

Mittelalterliches Denken für die Rechtsgeschichte

Nach dieser Reise durch Fritz Kerns Lebensprojekt lassen sich nunmehr die Jahre zwischen 1910 und 1920 erneut aufsuchen, um, vor dem Hintergrund des gerade Betrachteten, auch einen deutlicheren Einblick in die ursprüngliche Zielführung seiner Lehre vom *guten alten Recht* zu erhalten. Von den eher allgemeinen, weitläufigeren Kontexten, in denen Kerns historiographisches Denken als Ganzes stand, wenden wir uns damit zugleich ab und dem im engeren Sinne rechtshistoriographischen Diskurszusammenhang dieser Lehre zu. Denn die oben durchmusterten Ziele und Vorbilder der Kernschen Version von *Geistesgeschichte* lassen sich in *Recht und Verfassung im Mittelalter* tatsächlich ohne Mühe wiederfinden. Daß eine dem aufgewühlten ideengeschichtlichen Umfeld des frühen 20. Jahrhunderts derart verpflichtete Lehre wie das *gute alte Recht* im mediävistischen Gespräch der Folgejahrzehnte noch eine so starke semantische Anziehungskraft entfaltete, war zudem ebenso kein Zufall. Zuerst aber sei betrachtet, in welchen rechtshistoriographischen Kenntnisstand hinein der Aufsatz stieß, damit sich seine spezifische Ausrichtung klarer verdeutlichen läßt.

1. Nationalgeschichtliche Vorgänger

Es ist bekannt, daß die Aussagen Kerns über das mittelalterliche Recht und die Rechtsanschauung der Frühzeit keinesfalls durchweg unerhörte Thesen formulierten, vielmehr bereits verbreitete Bilder der rechtsgeschichtlichen Mediävistik aufgriffen. Heinrich Mitteis, selbst beeindruckt vom *guten alten Recht*, beobachtete schon 1941, daß dessen wesentliche Teile sich »durchaus auf dem Boden« befänden, den »die germanistischen Rechtshistoriker schon immer gelehrt haben«.¹ In der Tat wurden ähnliche Reflexionen seit langem angestellt. Einen ersten Höhepunkt erlebten sie in der romantisch geprägten Frühphase der Historischen Rechtsschule; ihr Glaube an das Umhegt- und Getragensein von überindividuellen Mächten und alter Nationalgeschichte machte auch auf die

1 H. MITTEIS, Land und Herrschaft [1941], S. 271.

Rechtsanschauung unter den Umständen einer illiteraten, archaischen Welt der Frühzeit aufmerksam, so wenig damit schon die Kategorie einer regelrechten Milieuabhängigkeit erschlossen war.² Jacob Grimm wandte sich dem Fluchtpunkt eines nationalen *Urzustandes* mit besonderer Sensibilität zu. Besorgt um das Schicksal seiner Gegenwart schilderte er die Buntheit der vermeintlich deutschen Frühgeschichte mit großer Anteilnahme:³ Mythos, Märchen und die Trias von Recht, Sitte und Sprache prägen seine Schilderungen der alten Rechtsanschauung und ihrer Güte. Sie *erfrischte* sich, wie die ursprüngliche Volkskultur insgesamt, in Sprache und Rechtsbrauch unaufhörlich *neu* – und war der römischrechtlich geprägten schroff entgegengesetzt.⁴ Offenkundig ist dabei die identitätsspendende Rolle, welche die Darstellungen innerhalb der liberalen Bewegung spielten.⁵ Derartige, stark verfassungspolitisch motivierte Bilder eines guten Rechts der nationalen Frühzeit finden sich nicht allein bei ihm,⁶ auch und vor allem im Umkreis der Frankfurter Germanistenversammlungen, die unter seinem Vorsitz tagten, wurden die Schlagworte von Alter und Güte der frühen Rechtsanschauung vielfach im Munde geführt. Für das rechts-

- 2 Zur verhindernden Wirkung des allgegenwärtigen *Volksgeist*-Denkens schon E. SCHULIN, Traditionskritik [1979], S. 40.
- 3 Hier war die Welt am schönsten und man selbst *Wunder* und *Göttlichkeit* am nächsten, denn das »Gedenken der Vorzeit, wie der Anblick der Schöpfung, ist uns ein unversieglischer halb demütigender halb erhebender Trost, der uns zu Gott verbindet auf beiden Wegen«, vgl. Jacob Grimm an Friedrich Carl von Savigny, Brief vom 29.10.1814 (in: W. SCHOOF, Briefe der Brüder Grimm an Savigny [1953], S. 173).
- 4 J. GRIMM, Rechtsaltertümer [1828], S. VII, XVI, und DERS., Poesie [1816], S. 60; siehe W. OGRIS, Jacob Grimm und die Rechtsgeschichte [1986], S. 75, auch K. LUIG, »Römische und germanische Rechtsanschauung« [1995], S. 108 f.
- 5 Gerade bei Grimms Äußerungen handelte es sich nicht um solche über das *mittelalterliche* Recht, denn Grimm besorgte sich um die eigene Vorgeschichte, weniger um das Mittelalter (schieß W. G. BUSSE, Jacob Grimms Konstruktion des Mittelalters [1997]), und in seiner Beschäftigung mit ihr zersetzte Grimm den Begriff der Geschichte nachgerade, vgl. U. WYSS, Die wilde Philologie [1979], S. 263, der daher eine postmodern-erhellende und nicht *historisch totalisierte* Form diskursiver Struktur in der *Matrix* des *Heimatbegriffs* erkennt, die tatsächlich Derrida die Hände reiche.
- 6 Obgleich in sehr unterschiedlicher Nuancierung; auch Beseler sah bekanntlich mit der freiheitlichen Rechtsanschauung der germanischen Stämme »eine nationale Entwicklung vor sich« gehen (G. BESELER, Volksrecht und Juristenrecht [1843], S. 5, vgl. auch B.-R. KERN, Georg Beseler [1982], insb. S. 376 f., 381 f., 502, – für die »alte deutsche Freiheit« bei Reyscher und den Kontext insg. J. RÜCKERT, Reyschers Leben und Rechtstheorie [1974], S. 89–92, 142, 254, 280 f.; allgemein bei G. DILCHER, Mittelalterliche Rechtsgewohnheit [1992], S. 33 f.). Unter eifrig sammelnden Volkskundlern des 19. Jahrhunderts existierten ähnliche Bilder, vgl. nur J. SCHEIBLE, Die gute alte Zeit [1847].

historische Mittelalter-Bild, das dem Denken Kerns vorausging, waren indes die Ausführungen präsenter, die Jahre später Otto Gierke hierzu machte. In seiner Darstellung zur alten Rechtsanschauung, die ihm den Ursprung zur Entstehung *genossenschaftlicher* Verbandsformen darstellte, lehnte er sich erkennbar an Grimm und die frühe Germanistik an.⁷ Auch Gierke schilderte vielfach und ausführlich, wie sich im frühen Mittelalter eine Rechtsüberzeugung ohne rechte Reflexion und in unbemerkt-ständiger Wandlung habe ausprägen können,⁸ daß insbesondere Recht und Sittlichkeit ineins gelegen hätten und so die Überzeugung von der Güte des Rechts seinerzeit stets lebendig gewesen sei.⁹

Insofern sie aus juristisch-germanistischer Feder stammten, waren diese Darstellungen bekanntlich von einer anderen Auseinandersetzung getrieben, denn sie waren nicht eigentlich Mediävistik, sondern stützten die Bekenntnisse ihrer Urheber innerhalb der großen gegenwartsgerichteten Rechtsquellendebatte des 19. Jahrhunderts und der allgegenwärtigen Diskussion um das *Gewohnheitsrecht*. Dessen Gründung auf die Überzeugungen eines ungelehrten Volkes einerseits oder aber auf die Autorität rechtswissenschaftlicher Erkenntnis andererseits wurde im Kontext der Volksgeist-Metapher heftig umstritten, und von hierher wirkte eine Schwerkraft auf das zeitgenössische Bild von der frühmittelalterlichen Rechtsanschauung. Von Puchta stammte die maßstäbliche Monographie aus romanistischer Hand, gegen die Beseler anschrieb und die auch in den folgenden Jahrzehnten der Referenzpunkt blieb.¹⁰ Wurde auch die Volksgeist-fixierung bald schon, zunächst eher subkutan, durch neue Ausrichtungen ergänzt,¹¹ so überdauerten doch die Topoi von Gewohnheit, Überzeugung und Übung. Noch die rechtswissenschaftlichen Diskussionen des ausgehenden 19. Jahrhunderts hierüber, ihrerseits Brutstätten für die sich erst formierende wissenschaftliche Soziologie, wirkten mit diesen Problemstellungen ungemin-dert in die Rechtsgeschichte hinein. 1883 etwa breitete Zitelmann in einer viel

- 7 Vgl. O. GIERKE, GenR II [1873], S. 12 ff., 457 ff., obgleich er deren »Stimmung der Romantiker« hinter sich lassen wollte, DERS., Jugend und Altern im Recht [1879], S. 231.
- 8 Ebd., S. 210–218, dort zur »Heilighaltung des alten Rechts, allein weil es alt ist«, denn »als Frevel empfände man seine überlegte Veränderung. Daß dennoch unaufhörlich Wandlungen sich vollziehen, wird von Niemand bemerkt« (S. 211, 210).
- 9 Ebd., S. 226–229.
- 10 G.F. PUCHTA, Das Gewohnheitsrecht [1828/37]; dazu bei H.-P. HAFERKAMP, Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« [2004], S. 141 ff.
- 11 J. SCHRÖDER, Zur Theorie des Gewohnheitsrechts [2007], S. 221 ff.; vgl. auch O. GIERKE, Dt PR [1895], S. 161 ff.

beachteten Studie die auch für die zeitgenössische Rechtswissenschaft überaus strittige Frage aus, ob einer sich durch *Irrtum* festsetzenden Gewohnheit späterhin Rechtscharakter zukommen könne oder nicht.¹² Auch die erste im engeren Sinne rechtshistoriographische Monographie zum Gewohnheitsrecht entstand in dieser Epoche: Siegfried Brie verfaßte eine Geschichte der Rechtsquellenlehren zum Gewohnheitsrecht, die sich wie die historisierte Antwort auf Puchtas Werk präsentierte.¹³ Mit besonderem Nachdruck wandte er sich der mittelalterlichen Rechtsanschauung zu, und auch hier finden sich die bekannten Urteile über das Gewohnheitsrecht und dessen Alter, schließlich habe die gute und alte Gewohnheit sogar bestehende Gesetze aufheben können.¹⁴ Seine Ausführungen zeigen die epochentypischen Signa des Fachs um 1900, sowohl ein hohes Maß fachwissenschaftlichen Selbstgefühls des Rechtshistorikers als auch die enge Anlehnung an die analytischen Ideale der zeitgenössischen Rechtswissenschaft. Und sie führen viele Aussagenteile des Kernschen Aufsatzes längst mit sich, wie diese sich auch in weiteren, *Recht und Verfassung im Mittelalter* unmittelbar vorausgehenden Veröffentlichungen unverändert finden.¹⁵ Kerns Thesen waren also insoweit kaum ein Novum. Ebenso das Schlagwort, die griffig-markante Formel vom *guten alten Recht* selbst, existierte schon lange. Besonders präsent war ihre Rolle im württembergischen Verfassungskonflikt 1815–1819 gewesen; das antiobrigkeitliche Ringen um das *Alte Recht* hatte sich ihrer bedient und Ludwig Uhland, später wie Grimm Teilnehmer der Germanisten- und Paulskirchenversammlungen, schon 1816 in seinem freiheitslobenden Gedicht das »gute

- 12 E. ZITELMANN, Gewohnheitsrecht und Irrthum [1883], zur Frage rechtlicher Geltung dort S. 446 ff., 456 f., oder zur »Macht der dauernden Thatsachen«, einer Variante der wenig später beliebten *normativen Kraft des Faktischen*, S. 464. Vgl. J. SCHRÖDER, Zur Theorie des Gewohnheitsrechts [2007], S. 228 f., für den Kontext insb. H.-P. HAFERKAMP, Psychologismus bei Ernst Zitelmann [2009], S. 216–223.
- 13 S. BRIE, Lehre vom Gewohnheitsrecht [1899]; Brie wollte die unzureichende historische Solidität in Puchtas Werk überwinden, es gewissermaßen dogmengeschichtlich einholen und entwarf dafür eine quellengeschichtliche Synthese von der Antike bis zu den Kanonisten.
- 14 Ebd., S. 202–266, zu Lehre von altem Recht S. 225–229, zur Güte des Rechts S. 235–244, 254 f.; s. auch G. KÖBLER, Recht im frühen Mittelalter [1971], S. 14 f., oder G. DILCHER, Mittelalterliche Rechtsgewohnheit [1992], S. 34 f.
- 15 Einen Eindruck von der Sicht der rechtshistorischen Germanistik direkt vor Kern bieten so unterschiedliche Darstellungen wie R. HÜBNER, Grundzüge des deutschen Privatrechts [1912], S. 4 ff., oder K. v. AMIRA, Grundriß des germanischen Rechts [1913], S. 11. Auch außerhalb der wissenschaftlichen Literatur, in rechtspolitischen Populärschriften wie in der bereits radikal geprägten von A. WAGEMANN, Geist des germanischen Rechts [1913], war gutes und altes Recht im germanischen Denken selbstverständlich, das *gute alte Recht* der Kernschen

alte Recht« anrufen.¹⁶ »Durch die Gedichte Ludwig Uhlands« war bis zur Zeit der Entstehung von *Recht und Verfassung im Mittelalter* »das ›gute alte Recht‹ ein fast jedermann geläufiger Ausdruck geworden«,¹⁷ nicht nur dem Württemberger Kern, sondern weit über die Grenzen Südwestdeutschlands hinaus.

Ein erster wesentlicher Unterschied zu Kerns Herangehensweise liegt allerdings schnell auf der Hand: Die herkömmlichen Bilder zum frühen deutschen Recht und der Anschauung von ihm hatten tatsächlich zusätzliche, weiter reichende Annahmen enthalten und über eine Art semantischen Mehrwert verfügt: Gierke etwa sprach von Rechtsanschauung, ließ sie aber leicht mit dem *Volksgeist* verschmelzen¹⁸ oder verstand die Hochachtung der vermeintlichen Güte des Rechts zugleich als Ausweis der Sittlichkeit des alten Rechts selber und dessen Ursprungs in einer eher naturrechtlich versicherten *Rechtsidee*.¹⁹ Nicht allein der mittelalterliche Glaube an das Alter des Rechts, zugleich das eigentliche Alter des Rechts beschäftigte ihn, das ihm zu einem stützenden Argument im Kampf gegen das *fremde* romanistische Rechtsdenken wurde. Für das Gros der Germanisten handelte es sich schließlich um Fragen der »Erforschung unseres alten guten Rechtes«,²⁰ denn die deutsche Rechtsgeschichte war, wie es 1919 Eugen Rosenstock nach seiner Rückkehr aus dem Kriege anprangerte, auf eine »überfeine Abstraktion aufgebaut«: daß »ein deutscher Faden aus dem Teppich der Rechtsgeschichte« herauszulösen und isoliert zu verstehen sei.²¹

Fassung gleichwohl unbekannt (vgl. S. 26; zu Wagemann P. LANDAU, *Römisches Recht und deutsches Gemeinrecht* [1989], S. 18–24).

- 16 Aus der älteren Literatur zum Verfassungskonflikt A. LIST, *Der Kampf um's gute alte Recht* [1912]; für die Zeit zuvor vgl. E. HÖLZLE, *Das alte Recht und die Revolution* [1931], S. 44–84. Der berühmte Vers von Uhland: »Wo je bei altem, guten Wein / der Württemberger zecht, / da soll der erste Trinkspruch sein / ›Das alte, gute Recht!‹« fand sich nicht von ungefähr auch aufgenommen im »Ewigen Brunnen« (L. REINERS, *Der ewige Brunnen* [1955], S. 427). Zum Kontext insg. D. WILLOWEIT, *Vom alten guten Recht* [1998], S. 23 f., 26 (mit Lit.), sowie H.-J. BEHR, *Das alte, gute Recht* [1979], S. 218–220.
- 17 So A. LIST, *Der Kampf um's gute alte Recht* [1912], S. VII.
- 18 O. GIERKE, *Jugend und Altern im Recht* [1879], S. 207.
- 19 Ebd., S. 226–229; die historiographische Kategorie der *Geisteshaltung* ist für Gierke zwar auch tragend, jedoch nicht als solche, sie bezieht ihre Rolle vielmehr von seiner Verbandstheorie oder seiner Lehre des objektiven Rechts her, vgl. etwa DERS., *Dt PR* [1895], S. 116.
- 20 Paul Rehme an Heinrich Mitteis, Brief vom 14.04.1913 (*NL Mitteis*).
- 21 E. ROSENSTOCK, *Neubau der deutschen Rechtsgeschichte* [1919], S. 135.

2. Rechtsgeschichte als Übungsplatz einer neuen Methode

Die weiteren Charakteristika, die Kerns Bild von der mittelalterlichen Rechtsanschauung seinen Vorgängern gegenüber auszeichneten, können der ersten Lektüre seines Aufsatzes leichter entgleiten. Angesichts des eigentümlichen Programms von Geistesgeschichte aber, das Kern die Feder führte, lassen sie sich recht eindeutig zuweisen. Durchmustert man die Spezifika seiner Beschreibung vom *guten alten Recht* aus der Nähe, wird dies augenfällig: »Gegenstandslos« seien für das Mittelalter die Streitfragen moderner Juristen gewesen, sein Rechtsverständnis dem heutigen »völlig entgegengesetzt«, ²² und diese durch die gesamte Abhandlung hindurch unermüdlich neu hervorgekehrte Polarität von modernem Jetzt und mittelalterlichem Einst offenbart eine markante, beinahe radikale Antithetik, ²³ die ganz dem Ansatz seines geistesgeschichtlichen Vorgehens entsprach. Ihre Ergänzung erhält diese mit Kerns schon hier präsenten Ideen zu den unterschiedlichen Kulturstufen, die er in einem Anhang zum eigentlichen Aufsatz anreißt, wenn er vom *mittelalterlichen Kulturtypus* handelt, von dessen großer *Einheitlichkeit* und einem *begrifflichen Leitgedanken* dieses Kulturtypus spricht, ²⁴ und zu dessen innerstem Text vorzustoßen anregt. Vermutlich wegen der befürchteten Sperrigkeit dieser Sichtweise beginnt Kern seine gesamte Untersuchung mit einer Gegenüberstellung zweier Methoden der Geschichtsbetrachtung, zwischen denen sich die Rechtshistoriker, wie jeder Historiker, zu entscheiden hätten: der Konzentration auf die *Realien* einer vergangenen Epoche einerseits mit der Rekonstruktion der *Ideen*, die den vergangenen Ereignissen zugrundegelegt haben, andererseits. Die Rechtshistoriker im Besonderen hätten sich bisher allzusehr auf die Realien gerichtet, um ihr Bild von der Vergangenheit zu erhalten; zum vollständigen Verständnis einer Epoche führe aber allererst der Einblick in die *Anschauungen* jener Zeit. ²⁵ Gewiß, so Kern, könne der Entschluß zu einer solchen *geistesgeschichtlichen* Methode zu Problemen führen, da im Gegensatz zu den Realien die Ideen vergangener Zeiten »bislang« nicht immer leicht erreichbar waren. Als Ergänzung zur Realiengeschichtsschreibung bleibe der Entschluß jedoch unverzichtbar, »denn das Beste und Tiefste, worauf ein Zeitalter fußt, kann es selber meist

22 F. KERN, Über die mittelalterliche Anschauung [1916], S. 500, 498.

23 J. RÜCKERT, Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte [1994], S. 280–284.

24 F. KERN, RuV [1919], S. 108–111; dieser Anhang ist in der englischen Version seines Textes nicht mitübersetzt worden.

25 Was nicht bedeute, die »abstrakten Theorien mittelalterlicher Gelehrter« zu kennen, sondern Einsicht in die Ideen des »breiten Rechts- und Verfassungslebens« zu gewinnen, so jedenfalls F. KERN, RuV [1919], S. 7.

nur ungeschickt oder gar nicht aussprechen«. Kern zielte hiermit nicht auf pure »Begriffsphilologie« noch auf herkömmliche Rechtsdogmengeschichte. Indem er beides für sich nutzbar zu machen meinte, wollte er das Neue, »ein eigenes zwischen beiden« begründen, das einer letztlich ungeschichtlichen Betrachtung des Mittelalters vorbeuge.²⁶

Damit benannte er sein Ziel deutlich, allerdings füllte er im Zuge seiner Darstellung diese Vorgabe nur vage aus. Was die mittelalterliche Weltanschauung für das Denken vom Recht bedeutet habe, wird farbenreich geschildert, führt indes zu einem ausgesprochen mehrdeutigen Bild: Die *Rechtsanschauung* war, als eine mittelalterliche Weltdeutung, einheitlicher und intensiver als spätere, die bereits »blasierter« dachten;²⁷ Kern bemüht Attribute wie die der »Allgewalt« und betont das »zeitlose Starre, Apriorische der Ethik«, dem sich der mittelalterliche Mensch untergeordnet sah, denn »sein Dasein leitet sich« für ihn »ab aus dem Dasein des über ihm stehenden Rechts«.²⁸ Eine Kulmination habe dies im Vorgang der mittelalterlichen *Rechtsfindung* erhalten: die Schöffen fanden hier ihrem Glauben nach »verstecktes«, aber *gutes altes* und »schon vorhandenes Recht«.²⁹ Dabei vollzogen sie, wie er heraushebt, nicht selten Rechtserneuerung, erfanden ihre Tradition selbst. Weiterführende Fragen, ob diese Art Neuauszeichnung wohl bewußt oder unbewußt vonstatten gegangen – oder in einer Art latenten Halbbewußtseins wenigstens geahnt worden sein mag, behandelt Kern hingegen nur eher lose. Die Äußerungen dazu sind changierend: Ein Schöffe müsse das »Neuschaffen vor seinem eigenen theoretischen Gewissen mit dem beharrenden Rechtsbegriff in Ordnung und Einklang bringen«, hier könnte Kern sich den Schöffen als Opfer einer unterbewußten Verdrängungsleistung gedacht haben, selbst noch vollends gefangen im Bild des alten Rechts, jede Ahnung von sich fernhaltend. Wenig später stellt er jedoch fest, die Schöffen können »selbst ein Bewußtsein davon haben, daß sie eine Neuerung vollziehen. Aber sie sagen es nicht. Sie *können* es nicht sagen«; und an anderer Stelle liegt die *Rechtsfindung* in den Händen taktierender Schöffen, denen es darum geht, »dem praktischen Bedürfnis des Augenblicks zu dienen. Jedenfalls wird man dem Recht, das man haben *will*, stets möglichst die Eigenschaft ehrwürdigen Alters zusprechen«.³⁰ Ähnlich kunstvoll erklärt Kern

26 Zitate ebd., S. 7–9.

27 Ebd., S. 109.

28 Ebd., S. 66, 39, 18.

29 Ebd., S. 15.

30 Zit. S. 39 f., 31 (Hervorheb. i. O.).

das Zustandekommen der bekannten mittelalterlichen Urkundenfälschungen: Es habe im Mittelalter so häufig gefälscht werden können, da der mittelalterliche Fälscher, sich seiner Fähigkeit bewußt werdend, sogleich bemerkt habe, daß folglich ein anderer Fälscher vor ihm am Werk gewesen sein könnte. Da jedoch jedermann das *gute alte Recht* habe verkündet sehen wollen, sei demnach der Entschluß, selber gleichsam zurückzufälschen, ganz natürlich gewesen.³¹ Seine pittoresken Ausführungen hierzu wurden später ein wesentlicher Ansporn für die mediävistische Fälschungsforschung,³² und sie entsprachen ganz seiner Vorgabe, nicht über das tatsächliche Alter des Rechts, sondern allein über die, nötigenfalls phantasiebegabte, mittelalterliche Rechtsanschauung handeln zu wollen. »Die ethische Grundstimmung des Mittelalters verschmäht politische Wichtigkeitserwägungen und nimmt Recht und Unrecht immer gleich ernst«, mit »bestem Gewissen« sei angesichts des *guten alten Rechts* gefälscht worden;³³ doch tauchten alte Urkunden auf, echt oder gefälscht, so habe in der Regel Opportunismus den Umgang mit ihr gelenkt. So oft es um das Verhältnis von Anschauung und Wirklichkeit des mittelalterlichen Rechts ging, bemühte Kern schnell dessen stets betonte technische Mangelhaftigkeit oder sprach fasziniert von der »Anarchie im Mittelalter«.³⁴ Eine Konsequenz hieraus für die Bindung der Menschen an ihr Rechtsbild konnte indes seine »zu vermutende Seelenkunde«³⁵ nicht ziehen.

Im Hintergrund dessen stand die oben betrachtete begriffsrealistische Neigung Fritz Kerns, die auch in den Jahren zwischen 1910 und 1920 bereits vital war und

31 Ebd., S. 50 f.

32 G. ALGAZI, Ein gelehrter Blick [1998], S. 323, will dies vor allem bei Alfons Dopsch veranschlagen; der vorstellungsreiche mittelalterliche Umgang mit Tradition war indes längst zuvor bekannt (J. SPÖRL, Das mittelalterliche Geschichtsdenken [1933], S. 288 f. m. N.), und es dürfte auch für die anschließende Wissenschaft vom Mittelalter diese Darstellung Kerns weitaus einflußreicher als etwa Dopsch gewesen sein. Es war in bewußter Anknüpfung an Fritz Kern und mit deutlich »antipositivistischer« Mission, als H. FUHRMANN, Die Fälschungen im Mittelalter [1963], das »Zeitalter der Fälschungen« (S. 552) problematisierte; damals noch mit Hilfe des *guten alten Rechts* (S. 539 f., 542), dessen man sich heute dafür nicht mehr bedient, vgl. z. B. P. HERDE, Die Bestrafung von Fälschern [1986], und das Sammelwerk insg., auch bei C. BRÜHL, Der ehrbare Fälscher [1979], S. 212–218, DERS., Die Entwicklung der diplomatischen Methode [1986].

33 F. KERN, RuV [1919], S. 48, 51.

34 DERS., Über die mittelalterliche Anschauung [1916], S. 513; oder RuV [1919], S. 66, 81.

35 F. KERN, RuV [1919], S. 51.

sich in seinen bekannten Ausführungen zum mittelalterlichen Rechtsdenken niederschlug. Sie war der Grund für die Ungenauigkeit seiner geradezu ostentativen Gegenüberstellung von *Ideen* und *Realien*. Allerorten verwies Kern auf die alte Polarität zwischen Idee und Realie, doch blieb eben unklar, was in einer historischen Veranschaulichung sich unter den ominösen Realien vorzustellen sei:³⁶ Er verstand darunter wechselweise das Rechtsleben im Sinne von Rechtspraxis und Rechtsvollzug, wofür manches aus seinen Ausführungen spricht,³⁷ doch zuweilen auch die viel zu abstrakten Normensysteme der Vergangenheit, die die zeitgenössische Rechtsgeschichtsforschung hegte und gegen die es letztlich ging, wenn Kern auf die *Realien* zu sprechen kam. Gerade dann hätte sich eigentlich die Frage eröffnen können, ob es diese überhaupt gegeben habe³⁸ oder aber eine solche Art von Realien am Ende nie existiert, es sich sozusagen nur um irreale Realien gehandelt habe.³⁹ In jedem Fall jedoch stellten sie für ihn

- 36 Das Begriffspaar war ein zeittypisches Interpretament und spielte nicht erst in der Geistesgeschichte, sondern schon in der vorangegangenen Kulturgeschichtsschreibung eine rege Rolle. Auch für Lamprecht etwa zerfielen »alle Zweige der allgemeinen Kulturgeschichte in zwei Gruppen, eine reale und eine idelle«, er nahm dabei seinerseits Schmollers ähnliche Position auf (zit. nach L. SCHORN-SCHÜTTE, Karl Lamprecht [1984], S. 115, 37), wobei sich die Zuordnungen im einzelnen stets verschoben.
- 37 Etwa seine häufige Gegenüberstellung von *Ideen* als Denkweise und Rechtsanschauung mit *Realien* als »Ereignisse« oder »Rechtsleben«, so F. KERN, RuV [1919], S. 7, oder in DERS., »Mittelalterliche Politik«, Seminartyposkript von 1922 (NL Kern), S. 64, u. ö.
- 38 Realien im Sinne juristischer Normen bediente sich Kern im Verlauf von *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht* durchgängig selbst und betonte dies, oft lehnte er sich an die zeitgenössische Rechtsgeschichtsschreibung an (oben S. 18–26). Für dieses Bild von *Realien* sprechen auch jene Passagen bei Kern, in denen er seine Geistesgeschichte mit der herrschenden Methode in Einklang zu bringen versucht; bei DERS., RuV [1919], S. 19, heißt es etwa zu Belows Staatsbegriff: »sobald man sich die Realien und nicht die Ideen des Mittelalters anschaut«, habe es im Mittelalter zweifellos ein »Staat im vollen Sinne unseres heutigen Begriffs« gegeben – wonach also der Staat und die ihn tragenden juristischen Begriffe existiert hätten, es nur darauf ankomme, was man anschau. Ähnlich in F. KERN, »Mittelalterliche Politik«, Seminartyposkript von 1922 (NL Kern), S. 60: die Realien lägen vor, sie seien bloß falsch »geordnet« worden.
- 39 Dafür gibt es ebenfalls, doch nur selten Hinweise, eher Andeutungen – immer dann, wenn Kern auf die tatsächliche Regellosigkeit des Mittelalters zu sprechen kommt. Im Grunde gab es schließlich nur den »altgermanisch-frühmittelalterlichen Zustand, den man als rein faktischen bezeichnen kann«, in dem also ein theoretisch verfeinertes Recht irgendwelchen Zuschnitts ohnehin keinen Platz gehabt habe; zit. DERS., »Europäische Verfassungsgeschichte seit dem Mittelalter«, Vorlesungstyposkript von 1934 (NL Kern).

bloß »eine Hülle des eigentlichen Gedanken«⁴⁰ dar, so sehr jeder Ideenforscher »über eine große Kenntnis auch der Realien« verfügen sollte.⁴¹ Kerns heute durch und durch unfertig erscheinende Stellung gerade zu den *Realien*, ja die Unbrauchbarkeit einer solch kategorischen Trennung zwischen Realien und Ideen überhaupt ist bezeichnend und nicht zufällig.⁴² Eine ähnliche Ambiguität herrscht auch zwischen seinem zweiten, in konzeptionellem Sinne noch weiter reichenden Begriffspaar, dem *zeitlichen* und *begrifflichen Mittelalter*, auf das er selbst den höchsten Wert legte: Ideen und Realien, dies war klar, waren beides Elemente des zeitlichen, nicht des begrifflichen Mittelalters.⁴³ Kern jedoch zog bereits diese oberste Distinktion in einer Schärfe, der er selbst nicht gerecht werden konnte. Schon da er das Begriffliche nicht an das Forschungssubjekt binden wollte, sondern im »edelsten Fühlen der Epoche« selbst sah, schlichen sich beständig Versatzstücke des *Begrifflichen* in die *Ideen* des *Zeitlichen*, so daß geradezu notwendig die oben angetroffene Methode der *Intuition*, verbreitet in der an Boden gewinnenden Geistesgeschichte, ebenfalls seine Ermittlung der Anschauungen einer Epoche bestimmte. Es mußte dazu führen, daß auch er ganz entgegen seinem Programm, nicht die »abstrakten Theorien mittelalterlicher Gelehrter« zu bemühen, die wahren »Tiefen des Volksbewußtseins« mit Vorliebe, sofern überhaupt, durch wahlweise eingesetzte, passende Gelehrtenzitate belegte.⁴⁴ Denn insoweit diese ihm nicht verbildet, sondern innig erschienen, waren sie ihm auch »spezifisch mittelalterlich«.⁴⁵ Inmitten solcher Kreuzverflechtungen waren die Details seiner, mit Rothacker gesprochen, »anschau-

40 E. TROELTSCH, Besprechung Kern [1915], S. 118; vgl. oben S. 7 Fn. 22.

41 F. KERN, »Mittelalterliche Politik«, Seminartyposkript von 1922 (*NL Kern*), S. 64.

42 Einer solchen folgt in gewisser Weise J. RÜCKERT, Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte [1994], S. 309, wenn er heute Heinrich Brunner oder Karl Kroeschell als Realienforscher gegenüber »Kern und Ebel und Mitteis« bezeichnet.

43 F. KERN, RuV [1919], S. 95.

44 Das zeigt sich schon an den spärlichen Belegen für das *gute alte Recht*, die nicht nur über Epochen springen, sondern bevorzugt gelehrte Quellen, gerne auch antiken Ursprungs, für die Beschreibung des naiven Volksbewußtseins heranziehen. Cicero, das thomastische Naturrecht oder Baldus und Bulgarus fehlen nicht, schon da sich Kern hier stark an Gierke anlehnt; dessen *Rechtsidee* hatte freilich einen anderen Zuschnitt als die *Ideen* Kerns. Vgl. DERS., GuW [1914], S. 121 ff., und eben S. 89.

45 F. KERN, GuW [1914], S. 292 – die Nähe dieses Attributs zu *begrifflich mittelalterlich* beunruhigte Kern nicht, schließlich war ja auch das *gute alte Recht* des *zeitlichen Mittelalters* von »einer nicht zu übertreffenden Erhabenheit und Tröstlichkeit in der Idee«, DERS., RuV [1919], S. 65.

lichen Abstraktion« weniger erheblich als ihr großes Ziel: Ihm ging es allein um den *Geist*; die sozialen Realitäten politischer Ideen, ihre Verbreitung und ihre Schwankungen waren nicht sein Interesse.⁴⁶ Marc Bloch, der nicht mit Lob geizte für Kerns Vorsatz, die kollektiven Ideen zu untersuchen, brachte das Defizit der Perspektive auf den Punkt: »à lire d'une part le texte proprement dit, d'autre part les notes, on a souvent l'impression d'une sorte de discordance: en haut les »idées générales«, en bas les faits; l'art eût consisté dans une fusion plus harmonieuse«.⁴⁷ Diese fragwürdig strikte Separation war der Nerv der geistesgeschichtlichen Strömung und auch Kerns gesamter Vision, sie lebte von einer heute nicht mehr recht nachfühlbaren Opposition zum Konzept der sog. »Ereignisgeschichte«.⁴⁸ Damit waren auch die Grenzen gezogen, in denen sein breit angelegtes Panorama am Ende verblieb. Kerns Vorstellungen zur Methode, mit der das mittelalterliche Rechtsdenken zu erschließen sei, illustrieren das: Er betonte vor allem die Aufgabe des Nachfühlens,⁴⁹ sah zwei »peinlichst auseinanderzuhaltende« Begriffsreihen, deren Abstand man nur durch ein Sich-Hineinversetzen überspringen könne,⁵⁰ und um 1914, in der Entstehungszeit seiner rechts- und verfassungsgeschichtlichen Schriften, hielt Kern im Sinne des späten Dilthey fest, historisches Denken bedeute nicht allein ein naturkausales Rückwärtsverfolgen, sondern ein eigen-geistiges Fühlen, das »Widerspiegeln von Geist in Geist«.⁵¹ Seine Methode war geistesgeschichtlich, und »heute

46 Das betonte er selbst verschiedentlich; eine solche hätte überdies eine Vielfalt an Unübersichtlichkeiten mit sich gebracht, s. etwa J. MIETHKE, *Das Publikum politischer Theorie* [1992].

47 M. BLOCH, *Compte-rendu Fritz Kern* [1921], S. 248, und oben S. 39.

48 »Ich brauche dafür folgendes Gleichnis. Der Realienforscher, dem es sozusagen nur auf die Ereignisse der Vergangenheit ankommt, und der sie in den Zusammenhang des jeweiligen modernen Denkens hinübersetzt, benützt die Vergangenheit wie einen *Steinbruch*. Der Ideenforscher dagegen, der die Denkweise der vergangenen Zeit begreifen will, sieht sie an, wie eine *geologische Formation*, aus der er nichts losbricht, sondern die er als eine Gesamterscheinung beschreibt«, F. KERN, »Mittelalterliche Politik«, Seminartyposkript von 1922 (*NL Kern*), S. 64.

49 »Der Hermeneut stellt sich zwischen die alte Zeit und unsere, empfindet jener Begriffe und Stimmungslagen (...) und bildet sie möglichst treu und neu in den Begriffen unserer Zeit (...) nach. Denn er weiß, wo die Alten und wo die Neuen der Schuh drückt«, F. KERN, »Mittelalterliche Politik«, Seminartyposkript von 1922 (*NL Kern*), S. 57.

50 Zitat ebd., S. 64; s. auch F. KERN, *RuV* [1919], S. 8.

51 Bei L. KERN, *Fritz Kern* [1980], S. 44. Zur gleichen Zeit notierte er sich: »Schreib ich dann Zentrales in Einem Schwung, so hab ich im Nacharbeiten des Entwurfs mit den Zettelsammlungen die Gewißheit, daß *was* einmal vom Weltinhalt durch mich floß, in diesem Mikrokosmos sich niederschlägt«, *NL Kern, Autobiogr.* / Nr. 6, bei L. KERN, *Fritz Kern* [1980], S. 136.

könnte man sie« eben nicht »mentalitätsgeschichtlich nennen«.⁵² Als eine solche ist es ihr Kennzeichen, daß sie zwar vermeiden wollte, »in die Historie hineinzupinseln«,⁵³ doch von einem ganz bestimmten Bild der *Moderne* geprägt war.

3. Kerns Gegengeschichte zum Artefakt Recht

In *Recht und Verfassung im Mittelalter* manifestiert sich das auch in einem spezifischen Gegenbild vom modernen Recht. Schon vor langem hat Gerhard Theuerkauf Entsprechungen in Kerns Bild vom gegenwärtigen Recht zu Positionen der Freirechtslehre, insbesondere von Hermann Kantorowicz, nachgewiesen:⁵⁴ In der Tat thematisieren es sowohl Kantorowicz als auch Kern als eine hochtechnisierte Entscheidungsfindung, die der lebendigen Anteilnahme ermangele, beide Male ist ein antidogmatisches, freies Recht und Rechtsgefühl der Kontrahent zu einer sich als lückenlos verstehenden Systematizität des Rechts, die sich als eher realitätsferne, ja starre Totalität darstellt.⁵⁵ Freilich erschöpfen sich die Parallelen damit auch, denn der Historiker Kern lehnte das

- 52 So G. DILCHER, *Mittelalterliche Rechtsgewohnheit* [1992], S. 36, der damit den Ansatz der Mentalitätsgeschichte einebnet (vgl. D. WILLOWEIT, *Vom alten guten Recht* [1998], S. 27). Auch daß Kern die Mündlichkeit der mittelalterlichen Rechtswelt heraushebt, ist ein Verdienst, das sich relativiert angesichts seines Umgangs mit diesem neuen Fragebereich. Vom Denken eines Maurice Halbwachs trennte Kern mehr als ihn einte, und auch die Parallele zur *Ecole des Annales* trägt weniger weit, als Dilcher (S. 43) formuliert.
- 53 »Die Distanz halten und sich mit dem Rahmenmachen begnügen statt in die Historie hineinzupinseln, das ist die allerschwerste Herzensbildung unseres Berufs«, Fritz Kern an Alfred Dove, Brief vom 02.02.1912 (zit. nach H. CYMOREK, Georg von Below [1998], S. 311).
- 54 G. THEUERKAUF, *Lex, Speculum, Compendium Iuris* [1968], S. 23–29, ihm folgend K. KROESCHELL, *Dt RG II* [1973], S. 255.
- 55 Durchaus fallen die sehr disparaten wissenschaftlichen Wahrnehmungen beider nebeneinander Gestellten ins Auge (G. DILCHER, *Mittelalterliche Rechtsgewohnheit* [1992], S. 35 Fn. 57), doch nimmt das diesem Vergleich nicht seine Spitze. L. LOMBARDI VALLAURI, *Geschichte des Freirechts* [1971], S. 141–143, beschreibt den Auf- und Ausbruchsversuch der Freirechtler und ihr Gefühl der Berufung, von den Fesseln verkalkter Rechtsdogmatik zu befreien; Kantorowicz selbst stellt den Aspekt des *Erlebens* dessen stark heraus, vgl. GNAEUS FLAVIUS, *Kampf um die Rechtswissenschaft* [1906], S. 38, 48 f. Über die von ihm selbst gezogene Parallele zur freireligiösen Bewegung, welche sich von verstaubter Scholastik emanzipiere, genauer K. MUSCHELER, *Relativismus und Freirecht* [1984], S. 94 f., und insg. S. 30–84, 175–203; zum Freirecht und seiner Wirkungsgeschichte J. RÜCKERT, *Vom »Freirecht« zur freien »Wertungsjurisprudenz«* [2008]; zu Kantorowicz auch M. AUER, *Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit* [2015].

gegenwärtige Recht in keiner Weise ab oder wies es, etwa aus rechtspolitischen oder gar -methodischen Hinsichten, zurück.⁵⁶ Will man Kerns Stellung zum gegenwärtigen Recht mit den soziologischen Strömungen seiner Zeit in Verbindung bringen, so liegt viel näher, drängt sich nach dem oben Dargelegten geradezu auf, die Analyse der Moderne bei Ferdinand Tönnies heranzuziehen, von welchem her sich Kerns Bild von mittelalterlichem und modernem Recht in seinem eigentlichen Zusammenhang zeigt: In seinem oben erwähnten, 1912 neu aufgelegten Buch *Gemeinschaft und Gesellschaft* typisiert Tönnies das Recht der Gemeinschaft als durch die »wahre Substanz des gemeinschaftlichen Willens«, die *Sitte*, getragen,⁵⁷ und ganz anders muß dies natürlich in der Gesellschaft aussehen. Hier finde sich das Recht des Staates als des »allgemeinen gesellschaftlichen Vereines« und sei grenzenlos veränderbar, in gewissem Sinn »kann der Staat *beliebiges* Recht machen«. Allerdings könne staatliches Recht in seiner Substanz nie mehr bilden als ein »Zusammentreffen individueller Willküren« in der *Politik*; zu einer wirklichen Ganzheit also vermöge es nie zu gelangen.⁵⁸ So habe die von der Sitte umfaßte »ursprüngliche Einheit und Gleichheit« der Gemeinschaft eine »Verwandlung des Rechtes, nach seinem Inhalte und nach seinen Formen« erfahren, und als deren Ergebnis verlören die Menschen »den Halt, den sie an der Sitte und an der Ueberzeugung von ihrer Gültigkeit gehabt haben«, sähen sich dem sittlichen Recht entwurzelt.⁵⁹ In

- 56 G. THEUERKAUF, *Lex, Speculum, Compendium Iuris* [1968], S. 26, stellte zu Recht fest: »Fritz Kerns Haltung ist zwiespältig«. Bei F. KERN, *RuV* [1919], S. 97, wird z. B. die »segenreiche Entdeckung« und »Wiederausgrabung des Begriffs ›positives Recht‹« betont, da im Mittelalter »Gewalt wider Gewalt« gestanden habe, was heute »glücklicherweise« überwunden sei (S. 99) und Kern »den Übergang zur modernen Rechtstheorie als einen entscheidenden Fortschritt empfinden läßt« (S. 48); die »tatsächliche Heiligkeit des Rechts« habe heute sogar zugenommen (S. 22). Das »ewig junge Verlangen nach einem idealen Recht weiß heute, was es im Mittelalter nicht wissen konnte: daß der Umbau des Rechts sich (...) sicherer durch ein absolut bindendes positives Recht, durch zwingende Mehrheitsbeschlüsse und Kodifikationen erzielen läßt, als durch den Glauben an ein durch sich selbst seiendes gutes altes Recht« (F. KERN, Über die mittelalterliche Anschauung [1916], S. 515). Keinesfalls diskreditierte Kern das moderne Recht schlichtweg. »Zum Gegenstand der Lehre vom guten alten Recht« gehörte nach der Gegenwart hin durchaus eine Art »polemisches Gesicht. Sie war« bei Kern aber nicht »zugleich eine Lehre vom schlechten modernen Recht« (so J. RÜCKERT, *Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte* [1994], S. 283, 306).
- 57 F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft* [1912], S. 262, und oben S. 45.
- 58 Ebd., S. 275, 279, 260 f., es könne lediglich unabhängig von seinen Subjekten als eine objektive Einheit *gedacht* werden, was jedoch nicht dasselbe sei.
- 59 Ebd., S. 283, 295 f.

seiner Kieler Anfangszeit lernte Fritz Kern den berühmten Gelehrten Tönnies kennen und besuchte ihn mehrmals an dessen Wohnort. Über Jahre hinweg kam es so zu einem nicht engen, aber freundschaftlichen Kontakt mit wiederholten Begegnungen und einem Gedankenaustausch, der den Historiker, gerade zu Beginn, nicht unbeeindruckt ließ.⁶⁰ Im Jahre 1913 schrieb er an Tönnies: »Ihre scharfsinnige Geschichtsbetrachtung gehört zu denen, die man nicht sowohl lesen als bei aller Forschung gegenwärtig haben möchte«,⁶¹ und tatsächlich lesen sich Tönnies' Darlegungen zum *gemeinschaftlichen Recht* streckenweise wie der ideale Anreger für das *gute alte Recht*. Nicht nur die Neuauflage von *Gemeinschaft und Gesellschaft*, auch die Begegnung mit dem Soziologen fiel in die Jahre der Vorbereitungen zu Kerns verfassungs- und ideengeschichtlichen Arbeiten, und die ihm so treffend erscheinenden Feststellungen über die pathologische Moderne machten es dem jungen Verehrer Eduard von Hartmanns plausibel, das mittelalterliche Recht in deutliche Konfrontation zum modernen zu setzen und hierdurch zu beschreiben. Ganz besonders gilt dies für Tönnies' 1909 publizierte Schrift *Die Sitte*, die offenbar zur Patin des *guten alten Rechts* wurde. In ihr lassen sich vertraute Klänge vernehmen: »Man hat mit Grund ausgesprochen, die Autorität des Alters müsse größer sein in Gemeinschaften, die nichts aus schriftlichen Urkunden lernen konnten, die also auch für *Tatsachen* auf mündliche Überlieferung angewiesen waren«. Zwar sei in der Gemeinschaft selbstredend »nicht *immer* im Sinne der Erhaltung, der Sitte, der Überlieferung« gehandelt worden, doch man sei stets beflissen gewesen, »das Neue mit dem Gewande des Alten zu umhüllen, wenn möglich es als die Wiederherstellung eines ehemaligen Alten zu beglaubigen. Alte und neue Bedürfnisse begegnen einander vorzüglich in der großen Sphäre des *Rechtes*, des öffentlichen wie des Privatrechts. Ich kann hier nur andeuten, wie machtvoll die Sitte sowohl als die Religion darin wirksam ist. Auf jene weisen schon die Worte Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten hin. Was man im Altertum mit Ehrfurcht das ungeschriebene Gesetz nannte, das ist das Recht, wie es in der Sitte gesetzt ist«, denn in der Tat »muß ja das Natürliche auch das Uralte sein, das in unvordenkliche Zeit Zurückgehende, für die Sitte das Allerheiligste«. ⁶² Daß

60 Die Korrespondenz zwischen beiden zog sich über viele Jahre hin, reduzierte sich später allerdings auf vereinzelte Briefe Kerns. Wer bei den Eutiner Treffen der Gebende, wer der Nehmende war, geht aus den Briefen Kerns an Tönnies deutlich hervor.

61 Fritz Kern an Ferdinand Tönnies, Brief vom 21.02.1913 (*NL Tönnies*).

62 F. TÖNNIES, *Die Sitte* [1909], S. 32–34. Das Büchlein kannte Kern, wie aus handschriftlichen Notizen im Nachlaß hervorgeht. In Kerns ersten Vorlesungen,

Kern die Perspektive seiner Ausführungen adaptierte, registrierte der bekannte Soziologe selbstredend mit Wohlwollen.⁶³ Damit gruben das *Fin de siècle* und die historische Erfahrung einer übereilten Industrialisierung sich gleichsam ihren Weg in die mediävistische und rechtsgeschichtliche Forschung. Das gegenwärtige Recht wurde für Kern aus einer Theorie der sozialen Entfremdung aspektiv; von hier aus meinte er, das moderne Rechtsdenken, dessen juristische Begriffskünste und -kolonisationen die dogmatisierende damalige Rechtsgeschichtsforschung prägten, in seinen historischen Grenzen festmachen zu können.

Aus dieser Sicht ließen Kern die rechtsgeschichtlichen Detailstudien oder die in den großen Standardwerken festgehaltenen Ergebnisse unzufrieden, denn »wer etwa aus Brunner, Schröder u.dg. die Rechtsbegriffe des Mittelalters schöpfen wollte, der käme in die Brüche«, unterläge vielmehr dem »schwersten denkbaren Fehler« und »ungeheuerlichsten begeharen Anachronismus«.⁶⁴ Wohl war Kern nicht der erste Kritiker der rechtsdogmatisch verfangenen Rechtsgeschichte. Einwände hatte es schon vorher gegeben, freilich vereinzelt und mit unterschiedlichen Zielsetzungen. Ob er diese wahrgenommen hat, ist unbekannt, manche von ihnen stammten zudem aus der Feder *begrifflicher Formdenker* und theoretisch verankerter Gelehrter.⁶⁵ Keiner vor ihm trat aber mit solcher Suggestivkraft auf, keiner führte über den Ansatz des Zweifels hinaus, indem er ein derart eindrucksvolles Alternativbild entwarf, und niemand hatte so souverän die blinde Welt einer auf das vermeintlich *Juristische* beschränkten Rechts-

die er als Kieler Privatdozent gehalten hat, ist demgegenüber, wann immer das mittelalterliche Recht thematisiert wird, von *Alter* und *Güte* noch keine Spur, stattdessen wird auf hergebrachte Weise über Verwaltung und Gesetzgebung referiert; in F. KERN, »Die Karolinger«, Vorlesungsskript von 1909/10 (*NL Kern*), § 17, tauchen etwa Herkommen oder Rechtsanschauungen nicht mit einem Wort auf.

- 63 Bei F. TÖNNIES, Kritik der öffentlichen Meinung [1922], S. 68 f., findet sich umgehend ein Verweis auf Kerns Aufsatz.
- 64 Eine so schroffe Haltung zur herrschenden Meinung findet sich, wie gesehen, in seinen Schriften nur selten, doch in F. KERN, »Mittelalterliche Politik«, Seminar-typoskript von 1922 (*NL Kern*), S. 60 f.; s. auch DERS., RuV [1919], S. 7.
- 65 Ein Ausschnitt davon bei J. LIEBRECHT, Brunnens Wissenschaft [2014], S. 169–177; gerade die erkenntnistheoretisch sensibilisierteren Stimmen seit der Jahrhundertwende boten nicht die drängendsten Gründe für ein Überbordwerfen der rechtsdogmatisch-konstruktiven Geschichtsmethode, war diese doch so etwas wie der Idealtypus idealtypischer Methode und wurde sie als solcher damals auch diskutiert.

mediävistik vorgeführt. Seine eigene Skizze war zugleich nicht nur in ihrem Tönnies-nahen Fokus insgesamt, sondern auch in manchem Detail stark zeitge-tränkt: Das *gute alte Recht* zeichnet sich etwa durch eine eigentümliche Stärke, durch eine wie geplante Unverbrüchlichkeit aus, mit der Kern die als total empfundene Kraft des modernen Rechts durch den ebenso totalen Glauben des naiven Mittelalters ersetzte.⁶⁶ Ähnlich läßt sich in der Vorstellung vom mittel-alterlichen Schöff, der vermeintlich vorhandenes Recht lediglich zu *finden* habe, ein Reflex der zeitgenössischen justizpolitischen Diskussion um das Richterbild erkennen.⁶⁷ Der erstaunlichste aller Modernismen aber, interessan-terweise der wohl wirkungsvollste, war die unveränderliche Geltung und Zuständigkeit, ja das geradezu hermetische Vorhandensein dieses Rechtsbe-wußtseins in einer über tatsächlich tausend Jahre reichenden Periode.⁶⁸ Das *gute alte Recht* wurde dadurch zur zeitlosen Struktur einer Kulturstufe, deren unbezweifelte Verzeitlichung Kern sich offenbar weniger in einem Volks-, als nun mit einem *Kulturgeist* vorstellte.

Die Lektüre des berühmten Aufsatzes ist dabei noch immer, ermöglicht durch das ihm zugrundeliegende Wissenschaftsverständnis, ein literarischer Genuß: Kerns Sprache wandert von farbig zu sachlich, hier sind seine Darlegungen überschwenglich, dort methodisch flankiert; er zieht alle Register der Auf-satzkomposition und platziert seine suggestive Lehre mit echtem Können.⁶⁹ Er war ein Meister des Essays, und sein Aufsatz ist eine viel raffiniertere und bei

- 66 Wozu Fritz Kern natürlich nur mit seiner Schau des *mittelalterlichen Geistes* gelangte und wodurch er dem *guten alten Recht* auch eine nurmehr wunderliche Zuverlässigkeit zuschreiben und dafür gar den zeitgenössischen Topos der *Lückenlosigkeit* des Rechts bemühen konnte, vgl. F. KERN, RuV [1919], S. 63: Heute sei der Staat gezwungen, *der Idee nach* lückenloses Recht zu setzen: »Die *natürliche* Ganzheit des Rechtsbewußtseins wird dabei umgossen in die *künst-liche* Ganzheit eines Rechtssystems«.
- 67 D. WILLOWEIT, Vom alten guten Recht [1998], S. 38 f.; K. KROESCHELL, »Rechts-findung« [1972].
- 68 Mit Nachdruck über das gesamte sog. Mittelalter F. KERN, RuV [1919], S. 110.
- 69 Um nur eines seiner Kabinettstücke zu nennen, sei auf Kerns höchst elegante Verbindung von Recht und Moral mittels der Rechtschreibung verwiesen (ebd., S. 23). Für den grandiosen Ausdruck hatte Kern eine Schwäche: »Das Recht ist der archimedische Punkt, mit dem das Reich des Geistes das der Materie aus den Angeln hebt« (DERS., *Humana Civilitas* [1913], S. 73); manchmal riß der Aus-druck ihn auch mit, ganz ähnlich wie »die geistige Schöpferkraft der Ideen, in die sich das politische Fühlen der Menschheit spektralanalytisch auseinander-legt« (DERS., Die »konservative« Staatsidee [1921], S. 83).

weitem kunstvollere Verarbeitung von Mittelalter und Moderne, als wir sie etwa in Paul Ludwig Landsbergs oder anderer Schriften finden – ein Wurf, der schon seinerzeit »besonders viel Anregung« zu geben wußte⁷⁰ und wegen seiner »eindrucksvollen Klarheit und Einfachheit« noch Jahrzehnte später »faszinierte«:⁷¹ Die souveräne Feder spitzte auf einen Zentralaspekt, auf ein typologisiertes Mittelalter zu, das sich in anderen, zeitgleichen Schriften nicht auffindet und gewissermaßen Kerns proprium darstellt.⁷² Es entbehrt dabei nicht der Ironie, daß gerade durch den von Geist und Intuition befeuerten Entwurf Kerns, der nichts weniger anstrebte als die verfeimten *Realien* zu ergründen, der Gegenstandsbereich von Rechts- und Verfassungsgeschichte sich, neukantianisch gesprochen, von einem *idealen Sinn* des Rechts wegbewegte und zum *Sein* des Rechts hin öffnete. Selbstverständlich hätte sich Kern nie als »naturalistisch« vorgehender Historiker verstehen wollen,⁷³ doch indem er zugleich auf die *Anschauungen der Epoche* und das *Empfinden der Menge* auszog, breitete seine Geist-Suche gegenüber einer bei rechtskonstruktiven Phantasien versammelten Forschungspraxis die Szenerie der Tatsächlichkeit aus. Eben damit konnte auch die Frage nach der Geltung rechtlicher Normen mindestens vom Ansatz her in den Fokus einer rechtsgeschichtlichen Betrachtung gelangen; dies war anhand seiner Ausführungen in *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht* ebenso zu erkennen wie es in seinem vielgelesenen Aufsatz aufleuchtet. Die Frage beschäftigte Kern nicht theoretisch; obgleich er an mehreren Stellen sie einflucht und anspricht, ist sie nicht das Ziel seiner neuen Auffassung.⁷⁴ Aber indem er

70 Notiz von Karl Hampe am 11.08.1918 (K. HAMPE, Kriegstagebuch 1914–1919 [2007], S. 725).

71 W. TRUSEN, Gutes altes Recht [1972], S. 189. Walther Lammers schwärmte ähnlich von der »sachlichen, breitflächigen Klarheit und der schönen stilistischen Präzision« (W. LAMMERS, Besprechung Kern [1956], S. 59); derartige Kommentare finden sich häufig.

72 J. RÜCKERT, Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte [1994], S. 287; D. WILLOWEIT, Vom alten guten Recht [1998], S. 27; R. GARRÉ, Consuetudo [2005], S. 55 (»Erklärungsetikette«).

73 Vgl. M. WEBER, R. Stammlers »Ueberwindung« [1907], S. 357.

74 Es liegt auf der Hand, daß er nicht eine Theorie rechtlicher Geltung vor Augen hatte und selbst einer allenfalls konventionell-klassifikatorischen Geltungsvorstellung anhing, für die er statt auf die Übereinstimmung mit rechtlichen Normen nun bloß auf jene mit der mittelalterlichen Rechtsanschauung abhob: Das *gute alte Recht* war »so sehr seiend, wirklich, geltend und stark«, daß das damit nicht vereinbare »positive Recht, insoweit es ihm nicht konform ist«, eben Unrecht sei und also *nicht gelte* (F. KERN, GuW [1914], S. 292 f.).

ausdrücklich zu einem Rechtsdenken aufbruch, welches allein über die Wirksamkeit rechtlicher Normen wirklich entschieden hätte, schleuste er einen erneuerten Empiriebezug in die rechtshistorische Mediävistik ein, der bald vertieft wurde. Das *gute alte Recht* »als ein letztes Zeugnis« einer »in der Romantik verwurzelten Linie« zu begreifen,⁷⁵ blendet diese Modernität, seinen Sitz im Diskurs der Jahrhundertwende, eher aus. Auch der Sicht Fritz Kerns auf das Mittelalter unterlag tatsächlich die Drohung eines *ungeheuren chaotischen Stromes von Geschehnissen*.⁷⁶ Die zuvor gesuchte Lebendigkeit der geschichtlichen Überlieferung, die den bisherigen Konzeptionen guten und alten Rechts dessen Werthaftigkeit als unmittelbares Erbe in der Gegenwart aufgehen ließ, wurde bei Kern durch eine Lebendigkeit des Ausdrucks, durch die sich überschlagende Betrachtung eines Exotischen kompensiert, die den tiefen Bruch und gestörten Zusammenhang zur Geschichte nicht verschwinden machte, vielmehr ein weit außerhalb stehendes und dafür umso emphatischeres Hineindenken in den *Geist des Zeitalters* bemühte. Besaß dieser Geist für Kern selbst auch die größte Bedeutung, so konnte er dessen Sinn für die Gegenwart doch nur noch vermittelt in einem Kulturtypus, der *Erlösungskultur*, einer aufwendigen Abstraktionsleistung, darstellen.⁷⁷ Einen organischen Zugang zum mittelalterlichen Recht hat Fritz Kern nie gesucht; auch das *gute alte Recht* war nicht mehr als *eine neue Staffel der Reflexion* im übermäßig *beschleunigten Zeitmaß der Geschichte*.⁷⁸

4. Nachleben

Natürlich war ein solcher Kategorienwandel andernorts konzeptionell längst vorgezeichnet, in der Geschichtswissenschaft durch die oben erwähnten Kontroversen um Lamprecht oder Sander, innerhalb der Rechtswissenschaften etwa

75 G. DILCHER, *Oralität, Verschriftlichung und Wandlung* [1992], S. 10; ähnlich bei S. TEUSCHER, *Erzähltes Recht* [2007], S. 18.

76 M. WEBER, *Die ›Objektivität‹ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis* [1904], S. 214.

77 Oben S. 60, 69–71.

78 Vgl. oben S. 70 Fn. 101, und F. KERN, *Kulturenfolge* [1927], S. 18: Die Antagonismen der Moderne drängten sich jedem auf, der »sehenden Auges die Arbeits-, Wohn- und Vergnügungsstätten einer heimischen Großstadt oder auch nur den durcheinander schreienden Inhalt einer Zeitungsnummer mustert. Diesem zerklüfteten Kulturleben zu entkommen, ist seit Rousseau sogar das rauhe Paradies der Wilden ein Sehnsuchtsziel geworden (...) Aber mächtiger als alle Fluchtgedanken ist die Zivilisation, und auch der neue Wert, den Urkultur, Bauernkultur, Erlösungskultur für den aufklärungsübersättigten Großstädter gewonnen haben, bedeutet vielfach nur eine neue Staffel der Reflexion«.

durch Zitelmann oder Jellinek. Kern hat ihn jedoch gleichsam in ersten Strichen für die Mediävistik verbildlicht, in der sich die Fragestellung, heute allgegenwärtig, nur mit gewisser Verzögerung ausweiten konnte, wie sie zunächst auch nur teilweise und schleppend in die anders ausgerichtete, gleichsam unvorbereitete Rechtshistoriographie eindrang.

Daß sich Fritz Kern über mangelnde Resonanz hätte beklagen können, wäre freilich zu denken schon seinerzeit abwegig gewesen. Bereits seine methodologischen Vorstöße, wie die Empfehlung, als Historiker das *begriffliche* vom *zeitlichen Mittelalter* zu trennen,⁷⁹ stießen auf große Beachtung unter solchen, die ihrerseits die geisteshistorische Methode grundsätzlich zu reflektieren versuchten: Die »ausgezeichnete Abhandlung« von Fritz Kern sei ein »gutes Beispiel ruhiger Analysen«, schrieb Ernst Troeltsch,⁸⁰ der nur kurz nach *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht* sein vielbeachtetes Diktum geprägt hatte: »Eine Epoche verstehen, heißt sie an ihrem eigenen, wenn auch noch so komplizierten Ideal messen«.⁸¹ Hierhinter freilich verbarg sich eine größere Differenz zu Kern als zunächst scheinen könnte, denn Troeltsch hatte sich intensiv mit Weber auseinandergesetzt. »Ich würde«, so fuhr er zu Kern fort, »das begriffliche oder typische Wesen eines Zeitalters lieber mit dem Weberschen Begriff des ›Ideal-typischen‹ erfassen«. Troeltsch kehrte das konstruktivistische Moment historischer Idealbildung explizit hervor, und seine Entgegnung auf Fritz Kern entspricht treffend seinem Tribut an die »eisig kalte, rein theoretisch gebändigte, stark soziologisch erleuchtete Seinsforschung« des befreundeten Max Weber.⁸² Auch die Zustimmung Karl Heussis und dessen Vorschlag, statt vom zeitlichen und begrifflichen von *periodologischem* versus *typologischem Mittelalter* zu sprechen, lief nur dem Anschein nach auf ein Ähnliches hinaus, seine Spitze wies tatsächlich in eine andere Richtung.⁸³ Im Zentrum der Rezeption des bekannt-

79 Eben S. 94.

80 E. TROELTSCH, Der Historismus und seine Probleme [1922], S. 759.

81 DERS., Über Maßstäbe zur Beurteilung historischer Dinge [1916], S. 31.

82 Zit. DERS., Der Historismus und seine Probleme [1922], S. 759, 161. Seiner Meinung nach hatte er diese gar überwunden: Wir beurteilten »in Wahrheit die fremde Welt nicht nur an ihrem eigenen, sondern auch an unserem Maßstabe, und aus diesen beiden verschiedenen Bewegungsrichtungen ergibt sich zuletzt eine neue und eigene Bewegung« (S. 171, 175), und es sollte für Troeltsch diese Endsynthese einem ethischen und glaubensgeleiteten Entschluß entsprechen. Zur Sache A. WITTKAU, Historismus [1992], S. 156–160, 174–177; oder H.-G. DRESCHER, Ernst Troeltsch [1991], S. 209–215, 487–514.

83 K. HEUSSI, Altertum, Mittelalter und Neuzeit [1921], S. 44 f., 56, 66 Fn. 1, streitet vehement die Möglichkeit einer nichtaspektiven Universalgeschichte mit gleich-

ten Aufsatzes stand freilich das *gute alte Recht* selbst. Der Wirtschaftshistoriker Rudolf Kötzschke, seit je her ideengeschichtlichen Hintergründen der Wirtschaftsentwicklung auf der Spur, griff schon 1924 Kerns Lehre von der mittelalterlichen Rechtsanschauung in ganzer Breite auf und setzte sie um.⁸⁴ Auch in weiteren Arbeiten aus den Jahren der Weimarer Republik wurde sie erfreut verarbeitet: Sein Aufsatz wurde etwa von Percy Ernst Schramm herangezogen⁸⁵ und tauchte, kaum verwunderlich, bei Friedrich Meinecke wie auch in anderen, zur Geistesgeschichte hin geöffneten Schriften auf.⁸⁶ Johannes Spörl entwickelte seine frühen Interessen offensichtlich unter dem Einfluß der Lektüre Fritz Kerns,⁸⁷ ebenso griff Willy Andreas das *gute alte Recht* auf,⁸⁸ und gerade im Unterricht erwies sich der Aufsatz als Trumpf – in »den zwanziger Jahren hat er uns als Studenten in seinen Bann geschlagen und den inneren Blick eröffnet, so daß die Erarbeitung der Einzelheiten und ihre Einordnung in das große Gefüge leicht wurden«.⁸⁹

Die Resonanz innerhalb der zeitgleichen Rechtsgeschichtswissenschaft offenbart demgegenüber eine interessantere Szenerie, die den sich zunächst eher mühsam einstellenden Erfolg seines Vorgehens unter den teils konservativer gestimmten Germanisten erkennen läßt. In Hübners Gesamtdarstellung zwar umgehend nachgewiesen,⁹⁰ wurde das spezifisch Herausfordernde an Kerns Aufsatz durch

wohl definierten Epochengrenzen ab; sein daran anschließendes Plädoyer für eine bloß typologische, nicht periodologische Verwendung von Epochenbegriffen verfiel daher eine *Einzelaspekte* isolierende Kirchengeschichte. Aufwendigen Widerspruch erhielt er von G. v. BELOW, Über historische Periodisierungen [1925], der einmal mehr seine Geschichtssicht in Gefahr sah.

- 84 R. KÖTZSCHKE, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters [1924], S. 130 ff. u. ö. (sowie oben S. 30 Fn. 96).
- 85 So 1922 in dessen ungedruckter Dissertation zur *Geschichte Kaiser Ottos III.*, darüber D. THIMME, Percy Ernst Schramm [2006], S. 170 in Fn. 102.
- 86 F. MEINECKE, Die Idee der Staatsräson [1925], S. 33 f.; in der Sache auch bei E. KANTOROWICZ, Kaiser Friedrich der Zweite [1927], S. 209 f.
- 87 J. SPÖRL, Das Alte und das Neue im Mittelalter [1930], S. 297 ff., 314 f.; über den Autor, nach 1945 einer der maßgeblichen Ideenhistoriker innerhalb der deutschen Mediävistik, bei M. BORGOLTE, »Selbstverständnis« und »Mentalitäten« [1997], S. 198 ff.
- 88 W. ANDREAS, Deutschland vor der Reformation [1932], S. 445, wobei dieser sich hier bereits eine völkische Interpretation anverwandelte (S. 267–271, 630).
- 89 So Ernst Anrich 1952 in seinem Vorwort zu F. KERN, RuV [1919].
- 90 R. HÜBNER, Grundzüge des deutschen Privatrechts [1919], S. 4–6, nennt zwar die Kernschen Publikationen, geht aber nicht wirklich auf deren Zuschnitt ein und verbleibt dicht bei der schon vor Fritz Kern herkömmlichen Version über Güte und Alter im mittelalterlichen Recht.

Ulrich Stutz schnell wahrgenommen, und dieser bemerkte sogleich: »Seinen Ausführungen, so geistreich sie sind, und so manches Richtige sie enthalten, kann der Rechtshistoriker freilich in vielem nicht beistimmen«.⁹¹ Auch Autoren, die besonders stark auf die eigentlich germanische Herkunft des deutschen Rechts konzentriert waren, konnten dem Panorama Kerns zuweilen wenig entnehmen. Wenn etwa Claudius von Schwerin in einer Apologie des rechtlichen Germanismus von 1926 für Fritz Kern keine Zeile erübrigt, verwundert dies angesichts seines skrupulösen Quellenanspruchs wenig.⁹² Schon eher erstaunt, daß in einem Vortrag Jacob Wackernagels noch 1929 das *gute alte Recht* ganz ausgespart wird, wobei es sich um ein Übersehen gehandelt haben mag.⁹³ Themen, die auch im Zentrum von *Recht und Verfassung im Mittelalter* standen, behandelte aus anderer Richtung und in unterschiedlicher Weise Eberhard von Künßberg: mit einem genuin kulturgeschichtlichen Interesse fragt er ausdrücklich nach dem *Vergessen von Recht* in der Frühzeit und stellt den dadurch bedingten Typus mündlich tradierten Rechts heraus.⁹⁴ Gleichwohl kommt er ohne Fritz Kern aus, obgleich er dessen Aufsatz ohne Zweifel gekannt haben wird, ihm sachlich sogar überaus nahe rückt.⁹⁵ Noch größere Nähen zum Ansatz der Lehre und keinerlei Berührungsangst wies dagegen Hans Fehr auf,⁹⁶

91 U. STUTZ, Die Abstimmungsordnung der Goldenen Bulle [1922], S. 245 Fn. 5.

92 In Betreff des frühen Rechts und seiner Rechtsanschauung eher traditionell C. v. SCHWERIN, Der Geist des altgermanischen Rechts [1926], insb. S. 205–210 (trotz S. 246, dazu schon G. KÖBLER, Das Recht im frühen Mittelalter [1971], S. 18); inwieweit Schwerin hier seinen eigenen Ansprüchen genüge, steht freilich auf einem anderen Blatt.

93 Zu Duktus und Interesse von J. WACKERNAGEL, Die geistigen Grundlagen des mittelalterlichen Rechts [1929], insb. S. 11, hätte es immerhin bestens gepaßt (vgl. auch G. THEUERKAUF, Lex, Speculum, Compendium Iuris [1968], S. 20).

94 Ausdrücklich unternimmt E. v. KÜNßBERG, Rechtserinnerung und vergessenes Recht [1938], S. 581, »einmal über Erinnern und Vergessen überhaupt nachzudenken«; bereits in DERS., Rechtsgeschichte und Volkskunde [1925], wird über *Aberrecht* und *vermeintliches Recht* gehandelt.

95 Ebd., insb. S. 55 f., geht er über die früheren germanistischen Positionen klar hinaus und läßt, gerade in typologisch-kulturgeschichtlichen Zugriff, ein Kern ganz nahes Verständnis erkennen. Noch in E. v. KÜNßBERG, Vergleichende Rechtsarchäologie [1939], S. 141, spricht er jedoch »vom guten alten Recht der Vorfahren« in einem ganz hergebrachten Sinne. Daß er *Recht und Verfassung im Mittelalter* mied, dürfte an seiner offenbaren Abneigung gegen die geistes-historische Methode gelegen haben, die ihm für eine volkskundliche Rechtsge-schichte als Sackgasse erschien.

96 Etwa in H. FEHR, Deutsche Rechtsgeschichte [1921], S. 70, DERS., Mehr Geistes-geschichte [1927], S. 7; s. auch DERS., Mein wissenschaftliches Lebenswerk [1945], S. 16.

auch Guido Kisch, allemal Repräsentant sorgfältig-materialnaher Detailarbeit, entwickelte offenbar starke Sympathie für den neuen Ansatz, der sich in Kerns Studie verbarg.⁹⁷ Für die Aufnahme des *guten alten Rechts* in der rechtsgeschichtlichen Germanistik dürfte indessen besonders hilfreich die deutlich affirmative Haltung von Heinrich Mitteis gewirkt haben, die schon in seinen *Politischen Prozessen* hervortritt.⁹⁸ Erst später spürte Mitteis den zunehmenden Drang, sich von ihr und ihrer offenen Flanke zu anarchisch-beliebiger Willkür im Mittelalter zu distanzieren.⁹⁹ Noch um 1930 gab es pointiert-skeptische Beobachtungen zu Kerns Aufsatz, aber bald verhallte dies ungehört.¹⁰⁰ Denn er verschwamm je später desto leichter mit einer parallelen, ins Völkische reichenden Wendung, die sich innerhalb der Rechtshistoriographie dieser Jahre vollzog und von der aus Fritz Kern als Bestätigung der eigenen Perspektive gelesen, zuweilen auch als bereits veraltet wahrgenommen werden konnte.¹⁰¹ Daß gerade besonders vehement-völkische Interpretationen der deutschen Rechtsgeschichte vor und während der Nazi-Zeit auch das *gute alte Recht* in ihr Bild einschlossen,¹⁰² war

- 97 Erkennbar u. a. in G. KISCH, Studien zur Kulmer Handfeste [1930], S. 209, oder DERS., Besprechung Schilling [1932], S. 387. »Ihre ausgezeichnete Abhandlung über Recht und Verfassung im Mittelalter« erwähnt Guido Kisch an Fritz Kern, Brief vom 15.10.1929 (NL Kern), und erbittet einen Sonderdruck für ein bequemerer Arbeiten mit ihr.
- 98 H. MITTEIS, Politische Prozesse des früheren Mittelalters [1927], S. 8 f.; auch DERS., Rechtsgeschichte und Machtgeschichte [1938], S. 565.
- 99 Oben S. 24 Fn. 68, und vgl. H. MITTEIS, Besprechung Schlesinger [1943], S. 160: die Rechtsgeschichte habe dazu endlich grundsätzlich Stellung zu beziehen; auch DERS., Formen der Adelherrschaft [1951], S. 232, betont den »gedankenreichen, von den Rechtshistorikern« laut Mitteis »nur wenig beachteten Aufsatz« Fritz Kerns.
- 100 Unbeachtet blieb etwa A. HÜBNER, Vorstudien zur Ausgabe des Buches der Könige [1932], S. 115.
- 101 Stark aufgenommen, doch in seiner mangelhaften Eignung zu volkstumsfixierter Einebnung klar erkannt bei W. SCHÖNFELD, Das Rechtsbewußtsein der Langobarden [1934], insb. S. 343 f.
- 102 Schon bei W. MERK, Vom Werden und Wesen des deutschen Rechts [1925], S. 65–67, oder DERS., Der germanische Staat [1927], S. 39, wird Kern in die Merk umtreibende *germanische Rechtsgeschichte* einverleibt, ist allerdings nicht mit seiner eigentlichen Pointe vertreten, vielmehr wird hier eher, Schwerin ähnlich, die herkömmliche Form germanistischer Ursprungsvisionen vertieft; noch straf-fer völkisch umgesetzt und abgeändert ist Kerns Lehre in DERS., Vom Werden und Wesen des deutschen Rechts [1935], S. 7–10, 73–76, 113 (hierzu A. NUNWEILER, Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit [1996], S. 166–168, 185 f., 213–215); auch in durchweg völkisch-radikalisierender Perspektive an Kern angelehnt, zugleich die Setzbarkeit mittelalterlichen Rechts bereits heraushebend W. MERK, Vom Wachstum und Schöpfung im germanischen Recht [1937].

für das Nachleben allerdings weniger bedeutsam als eine Schrift aus denselben Jahren, die außerhalb der Rechtsgeschichtswissenschaft entstand.

a) Das *gute alte Recht* über *Land und Herrschaft*

Seine erste in einem umfassenderen Sinn konzeptionelle Einarbeitung fand das *gute alte Recht* 1939 in Otto Brunners bahnbrechendem Werk über *Land und Herrschaft*, das zu einem Angelpunkt der kommenden deutschsprachigen Mediävistik wurde. Unübersehbar ist der methodische Anstoß, den Kerns Aufsatz Otto Brunner gegeben hatte: »Hier beginnt in der Regel die Verlegenheit des modernen Historikers, der nicht vom mittelalterlichen Rechtsbegriff ausgeht, über die Sonderbarkeiten der mittelalterlichen Verfassungsgeschichte«, ¹⁰³ heißt es einmal bei Kern, und gerade dieser Verlegenheit wollte Brunner abhelfen. Durch seine Aufnahme und Verarbeitung von *Recht und Verfassung im Mittelalter* gab er dem Aufsatz dabei zugleich eine Art Bestandsgarantie für die Folgejahrzehnte. Da dies im Detail durchaus exemplarisch ist für das etwas schillernde Nachleben der Kernschen Lehre im Ganzen, läßt es sich kurz herausgreifen und aus der Nähe betrachten, denn dabei erfuhr der Aussagegehalt des *guten alten Rechts* eine markante Verschiebung.

Auch in Brunners Geschichtsbild ist ganz gemäß Kerns Vorlage das Recht im mittelalterlichen Denken stets *gut* und *alt* und, dementsprechend, als Rechtsidee wirklich. ¹⁰⁴ Die rhetorisch zentral platzierte Kritik, die Otto Brunner an Kerns Wendung übt, daß im Mittelalter das Recht souverän gewesen sei, ¹⁰⁵ zeigt freilich nicht allein einen unterschiedlichen Stil in der Wortwahl, sondern leitet bereits auf den Brunner eigentlich beschäftigenden, lenkenden Aspekt hin. Ihn zieht die Entstehung der Vorstellung von einer höchsten Entscheidungsinstanz in Form des neuzeitlichen Souveränitätskonzepts an, aus der eine Trennung von Staat und Gesellschaft erst hervorgehen konnte. Um diesen Bildungsprozeß legt sich Brunners ganzes Denken; tatsächlich wird bei ihm die mittelalterliche Rechtsanschauung durch die Entstehungsgeschichte des modernen Staats geschleust und einer historischen Staatstheorie zugänglich gehalten. Seine Einbettung des *guten alten Rechts* läßt jedoch stutzen, da sie im Grunde dem von

103 F. KERN, RuV [1919], S. 72.

104 O. BRUNNER, *Land und Herrschaft* [1939], S. 158–166, dazu K. KROESCHELL, *Haus und Herrschaft* [1968], S. 14.

105 Kerns Formel »ist bestechend«, so O. BRUNNER, *Land und Herrschaft* [1939], S. 169. »Aber sie ist unbrauchbar«.

Brunner selbst postulierten Weg entgegenläuft und eine Einbruchstelle in dessen methodisch so anspruchsvolles wie wirkungsvolles Werk markiert: Denn zum einen versäumt Otto Brunner nirgends, eine Geschichte des *inneren Baus*, der sozialen Strukturen von Macht in ihrer Verwirklichung, einzufordern, und hebt sich gerade damit deutlich von einer bloßen Geistesgeschichte ab.¹⁰⁶ Auch die Mediävistik habe vielmehr, mit den Worten Lamprechts, den Lauf des »permanenten Flusses wirtschaftlicher, sozialer, rechtlicher Umformungen« zu verfolgen, »deren jeweiliges Nebeneinander den Verfassungszustand einer bestimmten Zeit ausmacht«.¹⁰⁷ Zum anderen möchte Brunner dieses »tatsächliche Handeln« auf der Grundlage einer Terminologie beschreiben, die zwar mit moderner Begrifflichkeit vermittelt, doch »soweit als möglich den Quellen selbst entnommen« ist.¹⁰⁸ Er promovierte die Sozial- und Begriffsgeschichte des Mittelalters wirksam wie kein anderer.¹⁰⁹ Gerade diesem zweiten Postulat kam Brunner selbst freilich in eigener Weise nach. Daß er sich ausschließlich an der Quellenterminologie orientieren werde, gab er zwar nie vor, doch erlag er selbst deutlich gegenwartsgeprägten Verzerrungen.¹¹⁰ Erstmals ging er umfas-

106 O. BRUNNER, *Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte* [1939], S. 13; DERS., *Das Problem einer europäischen Sozialgeschichte* [1968], S. 82.

107 Siehe oben S. 47 f.

108 DERS., *Land und Herrschaft* [1939], S. 193, 506.

109 Darüber insb. O. G. OEXLE, *Sozialgeschichte – Begriffsgeschichte – Wissenschaftsgeschichte* [1984], DERS., »Staat« – »Kultur« – »Volk« [2005], S. 93; R. BLÄNKNER, *Nach der Volksgeschichte* [2003]; auch J. VAN HORN MELTON, *Otto Brunner und die ideologischen Ursprünge* [2011].

110 Seine Thematisierung der Souveränität und der *konkreten Strukturen* von Herrschaft stand tatsächlich im Strom der intellektuellen Emanzipation vom liberalen Staatsdenken. »Unter Verfassung soll hier mit Carl Schmitt der »Gesamtzustand der politischen Einheit und Ordnung« verstanden werden«, so O. BRUNNER, *Land und Herrschaft* [1939], S. 132; zu Ernst Rudolf Hubers Einfluß auf Brunner H. BOLDT, *Otto Brunner* [1988], S. 50 f. Erst nach 1945 benannte Otto Brunner sein Ziel als Strukturgeschichte, in den ersten Auflagen seines Werkes hieß es noch *Volksgeschichte*, sein strukturgeschichtliches Interesse trat jedoch schon vor 1933 zutage. Als Auswahl aus der umfangreichen Literatur R. JÜTTE, *Zwischen Ständestaat und Austrofaschismus* [1984]; C. DIPPER, *Otto Brunner* [1988]; G. ALGAZI, *Otto Brunner* [1997], S. 171–179; P. MILLER, *Nazis and Neo-Stoics* [2002], S. 149–158; sowie, mit anderer Akzentuierung, O. G. OEXLE, *Sozialgeschichte – Begriffsgeschichte – Wissenschaftsgeschichte* [1984]; H. KAMINSKY / J. VAN HORN MELTON, *Translator's Introduction* [1992], S. xxvii–xliv; oder J. VAN HORN MELTON, *Otto Brunner und die ideologischen Ursprünge* [2011], S. 129–132; insb. eingehend R. BLÄNKNER, *Von der »Staatsbildung« zur »Volkwerdung«* [1999], S. 111–117, DERS., *Nach der Volksgeschichte* [2003], S. 335–347.

send den sozialen Strukturen mittelalterlicher politischer Ordnung nach, aber er war geneigt, die so verstandenen Verfassungsentwicklungen in eher statischen Merkmalen aufzufangen,¹¹¹ hing dem Zielbild einer ungetrennten *Volksordnung* oder später der zeittypischen Projektionsfläche eines *Alteuropa* an.¹¹² Seinem ersten Anspruch, mehr als Geistesgeschichte zu schreiben, scheint er hingegen gerade im Betreff des *guten alten Rechts* offenkundig entsprochen zu haben: In einem Schlüsselkapitel seines Werks geht Brunner umfassend auf die mittelalterliche Fehdepraxis ein, von welcher erst »überhaupt der innere Zusammenhang von Politik und Staat, von Macht und Recht im Mittelalter begriffen werden« könne.¹¹³ Und hier zeigt er, daß es in einer als rechtmäßig geführten Fehde um die gesuchte Übereinstimmung mit altem und göttlichem Recht gegangen sei, letztlich um die Wiederaufrichtung eines gebeugten *guten alten Rechts*. Eine von heute aus nicht selten willkürlich wirkende Machtausübung habe dem Denken des Mittelalters infolgedessen ohne weiteres als Rechtshandlung erscheinen können; im frühen Rechtsbegriff wandelt sich für Otto Brunner bloße Macht in mittelalterliche Ordnung.¹¹⁴ Die Lage des *guten alten Rechts* veränderte sich dadurch freilich, denn Fritz Kerns Gedanken wurden hier planmäßig in die Sphäre einer Verwirklichung verlegt, gewissermaßen instrumentalisiert, und waren kein geistergründender Ideenbogen mehr. Genau besehen konnte durch Brunner die Dachkategorie des Rechtsbewußtseins nun auch einen beschreibbaren Schatten werfen über die sie tragenden Sozialbezüge,

- 111 Brunners Interesse gilt der *Ordnung* sozialer Strukturen mehr denn ihrer *Veränderung*, dazu etwa H. BOLDT, Otto Brunner [1988], S. 57–61; C. DIPPER, Otto Brunner [1988], S. 79–83; zum Kontext R. BLÄNKNER, Von der »Staatsbildung« zur »Volkwerdung« [1999], S. 129–132, DERS., Nach der Volksgeschichte [2003], S. 342–347, 360.
- 112 Ebd., S. 356. In seiner Europa-Fixierung stand Brunner in der Tradition einer Reihe deutscher Geschichtsentwürfe, die ihre weltgeschichtliche Orientierung am *eigen-Europäischen* festzumachen unternahmen; über Otto Brunners Nähe zu der früheren »Strukturgeschichte der europäischen Grundgewalten« von Ernst Troeltsch O. G. OEXLE, Sozialgeschichte – Begriffsgeschichte – Wissenschaftsgeschichte [1984], S. 332 f. (und siehe oben S. 37 Fn. 123 m.N.). Der *Alteuropa*-Begriff selbst ging bereits auf Burckhardt zurück, vgl. W. HARDWIG, Geschichtsschreibung zwischen Alteuropa und moderner Welt [1974], S. 23 f., 316–360, kürzlich R. BLÄNKNER, Begriffsgeschichte in der Geschichtswissenschaft [2012], S. 107.
- 113 O. BRUNNER, Land und Herrschaft [1939], S. 129; zum Zusammenhang H.-H. KORTÜM, »Wissenschaft im Doppelpaß«? [2006].
- 114 G. ALGAZI, Otto Brunner [1997], S. 169 f., stellt heraus, wie umstandslos Brunner dabei die partikuläre Perspektive adeliger Schichten auf die eigenen Fehdepraktiken als ein *allgemeines Rechtsbewußtsein des Mittelalters* generalisiert.

was viel früher Marc Bloch nach der Lektüre von *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht* bereits als Desiderat angemahnt hatte.¹¹⁵ Allerdings wäre zu erwarten gewesen, daß ein *innerer Bau* nicht gerade von seinem Dach, einer Rechtsidee, her begonnen würde. Brunners heute auffallend beharrlicher Rekurs auf die »weltanschaulichen Grundlagen des mittelalterlichen Rechts« rührt jedoch von einem ihm Unhintergehbaren her: Denn auch bei ihm lebt das »einheitliche Rechtsbewußtsein während des ganzen Mittelalters« fort, ja es ist die zusammenhaltende Klammer für die sich im *Land* historisch je entfaltenden *Herrschaftsverhältnisse*. Löst er die Kernsche Rechtsidee sozialgeschichtlich auf, so muß sich die Jahrhunderte währende Ordnung in seiner Verfassungsgeschichte verflüchtigen; Kerns *gutes altes Recht* ist bei Brunner zugleich eine Kernstruktur *Alteuropas*.¹¹⁶ Nicht allein seine frühere Verpflichtung auf den apodiktischen Volksbegriff ließ damit Brunners Alteuropa-Idee undynamisch werden,¹¹⁷ auch der Kernsche Rechtsbegriff verstärkte die Statik innerhalb seines Konzepts erheblich. Die Vorarbeit, die Fritz Kerns typologisierende Studie für Otto Brunner geleistet hatte, ging offenbar über eine beispielgebende Abkehr von der rechtsdogmatisch-konstruktiven Verfassungshistoriographie weit hinaus. Sie teilte wesentliche der Ideologeme Brunners für die Kontrastierung von Vor-moderne und Moderne,¹¹⁸ und sie konnte ihm deshalb auch nichts Geringeres bereithalten als eine begriffliche Achse für sein Geschichtsbild.

b) Von der longue durée einer Jahrhundertlehre

Mindestens für den deutschsprachigen Raum läßt sich die Wirkung der großen Neukonzeption Brunners zur Verfassungsgeschichte des Mittelalters kaum übertreiben. Weitere prägende Autoren nahmen *Recht und Verfassung im Mittelalter* indes ebenso auf,¹¹⁹ und wer bislang nachgestanden hatte, holte jetzt zügig das

115 Oben S. 39.

116 Die österreichischen Länder und Landtage, so O. BRUNNER, *Land und Herrschaft* [1939], S. 504 f., bewahrten noch bis 1848 »– wenn auch erstarrt und innerlich ausgehöhlt – doch die Grundlagen des »guten alten Rechts und Herkommens«. Die liberale Revolution hat dieses Fundament zerstört, erwies sich aber außerstande, selbst eine neue, sichere Grundlage dauernder Ordnung zu schaffen«; der letzte Satz wurde nach 1945 gestrichen.

117 C. DIPPER, *Otto Brunner* [1988], S. 92 f.

118 Zu diesen R. BLÄNKNER, *Von der »Staatsbildung« zur »Volkwerdung«* [1999], S. 93–105, 117–135.

119 W. SCHLESINGER, *Die Entstehung der Landesherrschaft* [1941], S. 124 f., 261 f.; zu diesem A. C. NAGEL, *Im Schatten des Dritten Reiches* [2005], S. 117–127.

Versäumte nach¹²⁰ – Kerns »einflußreichen Studien zum Rechtsbegriff des Mittelalters«¹²¹ sprach kaum jemand ihre Bedeutung ab. Drei Jahrzehnte nach ihrer Entstehung war die Lehre jedoch in ein verändertes, »weltbildhaft geschlossenes System« sozialer Ordnung eingepaßt worden,¹²² das eine neue Generation von Historikern einer *neuen Verfassungsgeschichte* im Mittelalter nun erblickte, aber von Kerns Ursprungsvision weit entfernt lag. Dieses Ordnungsbild stand nach 1945 den meisten deutschen Mediävisten und auch Rechtshistorikern vor Augen; in dieser Weise befanden sie sich beinahe sämtlich »unter dem großen Eindruck« der »Ausführungen von Kern, die sich auf eine umfassende Kenntnis mittelalterlichen Denkens stützen«.¹²³ Die besonders lange Dauer, die der Lehre beschieden war, geht auf dieses Fortleben als nunmehr wissenschaftlicher Standard zurück.

Bleibt man bei den deutschsprachigen Reaktionen,¹²⁴ so fallen grob gesehen zwei Phasen der Stellungnahme zu Kerns Doktrin ins Auge. In einer ersten Reihe stehen Arbeiten, die, unter dem Eindruck der herrschenden Doktrin, Kerns Gedanken ausbauen und erweitern, an der Ausschließlichkeit der Lehre hingegen verschiedene Zweifel anmelden. So wird in Wilhelm Ebels *Studien zur Geschichte der Gesetzgebung* zwar zentral und mit Nachdruck an Kern angeknüpft, werden hingegen weitere Typen des frühen Rechts skizziert, insbesondere die Verwillkürung als quellennah belegte Vorstellung des Mittelalter über eine Art Selbstgesetzgebung vertieft.¹²⁵ Zu etwa gleicher Zeit stellte Hermann

120 Wenn die Erstauflage von G. FRANZ, *Der deutsche Bauernkrieg* [1933], noch nicht im Bann des *guten alten Rechts* gestanden hatte, schrieb Franz den Einstieg in sein Werk später, offenbar unter dem Eindruck Brunners, mit Kerns Hilfe packend um, siehe die Auflage von 1939, und vgl. insg. H. WUNDER, »Altes Recht« und »göttliches Recht« [1976]; zum Autor W. BEHRINGER, *Bauern-Franz und Rassen-Günther* [1999].

121 H. THIEME, *Die Funktion der Regalien im Mittelalter* [1942], S. 64.

122 Zit. K. v. SEE, *Kontinuitätstheorie und Sakraltheorie* [1972], S. 48.

123 G. DILCHER, *Der Gedanke der Rechtserneuerung im Mittelalter* [1971/1994], S. 4, vgl. auch G. KÖBLER, *Das Recht im frühen Mittelalter* [1971], S. 20–22.

124 Unterschiedliche Einwände auf Kern bis etwa 1970 werden gebündelt dargestellt u. a. bei G. KÖBLER, *Das Recht im frühen Mittelalter* [1971], S. 26; J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts* [1988], S. 20–22; J. LIEBRECHT, *Das gute alte Recht in der rechtshistorischen Kritik* [1996], S. 188–200.

125 W. EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland* [1958], S. 11–15, DERS., *Die Willkür* [1953] (über Ebel M.T. FÖGEN, *Morsche Wurzeln und späte Früchte* [1987], S. 352–355; J. RÜCKERT, *Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte* [1994], S. 281 f.).

Krause in einem bekannten, gleichfalls an Fritz Kern anschließenden Aufsatz die ihm tatsächlich auffallende *Doppelschichtigkeit* mittelalterlichen Rechts fest: Es habe nicht allein gute und alte, sondern daneben gerade auch junge, durch die Lebensdauer der Herrschenden begrenzte Rechte gegeben.¹²⁶ Rolf Sprandel ergänzte dieses Panorama wiederum, indem er gleich vier Geltungstypen erkannte, von denen auch er freilich das *gute alte Recht* am Anfang sah.¹²⁷ Diesen Beispielen ließen sich weitere Autoren hinzufügen, denn insgesamt differenzierte sich die Diskussion über die Grundlagen des mittelalterlichen Rechtsdenkens in den ersten beiden Nachkriegsjahrzehnten erheblich, und dies zog auch Zweifel verschiedenen Zuschnitts an Kerns Beschreibung nach sich.¹²⁸ Der eigentliche Entstehungszusammenhang der Lehre vom *guten alten Recht* war zu diesem Zeitpunkt längst verschüttet, es erschien allein in seiner Fassung aus Otto Brunners *Land und Herrschaft*, und als diese Version wurde es auch im Folgenden kritisiert.

Die zweite Phase im deutschsprachigen Nachleben des *guten alten Rechts* zeichnet sich durch eine grundsätzliche Ablehnung und ausdrückliche Widerlegung der Ausführungen Fritz Kerns aus: Klaus von See trat mit seiner umstürzenden Schrift über *Altnordische Rechtswörter* hervor, in der er, gestützt auf eine umfassende wortgeschichtliche Auswertung der nordischen Quellen, nachweisen konnte, daß für die Frühzeit tatsächlich keinerlei Beleg für die fragliche Rechtsanschauung zu finden war, aus ihnen im Gegenteil sogar allenfalls eine Auffassung von Recht als formale, prozedurale Regel, doch kaum als materielle Rechtsordnung zu erkennen sei.¹²⁹ Wenig später kam Karl Kroeschell für das deutsche Frühmittelalter zu ähnlichen Ergebnissen, die im Folgenden die internationale Diskussion über das *gute alte Recht* vielfach beeinflussten: Kein einziger Hinweis deute auf das Kernsche Rechtsdenken hin, das frühe *reht* sei vor allem vielmehr als Inbegriff für ein richtiges Verfahren verstanden worden, würden Regeln als materiell gut und richtig benannt, tauchten sie tatsächlich als kanonistisch beeinflusste, doch nicht ursprünglich

126 H. KRAUSE, Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht [1958], S. 207–216 (s. demgegenüber F. KERN, RuV [1919], S. 71).

127 R. SPRANDEL, Über das Problem des Rechts [1962], insb. S. 117–121, 131–134.

128 Vgl. dazu etwa bei S. GAGNÉ, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung [1960], insb. S. 288–366; wobei Historiker des gelehrten mittelalterlichen Rechts ohnehin mit Typiken in der Art Fritz Kerns zumeist nicht viel anzufangen wußten, vgl. nur E. GENZMER, Mittelalterliches Rechtsdenken [1961], S. 5–9. Zuvor war zudem die Vulgarrechtsdebatte durch E. LEVY, West Roman Vulgar Law [1951], erweitert worden (dort S. 14–17).

129 K. v. SEE, Altnordische Rechtswörter [1964], insb. S. 96–102.

bekannte *consuetudines* auf.¹³⁰ Ausdrücklich räumte sodann Gerhard Köbler in seiner umfassenden wortgeschichtlichen Erhebung zum Recht des frühen Mittelalters mit der Lehre Kerns auf, die auch seinem Ergebnis zufolge an keiner Stelle der historischen Überlieferung nachweisbar war.¹³¹ Den scharfen Abweisungen der Doktrin vom *guten alten Recht* aus diesem Jahrzehnt haftete offensichtlich eine überschießend-entlarvende Emphase an: Wenigstens in seinem Aufsatz von 1919 »rückte« Kern durchaus nicht »das germanische Recht in den Mittelpunkt«.¹³² Ohne Zweifel bezog sich das *gute alte Recht* unverändert auf den zeitgenössischen Germanenbegriff,¹³³ was bei Kern tatsächlich im Zentrum gestanden hatte, war jedoch immer das nach seinem Begriff *mittelalterliche* Rechtsdenken und –fühlen gewesen.¹³⁴ Doch durch die neue wortgeschichtlich untermauerte Kritik wurde Kerns mindestens großzügig zu nennender Umgang mit den historischen Quellen bewußt. Angesichts der Oralität mittelalterlicher Rechtspraxis spricht freilich für viele noch immer ein negativer Quellenbefund nicht per se gegen altes und gutes Recht.¹³⁵

Heute jedoch überwiegen die skeptischen, Kerns Konzept ablehnenden Stimmen; seine lange Zeit »sakrosante These«¹³⁶ kann jedenfalls nach wohl ein-

- 130 K. KROESCHELL, Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert [1968], S. 314–318, 322, 326; s. bereits DERS., Die Sippe im germanischen Recht [1960], oder F. GRAUS, Über die sogenannte germanische Treue [1959].
- 131 G. KÖBLER, Das Recht im frühen Mittelalter [1971], S. 223, 226 f.
- 132 Anders lag dies schon bei Kerns mediävistischer Monographie, auf die sich F. GRAUS, Verfassungsgeschichte des Mittelalters [1986], S. 232, hiermit bezog.
- 133 K. KROESCHELL, Germanisches Recht als Forschungsproblem [1986], S. 16. In die Nähe der völkischen Rechtsgeschichtsschreibung gerät Kern sogar bei J. RÜCKERT, Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte [1994].
- 134 In den Schriften der 1960er Jahre schwingt als ein Gegenbild die vorangegangene germanophile Umdeutung der Kernschen Lehre durch die *Neue Verfassungsgeschichte* mit, gegen die sie sich absetzten. Auf Klaus von Sees Studie hin reagierte in der Tat die ehemalige Avantgarde völkischer Erneuerung noch, als O. HÖFLER, »Sakraltheorie« und »Profantheorie« [1972], S. 88–110, eine tiefbraun gefärbte Entgegnung verfaßte.
- 135 W. TRUSEN, Gutes altes Recht [1972], S. 192 ff.; G. DILCHER, Besprechung Köbler [1973], S. 272 f.; DERS., Mittelalterliche Rechtsgewohnheit [1992], S. 36; H. VOLLRAITH, Herrschaft und Genossenschaft [1982], S. 52–54, 57 f.; A. IGNOR, Rechtsdenken Eikes von Repgow [1984], S. 114–116; oder D. WILLOWEIT, Vom alten guten Recht [1998], S. 32. Dazu auch bei J. RÜCKERT, Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte [1994], S. 278 f., über Kerns Fortleben in Lehrbüchern S. 298–301.
- 136 J. HANNIG, Consensus Fidelium [1982], S. 23.

helliger Ansicht nicht mehr wörtlich genommen werden, so unterschiedlich dies im Detail gesehen wird. Immerhin sind nahezu alle tragenden Teile seiner brillanten Konzeption in den umfassenden, breiten Anschlußdiskussionen widerlegt worden. So vertiefte die Kritik, weitergehend als Otto Brunner, wie wenig Kerns Ausführungen zur mittelalterlichen Vorstellung von einem gleichsam *über* den Menschen stehenden, wahrhaft *souveränen Recht* oder zur strikten Verpflichtung des mittelalterlichen Herrschers auf dieses Rechtsdenken tatsächlich haltbar sind.¹³⁷ Zwar hätte Fritz Kern selbst wohl dem ebenfalls geführten Nachweis vom erkennbar kirchlichen Einfluß auf die Ideale von *Güte* und *Alter* des frühen Rechts¹³⁸ noch entgegnet, gerade dies entspreche ohne weiteres seinem Bild vom Kulturtypus Mittelalter. Nicht jedoch der Feststellung, daß *neues Recht* im Mittelalter mehr als bloß Kollateralprodukt ungelehrter Traditionserfindung, sondern bewußte Rechtsschöpfung und Rechtssetzung allgegenwärtige Modi der Normentstehung im Mittelalter gewesen sind.¹³⁹ Auch das verklärte Bild von der *Rechtsfindung*, dem Finden des eigentlich *guten alten Rechts* durch die Schöffen, kann nicht mehr bestehen,¹⁴⁰ wie überhaupt Kerns Drang nach schlüssiger, ja erhellender Erklärung eines einheitlichen Grundzugs im

137 H. VOLLRATH, Herrschaft und Genossenschaft [1982], S. 53; E. SCHUBERT, König und Reich [1979], S. 120–146.

138 K. v. SEE, Altnordische Rechtswörter [1964], S. 102; G. KÖBLER, Zur Frührezeption der *consuetudo* [1969]; W. TRUSEN, Gutes altes Recht [1972], S. 197 ff.; insg. U. WOLTER, Die »*consuetudo*« im kanonischen Recht [1992]; vgl. bereits S. BRIE, Lehre vom Gewohnheitsrecht [1899], S. 209, 255. Zur zeitgenössisch-mittelalterlichen Historiographie aus dem Kreis der kirchlichen Lehre, die über Herkommen, doch ebenso Zeit- wie Ortsbedingtheit des Rechts reflektierte, H.-H. KORTÜM, *Necessitas temporis* [1993].

139 H. KRAUSE, Kaiserrecht und Rezeption [1952], S. 31 ff.; DERS., Dauer und Vergänglichkeit [1958], S. 209 ff.; G. DILCHER, Gesetzgebung als Rechtserneuerung [1976]. Hermann Krause hob die Schaffung neuen Rechts gegenüber Kern zwar nicht erstmals, aber zuerst umfassend hervor, oft wird der Rekurs auf seine nicht strikt wortgeschichtlich orientierte Methode bevorzugt (etwa H. VOLLRATH, Herrschaft und Genossenschaft [1982], S. 38; zu Krause s. jedoch K. v. SEE, Altnordische Rechtswörter [1964], S. 73 f.). Über umfassende gesetzgeberische Rechtserneuerung, in Europa »eine Errungenschaft des Mittelalters«, und ausdrücklich gegen Fritz Kerns Doktrin gerichtet A. WOLF, Gesetzgebung und Kodifikation [1981], S. 143–153 (zit. 153), oder DERS., Gesetzgebung in Europa [1996], S. 3, 8 f.

140 K. KROESCHELL, »Rechtsfindung« [1972]; auch W. ULLMANN, Law and Politics in the Middle Ages [1975], S. 30; aus anderer Perspektive, doch ebenso skeptisch J. WEITZEL, Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren [1992], S. 79 f.

mittelalterlichen Rechtsdenken heute nicht mehr recht nachvollziehbar ist¹⁴¹ – er wurde erst vor dem Hintergrund der oben durchquerten Zielausrichtung seines Denkens verständlich. Die zahlreichen Einwände gegen das *gute alte Recht* haben unter deutschsprachigen Rechtshistorikern freilich zu einer schwer überschaubaren, je weiter führenden Diskussion geführt, deren Dickicht hier nicht durchstreift werden muß.¹⁴² Auch für Historiker besaß die These noch lange nach 1945 unvergängliche Eleganz und Überzeugungskraft; offensichtlich vor entscheidend war dabei, ob an einem Herrscher- und Herrschaftsverständnis orientiert, gleichsam von oben her, auf die Eigenart des mittelalterlichen Rechtsdenkens geschlossen wurde.¹⁴³ Starken Reiz besaß seine These schließlich auch für sozialtheoretische Einordnungen des archaischen Rechts¹⁴⁴ oder im Rahmen von einführenden Erwägungen aus rechtsnormentheoretischer Sicht.¹⁴⁵

- 141 J. RÜCKERT, Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte [1994], S. 287; D. WILLOWEIT, Vom alten guten Recht [1998], S. 27.
- 142 Für die Folgediskussion über die Lehre vgl. die Darstellung J. RÜCKERT, Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte [1994], die unter dem etwas sportlichen Banner »Rechtswert Nummer 1« zahlreiche Aspekte von Kerns Fortwirken darstellt. Einen Überblick über die Diskussion um den mittelalterlichen Rechtsbegriff, die sich an die Kritiken zu Kern anschloß, gibt B. KANNOWSKI, Rechtsbegriffe im Mittelalter [2002]; stellvertretend für die zahlreichen Beiträge zu ihr G. DILCHER, Mittelalterliche Rechtsgewohnheit [1992], D. WILLOWEIT, Vom alten guten Recht [1998], S. 29–39, oder M. PILCH, Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten [2009], S. 273–355, kürzlich noch H. KALB, Rechtswissenschaften, Rechtsgeschichte [2014], S. 7–18. Eine englischsprachige Einführung in die deutsche Diskussion bietet D. HEIRBAUT, An unknown treasure [2010].
- 143 Etwa noch H. BOLDT, Dt VerfG I [1984], S. 55 f., obgleich sich seit den 1980er Jahren auch hier eine deutliche Abwendung vom *guten alten Recht* zeigt. Neues Licht von Seiten der allgemeinen Geschichtswissenschaft her wirft insbesondere die Fallstudie S. TEUSCHER, Erzähltes Recht [2007], welche die kulturgeschichtlichen Konsequenzen analysiert, die der Institutionalisierungsprozeß territorialer Herrschaft auf lokaler Ebene im 13. und 14. Jahrhundert für das Bild vom Recht hatte. Seine materialnahe Auswertung zeigt, daß die Attribute von Güte und Alter zunächst kaum bekannt waren und sich als Legitimationsmuster erst jetzt in den Verschriftlichungspraktiken zunehmend verbreiteten (S. 307–312).
- 144 N. LUHMANN, Rechtssoziologie [1972], S. 190 ff., 198, vgl. J. RÜCKERT, Autonomie des Rechts [1988], S. 16–35, DERS., Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte [1994], S. 284, auch J. WEITZEL, Der Grund des Rechts [2000], S. 138 f.; insg. O. G. OEXLE, Luhmanns Mittelalter [1991], sowie N. LUHMANN, Mein »Mittelalter« [1991]. Ähnlich auch das *gute alte Recht* bei F. A. HAYEK, Law, Legislation and Liberty [1973], S. 83 f.
- 145 K. ENGISCH, Einführung in das juristische Denken [1956/2004], S. 213; oder bei V. GESSNER/A. HOELAND/C. VARGA, European Legal Cultures [1996], S. 105–111; dazu D. HECKMANN, Geltungskraft und Geltungsverlust [1997], S. 159–162.

Angesichts dessen erstaunt wenig, daß das Echo auf Kerns Lehre ebenfalls auf den deutschsprachigen Raum allein nicht beschränkt blieb. Das lange Nachleben des *guten alten Rechts* vollzog sich bemerkenswert breit gestreut, und es überquerte eine Vielzahl an Grenzen. Nach Norden hin läßt es sich besonders massiert wiederfinden: In Skandinavien erschienen, wie in Deutschland, verschiedene, stark abweichende Kommentare zu Gehalt und Wert des *guten alten Rechts*¹⁴⁶ – in Norwegen wurde gar ein Jahre andauernder Streit über dessen Aussagekraft geführt, insbesondere Knut Helle und Kåre Lunden rieben sich hier wiederholt und leidenschaftlich sowohl an Kerns Thesen wie auch aneinander.¹⁴⁷ Eine kontroverse Aufnahme läßt sich auch in Japan beobachten, wo Terushiro Sera *Recht und Verfassung im Mittelalter* übersetzte und, ähnlich wie später Hideo Iwano, Kerns Ansatz als historiographischen Fortschritt bewarb, wogegen sich Widerstand regte.¹⁴⁸ Jenseits des Eisernen Vorhang wurde Fritz Kerns Doktrin vom russischen Mediävisten Aron Gurevič in seinem berühmten Werk über das *Weltbild des mittelalterlichen Menschen* zentral aufgegriffen und verarbeitet.¹⁴⁹ In Spanien erfuhr sie, dank der Übersetzung von *Gottesgnadentum und Widerstandrecht*,¹⁵⁰ eine besonders frühe Rezeption, die auch die Lehre von der mittelalterlichen Rechtsanschauung einbegriff.¹⁵¹ Vor kurzem wurde zudem

- 146 Sie können hier nicht sämtlich benannt werden; für Schweden vgl. von Fritz Kern denkbar weit entfernte Positionen wie E. Sjöholm, *Sveriges Medeltidslagar* [1988], S. 250 f., einerseits, andererseits enthusiastische Anlehnungen an ihn wie C. Peterson, *Wertsystem und Handlungstheorie* [1986], S. 359–362. Als Beispiel für Dänemark O. Fenger, *Fejde og mandebod* [1971], S. 34, 36, in Island die Aufnahme des *gutes alten Rechts* bei S. Línðal, *Sendiför Úlfljóts* [1969], S. 6 f.
- 147 Siehe K. Lunden, *Norge under Sverreætten* [1976], S. 389–391, dessen intensive Aufnahme des *guten alten Rechts* die Kritik von K. Helle, *Nye og gamle synspunkter* [1977], S. 517 f., auf sich zog, darauf erneut K. Lunden, *Hovudsynspunkt på mellomaldersamfunnet* [1979], S. 51, und wieder K. Helle, *Litt mer om det norske middelaldersamfunnet* [1979], S. 86 f.; der Schlagabtausch setzte sich darüber hinaus fort. Vgl. zudem, und noch mit starkem Bezug auch auf Fritz Kern, bei E. Torkelsen/G.A. Blom, *Fra gammel rett til ny lov* [1984], S. 236–248, dazu kritisch P. Nørseng, *Gammel rett, ny lov – ett fett?* [1987], S. 64–67, und skeptisch auch S. Bagge, *From Viking Stronghold to Christian Kingdom* [2010], S. 184.
- 148 Seras Übersetzung F. Kern, *Chūsei no hō to kokusei* [1968], aufgreifend H. Iwano, *Fritz Kern no ho shiso* [1981]. Kritisch dazu und skeptisch zu Fritz Kerns Ansatz T. Wada, *Shohyou Iwano* [1982].
- 149 A. J. Gurevič, *Das Weltbild des mittelalterlichen Menschen* [1972/1980], S. 199–205.
- 150 Oben S. 39 f. Fn. 131.
- 151 Spanische Darstellungen in engem Anschluß an Kern sind etwa M. García-Pelayo, *La idea medieval del derecho* [1968], S. 66 ff., 89 ff.; A. Iglesia

der berühmte Aufsatz komplett ins Spanische übersetzt und wird derzeit begeistert als historiographische Erleuchtung empfohlen.¹⁵² Weniger deutlich scheint die Euphorie für Kerns Doktrin offenbar in Italien ausgeprägt zu sein, möglicherweise auch, da das mediävistische Interesse sich hier von je her stärker auf gelehrte Rechte richtet. Aufnahmen sind jedoch auch hier vorhanden,¹⁵³ teils wird mit Freude, andernteils mit Schrecken festgestellt, sogar *L'ordine giuridico medievale* von Paolo Grossi gehöre hierzu.¹⁵⁴ Im Ganzen freilich herrscht Zurückhaltung vor, ähnlich wie dies für Frankreich zu beobachten ist: Hier wurden Kerns Ausführungen zum mittelalterlichen Rechtsdenken zwar aufgenommen – nicht direkt genannt, aber erkennbar verarbeitet sind sie bei Marc Bloch.¹⁵⁵ Die französischsprachige Wissenschaft zur mittelalterlichen Rechtsgeschichte hingegen scheint Kerns Thesen, anders als Bloch, nicht wahrgenommen oder aber in ihnen keine relevante Fragen angesprochen gefunden zu haben; sie tauchen dort kaum auf.¹⁵⁶ Noch lange verfolgte sie unter dem

FERREIRÓS, La creación del derecho en Cataluña [1977], S. 248 f.; und insb. DERS., La creación del Derecho I [1992], S. 280–290; oder F.L. PACHECO CABALLERO, Leyes y Derecho [1996], S. 171–177.

152 F. KERN, Derecho y constitución en la edad media [2013]. Siehe dazu auch F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Fritz Kern [2009]; und DERS., A modo de introducción [2013], S. 74: Das *gute alte Recht* »puede servirnos perfectamente como guía de lectura para estudiar y comprender el Derecho medieval en la Península Ibérica«.

153 Neben anderen P. COSTA, Jurisdictio [1969], S. 143.

154 Bei P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* [1995], S. 76 Fn. 44, gibt es einen an sich lediglich allgemeinen Seitenhinweis auf den »remoto ma estremamente suggestivo, e tuttoggi leggibile con profitto, saggio di F. Kern«, doch von einigen wird in Grossis gleichfalls starker Kontrastierung von mittelalterlichem und modernem Recht eine Erbschaft auch des Kernschen Denkens vermutet. Darüber hingerissen bei J. VALLEJO, *El vértigo de los mil años* [1998], weniger begeistert dagegen M. ASCHIERI, Eine mittelalterliche Rechtsordnung [1996], insb. S. 53–61, vgl. auch E. CONTE, *Droit médiéval* [2002]. Einen Neoromantiker des Rechts erkennt in Grossi ebenfalls A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law* [2006], S. 511–518; den ungunten Einfluß Fritz Kerns verdächtigen in dessen Darstellung jüngst E. CONTE / M. RYAN, *Codification in the Western Middle Ages* [2014], S. 76 Fn. 5.

155 M. BLOCH, *Die Feudalgesellschaft* [1939/1982], S. 144–147 (siehe auch oben S. 39); es ist dabei kein Zufall, daß Bloch sich auf Kern und nicht auf die Rechtshistoriker der deutschen Klassiker-Riege bezieht, denn gerade Fritz Kern handelte vom Recht in einer für Bloch relevanten Weise.

156 Für die ältere Literatur vgl. R. GÉNESTAL, *Formation et le développement de la Coutume* [1928], S. 44 ff., A. LEBRUN, *La coutume* [1932], S. 27–69, oder F. OLIVIER-MARTIN, *Le roi de France et les mauvaises coutumes* [1938], und J. GILISSEN, *Loi et Coutume* [1953].

Eindruck eines vitalen Gesetzesmythos modernistische Bilder von Gewohnheitsrecht,¹⁵⁷ und auch in neueren Arbeiten fehlt das *gute alte Recht*, wo es tadellos hinzupassen würde, sei dies zu deren Vor- oder Nachteil.¹⁵⁸ Völlig anders wiederum stellt sich die englischsprachige Diskussion dar. Hier erlebte Fritz Kern nicht allein infolge der Übersetzung seines Werkes schon früh starke Beachtung, und es konnte *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht* zu einem verfassungshistoriographischen Standard avancieren.¹⁵⁹ Ebenso entwickelte sich das *gute alte Recht* zu einem allbekannten Topos in der angelsächsischen Mediävistik. Mit dem Common Law- und Precedent-Denken hat es weniger gemein als zunächst scheinen mag, möglicherweise aber könnte hier, in der Art eines produktiven Mißverständnisses, eine Ursache für den großen Erfolg jenseits des Kanals liegen. Freilich war dieser vor allem begünstigt durch die frühe Öffnung der englischen Mittelalterwissenschaft zu Ethnologie und Anthropologie: Hatte für den Wandel in der deutschen Mediävistik und ihrer *Neuen Verfassungsgeschichte* die antilibérale Umwälzung von 1933 eine gleichsam katalysatorische Wirkung gehabt, so wurde die englischsprachige Mittelalterwissenschaft von Themen der britischen Kolonialerfahrung geprägt und bezog nicht aus antiliberaler Staatstheorie, sondern von ethnologischen Arbeiten her ihre Impulse.¹⁶⁰ Bereits 1955 griff Max Gluckman das *gute alte Recht* Fritz Kerns auf und zog es zur Erklärung der traditionellen Streitschlichtung unter den Lozi heran; seitdem erfreute sich die Doktrin auch einer verbreiteten Wertschätzung unter englischsprachigen Ethnologen.¹⁶¹ Die britischen sozialanthropologischen Schriften dieser Epoche entsprachen der ursprünglichen Gedankenwelt Fritz Kerns vielleicht eher als die parallele deutschsprachige Adaption seines *guten alten Rechts*, immerhin wurden in ihnen geschichtliche Studien zu Antike und Mittelalter ohne übertriebene Pietät mit den Ergebnissen von Feldforschungen in Afrika zusammengebunden. Vor allem Jack Goody machte, durchaus im Sinne Kerns, die kulturgeschichtlich umwälzenden Folgen der Entstehung von Schriftlichkeit grundlegend zum Thema.¹⁶² Wenig später griff

157 Darüber C. GAUVARD/A. BOUREAU/R. JACOB, *Les normes* [2002], S. 469.

158 So in J. HILAIRE, *La vie du droit* [1994], etwa oder bei S. CAPORAL, *Les cycles politiques et les âges du droit* [1998], S. 48 f.; kurze, unspezifische Auftritte erlebt das *gute alte Recht* als »l'expression allemande« in J. GILISSEN, *La Coutume* [1982], S. 29, DERS., *La Coutume* [1989], S. 443.

159 Oben S. 39 f. Fn. 131.

160 Zum Kontext bei J. GOODY, *The expansive moment* [1995].

161 M. GLUCKMAN, *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia* [1955], S. 236; so zuweilen noch heute, etwa F. PIRIE, *The Anthropology of Law* [2013], S. 194 f.

162 Etwa in J. GOODY/I. WATT, *The Consequences of Literacy* [1963].

Michael T. Clanchy sowohl Goodys Schriften als auch Kerns *gutes altes Recht* auf, um für die englischsprachige Mediävistik vorzuführen, welch tief- und weitreichender Wandel die rechtliche Erinnerungspraxis seit Ausbreitung der Schriftkultur gezeichnet habe.¹⁶³ Seinen bis heute grundlegenden Studien folgte später nicht nur Jack Goody selbst,¹⁶⁴ sie zogen der britischen Sozial- und Strukturgeschichte des Mittelalters ein neues Bezugsfeld, indem sie die historiographische Bedeutung schriftlicher Überlieferung stark hinunterstufen und die Heranziehung anthropologischer Modelle anempfahlen; eine Anregung, die nicht unwidersprochen blieb.¹⁶⁵ So eindeutig sich diese Rezeption auch vor neuen Problemfeldern abspielte und die bekannten Thesen Fritz Kerns abermals umdeutete,¹⁶⁶ war doch hier die Kraft seiner Gegenüberstellung von ungeschriebenem und verschriftlichtem Recht, von Mittelalter und Moderne, in gewisser Dosis unverändert wirksam, und nach alledem ist es kein Wunder, daß die Schriften Fritz Kerns noch heute zur Grundausrüstung eines angelsächsisch-mediävistischen Universitätsstudiums zählen. Auch in eigentlich rechtshistoriographischen Schriften englischer Sprache ist Kerns Theorem wohl bekannt, sei dies in Gesamtdarstellungen¹⁶⁷ oder in umfassend-synthetischen Werken wie Harold Bermans *Law and Revolution*;¹⁶⁸ mittlerweile allerdings scheinen die

163 M.T. CLANCHY, *Remembering the past and the good old law* [1970], S. 172 f., DERS., *From memory to written record* [1979], S. 233; darüber auch S. TEUSCHER, *Erzähltes Recht* [2007], S. 19 f., 24. M.T. CLANCHY, *From memory to written record* [2013], S. 336–343, berichtet über die Anregungen und Impulse für seine damalige Innovation.

164 J. GOODY, *The Logic of Writing* [1986], S. 163–165.

165 Eine Umschau über die kritischen und stark differenzierenden Positionen, die in der angelsächsischen Diskussion gegenüber Clanchys Plädoyer seither vorgebracht wurden und mittlerweile ein erheblich verfeinertes Gesprächsniveau zu Mündlichkeit und Schriftlichkeit in der mittelalterlichen Rechtswelt angenommen haben, gibt A. RIO, *Legal Practice and the Written Word* [2009], S. 11–20. Leicht verzögert fanden Goodys Arbeiten auch den Weg nach Deutschland, so in der hier aufsehen erregenden Studie H. VOLLRATH, *Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften* [1981], insb. S. 582–584, daran anknüpfend G. DILCHER, *Mittelalterliche Rechtsgewohnheit* [1992], S. 37–52.

166 Dem *guten alten Recht* wird im englischsprachigen Raum zwar kein Vorwurf faschistoider Germanentümelei gemacht, dafür jedoch bemängelt, es trage seine angebliche »genesis in the colonial experience of modern European states« ins Frühmittelalter hinein (M. INNES, *Charlemagne, justice and written law* [2011], S. 165).

167 Etwa R. C. VAN CAENEGEM, *Law in the Medieval World* [1981], S. 17 f., 21 f.

168 H.J. BERMAN, *Law and Revolution* [1983], S. 62–68, 77, hierüber kritisch P. LANDAU, *Review Berman* [1984], S. 938 f.

ablehnenden Stimmen weit zu überwiegen.¹⁶⁹ Abgeschlossen ist der Weg seiner Wirkung indes auch hier nicht.

- 169 J. L. NELSON, *Politics and ritual* [1986], S. 62; J. CANNING, *History of Medieval Political Thought* [1996], S. 24; i. E. ebenso skeptisch E. COHEN, *The Crossroads of Justice* [1993], S. 19–21, die Rechtshistorikern freilich wenig Kritikfähigkeit unterstellt; ohne Kerns quellenferne Lehre P. WORMALD, *The Making of English Law* [1999], S. 482 f.; s. auch E. CONTE/M. RYAN, *Codification in the Western Middle Ages* [2014], S. 97.