLER und Alan WERTHEIMER, Oxford 2010.

28) DILCHER, Konsens (wie in Anm. 25).

individuellen Seite des Konsenses, das heißt der Willensübereinstimmung zwischen einzelnen Parteien als Voraussetzungen eines Vertrags, in den frühmittelalterlichen Quellen seltener thematisiert worden zu sein.

Die gerade angedeutete Schwerpunktbildung spiegelt sich auch in der Literatur zu »Recht und Konsens im frühen Mittelalter« wider. Legt man die traditionelle Einteilung in eine romanistische, kanonistische und germanistische Rechtshistorie zugrunde und lässt übergreifende Themen wie zum Beispiel die Geschichte des Mehrheitsprinzips außer Acht²⁹⁾, dann spielt das Thema in der römischrechtlichen Forschung die wohl geringste Rolle. Wenn schon für das antike *ius Romanum* das Interesse am *consensus* eher mäßig ist³⁰⁾, dann gilt dies umso mehr für diejenigen frühmittelalterlichen Normenbestände, die in der Tradition des römischen Privatrechts stehen oder von ihm stärker beeinflusst sind³¹⁾. Deutlich besser sieht es für das Kirchenrecht aus, das bei vergleichsweise guter Quellenlage Ansatzpunkte für konsensbezogene Untersuchungen etwa zu Bischofswahlen oder zu Entscheidungsfindungsprozessen auf Konzilien bietet³²⁾. Zudem hat auch der

29) Egon FLAIG, *Die Mehrheitsentscheidung. Entstehung und kulturelle Dynamik*, Paderborn/München/Wien/Zürich 2013; *Genesis und Dynamiken der Mehrheitsentscheidung*, hg. von Egon FLAIG (Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 85), München 2013. Ferner vgl. Werner MALECZEK, *Abstimmungsarten. Wie kommt man zu einem vernünftigen Wahlergebnis?*, in: *Wahlen und Wählen im Mittelalter*, hg. von Reinhard SCHNEIDER und Harald ZIMMERMANN (VuF 37), Sigmaringen 1990, S. 79–134.

30) Hans FRITSCHKE, *Untersuchung über die Bedeutung von consensus und consentire in den Digesten*, jur. Diss., Berlin 1888; Rudolf LEONHARD, *Consensus*, in: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* 4,1 (1900), Sp. 902–910; Theo MAYER-MALY, *Consensus*, in: *Der Kleine Pauly* 1 (1986), Sp. 1278; Gottfried SCHIEMANN, *Consensus*, in: *Der Neue Pauly* 3 (1997), Sp. 129; Cosimo CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche* (Pubblicazioni del Dipartimento di diritto romano e storia della scienza romanistica dell'Università degli studi di Napoli »Federico II« 18), Neapel 2003 (umfassend).

31) György DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From the Twelve Tables to the Glossators*, Budapest 1981; Harald SIEMS, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen* (MGH Schriften 35), Hannover 1992, S. 221–276.

32) Klaus GANZER, *Das Mehrheitsprinzip bei den kirchlichen Wahlen des Mittelalters*, in: *Theologische Quartalschrift* 147 (1967), S. 60–87; Gerard BARTELINK, *Electio und consensus im christlichen Sprachgebrauch (bis 600)*, in: *Concilium* 8 (1972), S. 556–559; Yves M.-J. CONGAR, *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet*, in: *Die geschichtlichen Grundlagen der modernen Volksvertretung. Die Entwicklung von den mittelalterlichen Korporationen zu den modernen Parlamenten*, hg. von Heinz RAUSCH (Wege der Forschung 196), Darmstadt 1980, S. 115–182; Hermann Josef SIEBEN, *Consensus, unanimitas und maior pars auf Konzilien. Von der Alten Kirche bis zum Ersten Vatikanum*, in: *Theologie und Philosophie* 67 (1992), S. 192–229; Rachel L. STOCKING, *Bishops, Councils, and Consensus in the Visigothic Kingdoms, 589–633 (History, Languages, and Cultures of the Spanish and Portugese Worlds)*, Ann Arbor 2000; Andreas THIER, *Hierarchie und Autonomie. Regelungstraditionen der Bischofsbestellung in der Geschichte des kirchlichen Wahlrechts bis 1140* (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 257/Recht im ersten Jahrtausend 1), Frankfurt am Main 2011; Peter VAN NUFFELEN, *The Rhetoric of Rules and the Rule of Consensus*, in: *Episcopal Elections in Late Antiquity*, hg. von Johan LEEMANS und Peter VAN NUFFELEN (Arbeiten zur Kirchengeschichte 119), Berlin/Boston 2011, S. 243–258, S. 250–254; *Processi di formazione*

vertragliche Konsens mit Blick auf das kirchliche Eherecht und das sogenannte Konsensprinzip (*consensus facit nuptias*) schon immer die Aufmerksamkeit der Forschung gefunden³³). Doch ändert das nichts an dem Umstand, dass der Konsens per se kein großes Thema der Kanonistik ist. Sieht man einmal von den Jahren vor und nach dem Zweiten Vatikanischen Konzil ab, dann ist auch kein äußerer Faktor erkennbar, der ein entsprechendes Interesse hätte generieren können³⁴). So bleibt als dritter großer Bereich der frühmittelalterlichen Rechtsgeschichte die weltliche nicht-römische Rechtstradition als Gegenstand der rechtshistorischen Germanistik. Hier stellt sich das Bild ungleich komplexer dar als in der Romanistik und der Kanonistik. Wirklich verständlich wird es erst vor dem Hintergrund der jüngeren Forschungsentwicklung der letzten Jahrzehnte. Sie soll im Folgenden kurz skizziert werden, bevor auf einzelne Theorien näher einzugehen ist.

II. KONSENS UND RECHT IM FRÜHEN MITTELALTER: FACETTEN UND PROBLEME DER FORSCHUNG

II.1 Germanistische Frühmittelalterforschung seit den 1970er Jahren

Als zeitlicher Ausgangspunkt kann die letzte Reichenautagung mit einem rechtshistorischen Themenschwerpunkt, das heißt die 1975/1976 von Peter CLASSEN organisierte Doppeltagung ›Recht und Schrift im Mittelalter‹ dienen³⁵). Dabei geht es nicht um einen allgemeinen Abriss der Forschungsgeschichte, sondern nur um ausgewählte Tendenzen in der deutschsprachigen Forschung, die für den vorliegenden Band von Interesse sind³⁶).

del consensu, hg. von Nunzio CAPIZZI und Orazio CONDORELLI (Quaderni di Synaxis 31), Catania/Troina 2013. Ferner vgl. Leo KOEP, Consensus, in: Reallexikon für Antike und Christentum 3 (1957), Sp. 294–303 sowie Franz J. FELTEN, Auctoritas – consilium – consensus. Zur Einschränkung der Macht des Abtes im Mittelalter, in: Les personnes d'autorité en milieu régulier. Des origines de la vie régulière au XVIII^e siècle, hg. von Jean-François COTTIER und Daniel-Odon HUREL (Congrégations, ordres religieux et sociétés 22), Saint-Étienne 2012, S. 27–46.

33) Für weiterführende Literaturangaben vgl. Ines WEBER, ›Consensus facit nuptias!‹. Überlegungen zum ehelichen Konsens in normativen Texten des Frühmittelalters, in: ZRG Kan. 87 (2001), S. 31–66; Ralf FRASSEK, Consensus facit nuptias, in: HRG 1 (²2008), Sp. 884–885.

34) Das in den Jahrzehnten nach dem Vaticanum II verschiedentlich behandelte Problem der Rezeption universalkirchlicher, insbesondere päpstlicher Normen ist aus historischer Sicht in erster Linie ein Thema des Spätmittelalters und der Neuzeit. Vgl. James A. CORIDEN, The Canonical Doctrine of Reception, in: The Jurist 50 (1990), S. 58–82; The Jurist 57 (1997), S. 53–179 (Untersuchungen zur antiken und mittelalterlichen Kirchengeschichte im Rahmen des Themenbandes ›Reception and Communication among Churches‹).

35) Recht und Schrift im Mittelalter, hg. von Peter CLASSEN (VuF 23), Sigmaringen 1977.

36) Zur jüngeren Entwicklung der deutschsprachigen Rechtshistorie vgl. Gerhard DILCHER, Leges – Gentes – Regna. Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur. Fragen und Probleme, in: Leges – Gentes – Regna. Zur Rolle von germa-

Einige davon hängen eng mit der Entwicklung des Faches »Rechtsgeschichte« zusammen. Bis in die 1980er Jahre hatte das (Früh)Mittelalter seinen festen Platz innerhalb eines Kanons zentraler Quellen und Themen der »Deutschen Rechtsgeschichte«, wie sie sich als Gegenstand von Forschung und Lehre an juristischen Fakultäten darstellte. Dies hat sich in der Folgezeit in mancherlei Hinsicht geändert. Die »Deutsche Rechtsgeschichte« ist in der Lehre vielerorts mit anderen rechtshistorischen Fächern verschmolzen worden, und die Gesamtdisziplin »Rechtsgeschichte« hat innerhalb der Juristenausbildung an Bedeutung eingebüßt. Zudem haben sich innerhalb der rechtshistorischen Forschung die Gewichte verschoben, und zwar zugunsten des 19. und vor allem des 20. Jahrhunderts sowie in Richtung einer europäischen, mitunter sogar bereits global-vergleichenden Betrachtungsweise. Zu berücksichtigen sind zudem die sich verändernden fachlichen Hintergründe derjenigen, die sich mit der Rechtsgeschichte des frühen Mittelalters beschäftigen. Wenn auch noch nicht in dem gleichen Maße, wie sich Juristen aus der Erforschung der mittelalterlichen Rechtsgeschichte zurückgezogen haben, so hat doch die Zahl der Mittelalterhistoriker und der Philologen, die zu diesem Bereich arbeiten, in den letzten Jahrzehnten deutlich zugenommen.

Wie auf der Ebene der Disziplin so lassen sich auch in den Themen und Fragestellungen der germanistischen Frühmittelalterforschung seit den 1990er Jahren Veränderungen beobachten. Sie werden klarer erkennbar, wenn man sie der Entwicklung in den 1960er bis 1980er Jahren gegenüberstellt. In diesen Jahrzehnten stand die Beschäftigung mit den Rechtsquellen, aus deren Analyse man wesentliche Erkenntnisgewinne zu erzielen hoffte³⁷, im Mittelpunkt des Interesses. Gleichzeitig durchlief die Germanistik wie auch andere Teildisziplinen der Rechtsgeschichte einen methodisch inspirierten Historisierungsprozess. Erinnerung sei nur an die umfassende Kritik, der Karl KROESCHELL und seine

nischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur, hg. von Gerhard DILCHER und Eva-Marie DISTLER, Berlin 2006, S. 15–42, S. 15–20; Frank L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik. Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht* (Juristische Abhandlungen 51), Frankfurt am Main 2008; Michael STOLLEIS, *Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?* (Jacob Burckhardt-Gespräche auf Casteln 21), Basel 2008; Thomas LIENHARD, *L'historiographie germanophone sur les lois barbares. Centres de gravité, évolutions, desiderata*, in: *Revue de l'Institut français d'Histoire en Allemagne* 2 (2010), S. 133–163; Thomas DUVE, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in: *Rechtsgeschichte* 20 (2012), S. 18–71; Marcel SENN, *The Methodological Debates in German-speaking Europe (1960–1990)*, in: *Making Legal History. Approaches and Methodologies*, hg. von Anthony MUTTON und Chantal STEBBINGS, Cambridge/New York 2012, S. 108–117. Ferner vgl. David SÖRGE, *Die Implementation der Grundlagenfächer in der Juristenausbildung nach 1945* (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 80), Tübingen 2014.

37) Zur Entwicklung bis Ende der 1970er Jahre vgl. Clausdieter SCHOTT, *Der Stand der Leges-Forschung*, in: *FmSt* 13 (1979), S. 29–55.

Schüler zentrale Begriffe und Lehren der älteren Rechtsgeschichte unterzogen haben³⁸⁾, oder die von Clausdieter SCHOTT und Hermann NEHLSSEN angestoßene Debatte über die Effektivität des geschriebenen Rechts im frühen Mittelalter³⁹⁾.

Seit den 1990er Jahren sind demgegenüber verschiedene Neuansätze und Veränderungen erkennbar. Einige stehen in keinem direkten Zusammenhang mit den vorangehenden Entwicklungen. Das gilt etwa für die verstärkte Beschäftigung mit der Rechtssprache, was abgesehen von der zunehmenden Bedeutung der philologischen Forschung vielleicht auch auf den linguistic turn des späten 20. Jahrhunderts zurückzuführen ist⁴⁰⁾. Manches hängt zudem mit der Gesamtentwicklung des Faches »Rechtsgeschichte« zusammen. Dazu zählt beispielsweise der wieder verstärkt zu beobachtende Zug zu übergreifenden inhaltlich-dogmatischen Fragestellungen, die im chronologischen Längsschnitt bearbeitet werden. Anders verhält es sich mit einer dritten Entwicklung, die wohl nicht zuletzt eine Reaktion auf das vor allem von KROESCHELL und seinen Schülern eingeleitete »Abbruchunternehmen« ist. Sie besteht in einer seit den 1990er Jahren zu beobachtenden, von den Quellen zum Teil losgelösten Beschäftigung mit theoretischen, methodischen und wissenschaftsgeschichtlichen Fragen wie etwa nach den Rechtsbegriffen des Mittelalters oder dem Konzept der Rechtsgewohnheit⁴¹⁾. Weniger bemerkbar hat sich dagegen in der Forschung zur frühmittelalterlichen Rechtsgeschichte die kul-

38) Karl KROESCHELL, Studien zum frühen und mittelalterlichen Recht (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, N.F. 20), Berlin 1995. Zu Kroeschell vgl. Martin PILCH, Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten. Kritik des Normensystemdenkens entwickelt am Rechtsbegriff der mittelalterlichen Rechtsgeschichte, Wien/Köln/Weimar 2009, S. 279–290.

39) Clausdieter SCHOTT, Pactus, Lex und Recht, in: Die Alemannen in der Frühzeit, hg. von Wolfgang HÜBENER (Veröffentlichungen des Alemannischen Instituts Freiburg im Breisgau 34), Bühl/Baden 1974, S. 135–168; Hermann NEHLSSEN, Aktualität und Effektivität der ältesten germanischen Rechtsaufzeichnungen, in: Recht und Schrift im Mittelalter, hg. von Peter CLASSEN (VuF 23), Sigmaringen 1977, S. 449–502. Ferner vgl. Karl KROESCHELL, Laudatio, in: Von den Leges Barbarorum bis zum ius barbarum des Nationalsozialismus. Festschrift für Hermann Nehlsen zum 70. Geburtstag, hg. von Hans-Georg HERMANN, Thomas GUTMANN, u. a., Köln/Weimar/Wien 2008, S. 1–4, S. 4.

40) Francisca LOETZ, Sprache in der Geschichte. Linguistic Turn vs. Pragmatische Wende, in: Rechtsgeschichte 2 (2003), S. 87–103; Thomas GERGEN, Translation von und durch Normen. Rechtsgeschichtliche Forschungsansätze zur juristischen Übersetzung, in: Unwissen und Missverständnisse im vormodernen Friedensprozess, hg. von Martin ESPENHORST (Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte Mainz, Abteilung für Universalgeschichte, Beiheft 94), Göttingen 2013, S. 219–259.

41) Rechtsbegriffe im Mittelalter, hg. von Albrecht CORDES und Bernd KANNOWSKI (Rechtshistorische Reihe 262), Frankfurt am Main/Berlin/Bern 2002; Leges – Gentes – Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schriftradtition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur, hg. von Gerhard DILCHER und Eva-Marie DISTLER, Berlin 2006; PILCH, Rechtsgewohnheiten (wie in Anm. 38). Ferner vgl. die Debatte zur mittelalterlichen Rechtsgewohnheit in: Rechtsgeschichte 17 (2010), S. 15–90.

turalistische Wende der letzten Jahrzehnte gemacht⁴²). Dies erklärt sich abgesehen von dem Gegenstand und der Quellenlage wohl auch aus einem im Vergleich zu mediävistischen Vorstellungen von »ungeschriebenen Gesetzen« und »Spielregeln« engeren Normbegriff⁴³).

II.2 Drei Forschungsansätze: Rudolph SOHM, Jürgen WEITZEL und Gerhard DILCHER

Die gerade angedeuteten Entwicklungen bilden gleichsam den Verständnishintergrund für neuere Theorien zur Rolle des Konsenses. Bevor auf diese näher einzugehen ist, soll zunächst ein Klassiker des 19. Jahrhunderts, und zwar Rudolph SOHM betrachtet werden, dessen Überlegungen bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts die Forschung beeinflussten. Danach schwenkt der Blick auf zwei Autoren der Gegenwart, Jürgen WEITZEL und Gerhard DILCHER. Damit ist das Spektrum der Verfasser, die sich mit konsensualen Aspekten des Rechts beschäftigt haben, nicht erschöpft⁴⁴), doch sind mit den betreffenden Autoren gerade auch in methodischer Hinsicht wichtige Positionen und Zugänge erfasst.

42) Gerhard DILCHER, *Mittelalterliches Recht und Ritual in ihrer wechselseitigen Beziehung*, in: FmSt 41 (2007), S. 297–316; *Symbolische Kommunikation vor Gericht in der Frühen Neuzeit*, hg. von Reiner SCHULZE (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 51), Berlin 2006; Joachim RÜCKERT, *Kommentar zur Sektion ›Symbolische Kommunikation im Recht des Mittelalters‹*, in: *Alles nur symbolisch? Bilanz und Perspektiven der Erforschung symbolischer Kommunikation*, hg. von Barbara STOLLBERG-RILINGER, Tim NEU und Christina BRAUNER (Symbolische Kommunikation in der Vormoderne), Köln/Weimar/Wien 2013, S. 131–137. Ferner vgl. Marcel SENN, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss mit Bildern, Karten, Schemen, Register, Biographien und Chronologie*, Zürich/Basel/Genf 42007; Martin P. SCHENNACH, *Recht – Kultur – Geschichte. Rechtsgeschichte und Kulturgeschichte. Wissenschaftshistorische und methodische Annäherungen*, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 36 (2014), S. 1–31. Zur Oralität siehe unten S. 34 f., 37 f.

43) Gerd ALTHOFF, *Ungeschriebene Gesetze. Wie funktioniert Herrschaft ohne schriftlich fixierte Normen?*, in: DERS., *Spielregeln der Politik im Mittelalter. Kommunikation in Frieden und Fehde*, Darmstadt 1997, S. 282–304; Gerd ALTHOFF, *Rechtsgewohnheiten und Spielregeln der Politik im Mittelalter, in: Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: Eine Einführung*, hg. von Nils JANSEN und Peter OESTMANN, Tübingen 2011, S. 27–52. Zur Kontroverse zwischen Weitzel und Althoff vgl. Jürgen WEITZEL, ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter. Versuch einer vergleichenden Synthese zum ›mittelalterlichen Rechtsbegriff‹, in: *Rechtsbegriffe im Mittelalter*, hg. von Albrecht CORDES und Bernd KANNOWSKI (Rechtshistorische Reihe 262), Frankfurt am Main/Berlin/Bern 2002, S. 43–62; Gerd ALTHOFF, *Recht nach Ansehen der Person. Zum Verhältnis rechtlicher und außerrechtlicher Verfahren der Konfliktbeilegung im Mittelalter*, in: *Rechtsbegriffe im Mittelalter*, hg. von Albrecht CORDES und Bernd KANNOWSKI (Rechtshistorische Reihe 262), Frankfurt am Main/Berlin/Bern 2002, S. 79–92 sowie Hermann KAMP, *Die Macht der Spielregeln in der mittelalterlichen Politik. Eine Einleitung*, in: *Spielregeln der Mächtigen. Mittelalterliche Politik zwischen Gewohnheit und Konvention*, hg. von Claudia GARNIER und Hermann KAMP, Darmstadt 2010, S. 1–18, S. 8 f.

44) Für weitere, allerdings eher synthetische Ausführungen zum Konsens vgl. LUPOI, *Origins* (wie in Anm. 22), S. 173–223 (›Consensus by assembly‹). In der italienischen Ausgabe lautet die Überschrift des

Überblickt man die rechtshistorische Literatur zur zweiten Hälfte des ersten Jahrtausends, dann sind es vor allem die *Leges barbarorum*, das heißt die zwischen dem späten 5. und dem frühen 9. Jahrhundert aufgezeichneten Rechte nichtrömischer Gentes, und die fränkischen Kapitularien, die sich als Gegenstand von Untersuchungen zum Verhältnis von Recht und Konsens anbieten. Die Volksrechte werden in der Literatur zuweilen auch mit dem Begriff der Konsensgesetzgebung in Verbindung gebracht⁴⁵. Als Beleg für einen besonderen konsensualen Zug wird gerade im Zusammenhang mit dem salischen und alemannischen Recht gelegentlich auf den Umstand verwiesen, dass die entsprechenden Texte in der ältesten Handschriftenüberlieferung als ›Pactus Legis Salicae‹ beziehungsweise ›Pactus Lex Alamannorum‹ erscheinen und es sich demnach um Einigungen zwischen König, Adel und Volk in Hinblick auf das überkommene Volksrecht handelt, das auf dem Wege eines Weistums aufgezeichnet und durch besondere konsensuale Formeln (*placuit, convenit*) gekennzeichnet wurde⁴⁶. Sieht man einmal davon ab, dass an dieser Deutung manches umstritten ist – so lässt sich etwa die Handschriftenüberlieferung der ›Lex Salica‹ nur sehr begrenzt für die Bezeichnung als Pactus in Anspruch nehmen⁴⁷ –

entsprechenden Kapitels gar »Il consenso assembleare«. Vgl. DERS., *Alle radici del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Rom 1994, S. 227. Tatsächlich steht für Lupoi jedoch die Versammlung und nicht der Konsens im Mittelpunkt des Interesses. Ferner vgl. Maurizio LUPOI, *Autorità e consenso. Le radici altomedievali*, in: *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Bd. 1, Mailand 1993, S. 239–307.

45) Ruth SCHMIDT-WIEGAND, *Leges*, in: *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde* 18 (2001), S. 195–201, S. 196. Vgl. Ruth SCHMIDT-WIEGAND, *Lex Salica*, in: *HRG* 3 (1978), Sp. 1949–1962, Sp. 1950; Anette NIEDERHELLMANN, *Arzt und Heilkunde in den frühmittelalterlichen Leges. Eine wort- und sachkundliche Untersuchung (Arbeiten zur Frühmittelalterforschung 12)*, Berlin 1983, S. 10; Theodor BÜHLER, *Rechtsschöpfung und Rechtswahrung an der Schnittstelle zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit aufgrund von mittelalterlichen Rechtsquellen insbesondere aus Mitteleuropa (Europäische Rechts- und Regionalgeschichte 18)*, Zürich/St. Gallen 2012, S. 125–137. Zu den Volksrechten allgemein vgl. Rudolf BUCHNER, *Die Rechtsquellen. Beiheft zu: Wattenbach-Levison: Deutschlands Geschichtsquellen im Mittelalter*, Weimar 1953; Clausdieter SCHOTT, *Leges*, in: *Lex.MA* 5 (1991), Sp. 1802–1803; SCHMIDT-WIEGAND, *Leges* (wie in Anm. 45); Harald SIEMS, *Die Entwicklung von Rechtsquellen zwischen Spätantike und Mittelalter*, in: *Von der Spätantike zum frühen Mittelalter. Kontinuitäten und Brüche, Konzeptionen und Befunde*, hg. von Theo KÖLZER und Rudolf SCHIEFFER (VuF 70), Ostfildern 2009, S. 245–285. Ferner vgl. *Leges – Gentes – Regna* (wie in Anm. 41).

46) So zum Beispiel BRUNNER, *Rechtsgeschichte* (wie in Anm. 21), S. 419; SCHMIDT-WIEGAND, *Lex Salica* (wie in Anm. 45), Sp. 326. Vgl. auch BUCHNER, *Rechtsquellen* (wie in Anm. 45), S. 4; Ekkehard KAUFMANN, *Aequitatis iudicium. Königsgericht und Billigkeit in der Rechtsordnung des frühen Mittelalters (Frankfurter wissenschaftliche Beiträge. Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Reihe 18)*, Frankfurt am Main 1959, S. 65. Dagegen vgl. HANNIG, *Consensus fidelium* (wie in Anm. 7), S. 64–79. Zum Weistum vgl. Dieter WERKMÜLLER, *Weistümer*, in: *HRG* 5 (1998), Sp. 1239–1252; Dieter WERKMÜLLER, *Weistümer*, in: *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde* 33 (2006), S. 427–431.

47) Hermann NEHLSSEN, *Skavenrecht zwischen Antike und Mittelalter: Germanisches und römisches Recht in den germanischen Rechtsaufzeichnungen. Bd. 1: Ostgoten, Westgoten, Franken, Langobarden (Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte 7)*, Frankfurt am Main 1972, S. 257 f. Zur ›Lex Salica‹ allgemein vgl. Heiner LÜCK, *Lex Salica*, in: *HRG* 3 (2014), Sp. 924–940; Karl UBL, *Im Bann der Traditionen. Zur*

dann verweist diese Argumentation mittelbar bereits auf den großen Einfluss des ersten hier zu betrachtenden Autors.

Es ist dies Rudolph SOHM (1841–1917), der mit seinem Buch ›Die Altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung‹ (1871) in mancherlei Hinsicht neue Wege beschritt⁴⁸⁾. Das gilt nicht zuletzt für seinen Zugriff auf den Rechtsbegriff⁴⁹⁾, wenn SOHM zum Teil in Analogie zum Dualismus von *ius civile* und *ius honorarium* bei den Römern zwischen einem Volksrecht und einem Amtsrecht bei den Franken unterscheidet⁵⁰⁾. Die Distinktion soll unter anderem den Umstand erklären, dass die fränkische ›Lex Salica‹ keine nennenswerten Fortschreibungen erfahren hat, Veränderungen der *lex scripta* vielmehr durch Kapitularien erfolgten. Im Zusammenhang mit dieser Unterscheidung sieht SOHM zum Teil im Rückgriff auf andere Autoren (zum Beispiel BORETIUS) einen in der Verfassung des Frankenreichs angelegten Gegensatz zwischen einem auf überkommener Gewohnheit beruhenden Volksrecht, das auf Versammlungen gewiesen und vom Volk für gut befunden wurde, und einem auf herrscherlichen Befehl basierenden königlichen Amtsrecht. Bemerkenswert an diesen Überlegungen ist nicht zuletzt ihr Ansatzpunkt. Sie bahnen der Frage nach dem Konsens ausgehend von der Verfassungsgeschichte einen Weg über das Verfahren der Rechtsaufzeichnung oder Normgebung hin zu dem Rechtsbegriff und den Rechtsquellen und verleihen ihr so aus rechtshistorischer Sicht eine besondere Attraktivität.

SOHMs Theorien wurden von der rechtshistorischen Forschung trotz mancher Kritik bereitwillig aufgegriffen und zu einer von einzelnen Autoren unterschiedlich akzentuierten Lehre von Volks- und Königsrecht fortentwickelt⁵¹⁾. Die vielfältigen Spielarten und

Charakteristik der Lex Salica, in: Chlodwigs Welt. Organisation von Herrschaft um 500, hg. von Misha MEIER und Steffen PATZOLD (Roma Aeterna 3), Stuttgart 2014, S. 423–445. Ferner vgl. Clausdieter SCHOTT, Zur Geltung der Lex Alamannorum, in: Die historische Landschaft zwischen Lech und Vogesen. Forschungen und Fragen zur gesamtalemannischen Geschichte, hg. von Pankraz FRIED und Wolf-Dieter SICK (Veröffentlichungen des Alemannischen Instituts 59), Augsburg 1988, S. 75–105 (ND: Thesaurus historiae iuris. Clausdieter Schott zum 75. Geburtstag, hg. von Heiner LÜCK, Halle 2011, S. 39–70), S. 84 sowie PILCH, Rechtsgewohnheiten (wie in Anm. 38), S. 224 f.

48) Rudolph SOHM, Die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung, Bd. 1: Die Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung, Weimar 1871. Zu SOHM vgl. Karl S. BADER, Rudolph Sohm als Jurist und Rechtshistoriker, in: Juristen-Handbuch 5 (1964/65), S. 1–15; Andreas THIER, Rudolf Sohm, in: NDB 24, Berlin 2010, S. 239–241.

49) BÖCKENFÖRDE, Forschung (wie in Anm. 6), S. 192–194.

50) SOHM, Reichs- und Gerichtsverfassung (wie in Anm. 48), S. 102–146. Zur Lehre von Volks- und Königsrecht aus neuerer Sicht vgl. Ekkehard KAUFMANN, Königsrecht, in: HRG 2 (1978), Sp. 1055–1058; Hans-Georg HERMANN/Joerg MÜLLER, Rechtssatzung, in: Reallexikon der Germanischen Altertumskunde 24 (2003), S. 262–268; Eva SCHUMANN, Königsrecht, in: HRG 3 (2013), Sp. 72–73.

51) Für eine frühe Kritik an Sohms Unterscheidung vgl. Numa-Denis FUSTEL DE COULANGES, Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, Bd. 3, Paris 1888, S. 109–115; Gerhard SEELIGER, Volksrecht und Königsrecht? Untersuchungen zur fränkischen Verfassungs- und Rechtsgeschichte, in: HV 1 (1898), S. 1–40, 313–369; DERS., Juristische Konstruktion und Geschichtsforschung, in: HV 7 (1904),

(Teil)Revisionen müssen hier nicht weiter interessieren⁵²). Wenn die Akzeptanz der Lehre seit Mitte des 20. Jahrhunderts deutlich nachgelassen hat, dann liegt dies vor allem daran, dass sie auf anachronistischen Vorstellungen und klaren institutionellen Differenzierungen (zum Beispiel hinsichtlich der Normgebungskompetenz) beruht, die sich in den Quellen so nicht finden⁵³). Ungeachtet ihres allmählichen Bedeutungsverlusts hat die Unterscheidung zwischen Volks- und Königsrecht bis weit in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts ausgestrahlt und eine Grundlage für andere Forschungsansätze geliefert⁵⁴). Das gilt zunächst für die Rechtsquellenlehre, wenn man etwa an zwei der drei von Wilhelm EBEL in seiner ›Geschichte der Gesetzgebung‹ unterschiedenen Grundformen, und zwar Weistum und Satzung, denkt⁵⁵). Abgesehen von den materiellen Quellen des Rechts spielte die Lehre von Volks- und Königsrecht aber auch für die Untersuchung der formellen Quellen, das heißt der entsprechenden Texte, eine wichtige Rolle. Zu denken wäre hier insbesondere an Franz BEYERLES Versuche, Textschichten anhand von Normtypen zu unterscheiden, die unterschiedliche Entstehungshintergründe – etwa im Sinne der von SOHM entwickelten Vorstellungen über Normgebungskompetenz und Aufzeichnungsverfahren – haben⁵⁶).

S. 161–191; DERS., Gesetzgebung, in: Reallexikon der Germanischen Altertumskunde 2 (1913–1915), S. 236–239, S. 237 f. Ferner vgl. Bruno KRUSCH, Neue Forschungen über die drei oberdeutschen Leges. Bajuvariorum, Alamannorum, Ribuariorum, Berlin 1927, S. 1–3.

52) Dazu vgl. zum Beispiel Alfred BORETIUS, Beiträge zur Capitularienkritik, Leipzig 1874, S. 1–67; BRUNNER, Rechtsgeschichte (wie in Anm. 21), S. 405–412; Alfred von HALBAN, Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten. Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3 (Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 64), Breslau 1901, S. 193–198 und Richard SCHRÖDER/Eberhard Frh. von KÜNSSBERG, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Berlin/Leipzig ⁷1932, S. 283–286. Ferner vgl. HANNIG, Consensus fidelium (wie in Anm. 7), S. 15–17 (vgl. auch ebd. S. 49 f.) sowie SCHUMANN, Königsrecht (wie in Anm. 50).

53) So bemerkte Ekkehard KAUFMANN schon in den 1970er Jahren: »Es gab also im Grunde weder Volksrecht noch Königsrecht, sondern Recht, das im Zusammenwirken von König, Adel (und ›Volk‹) zustande gekommen war.« Vgl. KAUFMANN, Königsrecht (wie in Anm. 50), Sp. 1057.

54) Die Distinktion ›Volksrecht – Königsrecht‹ findet sich, wenngleich teilweise in differenzierter Form, noch in wichtigen Lehrbüchern der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Vgl. Heinrich MITTEIS, Der Staat des hohen Mittelalters. Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnszeitalters, Köln/Wien ⁹1974, S. 46; Hermann CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, Karlsruhe ²1962, S. 128 f. bzw. 134–136; Hans PLANITZ/Karl August ECKHARDT, Deutsche Rechtsgeschichte, Köln/Wien ¹1981, S. 76 f. und Heinrich MITTEIS/Heinz LIEBERICH, Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch (Juristische Kurz-Lehrbücher, München ¹⁵1978, S. 90–92 (zum Teil kritisch).

55) Wilhelm EBEL, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien 24), Göttingen ²1958, S. 12–25.

56) Franz BEYERLE, Über Normtypen und Erweiterungen der Lex Salica, in: ZRG 44 (1924), S. 216–261. Zu Beyerle vgl. Florian G. DÜRSELEN, Franz Beyerle (1885–1977). Leben, Ära und Werk eines Rechtshistorikers (Rechtshistorische Reihe 307), Frankfurt am Main/Berlin/Bern 2005; Axel SCHÜTZENMEISTER, Franz BEYERLE. Leben und Werk (Leipziger Juristische Studien, Rechtshistorische Abteilung 4), Leipzig 2008.

Lenkt man den Blick von Rudolph SOHM auf die Gegenwart, gelangt man schnell zu den Arbeiten der beiden Rechtshistoriker Jürgen WEITZEL und Gerhard DILCHER, die sich seit den 1980er Jahren mit dem Konsens und seiner Bedeutung für das (früh)mittelalterliche Recht beschäftigt haben. Ihre zumeist in anderen thematischen Zusammenhängen angestellten Überlegungen sind hier auch deshalb von Interesse, weil sie gegenüber den gerade skizzierten älteren Ansätzen einen anderen methodischen Zugang erkennen lassen. – Zunächst zu Jürgen WEITZEL. Wie für SOHM so liegen auch WEITZELS Ausgangspunkte im Bereich des Verfahrens, näherhin in Prozess und Gericht. Ausgehend von seiner 1985 veröffentlichten Habilitationsschrift ›Dinggenossenschaft und Recht‹ hat WEITZEL in verschiedenen Arbeiten die Bedeutung des Konsenses für das (früh)mittelalterliche Recht herausgearbeitet⁵⁷⁾. Seine Grundposition, die teilweise an älteren Vorstellungen des 19. Jahrhunderts anknüpft⁵⁸⁾, lässt sich auf folgenden Punkt bringen: »Das fränkisch-deutsche recht [sic] lebt und gilt nur im Konsens der Genossen.«⁵⁹⁾ Diese Aussage bezieht sich einerseits auf das Recht, das sich im Bewusstsein der nach ihm lebenden Menschen als ungeschriebene Rechtsgewohnheit darstellt, und andererseits auf das im Gericht gesprochene Recht, das in der konsensualen Rechtsfindung eine Konkretisierung erfährt, wenn in einem dinggenossenschaftlichen Verfahren die Urteiler unter Zustimmung der Gerichtsgemeinde erklären, was rechtens ist, und ein Urteil finden, das der Richter dann verkündet⁶⁰⁾. Zwar hebt WEITZEL hervor, dass man nicht »zu hohe Anforderungen« an den Konsens im Gericht stellen darf⁶¹⁾. Dennoch ist klar, dass aus seiner Sicht hier ein Geltungsgrund des Rechts und damit ein zentraler Aspekt des Rechtsbegriffs liegt.

In eine zum Teil ähnliche Richtung gehen die Überlegungen Gerhard DILCHERS, der im Konsens »eine wichtige Form der Legitimation von Recht, seiner Genese und seiner

57) Jürgen WEITZEL, *Dinggenossenschaft und Recht. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 15), 2 Bde, Köln/Wien 1985. Für eine Zusammenschau und Analyse von WEITZELS Auffassungen vgl. PILCH, *Rechtsgewohnheiten* (wie in Anm. 38), S. 183–191, 337–347.

58) August S. SCHULTZE, *Privatrecht und Process in ihrer Wechselwirkung. Grundlinien einer geschichtlichen Auffassung des heutigen Civilprocessrechts*, Bd. 1, Freiburg im Breisgau/Tübingen 1883, S. 97–126. Vgl. Peter LANDAU, *Otto Gierke und das kanonische Recht*, in: *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit. Ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen*, hg. von Joachim RÜCKERT und Dietmar WILLOWEIT (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 12), Tübingen 1995, S. 77–94, S. 91.

59) WEITZEL, *Dinggenossenschaft* (wie in Anm. 57), Bd. 2, S. 1346.

60) WEITZEL, *Relatives Recht* (wie in Anm. 43), S. 59. Ferner vgl. Karin NEHLSSEN-VON STRYCK, *Gerichtsverfahren*, in: HRG 2 (2009), Sp. 178–192; Heiner LÜCK, *Gerichtsverfassung*, in: HRG 2 (2009), Sp. 192–219; Wolfgang SELLERT, *Vollbort*, in: HRG 5 (1998), Sp. 1023–1024; Stefan Chr. SAAR, *Vollbort*, in: *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde* 32 (2006), S. 591.

61) WEITZEL, *Relatives Recht* (wie in Anm. 43), S. 59 Anm. 39.

Geltung« sieht⁶²). DILCHER unterscheidet im Anschluss an Wilhelm EBEL das Recht des Mittelalters in »Weistum, vereinbarte Satzung (Einung und Willkür) und obrigkeitliches Gebot« und sieht als Basis aller drei »Grundformen« einen sich unterschiedlich darstellenden Konsens. Im Hintergrund steht wohl die Webersche Vorstellung von der »Zustimmung als Grundlage des ›Legitimitätsglaubens‹« (DILCHER)⁶³). Die Bedeutung des so verstandenen Konsenses ergibt sich für DILCHER nicht zuletzt aus einer allgemeinen Deutung der frühmittelalterlichen Rechtskultur als Verbindung von »lateinischer Schriftkultur« und »germanischen Rechtsgewohnheiten«⁶⁴). Da zumindest im weltlichen Bereich die lateinische Schriftkultur nur eine bescheidene Rolle spielte, stellte sich Recht im frühen Mittelalter in erster Linie als Teil oraler Rechtskultur und als ungeschriebene Rechtsgewohnheit dar⁶⁵). Die Mündlichkeit, die die ältere Forschung lediglich im Zusammenhang mit Spezialfragen (zum Beispiel zum Verhältnis von schriftlicher Ausfertigung und mündlicher Bekanntmachung karolingischer Kapitularien)⁶⁶) interessierte, wird so zu einem allgemeinen Erklärungsfaktor für das Recht im frühen Mittelalter. Zur Findung oder Ermittlung eines solchen Rechts, das nur in der (kollektiven) Erinnerung und dem Bewusstsein der Gemeinschaft präsent war, bedurfte es des Konsenses, sei es in Form eines Weistums oder eines Urteils⁶⁷). Hier knüpft DILCHER an WEITZELS Überle-

62) DILCHER, Konsens (wie in Anm. 25), Sp. 109. Vgl. EBEL, Gesetzgebung (wie in Anm. 55), S. 11–27; Gerhard DILCHER, Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, in: Prozesse der Normbildung und Normveränderung im mittelalterlichen Europa, hg. von Doris RUHE und Karl-Heinz SPIESS, Stuttgart 2000, S. 187–201, S. 190 und PILCH, Rechtsgewohnheiten (wie in Anm. 38), S. 186 Anm. 239.

63) DILCHER, Konsens (wie in Anm. 25), Sp. 111. Vgl. Gerhard DILCHER, Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, in: Rechtsbegriffe im Mittelalter, hg. von Albrecht CORDES und Bernd KANNOWSKI (Rechtshistorische Reihe 262), Frankfurt am Main/Berlin/Bern 2002, S. 111–153, S. 119.

64) So der Untertitel des unter Federführung von Dilcher herausgegebenen, 2006 erschienenen Sammelbandes *Leges – Gentes – Regna*. Dazu siehe unten Anm. 75–80. Zum Begriff der Rechtsgewohnheit vgl. Anm. 41.

65) Gerhard DILCHER, Oralität, Verschriftlichung und Wandlungen der Normstruktur in den Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts, in: Pragmatische Schriftlichkeit im Mittelalter, hg. von Hagen KELLER, Klaus GRUBMÜLLER und Nikolaus STAUBACH (Münstersche Mittelalter-Schriften 65), München 1992, 9–19, S. 15; DILCHER, Konsens (wie in Anm. 25), Sp. 113. Vgl. PILCH, Rechtsgewohnheiten (wie in Anm. 38), S. 294–298, 307–312. DILCHER knüpft hier zum Teil an Überlegungen an, die in den 1980er Jahren bereits von Hanna VOLLRATH vorgetragen worden sind. Vgl. Hanna VOLLRATH, Gesetzgebung und Schriftlichkeit. Das Beispiel der angelsächsischen Gesetze, in: *HJb* 99 (1979), S. 28–54; DIES., Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften, in: *HZ* 233 (1981), S. 571–594; DIES., Rechtstexte in der oralen Rechtskultur des frühen Mittelalters, in: *Mittelalterforschung nach der Wende* 1989 (*HZ*, Beihefte 20), München 1995, S. 319–348.

66) Rudolf SCHIEFFER, Die Zeit des karolingischen Großreichs (714–887) (Handbuch der deutschen Geschichte, 10. Aufl., Bd. 2), 2005, S. 119 f.; LUPOI, Origins (wie in Anm. 22), S. 190 f.

67) Gerhard DILCHER, Zeitbewusstsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, in: Hochmittelalterliches Geschichtsbewusstsein im Spiegel nichthistoriographischer Quellen,

gungen zum fränkisch-deutschen Recht an, das im Konsens der Rechtsgenossen lebt, und liefert so zugleich eine kulturalistische Begründung für dessen Theorien.

Die Positionen WEITZELS und DILCHERS können hier auch deshalb nur skizzenhaft wiedergegeben werden, da sie noch keinen Niederschlag in Spezialstudien gefunden haben. Beachtung verdient vor allem das besondere normative Interesse am Konsens, der als eine wesentliche Eigenschaft des frühmittelalterlichen Rechtsbegriffs erscheint, sei es dass er als Grundlage einer dinggenossenschaftlichen Rechtsfindung (WEITZEL) oder sei es dass er als formales Instrument der Tradierung und Ermittlung von Recht (DILCHER) fungiert. Die gerade angedeuteten Theorien sind vor allem von perspektivischem Interesse. Zugleich fordern sie zu einer kurzen kritischen Vergewisserung heraus. – Das gilt zunächst für das Fundament der Überlegungen. Gemessen an der Allgemeinheit der Aussagen, die von WEITZEL oder DILCHER über das Recht im (frühen) Mittelalter getroffen werden, nimmt sich die Quellenbasis, zumindest soweit es die etwas eingehender interpretierten Texte betrifft, recht schmal aus⁶⁸⁾. Die Ursachen hierfür liegen wohl nicht zuletzt im allgemeinen Erkenntnisinteresse. Sowohl WEITZEL als auch DILCHER bieten vor allem Theorien zu Rechtsentwicklung und Rechtsbegriff im (frühen) Mittelalter, die in erster Linie aus der Arbeit mit und der Analyse von normativ-juridischen oder theoretischen Begriffen gewonnen werden. Demgegenüber treten die Quellen in den Hintergrund.

Jenseits dieses methodischen Ausgangspunktes besteht vor allem in zweierlei Hinsicht Anlass zur Nachfrage. Das betrifft, wenn man einmal von der Frage absieht, inwieweit sich die räumlich begrenzte Dinggenossenschaft überhaupt als allgemeines Erklärungsmodell eignet, zunächst WEITZELS Konsensbegriff. Was hat man sich unter dem Konsens, auf den WEITZEL sich bezieht, vorzustellen⁶⁹⁾? Diese Frage stellt sich nicht zuletzt deshalb,

hg. von Hans-Werner GOETZ, Berlin 1998, S. 31–72, S. 33 f., 46 f.; DILCHER, *Konsens* (wie in Anm. 25), Sp. 112. Vgl. auch Gerhard DILCHER, *Die Stellung des langobardischen Rechts in einer Typologie der frühmittelalterlichen Leges*, in: DERS., *Normen zwischen Oralität und Schriftkultur. Studien zum mittelalterlichen Rechtsbegriff und zum langobardischen Recht*, hg. von Bernd KANOWSKI, Susanne LEPSIUS und Reiner SCHULZ, Köln 2008, S. 225–264, S. 262; Gerhard DILCHER, *Germanisches Recht*, in: HRG 2 (2012), Sp. 241–252, Sp. 248.

68) Zweifel, ob ein Erklärungsansatz wie derjenige der Dinggenossenschaft über eine ausreichende Quellenbasis verfügt, sind schon früh geäußert worden. Vgl. Karin NEHLSSEN-VON STRYK, *Die boni homines des frühen Mittelalters unter besonderer Berücksichtigung der fränkischen Quellen* (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, N.F. 2), Berlin 1981, S. 83–92. Dagegen vgl. WEITZEL, *Dinggenossenschaft* (wie in Anm. 57), Bd. 1, S. 514–530 sowie Jürgen WEITZEL, *Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung*, in: *Leges – Gentes – Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur*, hg. von Gerhard DILCHER und Eva-Marie DISTLER, Berlin 2006, S. 351–366.

69) Unberücksichtigt bleibt hier die allgemeine Kritik, die an Weitzels Überlegungen von verschiedener Seite geübt worden ist. Vgl. Karin NEHLSSEN-VON STRYK, *Zum ›Justizbegriff‹ der rechtshistorischen Germanistik*, in: *Ius Commune* 17 (1990), S. 189–222; PILCH, *Rechtsgewohnheiten* (wie in Anm. 38),

weil WEITZEL die Anforderungen, was den Konsens ausmacht, so weit senkt, dass er sich mit dem Grundsatz *qui tacet consentire videtur* zufrieden gibt⁷⁰). Unter solchen Vorzeichen fällt es nicht schwer, allenthalben konsensuale Rechtsfindung am Werke zu sehen. Der zum allgemeinen Erklärungsmodell erhobene Konsens schrumpft, wenn nicht auf eine Fiktion, so doch auf ein (postuliertes) Formalprinzip zusammen, das sich zunächst einmal nur auf ein *Argumentum e silentio* stützen kann⁷¹). Auch in sachlicher Hinsicht bleibt manches unklar. Das gilt nicht zuletzt für die kommunikativen Voraussetzungen, das heißt die Frage, inwieweit man für das (Früh)Mittelalter grundsätzlich davon ausgehen kann, dass sich einzelne Glieder einer (Rechts)Gemeinschaft einem erwarteten oder eingeforderten Konsens verweigern konnten. Je nachdem, ob man eher die Möglichkeit zum Dissens oder einen Konsensdruck gegeben sieht, wird man WEITZELS Modell der Rechtsfindung, das seiner Konsensvorstellung zugrunde liegt, für mehr oder weniger überzeugend halten. Das reale Ungleichgewicht der Macht zwischen Gerichtsherrn und Dingenossen bleibt bei ihm jedenfalls weitgehend ausgeblendet⁷²).

Eine zweite Nachfrage gilt DILCHERS Hinweis auf die Bedeutung der oralen Rechtskultur. Zweifellos spielte Mündlichkeit innerhalb der frühmittelalterlichen Rechtsentwicklung eine wichtige Rolle⁷³). Allerdings stellt sich angesichts der Tatsache, dass es zum

S. 343–347. Auch punktuelle Einwände müssen hier ausgeblendet bleiben. Vgl. Franz KERFF, Die Urteilsfindung im Sendgericht. Kritische Anmerkungen zu Jürgen Weitzels ›Dingenossenschaft und Recht‹, in: Rechtshistorisches Journal 8 (1989), S. 397–407 (dagegen vgl. Jürgen WEITZEL, So scheiden sich die Geister, in: Rechtshistorisches Journal 8 (1989), S. 407–413); Jörg MÜLLER, Karl von Amira und das kanonische Recht. Am Beispiel des Rügeverfahrens, in: Karl von Amira zum Gedächtnis, hg. von Peter LANDAU, Hermann NEHLEN und Matthias SCHMOECKEL (Rechtshistorische Reihe 206), Frankfurt am Main/Berlin/Bern 1999, S. 273–289, S. 286 f.

70) WEITZEL, Relatives Recht (wie in Anm. 42), S. 59 Anm. 39. Zu der betreffenden Sentenz vgl. Cesare MAGNI, Il silenzio nel diritto canonico, in: Rivista di diritto privato 4,1 (1934), S. 50–90, 113–156; Stefan Tobis SCHWARTZE, Qui tacet, consentire videtur – eine Rechtsregel im Kommentar. Vorläufer in kanonistischen Brocardasammlungen und zeitgenössische Kommentierung (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, N.F. 104), Paderborn/München/Wien/Zürich 2003.

71) Zur Kritik an Weitzels Konsensbegriff vgl. auch Joachim RÜCKERT, Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe – germanisch, römisch, kirchlich, heutig?, in: Leges – Gentes – Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur, hg. von Gerhard DILCHER und Eva-Marie DISTLER, Berlin 2006, S. 569–602, S. 597 f.

72) ALTHOFF, Rechtsgewohnheiten (wie in Anm. 43), S. 35 f.

73) Zum Folgenden vgl. auch GOETZ, Moderne Mediävistik (wie in Anm. 6), S. 204 f., 349–353; Simon TEUSCHER, Zur Mediengeschichte des ›mündlichen Rechts‹ im späten Mittelalter, in: ZRG Germ. 131 (2014), S. 69–88, insbesondere S. 73–77. Ferner vgl. Michael RICHTER, Die ›Entdeckung‹ der Oralität der mittelalterlichen Gesellschaft durch die neuere Mediävistik, in: Die Aktualität des Mittelalters, hg. von Hans-Werner GOETZ (Herausforderungen. Historisch-politische Analysen 10), Bochum 2000, S. 273–285; Simon TEUSCHER, Erzähltes Recht. Lokale Herrschaft, Verschriftlichung und Traditionsbildung im Spätmittelalter (Campus Historische Studien 44), Frankfurt am Main 2007; Stephan MEDER, Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtssetzung, Tübingen ²2009, insbesondere S. 21–46 (zum antiken römischen Recht).

Recht des Frühmittelalters keine oralen Quellen gibt und noch kein Anhänger der oralen Rechtstradition auch nur für eine frühmittelalterliche Rechtsaufzeichnung umfassendere Angaben gemacht hat, welche Teile des betreffenden Textes beziehungsweise der einzelnen Kapitel mündlich zu Protokoll gegeben worden sind und was schriftkultureller Zusatz ist⁷⁴⁾, die Frage, wie sich ein solches vom Konsens geprägtes Recht konkret, das heißt in Hinblick auf seinen Inhalt und Normcharakter darstellte. Auf eine mögliche Antwort deutet der Untertitel des Sammelbandes ›Leges – Gentes – Regna‹, der unter Federführung von Gerhard DILCHER 2006 veröffentlicht wurde, hin⁷⁵⁾. Demnach beruht die »frühmittelalterliche Rechtskultur« auf einer Verbindung von »lateinischer Schriftkultur« und »germanischen Rechtsgewohnheiten«⁷⁶⁾. DILCHER verschränkt also die Dichotomie »oral – schriftlich« mit dem Gegensatz »germanisch – lateinisch«. Als Gegenstück zur »lateinischen Schriftkultur« bilden die »germanischen Rechtsgewohnheiten« demnach den Kern oder wesentlichen Teil einer frühmittelalterlichen Rechtskultur, der nicht durch Schriftlichkeit, sondern durch Oralität bestimmt war.

Probleme bereitet hier weniger das umstrittene Attribut »germanisch«, als vielmehr seine Verbindung mit dem Terminus »Rechtsgewohnheiten«⁷⁷⁾. Wenn über die Rechtsgewohnheiten der Teil der frühmittelalterlichen »Rechtskultur«⁷⁸⁾, der ursprünglich nicht zur lateinischen, auf Schriftlichkeit beruhenden Rechtstradition gehörte, mittelbar ger-

74) Zu der von HECK mit Blick auf die Lex Frisionum entwickelten Theorie einer Rechtsaufzeichnung als »Übersetzung zu Protokoll« und ihrer Ablehnung durch die Forschung vgl. Philipp HECK, Die Entstehung der Lex Frisionum (Arbeiten zur deutschen Rechts- und Verfassungsgeschichte 6), Stuttgart 1927, S. 39 f. beziehungsweise S. 56 und Harald SIEMS, Studien zur Lex Frisionum (Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 42), Ebelsbach 1980, S. 25.

75) Leges – Gentes – Regna (wie in Anm. 41).

76) Zum Untertitel des Sammelbandes siehe Anm. 75–80.

77) Jörg JARNUT, Germanisch. Plädoyer für die Abschaffung eines obsoleten Zentralbegriffes der Frühmittelalterforschung, in: Leges – Gentes – Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur, hg. von Gerhard DILCHER und Eva-Marie DISTLER, Berlin 2006, S. 69–77; DERS., Zum „Germanen“-Begriff der Historiker, in: Altertumskunde – Altertumswissenschaft – Kulturwissenschaft. Erträge und Perspektiven nach 40 Jahren Reallexikon der Germanischen Altertumskunde, hg. von Heinrich BECK, Dieter GEUENICH und Heiko STEUER (Ergänzungsbände zum Reallexikon der Germanischen Altertumskunde 77), Berlin/Boston 2012, S. 391–400. Zum Folgenden vgl. auch Karin NEHLSSEN-VON STRYK, Rez. zu: Leges – Gentes – Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur, hg. von Gerhard DILCHER und Eva-Marie DISTLER, Berlin 2006, in: ZRG Germ. 124 (2007), S. 426–436, S. 434–436.

78) Zum Begriff der Rechtskultur vgl. Werner GEPHART, Recht als Kultur. Zur kultursoziologischen Analyse des Rechts (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 209), Frankfurt am Main 2006; Georg MOHR, Was ist eine Rechtskultur, in: Recht und Kultur. Menschenrechte und Rechtskulturen in transkultureller Perspektive, hg. von Hans Jörg SANDKÜHLER (Philosophie und Transkulturalität 13), Frankfurt am Main/Berlin/Bern 2011, S. 9–20.

manisch attribuiert wird, dann liegt der Gedanke nahe, dass »oral« bezogen auf das Recht im frühen Mittelalter letztlich nicht viel mehr als ein Synonym für »germanisch« ist und hinter der oralen Rechtskultur eine andere, ältere Vorstellung steht, und zwar der Begriff des germanischen Rechts⁷⁹⁾. Damit wäre eine Antwort auf die Frage nach Inhalt und Normcharakter konsensual-oraler Rechtsüberlieferung gegeben. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch, dass so mancher Autor, der in der Vergangenheit den Begriffshimmel des germanischen Rechts zu erbauen half, »dicke Bücher über Gegenstände schrieb, die es nie gegeben hat« (GAGNÉR)⁸⁰⁾. Heute besteht kein Zweifel, dass das »germanische Recht«, so wie es sich in den älteren Lehrbüchern darstellt, auf methodisch zweifelhaften Grundlagen basiert und deshalb zu Recht von KROESCHELL und seinen Schülern seit den 1960er Jahren größtenteils demontiert worden ist⁸¹⁾. – Verbirgt sich also hinter der modernen Fassade von Konsens und Oralität das germanische Recht des 19. und frühen 20. Jahrhunderts? Die Frage bleibt letztlich offen. Zu denken gibt allerdings, dass DILCHER einzelne Spolien aus dem älteren Lehrgebäude wie etwa die Vorstellung einer besonderen (germanischen) Freiheit in seinen Konsensbegriff zu integrieren sucht⁸²⁾.

79) Karl KROESCHELL, Germanisches Recht als Forschungsproblem, in: Festschrift für Hans Thieme zu seinem 80. Geburtstag, hg. von Karl KROESCHELL, Sigmaringen 1986, S. 3–19; Karl KROESCHELL, Germanen, Germania, germanische Altertumskunde, IV, C: Recht, in: Reallexikon der Germanischen Altertumskunde 10 (21998), S. 215–228, hier: S. 395–408; DILCHER, Germanisches Recht (wie in Anm. 67) (insbesondere Sp. 249); Bernd KANNOWSKI, Germanisches Recht heute, in: Juristenzeitung 67 (2012), S. 321–327.

80) Sten GAGNÉR, Zielsetzung und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft, in: Festschrift für Hermann Krause, hg. von Sten GAGNÉR, Hans SCHLOSSER und Wolfgang WIEGAND, Köln/Wien 1975, S. 276–450, S. 285. Die Bemerkung bezieht sich auf: Karl von AMIRA, Nordgermanisches Obligationenrecht, 2 Bde, Leipzig 1882–1895. Vgl. Hermann NEHLSSEN, Karl von Amira (1848–1930). Ein Gelehrtenleben, in: Karl von Amira zum Gedächtnis, hg. von Peter LANDAU, Hermann NEHLSSEN und Mathias SCHMOECKEL (Rechtshistorische Reihe 206), Frankfurt am Main/Berlin/Bern 1999, S. 9–22, S. 15; Mathias SCHMOECKEL, Amira, Karl von, in: HRG 1 (22008), Sp. 200–202.

81) Wolfgang FLIESS, Die Begriffe Germanisches Recht und Deutsches Recht bei den Rechtshistorikern des 19. und 20. Jahrhunderts, jur. Diss., Freiburg im Breisgau 1968; Andrea NUNWEILER, Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung im ›Dritten Reich‹ (Fundamenta juridica 31), Baden-Baden 1996; Peter LANDAU, Prinzipien germanischen Rechts als Grundlage nationalistischer und völkischer Ideologien, in: Zur Geschichte und Problematik der Nationalphilologien in Europa. 150 Jahre Erste Germanistenversammlung in Frankfurt am Main (1846–1996), hg. von Frank FÜRBEETH, Pierre KRÜGEL, Ernst E. METZNER und Olaf MÜLLER, Tübingen 1999, S. 327–341; Johannes LIEBRECHT, Brunners Wissenschaft. Heinrich Brunner (1840–1915) im Spiegel seiner Rechtsgeschichte (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 288), Frankfurt am Main 2014, S. 114–121, 135–146. Ferner vgl. Jürgen BUSCH, Das Germanenbild der deutschen Rechtsgeschichte. Zwischen Wissenschaft und Ideologie (Rechtshistorische Reihe 299), Frankfurt am Main/Berlin/Bern 2004. Zu KROESCHELL siehe oben S. 28.

82) Gerhard DILCHER, Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, in: Leges – Gentes – Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur, hg. von Gerhard DILCHER und Eva-Marie DISTLER, Berlin 2006, S. 603–638, S. 634–636, vgl. auch ebd. S. 606. Dazu vgl. Hildburg HUNKE, Germa-

III. DREI FRAGEN NACH URSACHE UND WIRKUNG, ARGUMENTATION UND WISSEN SOWIE SPUREN IM TEXT

Wenn man von einzelnen Autoren den Blick noch einmal auf die Literatur allgemein richtet und nach übergreifenden Tendenzen fragt, die das Bild des Konsenses in der rechtshistorischen Literatur bestimmen, dann fällt unter anderem dreierlei ins Auge: Erstens eine, vielleicht auch von der Verfassungsgeschichte beeinflusste »voluntaristische« Wahrnehmung von Konsens als Ergebnis kollektiver Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse, zweitens ein weitgehendes Desinteresse an der diskursiven Seite des Phänomens und drittens eine Neigung zur begrifflich-theoretischen Konstruktion. Eine Antwort auf die Frage, inwiefern sich der Blick für »Recht und Konsens im frühen Mittelalter« weiten lässt, ergibt sich nicht zuletzt bei dem Versuch, über die gerade genannten Tendenzen hinauszugelangen. Die entsprechenden Ansätze lassen sich mit drei Stichworten verbinden: a) Konsens als Form und Folge des Rechts, b) Konsens und Wissen sowie c) Text als Niederschlag von Konsens.

Was mit dem ersten Punkt gemeint ist, wird womöglich etwas klarer, wenn man drei Quellen mit Blick auf den *consensus* zu Worte kommen lässt. Am Anfang steht Ciceros bekannte Definition der *res publica* als *res populi*, die dem Mittelalter über Augustins »De civitate Dei« und Isidors Etymologien mittelbar präsent war⁸³). Den *populus* als Gemeinschaft, deren Sache der Staat ist, bestimmt neben der Gemeinsamkeit der Interessen

nische Freiheit im Verständnis der deutschen Rechts- und Verfassungsgeschichtsschreibung, jur. Diss., Göttingen 1972; Dietmar WILLOWEIT, Freiheit in der Volksgemeinde. Geschichtliche Aspekte des Freiheitsbegriffs in der deutschen rechtshistorischen und historischen Forschung des 19. und 20. Jahrhunderts, in: Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen, hg. von Joachim RÜCKERT und Dietmar WILLOWEIT (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 12), Tübingen 1995, S. 301–322.

83) Marcus Tullius Cicero, De re publica, in: Ders., De re publica, De legibus, Cato maior de senectute, Laelius de amicitia, hg. von Jonathan G. F. POWELL, Oxford 2006, S. 28, Lib. I, 39: »*Est igitur inquit Africanus res publica res populi; populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*«. Vgl. Filippo CANCELLI, »Iuris consensu« nella definizione ciceroniana di »res publica«, in: Studi in memoria di Guido Donatuti, Bd. 1 (Università degli Studi di Parma, Facoltà di Giurisprudenza), Mailand 1973, S. 211–235; Hans-Peter KOHNS, Consensus iuris – communio utilitatis (zu Cic. Rep. I 39), in: Gymnasium 81 (1974), S. 485–498; Werner SUERBAUM, Vom antiken zum frühmittelalterlichen Staatsbegriff. Über die Verwendung und Bedeutung von *res publica*, *regnum*, *imperium* und *status* von Cicero bis Jordanis (Orbis antiquus 16–17), Münster 1977, S. 23–26; Mario VARVARO, Iuris consensus e societas in Cicerone. Un'analisi di Cic., De rep., 1,25,39, in: Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo 45 (1998), S. 445–482. Zur Rezeption vgl. Aurelius Augustinus, De civitate Dei, Bd. 1: Libri I–X, hg. von Bernhard DOMBART und Alfons KALB (CCSL 47), Turnhout 1955, Lib. II,21, S. 52–55; Matthew S. KEMPSHALL, De re publica 1.39 in Medieval and Renaissance Political Thought, in: Cicero's Republic, hg. von Jonathan G. F. POWELL und John A. NORTH (Bulletin of the Institute of Classical Studies, Supplement 76), London 2001, S. 99–135. Zu Isidor siehe Anm. 84–85.

(*communio utilitatis*) vor allem der *consensus iuris*. Ähnlich sieht es Isidor von Sevilla in seiner Erklärung von *populus*⁸⁴). Dagegen spielt der *consensus iuris* in den ›*Etymologiae*‹ bei der Erläuterung des Ausdrucks *lex* keine Rolle⁸⁵). Im Edikt von Pîtres (864) scheint es dann zu einer Synthese ciceronianisch-augustinischer und isidorischer Traditionen gekommen zu sein: *lex consensu populi et constitutione regis fit*⁸⁶).

Die kleine Auswahl legt die Vermutung nahe, dass eher das *ius* als die *lex*, das heißt im Sinne antiken Sprachgebrauchs eher das (womöglich ungeschriebene) Recht als das (geschriebene) Gesetz als Gegenstand des *consensus* gesehen wurde. Der Weg von Cicero zu traditionellen rechtshistorischen Vorstellungen von Recht und Konsens scheint so gesehen gar nicht so weit. Bei genauerer Betrachtung ergibt sich jedoch ein komplexeres Bild. Schon Ciceros Prägung *consensus iuris* ist deutungs offen. Die Junktur lässt sich einerseits als Genitivus obiectivus etwa mit »Anerkennung des Rechtes« (BÜCHNER) übersetzen, das heißt im Sinne von *consentiens de iure*⁸⁷). Das Volk (*populus*) ist demnach eine Gemeinschaft, die sich unter anderem dadurch auszeichnet, dass sie in Hinblick auf Recht und Gerechtigkeitsvorstellungen (*ius*) übereinstimmt, die sich ihrerseits aus dem Konsens ergeben. Doch lässt sich *consensus iuris* auch als Genitivus subiectivus, das heißt im Sinne von (*sociatus*) *consentiendi iure*, übersetzen⁸⁸). In diesem Fall käme das Einvernehmen oder der Konsens erst durch das *ius* zustande, das gleichsam den Rahmen bildet, der nicht nur den *consensus* erforderlich und möglich macht, sondern durch die Konsensbildung auch einen *coetus hominum* erst zu einem *populus* werden lässt. Diese zweite Deutungsmöglichkeit verweist auf einen Zugang, durch den sich die Rolle des Konsenses stärker historisieren lässt. Es geht dann nicht um einen unbewegten Bewegter, sondern immer auch um

84) Isidori Hispalensis episcopi *Etymologiarum sive originum libri XX*, rec. brevique adnotatione critica instruxit Wallace M. LINDSAY, Bd. 1: *Libros I–X*, Oxford 1971 (ND von: 1911), Lib. IX,4,5: *Populus est humanae multitudinis, iuris consensu et concordi communionem sociatus. Populus autem eo distat a plebibus, quod populus universi cives sunt, connumeratis senioribus civitatis*. Vgl. Hanna VOLLRATH-REICHEL, Königsgedanke und Königtum bei den Angelsachsen bis zur Mitte des 9. Jahrhunderts (Kölner historische Abhandlungen 19), Köln/Wien 1971, S. 41–43; Otto ZWIERLEIN, Die Definition von *populus* in Isidorus *Etymologiae*, in: Göttinger Forum für Altertumswissenschaft 6 (2003), S. 123–128.

85) Isidorus, *Etymologiae* (wie in Anm. 83), Lib. II,10,1: *Lex est constitutio populi, quam maiores natum cum plebibus sancierunt. Nam quod Rex uel Imperator edicit, constitutio uel edictum vocatur*. Vgl. Heinrich Eduard DIRKSEN, Ueber die durch Isidor von Sevilla benutzten Quellen des römischen Rechts, in: DERS., *Hinterlassene Schriften*, hg. von Friedrich Daniel SANIO, Bd. 1, Leipzig 1871, S. 185–203, S. 192; BRUNNER, *Rechtsgeschichte* (wie in Anm. 21), S. 419.

86) *Capitularia* (wie in Anm. 2), Nr. 273 (Edictum Pistense, a. 864), cap. 6, S. 313 Z. 35. Vgl. Felix DAHN, *Die Könige der Germanen. Das Wesen des ältesten Königthums der germanischen Stämme und seine Geschichte bis zur Auflösung des Karolingischen Reiches*, Bd. 7, 2, Leipzig 1909, S. 42 Anm. 1; GANSHOF, *Kapitularen* (wie in Anm. 10), S. 59 f.; SCHNEIDMÜLLER, *Pîtres* (wie in Anm. 2).

87) Karl BÜCHNER, *M. Tullius Cicero, De re publica. Kommentar*, Heidelberg 1984, S. 123 f.

88) CANCELLI, *Iuris consensu* (wie in Anm. 83); Georg ZENKERT, *Die Konstitution der Macht. Kompetenz, Ordnung und Integration in der politischen Verfassung* (Philosophische Untersuchungen 12), Tübingen 2004, S. 85. Dagegen vgl. BÜCHNER, *De re publica* (wie in Anm. 87), S. 124.

das Ergebnis anderer, insbesondere rechtlicher Faktoren (zum Beispiel von Normen, Verfahren und Institutionen).

Doch ganz gleich, welchen der beiden Aspekte man in den Vordergrund rückt, beide verweisen auf jene Seite des Konsenses, die in der Wortbedeutung »Zustimmung, Einwilligung« präsent ist⁸⁹⁾. Allerdings gibt der Duden noch eine andere Grundbedeutung von »Konsens« an, und zwar »Übereinstimmung der Meinungen«. Das führt insofern zum zweiten Gesichtspunkt, das heißt zu Konsens als Wissen, als die zweite Grundbedeutung eher auf die kognitive oder diskursive Seite des Phänomens hindeutet. In diesen sachlichen Zusammenhang gehören etwa die philosophische Vorstellung von dem *consensus omnium* als Wahrheitsindiz und -kriterium und der aus der Kirchengeschichte geläufige Gedanke des *consensus patrum*, aus dem sich Antworten auf Glaubensfragen ergeben⁹⁰⁾.

Mit dem Recht scheint das auf den ersten Blick nicht viel zu tun zu haben. Bei genauer Betrachtung ergibt sich jedoch ein anderer Eindruck. Erinnert sei nur an die Bedeutung, die ESSER und WIEACKER dem Konsens beziehungsweise der Konsensfähigkeit für das Recht zuweisen⁹¹⁾. Ihre Überlegungen stehen in enger Verbindung mit der seit den 1960er Jahren geführten juristischen Topik-Diskussion, in der es unter anderem um Fragen des Konsenses der Meinungen und Wertungen innerhalb der Rechtswissenschaft ging⁹²⁾. In diesem Zusammenhang stand der Konsens der Fachleute, das heißt der Juristen, im Mittelpunkt des Interesses. Doch ist das Blickfeld der antiken Topik ungleich weiter, geht es ihr doch um Topoi, das heißt Sätze und Argumente, »die Allen oder den Meisten oder den Weisen wahr scheinen, und auch von den Weisen wieder entweder Allen oder den Meisten oder den Bekanntesten und Angesehensten« (Aristoteles)⁹³⁾. Vor diesem Hintergrund betrachtet könnte man fragen, ob sich nicht auch in den Rechtstexten des Frühmittelalters Spuren von Konsens im Sinne einer »Übereinstimmung der Meinungen« finden. Zu denken wäre etwa an das, was mit Blick auf Prologe und Epiloge mitunter als Topoi oder

89) Duden. Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. 4, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 21994, S. 1943 s. v. Konsens.

90) Klaus OEHLER, *Der Consensus omnium als Kriterium der Wahrheit in der antiken Philosophie und der Patristik. Eine Studie zur Geschichte des Begriffs der Allgemeinen Meinung*, in: DERS., *Antike Philosophie und byzantinisches Mittelalter*, München 1969, S. 234–271; Ruth SCHIAN, *Untersuchungen über das »argumentum e consensu omnium«* (Spudasmata 28), Hildesheim/New York 1973; Johannes BEUMER, *Die mündliche Überlieferung als Glaubensquelle* (Handbuch der Dogmengeschichte I,4), Freiburg/Basel/Wien 1962.

91) Siehe oben S. 24 f.

92) Agnes LAUNHARDT, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie. Eine Untersuchung zu Rezeption und Relevanz der Rechtstheorie Theodor Viehwegs* (Recht und Rhetorik 3), Frankfurt am Main 2010.

93) Aristoteles, *Topik*, übersetzt von Eugen ROLFES, Leipzig 1919, I,1 (100b18), S. 1. Vgl. Wim A. DE PATER, *La fonction du lieu et de l'instrument dans les Topiques*, in: *Aristotle on Dialectic. The Topics. Proceedings of the Third Symposium Aristotelicum*, hg. von Gwilym E. L. OWEN, Oxford 1968, S. 164–188.

bloße Rhetorik abgetan wird⁹⁴), oder auch an die vielfältigen Formen der Argumentation, die sich in den *Leges barbarorum* finden. Daraus ergibt sich eine allgemeinere Überlegung. Möglicherweise war für die Autorität des weltlichen Rechts, über dessen Aufzeichnung auf Versammlungen im frühen Mittelalter entschieden wurde, sowohl in einem formalen als auch in einem materialen Sinne der Gedanke der Gerechtigkeit – oder modern gesprochen der Richtigkeit des Rechts⁹⁵) – von ungleich größerer Bedeutung als in der Forschung gemeinhin angenommen wird, und dies könnte zugleich eine Erklärung für das zeitgenössische Bedürfnis nach Beratung (*consilium*) und Zustimmung (*consensus*) liefern⁹⁶).

Das führt zum letzten Punkt, Konsens und Text. Seine Bedeutung zeigt sich zunächst *ex negativo*, wo theoretische Postulate und begriffliche Konstruktionen den Blick auf die Quellen verstellen. Als Beispiel mag das Konsenserfordernis in der römischrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht dienen⁹⁷). Es wird in einer (Pseudo)Ulpian zugeschriebenen Sentenz greifbar, derzufolge die Sitten die stillschweigende Zustimmung des Volkes sind, die durch lange Gewohnheit verwurzelt ist⁹⁸). Wenn man will, kann man das als bloßen Überbau verbuchen. HANNIG etwa geht in seiner Dissertation zwar auf diese Auffassung ein, doch interessiert sie ihn nur mit Blick auf die Herrscherideologie der

94) Dazu vgl. Christoph H. F. MEYER, König Rothari (in diesem Band) S. 169–171.

95) NAUCKE, Konsens (wie in Anm. 26), S. 50–52.

96) Robert SCHEYHING, Rez. zu: Jürgen Hannig, *Consensus fidelium* [...], in: ZRG Germ. 102 (1985), S. 351–353, S. 352. Ferner vgl. Hermann KRAUSE, *Consilio et iudicio*. Bedeutungsbreite und Sinngehalt einer mittelalterlichen Formel, in: *Speculum historiale*. Geschichte im Spiegel von Geschichtsschreibung und Geschichtsdeutung. Festschrift Johannes Spoerl, hg. von Clemens BAUER, Laetitia BOEHM und Max MÜLLER, Freiburg im Breisgau/München 1965, S. 416–438; Jürgen WEITZEL, Die Formel *consilio et iudicio* im Lichte des fränkisch-deutschen Urteilsverständnisses, in: *Wege europäischer Rechtsgeschichte*. Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen, hg. von Gerhard KÖBLER (Rechtshistorische Reihe 60), Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1987, S. 573–591; Gerd ALTHOFF, *Colloquium familiare – Colloquium secretum – Colloquium publicum*. Beratung im politischen Leben des früheren Mittelalters, in: *FmSt* 24 (1990), S. 145–167; Verena POSTEL, *Communiter inito consilio*. Herrschaft als Beratung, in: *Politische Reflexion in der Welt des späten Mittelalters/Political Thought in the Age of Scholasticism*. Essays in honour of Jürgen Miethke, hg. von Martin KAUFHOLD (Studies in Medieval and Reformation Traditions 103), Leiden/Boston 2004, S. 1–25; DEUTINGER, Königsherrschaft (wie in Anm. 17), S. 225–272.

97) Alfred PERNICE, *Parerga X*. Nachtrag über Gewohnheitsrecht und ungeschriebenes Recht, in: ZRG Rom. 22 (1901), S. 59–95, S. 69–74; CASCIONE, *Consensus* (wie in Anm. 30), S. 129–160.

98) Martin AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung (Quellen und Forschungen zum Recht und seiner Geschichte 12), Göttingen 2005, S. 170 ((Pseudo)Ulpianus, *Epitome regularum I,4: Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus.*) Vgl. ebd. S. 170–173; Dig. 1,3,32,1; Inst. 1,2,9.11 sowie Caroline HUMFRESS, *Law and Custom under Rome*, in: *Law, Custom and Justice in Late Antiquity and the Early Middle Ages*, hg. von Alice RIO, London 2011, S. 23–47.

römischen Kaiser⁹⁹). Unberücksichtigt bleibt dabei jedoch, dass das Konsenserfordernis im Zusammenhang mit der Lehre vom Gewohnheitsrecht einen wichtigen rechtsimmanenten Beitrag zur Erklärung des Umstands liefern könnte, dass römische und nachrömische Gesetzgeber ausweislich von Prologen und Epilogen bei der Aufzeichnung ungeschriebener Gewohnheit so großen Wert auf den Konsens legten¹⁰⁰).

Doch erschöpft sich der Hinweis auf »Konsens und Text« nicht in dem allgemeinen Monitum einer quellennahen Betrachtungsweise. Er zielt auch auf ältere methodische Traditionen, für die zum Beispiel Franz BEYERLE steht¹⁰¹). Wenn sich Konsensbildung in Form und Inhalt von Rechtsaufzeichnungen niederschlug, dann ist zu fragen, inwieweit nicht der Wortlaut, das heißt der Text, das Ergebnis eines Ausgleichs zwischen unterschiedlichen Positionen, das heißt auch von Konflikt und Dissens, ist¹⁰²). Dabei muss es sich nicht notwendigerweise um eine Übereinstimmung in Hinblick auf das rechtlich oder theologisch Richtige oder Wahre, das heißt einen Richtigkeits- oder Wahrheitskonsens handeln¹⁰³). Oft mag einfach ein Kompromiss zwischen unterschiedlichen Interessen, den SIMMEL einmal als »eine der größten Erfindungen der Menschheit« bezeichnet hat¹⁰⁴), vorausgegangen sein. Doch ganz gleich, ob der *lex scripta* ein Wahrheits- beziehungsweise Richtigkeits- oder ein Interessenkonsens zugrunde liegt, die Möglichkeit, dass es sich um einen »bewegten Text« handelt, der das Ergebnis von Diskussionen, Ver-

99) HANNIG, *Consensus fidelium* (wie in Anm. 7), S. 44.

100) Zur Präsenz solcher Vorstellungen im frühen Mittelalter vgl. *Lex Romana canonice compta. Testo di leggi romano-canoniche del sec. IX pubblicato sul ms. Parigino Bibl. Nat. 12448*, hg. von Carlo Guido MOR (Pubblicazioni della R. Università di Pavia, Facoltà di Giurisprudenza), Pavia 1927, cap. CLXX, 10, S. 116: [...] *Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit: nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*. Vgl. Inst. 1,2,9 und Wolfgang KAISER, *Die Epitome Iuliani. Beiträge zum römischen Recht im frühen Mittelalter und zum byzantinischen Rechtsunterricht* (Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 175), Frankfurt am Main 2004, S. 493–522. Ferner vgl. KAUFMANN, *Deutsches Recht* (wie in Anm. 25), S. 88–90. Möglicherweise beeinflussten diese römischrechtlichen Vorstellungen selbst das islamische Recht. Vgl. Joseph SCHACHT, *Fiqh*, in: *The Encyclopaedia of Islam* 2, Leiden 1991, S. 886–891, S. 887.

101) Siehe oben S. 33.

102) Adolf MERKEL, *Recht und Macht*, in: DERS., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, Bd. 1, Straßburg 1899, S. 400–428 (ND von: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft* 5 (1881), S. 439–465), S. 422 f. Ferner vgl. Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Der politische Kompromiß als Chance und Gefahr für die Rationalität der Gesetzgebung*, in: *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, hg. von Dieter GRIMM und Werner MAIHOFFER (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13), Opladen 1988, S. 290–326.

103) Zum Folgenden vgl. Dietrich BÖHLER/Boris RÄHME, *Konsens*, in: *Historisches Wörterbuch der Rhetorik* 4 (1998), Sp. 1256–1298, Sp. 1256–1258.

104) Georg SIMMEL, *Das Ende des Streits*, in: DERS., *Aufsätze und Abhandlungen 1901–1908*, Bd. 1 (Georg Simmel Gesamtausgabe 7), Frankfurt am Main 1995, S. 333–344, S. 338.

handlungen und Revisionen ist¹⁰⁵⁾, bietet die Chance, konsensuale Baufugen in der Normenarchitektur zu ermitteln und auf diese Weise einen Beitrag zur Historisierung des frühmittelalterlichen Rechts zu leisten¹⁰⁶⁾.

CONSENSUS IN THE LEGAL HISTORY OF THE EARLY MIDDLE AGES

Starting with a brief glance at the modern historical interest in law and *consensus* in the early Middle Ages the article proceeds in three steps. First, the author looks at the phenomenon of both consent and consensus within the general picture of (early) medieval legal history. In a second step he deals with selected research trends. Having outlined the development of Legal History as an academic discipline at German speaking universities since the 1980 s the author analyses the assumptions of three legal historians (Rudolph SOHM, Jürgen WEITZEL and Gerhard DILCHER) regarding the role of consensus within the general picture of secular law in the early Middle Ages. The article concludes with an outlook on some perspectives for future research.

105) Für einen entsprechenden Ansatz in der antiken Konziliengeschichte vgl. Samuel LAEUCHLI, *Power and Sexuality. The Emergence of Canon Law at the Synod of Elvira*, Philadelphia 1972, S. 4–9, 17–55. Zu Laeuchli vgl. Hamilton HESS, *The Early Development of Canon Law and the Council of Serdica*, Oxford 2002, S. 29–33, S. 28 f. beziehungsweise S. 41; Andreas WECKWERTH, *Das erste Konzil von Toledo. Philologischer und kirchenhistorischer Kommentar zur Constitutio concilii* (Jahrbuch für Antike und Christentum, Ergänzungsband, Kleine Reihe 1), Münster 2004, S. 75 f. Ferner vgl. Arthur P. MONAHAN, *Consent, Coercion and Limit. The Medieval Origins of Parliamentary Democracy*, Leiden 1987, S. 46–56.

106) Vgl. auch BEYERLE, *Normtypen* (wie in Anm. 56), S. 219.