DIE MENSCHLICHE GESELLSCHAFT

IN IHREN ETHNO-SOZIOLOGISCHEN GRUNDLAGEN

VON

RICHARD THURNWALD

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT BERLIN
EHRENMITGLIED DES K. ANTHROPOLOGISCHEN
INSTITUTS IN LONDON

FÜNFTER BAND

WERDEN, WANDEL UND GESTALTUNG DES RECHTES

IM LICHTE DER VÖLKERFORSCHUNG

MIT 2 TAFELN

BERLIN UND LEIPZIG 1934

WALTER DE GRUYTER & CO.

VORMALS G. J. GÖSCHEN'SCHE VERLAGSHANDLUNG — J. GUTTENTAG, VERLAGS-BUCHHANDLUNG — GEORG REIMER — KARL J. TRÜBNER — VEIT & COMP.

WERDEN, WANDEL UND GESTALTUNG DES RECHTES

IM LICHTE DER VÖLKERFORSCHUNG

VON

RICHARD THURNWALD

MIT 2 TAFELN

BERLIN UND LEIPZIG 1934

WALTER DE GRUYTER & CO.

VORMALS G. J. GÖSCHEN'SCHE VERLAGSHANDLUNG — J. GUTTENTAG, VERLAGSBUCHHANDLUNG — GEORG REIMER — KARL J. TRÜBNER — VEIT & COMP.

INHALTSÜBERSICHT ÜBER DAS GESAMTWERK

Erster Band: Repräsentative Lebensbilder

I. Wildbeuter — II. Pfleger von Pflanzen und Tieren: A. Die Pfleger der Pflanzen (Feldbauer) — B. Die Pfleger von Vieh und die Hirten.

Zweiter Band: Familie.

I. Die Verzahnung von Geschlecht und Alter — II. Die Stellung der Frau — III. Die Verbindung von Mann und Frau — IV. Die Heirat — V. Sexuelle Sitten — VI. Das Problem der Heiratsordnung — VII. Verwandtschaft — VIII. Künstliche Verwandtschaft — IX. Das Mutterrecht — X. Das Vaterrecht — XI. Das Kind — XII. Der Altersablauf. — XIII. Die Bünde.

Dritter Band: Wirtschaft.

I. Die Wirtschaft (Die sozialpsychische Verflochtenheit der Wirtschaft — Methoden der Nahrungswirtschaft und der Organisation) — II. Die Wirtschaftsfunktionen.

Vierter Band: Werden, Wandel und Gestaltung von Staat und Kultur.

A) Gesellungsformen und ihr Wandel. I. Soziale Gestaltungen — II. Kräfte der Vergesellung im Männerverband — III. Das Funktionieren egalitärer Verbände — IV. Politische Gefüge — V. Führerschaft. — VI. Staatsbildung — VII. Kampf und Friede — VIII. Sklaverei — B) Kultur, Zivilisation und Gesellschaft. I. Siedlung — II. Wirtschaftshorizont, politische Gefüge und Familiengestaltung — III. Extremformen und Sondergestaltungen — IV. Die Persönlichkeit in der Gesellschaft — V. Fortschritt und Zyklus — VI. Entwicklung, Rückstand, Variation und Ablauf — VII. Das Spiel der Kräfte, Gestaltung und Lebensprozeß von Gesellung und Zivilisation.

Fünfter Band: Recht.

I. Grundzüge des primitiven Rechtes — II. Das öffentliche Recht — III. Sachenrecht — IV. Verbindlichkeiten — V. Der Erbgang — VI. Die Missetat und ihre Bestrafung — VII. Der Rechtsstreit — VIII. Die Bedeutung der Herrschaft für das Recht und die „Gerechtigkeit".

Copyright 1934 by
Walter de Gruyter & Co. vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung — Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.
Berlin und Leipzig.

Printed in Germany

Archiv-Nr. 42 04 34

Druck von J. J. Augustin in Glückstadt und Hamburg

VORWORT

ZUM FÜNFTEN BAND

Auch die Fertigstellung dieses Bandes konnte nicht persönlich in Deutschland überwacht werden. Daher mögen sich hier wie in den anderen Bänden dieses Werkes, das während der wiederholten Abwesenheit des Verfassers von Deutschland fertiggestellt wurde, formale oder sachliche Mängel eingeschlichen haben, die sonst hätten beseitigt werden können.

Herr Dr. W. E. Mühlmann hat die Korrekturen und den Umbruch gelesen, die Anfertigung des Registers und die übrigen Geschäfte der Herausgabe bewährtermaßen und freundlichst übernommen.

Die Einleitung mußte unter den gegenwärtigen Umständen knapp gehalten werden. Vielleicht ist es möglich auf gewisse unerörterte Probleme andernorts einzugehen.

Sydney, im Herbst 1933.

INHALT

VORWORT V
INHALTSVERZEICHNIS VI
EINLEITUNG 1
DAS RECHTSLEBEN 12
I. Grundzüge des primitiven Rechts 12
a) Die Bedingtheiten des primitiven Rechts 12
b) Die religiöse Gebundenheit des primitiven Rechts 16
c) Die Fixierung des Rechts 18
II. Das öffentliche Recht 19
a) Völkerrechtliche Ansätze 19
b) Blutrache 21
Der Anlaß zur Blutrache 23
Die Schuldfrage bei der Blutrache 25
Beilegung und Ablösung der Blutrache 30
III. Sachenrecht 35
a) Grundeigentum 36
b) Bewegliches Eigentum 39
Eigentum an der Beute 39
Eigentum an anderen beweglichen Sachen 40
Eigentumszeichen 41
Besitz 41
c) Okkupationsrecht 42
IV. Verbindlichkeiten 43
a) Das Prinzip der Vergeltung 43
b) Der Vertrag 45
Voraussetzungen in Gesellschaft und Geistesverfassung 45
Realvertrag und konventionelle Symbolhandlungen 46
Verbal- und fluchbeschwerter Vertrag 47
Vertragshindernisse 48
Verbindlichkeiten und Verträge 48
1. Kauf (Voraussetzungen und Grundzüge 50, feste Gegenstandsbeziehungen beim Kauf 50, traditionelle Formalitäten 51, Haftung 54, Verkehrsschranken 51, Kaufheirat 52, Beschränkung des Eigentums 52, Markthandel 152). — 2. Darlehen, Leihe, Miete. — 3. Pacht 54. — 4. Haftung, Pfand 56. — 5. Bürgschaft 57. (Ursprung der Bürgschaft 58, Formen und Symbole 61, die geschäftlichen Beziehungen der Bürgschaft 67, der Bürge als Geisel 69, der Bürge als Mittler 72, die rechtlichen Verbindlichkeiten aus der Bürgschaft 74, Übergang zur modernen Form der Bürgschaft 80.)
V. Der Erbgang 80
Voraussetzungen für ein Erbrecht 80 — Die Vererbung bei Wildbeutern 81 — Vererbung in einer mutterrechtlichen Gesellschaft 83 — Das Erbrecht unter gemischt vater- und mutterrechtlichen Einflüssen 83 — Die Vererbung bei Völkern mit patriarchalischen Herrenhöfen 84 — Das Erbrecht bei Verselbständigung der Kleinfamilie 85
VI. Die Missetat und ihre Bestrafung 86
a) Das Verbrechen 86
Missetaten gegen die soziale Ordnung 92 — Zauber 97 — Sexuelle Vergehen 97 — Sexuelle Vergehen 97 — Diebstahl 99

b) Die Buße 105
Ursprung 108 — Formen 110 — Verschwinden der Buße 118
c) Die Sühne 119
Die Verletzung sakraler Vorschriften 119 — Die automatische Reaktion 120 — Die Reaktion auf dem Wege über Geister 122 — Belohnung 123 — Gruppensühne 123
d) Die Friedlosigkeit 123
Die Bedeutung der Friedlosigkeit 123 — Die Friedlosigkeit in autoritätsarmen Gemeinden 124 — Die Friedlosigkeit in Verbindung mit Wüstung des Vermögens 125 — Die Friedlosigkeit in großen Friedensbereichen 125 — Abstufungen von Friedlosigkeit 125 — Abschwächung der Friedlosigkeit 126 — Konfiskation und Exkommunikation 127 — Verfall der Friedlosigkeit 127 — Zusammenhänge und Unterscheidungen (Lynchjustiz, Wüstung, Haftung, Asyl, Strafen) 127
e) Das Asyl 128
Die Wurzel des Asylgedankens 128 — Asylstätten und Asylpersonen 128 — Asyl durch Frauen 130 — Die Funktion des Asyls im Rechtsleben 130 — Ort und Staffelung des Asyls 131 — Die Dauer des Asyls 132 — Die Sanktion des Asyls 132 — Auswirkung und Ende des Asyls 133.
f) Die Strafe 133
Die Strafe als Urteil und Exekution 133 — Die Strafe in der autoritätsarmen Gesellschaft 134 — Die Strafe in schwach gestaffelter Gesellschaft mit Autoritäten ohne Sanktionsgewalt 136 — Die Strafe in gestaffelten und geschichteten Gemeinwesen mit ausgeprägter und sanktionssicherer Autorität 139 — Sanktion im gegliederten und gestaffelten Staatsgefüge 140 — Geldstrafen 144
VII. Der Rechtsstreit 145
a) Verfahren 145
Grundzüge des Gerichtsverfahrens bei Völkern geringerer Zivilisation 145 — Schiedsrichterliche, von den Parteien gelegentlich selbst gewählte Autoritätspersonen 146 — Institutionsmäßige Autoritätspersonen 149 — Sanktion durch die Gemeinde, Auflehnung gegen die Stammessitte 151 — „Heiliges Recht", autoritäres Gerichtsverfahren 153 — Traditionelle Autoritäten 156 — Verschiedene Verfahren bei vorkolumbischen Völkern Amerikas 159
b) Beweismittel 161
1. Das Gottesurteil 166
Die Stellung des Gottesurteils im Sozialleben und Geistesverfassung 166 — Auffassung und Zusammenhang des Geschehens 167 — Das Gottesurteil als Beweismittel im Gerichtsverfahren 168 — Gottesurteil und Machtbesitz 171 — Verfallserscheinungen bei Anwendung des Gottesurteils 174 — Das Gottesurteil in den gegliederten und gestaffelten Gesellschaften mit beziehungsreicherem Denken 176
2. Der Eid 176
Wurzeln 176 — Symbolik des Eides 177 — Eideshelfer 178 — Reinigungseid 178 — Zeugeneid 179 — Eidbruch 179 — Meineid 180
3. Der Zweikampf 180
c) Gerichtspersonen 183
VIII. Die Bedeutung der Herrschaft für das Recht und die „Gerechtigkeit" 185
ABKÜRZUNGEN UND LITERATURVERZEICHNIS 190
REGISTER 225

EINLEITUNG

Die naturrechtliche Theorie gab Anlaß zum Studium der Rechtseinrichtungen von Naturvölkern. Dabei hoffte man gewissermaßen zu einem Urrecht der Menschheit vorzudringen, welches das römische Recht verdrängen könnte, das ehedem als Niederschlag eines absoluten Rechts angesehen wurde[1]). Die Rechtsvergleichung stellte sich vor, aus einem Vergleich von Normen verschiedenster Völker auch zu letzten grundlegenden Sätzen zu gelangen. Dazu gesellten sich praktische Gesichtspunkte teils des internationalen Verkehrs, teils der Kolonialpolitik.

Heute sind beide Standpunkte in den Hintergrund gedrängt. Mehr und mehr hat die Einsicht Platz gegriffen, daß das Recht eine Funktion der Lebensbedingungen und Geistesverfassung einer Gesellschaft ist, ein Regulativ für das Verhalten der Persönlichkeiten innerhalb einer Gemeinde[2]). Aus diesem Grunde hängt alles von der Art, der Zusammensetzung, der Tradition und der äußeren und inneren Situation dieser Gemeinde ab. Die „Entstehung" der Rechtsnormen und ihre Fixierungsart spielt unter diesen Umständen eine untergeordnete Rolle. Früher, besonders unter dem Banne der Pandekten-Studien, hatte man großes Gewicht auf die Unterscheidung zwischen Gewohnheits- und Satzungsrecht, zwischen ungeschriebenem und geschriebenem Recht gelegt. Es hat sich aber herausgestellt, daß diese Unterscheidung keineswegs die wesentlichen Besonderheiten von Rechtssystemen trifft. Häufig werden gesatzte Rechte durch gewohnheitliche Normen ergänzt, und dies in weit größerem Ausmaß, als man früher sah. Gesatzte Rechte unterscheiden sich von einander, und Gewohnheitsrechte ebenfalls. Die Unterscheidung nur zwischen Gewohnheits- und Satzungsrecht zu ziehen ist eine ebenso oberflächliche und unhaltbare Vereinfachung des tatsächlichen Verhältnisses wie

[1]) Über Naturrecht und seine Würdigung vgl. Otto v. Gierke, Recht und Sittlichkeit, Logos VI/245; und H. Fedderson, Die Behandlung des naturrechtlichen Problems bei Leibniz und die Bedeutung seiner Gedanken für die Gegenwart. — Fedderson betont das periodische Auftreten von naturrechtlichen Strömungen (z. B. während des Investiturstreits und nach dem Dreißigjährigen Krieg). Es handelt sich dabei stets, wie man unter sozialpsychologischem Gesichtspunkte hinzufügen kann, um eine emotionell-subjektive Stellungnahme im Gegensatz zum herrschenden Recht, mit andern Worten: um eine durch führende Einzelpersonen einsetzende Emanzipation von der traditionellen Ethik zwecks späterer Rechtsänderung. Das Naturrecht verfolgt diese emotionell, obwohl die Tendenz in verschiedener intellektualistischer Verkleidung und mit mannigfachem rationalistischem Geranke auftreten kann. — Vgl. auch Elemer Balogh, The Traditional Element in Grotius' Conception of International Law (Law Quarterly Review, 72, 1929).

[2]) Es ist hier nicht der Ort zur Auseinandersetzung mit verschiedenen Rechtstheorien, wie sie heute einerseits etwa durch H. Kelsen und andererseits durch L. Duguit vertreten werden.

etwa die zwischen „Natur-“ und „Kulturvölkern“. Unwissenheit über die „unverdorbenen Naturvölker“ allein vermag die Überheblichkeit zu rechtfertigen, mit der man, etwa vom Standpunkt des Alten Orients, oder gar von dem „klassischer Rechte“, die Bedeutung der „Naturvölker“ für die Entwicklung von Ordnungen menschlichen Zusammenlebens und der Kultur überhaupt einschätzt.

Es kommt darauf an, die Rechte als Ausdruck einer Kulturhaltung aufzufassen, d. h. aus dem Kultursystem die Rechtsordnung funktionell zu erfassen und zu verstehen, die Rechtsordnungen auf Grund davon zueinander in Beziehung zu setzen, und vor allem die Realität des Lebens und der wirklichen Handhabung des Rechts mit den Forderungen der Rechtssätze und ihrer logischen Systematik und Abstimmung auf einander zu untersuchen. Die Ordnungsqualität des Rechts bedingt logisch „Zwang“. Mit ihm steht die Ordnung in Korrelation. Es kommt daher nicht allein auf die Ordnung selbst an, sondern darauf: 1. wie der Zwang organisiert ist durch autoritative Faktoren (sakral-demokratisch, oder rationalistisch-despotisch, um zwei Beispiele herauszuheben); und 2. in welcher Weise die Zwang ausübenden Faktoren in der Lage und Willens sind, im konkreten Fall durchzugreifen. Das Moment eines organisierten Zwanges hebt die Rechtsordnung heraus gegenüber Brauch und Sitte. Die Rechtsordnung fragt nur nach Handlungen, nach Verhaltensweisen, und hat für diese ein grobes psychologisches Schema bei der Hand. Die Moral dagegen arbeitet mit einem anderen Schema ohne geordnete Zwangsandrohung.

Vermögen wir auf Grund der obigen Gesichtspunkte zu einem „Urrecht“ oder zu so etwas wie einem „absoluten Recht“ vorzudringen? Die heutige Übergangszeit, die zwar nach neuen Bindungen ringt, sie aber noch nicht erlangt hat, interessiert sich dafür nicht. Drastisch tritt z. B. im Sowjetrecht Rußlands zutage, das (nach Professor Reißner) nicht auf „Gerechtigkeit“ oder „Billigkeit“ eingestellt ist, sondern auf „Opportunität und die wechselnden Erfordernisse der Gesellschaft“. Hier wird bewußt und absichtlich der soziologische Standpunkt rücksichtslos überbetont. Daß er durch Schlagworte, Parteipolitik und Polizeiwillkür mißbraucht wird, liegt auf der Hand. Das Phänomen als solches ist unter zwei Gesichtspunkten interessant: Es bildet den Ausdruck für eine Übergangsperiode und für die Wiederbelebung absolutistischer Staatsauffassung, wenn auch unter verändertem Mantel. Ganz besonders tritt darin eine geradezu zügellose Auffassung von Souveränität nach außen und Suprematie im Innern in Erscheinung, wie sie nur etwa die orientalischen Despoten zur Blüte entwickelt hatten.

Unsere Zeit hat das Bedürfnis, die sozialpsychologischen Wurzeln der Rechtsgestaltung zu sondieren, das Recht aus der Haltung der Menschen einer Kultur und Gesellschaft zu erfassen[1]). Dieser Gedanke war daher auch maßgebend für die hier folgende Darstellung.

Durch die erwähnte Bezugnahme ergibt sich ein Verhältnis von Rechtstypen zu Kulturtypen. Blutrache, Asyl, Gottesurteil, Realvertrag z. B.

---

[1]) Vgl. dazu Underhill Moore, Das Gesetz des Juristen, Sociologus, VIII/4, 1932.

hängen mit Gesellschaftszuständen und der Denkart bestimmter Kulturen zusammen. Natürlich gilt das mit gewissen Einschränkungen. Wenn das Recht auch als Funktion in einer Kultur aufgefaßt werden muß, so deckt es sich doch mit ihr ebensowenig, wie etwa Sprache, Rasse, Religion, Wirtschaftsform, politische Gestalt usw. Alle diese Funktionen in einer Gesellschaft bewegen sich nur in einer gewissen ähnlichen Richtung mit korrespondierender Auswirkung ihres Rhythmus, sie laufen nie völlig parallel, haben nicht ganz gleiches Tempo und sind nicht einheitlich. In bezug auf das Recht braucht nur an die Jahrhunderte der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland erinnert zu werden, die sich in verschiedenen Formen und Staffeln vollzog und mit der Wirtschaftsentwicklung, Religion, Sprache usw. verhältnismäßig lose in Zusammenhang stand. Außerdem hat die Rezeption des römischen Rechts, die eigentlich nur die des justinianischen Codex (und auch dies nur teilweise) war (begleitet von der Annahme der lateinischen Grammatik und anderen Bestandteile der klassischen Kultur), hauptsächlich als Reiz zu weiteren neuen Rechtsgestaltungen gedient. Diese kamen im Pandektenrecht zum Ausdruck, das schließlich über verschiedene Kodifizierungen im preußischen Landrecht, österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch usw. zum deutschen BGB führte. Erinnert man sich dieser Prozesse, so wird ohne weiteres klar, daß die Wandlungen der Sprache, des wirtschaftlichen, religiösen und politischen Lebens, der Rassenzusammensetzung und Mischung etc. je ihre eigenen Bahnen nebeneinander gingen.

In kleinen Gemeinwesen, wie in denen von Naturvölkern ohne schriftliche Satzungen, mag das Recht mehr bildsam und fließend erscheinen, und seine Beziehung zum Rhythmus der anderen Kulturfunktionen ist vielleicht enger. Das Verhaltensbild eines Menschen soll sich hier dem Weltbilde „einordnen", dessen Unversehrtheit zu erhalten alle mithelfen. Sie tun das, weil diese unter ihnen entstandene intellektualistische Konstruktion das Symbol ist für die Beobachtung des „richtigen" (zum Automatismus erhobenen) Verhaltens, welches die Gemeinde verbindet, die die Existenz jedes Einzelnen schützt, erhält und fortpflanzt. Ist das bei höheren Rechten anders? Das indische[1]) und selbst das mohammedanische Recht sind kaum von den heiligen Büchern und Lehren zu trennen. Denn diese „Einordnung" verbürgt die innere Bindung des Menschen, aus der die Orientierung des Handelns und Verhaltens stammt. Sie verbürgt die Ausgeglichenheit und Ausbalanciertheit, die wir „Kultur"[2]) nennen und welche je nach Zeit, Ort und Gesellschaft „Kompensationen" für den „Zwang" aufwiegt.

Die Rechtsgestaltung erscheint weiterhin in Korrelation zur politischen und wirtschaftlichen Entwicklung. Besonders wichtig ist die Ausbildung einer anerkannten und institutionsmäßigen Autorität im Innern eines Gemeinwesens. Neue Bedingungen werden durch Individualisierung der Gesellschaft und das Hervortreten beweglicher Wirtschaftswerte im Binnentausch oder im Außenhandel auf der Basis gleicher Berechtigung geschaffen. Günstig für

[1]) Vgl. H. Losch, Die Yājñavalkyasmṛti, ein Beitrag zur Quellenkunde des indischen Rechts. Harrassowitz, Leipzig 1927.

[2]) s. Bd. IV.

die Ausgestaltung des Rechtslebens waren die Despotien[1]) mit ihrer individuell desintegrierten Bevölkerung und dem entwickelten Binnenhandel. Hier war eine Autorität entstanden, die von der Bindung an Klan oder Sippe, an ethnische Gruppe oder Berufsstand prinzipiell losgelöst war, die sich an die Streitenden persönlich nicht gebunden fühlte und daher die auf die Wagschalen gehäuften Argumente jeder Partei ausbalancieren lassen konnte. Nur so vermochte der Gedanke einer „Gerechtigkeit" Platz zu greifen, den die „autoritätslosen"[2]) Gesellschaften in solcher Losgelöstheit von der Persönlichkeit und der Partei überhaupt nicht kannten. Die Sorge für die Erhaltung der persönlichen Autorität und Macht und die Delegierung der Rechtsprechung an Beamte brachte allerdings menschlich-emotionelle Trübungen in die theoretische Unparteilichkeit. Andererseits bildete diese Delegierung den Anreiz zur Festsezung allgemeiner Normen und zur Kodifizierung des Rechtes in Sprüchen, Sätzen oder schriftlicher Fixierung.

Primitivere, namentlich kleinere homogene Gemeinwesen sind — wie schon angedeutet — allerdings auch nicht völlig ohne Autorität. Diese liegt aber weniger in der Hand einzelner Menschen als in den Traditionen, die von den Alten behütet werden, welche sich selbst ihnen untergeordnet fühlen. Auch hier gibt es Recht und Unrecht. Es ist aber anderer Art. Es ist unbewußt aus dem gewohnheitsmäßig eingeschlagenen Verhalten in ähnlichen Situationen entsprungen[3]). Die Gewohnheit hat durch moralische Anerkennung der leitenden Persönlichkeiten den Wert einer Sitte erhalten, und der anerkannte Zwang erhebt sie zum Recht.

Diese leitenden Persönlichkeiten sind in der Lage, das übliche Verhalten in gewissen Situationen in ihrem Sinn abzubiegen, je nach ihren eigenen Interessen, denen ihrer Familie oder Sippe[4]). Jeder zieht von seinem Standpunkt aus die Konsequenzen: Bald entscheiden Schlauheit und List, bald Brutalität und Macht. Doch wäre es falsch, diese Faktoren zynisch zu überschätzen. Auch höhere Rechtsorganisationen leben nicht nach ihren Idealen, wie oben bei der Erörterung der despotisch-autoritären Ordnung erwähnt wurde. Denn auch hier handelt jeder von seinem naiv-egozentrischen Stand-

---

[1]) Vgl. Band IV dieses Werkes.

[2]) Damit ist eine Gesellschaft ohne eine in einer Schicht oder Person konzentrierte Autorität gemeint. Diffus ist eine Autorität „Weltordnung" vorhanden.

[3]) Eine Berücksichtigung der Verschiedenheit des sozialen Lebenshintergrundes, wie es ein Stadium der Rechte von sog. „Naturvölkern" mit sich bringt, vermöchte auch klärend in verschiedene germanistische Rechtsauffassungen hineinzuleuchten. Vgl. z. B. über das „ligurische" Erbrecht die Kritik von E. M. Meijers (in Mededel. d. K. Akad. v. Wetenschappen, Afd. Letterkunde, Deel 54, Serie B [22], 141 ff. durch Herbert Meyers, „Ligurisches" Erbrecht, Z. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. (Germ. Abt.), 50, [30], S. 354 ff.). Es wird auf schwer zugängliche Gebirgs- und Sumpfgegenden hingewiesen, in denen sich der Satz paterna paternis, materna maternis erhalten hatte. Ohne auf Einzelheiten hier einzugehen, sei auf die „Ambivalenz" der Erbfolge bei Wildbeutern hingewiesen. Auch höhere Stämme können bekanntlich in das Jäger-, Fänger-Sammlerleben zurückzufallen sich genötigt sehen. Man muß auch mit der Möglichkeit rechnen, daß sich gerade in den „Rückzugsgebieten" von Sümpfen und Gebirgen Stämme primitiver Lebensführung erhalten hatten.

[4]) Vgl. dazu des Verf.s Ausführungen in „Die Persönlichkeit als Schlüssel zur Gesellschaftsforschung", Sociologus, IX/3 [33].

punkt aus. Auch hier ist der Mächtige häufig „im Recht". Dadurch entsteht der immer wiederkehrende Zwiespalt zwischen Theorie und Praxis. Doch dürfen wir auch nicht frivol den „Fortschritt" unterschätzen, der durch eine Aufstellung von Rechtssätzen erzielt wird.

Die Traditionen, welche wir in den Gesellschaften ohne institutionsmäßige Autorität als Rechtsnormen ansprechen, werden gestützt von der Moral und sind, wie gezeigt, in der Philosophie über Leben und Welt verankert. Ihre Sanktionen sind daher zunächst übernatürlich. Daraus leitet man rationalistisch die Berechtigung eines „Nachhelfens" ab — nämlich wie man der Fruchtbarkeit von Feld und Wild, oder dem Wechsel der Jahreszeiten, dem Regen und Wind durch Riten „nachhilft". Man spricht vom sakralen Charakter des Rechts und von sakralen Sanktionen; ähnlich auch vom sakralen Königtum, mit dem übernatürliche Verantwortung (für gutes Wetter, Ernte und Mehrung der Herden) und Verpflichtung (Tabus, zeremonielles Verhalten, Opfer) verbunden sind. Doch sollte man sich dabei vor Übertreibungen hüten. Jedes Rechts- und Machtsystem wird ja theoretisch in eine harmonische Beziehung zum Weltanschauungs- und zum religiösen Glaubenssystem des Volkes gesetzt. Aber erst politische und soziale Gefüge und das Wirtschaftsgefüge geben den Rechtsnormen, welche die Vorgänge unter den Einzelmenschen in ein Wunschschema fassen, Inhalt.

Dies führt uns zurück auf die weiter oben aufgeworfene Frage nach dem „absoluten" Recht und „Ur-Recht". Kann es eine vorbildliche moralisch allgemein gültige Regelung des Verhaltens von Menschen und der daraus entstehenden Konflikte überhaupt geben? Und auf welcher Grundlage? Wie weit kommen dabei die Beziehungen des Einzelnen zur konkreten Gemeinde in Betracht? — Wenn man aus allen Regelungen zwischen menschlichen Verhaltensweisen und deren Umrankung mit religiös-magischen Phantasien den innersten Kern herauszuschälen sucht, so gelangt man zur Erkenntnis, daß Reziprozität das ist, was die Wage des Rechts einspielen läßt, sei es als Vergeltung (z. B. als Blutrache oder als Spiegelstrafe), sei es als Strafe überhaupt, oder (auf wirtschaftlichem Gebiet) als Erwiderung eines Geschenkes, als angemessene Bezahlung, oder (auf dem Gebiete der persönlichen Beziehungen) als Töchtertausch unter Gemeinden, als Heiratsordnung unter Gruppen, als Brautkauf (Vergeltung durch ausgezeichnete Objekte) oder (im Obligationenrecht) in der Bezahlung von Kreditierungen, im Zinsendienst usw. Andererseits werden einseitige Leistungen als „ungerecht" empfunden: Abgaben von Hörigen, wirtschaftliche Dienste von Sklaven. Aber auch bei der Organisation der Abhängigkeitsverhältnisse hat das Grundgesetz der Reziprozität seinen Ausdruck gefunden im Schutz-gegen-Treue-Verhältnis zwischen Herren und Gefolgsleuten: der Herr ist zum Schutz verpflichtet, der Gefolgsmann zu Abgaben und Dienst. Mißbrauch ist die Verletzung der Reziprozität. Wie sehr man die Reziprozität als Grundlage für menschliches Gerechtigkeitsgefühl betrachten kann, mag aus Folgendem erschlossen werden: Als ich im Zentralgebirge von Neu-Guinea mit Stämmen zusammentraf, die nie einen Europäer gesehen, nie mit einem zu tun hatten, war es ihnen selbstverständlich, Geschenke von mir in entsprechen-

der Weise spontan zu erwidern. Bei Leuten, die in dieser Hinsicht zögerten, genügte die leiseste Andeutung, sie an ihre „menschliche" Pflicht zu erinnern. Darum wird Verschwendung von Geschenken ohne gehörige Gegenleistung als Schwäche oder Dummheit interpretiert, andererseits werden zu weitgehende Gegenforderungen abgelehnt[1]). Die lokalen und persönlichen Wertungen regeln natürlich die Abstimmung und die Feinheiten der reziproken Leistungen, die Zivilisationsart verleiht ihnen Inhalt.

Da die realen Bindungen wechseln, so verlieren überkommene Satzungen oft ihren Sinn und auch ihren Reziprozitätsgehalt. „Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage; weh dir, daß du ein Enkel bist! Vom Rechte, das mit uns geboren ist, von dem ist leider nie die Frage": das sind immer wiederkehrende Situationen, schon weil das Recht der Zeitsituation nachhinkt, aus der es hervorgeht — garnicht zu reden von der Situation, auf die das zitierte Wort gemünzt ist.

Vielleicht kann man den Satz von der Reziprozität als die sozialpsychologische Grundlage allen Rechts bezeichnen. Er findet seine besondere Anwendung auf die jeweilige Kultur, in der er auftritt und wird im Sinne ihrer Welt- und Lebensanschauung gedeutet und verbrämt. Auf diese Weise wird es klar, daß jeder Kulturhorizont seine besonderenRechtsanschauungen ausgebaut hat: ungeschichtete Jäger und Fänger der Wälder, homogene Hirten, homogene Jäger und Feldbauerinnen; in anderer Weise: geschichtete Fischer-Feldbauer-Stämme, geschichtete Hirten-Feldbauer. Andere Rechtsnormen wieder finden sich bei Gemeinden von viehzüchtenden Bauern und Handwerkern, andere bei aristokratischen, andere bei despotischen Beamten staaten usw.[2])

Der Rechtsausgleich unter souveränen oder halb-souveränen Sippen bewegt sich natürlich in anderen Formen als der unter Individuen in einem Gemeinwesen mit zentraler Autorität. Die zahlenmäßig ausgeglichenen Opfer der Blutrache sind Ausdruck der Reziprozität, die als „Gerechtigkeit" empfunden wird. Dazu kommt aber auch früh schon der Gedanke der Schuld gegenüber dem unbeabsichtigten Handeln als Korrektiv einer nur mechanischen Reziprozität. Über den Sippen thronend, als zwingende Ordnung in den egalitären Gesellungen und Gesellungsaggregaten, steht die allgemein gültige Weltordnung, der die weltliche Souveränität von Sippe oder Gemeinde untergeordnet ist. Obwohl in den individuellen Sippen mit besonderen Färbungen beheimatet, durchziehen diese Grundgedanken ganze Kulturhorizonte und erheben sich zu allgemein menschlichen Grundeinstellungen. Die Autorität der desintegrierten Gesellschaft verfeinert die Anwendung des Reziprozitätsprinzips, verändert dessen Funktion, tastet sie aber keineswegs im Wesen an.

Es wird die Aufgabe weiterer rechtssoziologischer Forschung sein, nach dieser Richtung Typen der Rechtsgestaltung zu gewinnen. Denn diese wird durch das herrschende Schema der Geisteseinstellung der Menschen einer

[1]) Manche Morde an Europäern haben ihren Grund darin, daß die betreffenden Europäer hre Instinktsicherheit auf diesem Gebiet verloren hatten.

[2]) Vgl. Bd. I.

Kultur bedingt. Durch diese erhält die Deutung und Anwendung überkommener und übernommener Rechtssätze ihre Direktive. Blutrachetaten z. B. werden bei Völkern mit lebendiger Vendetta trotz europäischer Rechtsbücher anders beurteilt und anders gerichtlich verfolgt als Morde. „Zauber" kann bei Leuten, die daran glauben, zu einem gemeingefährlichen Verbrechen werden, während wir konkretere Unterlagen für böse Absicht und Schädigung verlangen. Weitere Typen ergeben sich aus der Einwirkung etwa der islamitischen und buddhistischen Gedankenwelt auf die Rechtsgestaltung der davon berührten Völker. Die Ausstrahlung und Übertragung von Rechtsanschauungen zieht ihre Kreise in primitive Klan- und Sippengemeinden (etwa des Kaukasus, der Mongolei, Afrikas usw.) hinein.

Die erwähnte Typisierung hat nichts mit Stadien der Rechtsentwicklung zu tun, sondern bezieht sich auf spezielle Varianten, die sich aus dem Kontakt von Kulturen ergeben.

Kann man von Stadien der Rechtsentwicklung reden? Und wenn, wieweit? In welcher Weise wirkt sich der irreversible Akkumulationsprozess, der in Band IV dieses Werkes erörtert wurde[1]), auf das Rechtsleben aus? Nach den vorausgegangenen Darlegungen wird man unterscheiden müssen zwischen 1. der Wandlung des Rechtsgedankens selbst, 2. der Bezugnahme auf Objekte des Kulturlebens, 3. der Durchführung der Rechtsordnung.

Zu 1: Schon oben wurde angedeutet, daß man insofern von einer „Entwicklung" des Rechts reden kann, als die Einsetzung einer obersten politischen Macht einen persönlichen Richter aus der Familien-, Sippen- und Parteigebundenheit, wenigstens theoretisch, heraushebt und damit offiziell ein „unparteiisches" Abwiegen und „Finden" des Rechts ermöglicht. Andererseits bringen Krisen und Übergangsperioden Rückfälle, wie das Beispiel der sowjetrussischen Rechtspflege zeigt.

Zu 2: Der Anhäufungsvorgang an Fertigkeiten und Kenntnissen ist indirekt von doppelter Bedeutung für das Recht: a) Er bereichert die Bezugsobjekte des Rechts; b) er verhilft (auf den im IV. Bande ausführlich erörterten Wegen) zur Überschichtung und Aufrichtung weiter Friedensgebiete unter verhältnismäßig einheitlicher Rechtspflege. Dadurch wird die Grundlage zur Ausarbeitung von Rechtssätzen und einer verhältnismäßig unabhängigen Rechtsfindung und Sanktion gelegt. Rechtsordnung und Zwang werden systematisiert und gegenüber anderen Ordnungen verselbständigt. Rationalisierung und Konzentrierung der Rechtspflege treten ein.

Zu 3: Durch Schaffung leichterer Verkehrsmöglichkeiten, durch vermehrte Einsichten und Spezialisierung der Rechtspflege durch beamtete Richter und Hilfspersonen wird die Durchführung und Überwachung der Vorschriften und der Exekution des Rechts erleichtert.

Diese Stadien kennzeichnen natürlich nur die primitive Rechtsentwicklung Sie tritt besonders scharf auf zwei Gebieten in Erscheinung: in der Gestaltung des Individualeigentums und der Strafe.

Das Funktionsverhältnis des Rechts zur sozialen Struktur der Gesellschaft

[1]) Vgl. a. R. Thurnwald, „Analyse von ‚Entwicklung' und ‚Zyklus'", Mensch en Maatschappij. IX/1—2. 1932.

zeigt sich bei der Ausgestaltung privaten Eigentums. Eine in Klanorganisation lebende Gesellschaft besitzt gemeinsames Jagd- oder Fanggebiet, gemeinsame Herden, gemeinsames Land für den Anbau von Feldfrüchten. Der gemeinsame Anspruch des Klans auf Land erscheint als souveränes, jede Nutzung durch Dritte ausschließendes Hoheitsrecht. Privateigentum besteht da gewöhnlich nur für „höchst-persönlichen" Besitz, der ganz oder teilweise mit dem Ableben des Besitzers das Schicksal der Leiche teilt, mit ihr bestattet, verbrannt, in die See versenkt wird u. dgl. Der Ursprung für dieses „höchst persönliche" Eigentum ist hauptsächlich dauernde Benützung, die einen Zustand der Verbundenheit bewirkt, der die betreffenden Gegenstände gleichsam mit einem Lebensfluidum des Besitzers erfüllt, so daß sie darum auch sein Schicksal teilen müssen. In Mailu (an der Küste des östlichen Süd-Neu-Guinea) wird z. B. nach Saville (S. 168—169) „dauerndes" Eigentum, das nach dem Tode vernichtet wird, „von vorübergehendem" unterschieden, das man in männlicher Linie vererbt. — Eine weitere Quelle persönlichen Eigentums ist Arbeit, d. h. die Herstellung einer Sache, eines Bogens, eines Beils u. dgl. oder das Pflanzen, z. B. von Taro, einer Kokospalme usw. Auch dabei wird eine mystische Verbundenheit zugrunde gelegt, ähnlich etwa wie bei Speiseresten. Das „Wirken" des Menschen erscheint substanziiert in seinen Ergebnissen. — Rationalisiert ist dagegen der persönliche Eigentumserwerb durch Tausch oder Kauf. — Eine Mittelstellung fällt oft, wie z. B. in Neu-Guinea, dem Familienbesitz zu[1]), etwa Familienjuwelen, als Brustschmuck verarbeiteten Eberhauern, Halsketten aus Hundezähnen oder Muschelscheibchen, Armringen aus Muscheln u. dgl. Diese Juwelen werden bei festlichen Anlässen, namentlich beim Erwerb von Frauen oder bei Totenmahlzeiten unter befreundeten Familien oder Sippen innerhalb des Stammes oft gegen Schweine oder andere Leckerbissen zeremoniell getauscht. Im Gegensatz zum profanen Handel ist Feilschen dabei ausgeschlossen, vielmehr reichliches Geben und Erwidern Ehrensache. Überhaupt nehmen die Wertsymbole, wie Kühe, welche in Afrika für Frauen gegeben werden, die Stellung „wandernden Eigentums" einer sozialen Schicht ein. Es scheint, daß darin auch der Ursprung des Kula-Handels bei den Trobriandern[2]) und anderen zeremoniellen Tauschs zu suchen ist. So sind auch Beschränkungen in der Verfügung über den Kuhbesitz bei den nilotischen Lango zu erklären (vgl. Driberg, S. 172).

Die Besitz- und Eigentumsverhältnisse sind daher ohne den Hintergrund der Sozialverfassung und der sie belebenden Geisteshaltung unverständlich. Ein Vergleichen von hier oder dort herausgerissenen Normen in der Weise der älteren „Rechtsvergleichung" ist interessante Spielerei mit Kuriositäten. Vermögen wir in diese keine ordnenden Gesichtspunkte und Bezugnahme zu bringen, so bleibt das Unterfangen steril. Die Rechtsforschung muß die Beziehungen zum Leben pflegen und damit nicht nur zur Gesellungsstruktur, sondern auch zum Gesellungsprozeß, zum Veränderungsvorgang in Auf-

[1]) Vgl. „Das Eingeborenenrecht", II. Bd. Die Südseekolonien (Thurnwald), Papuanisches und melanesisches Gebiet, 1930.

[2]) Vgl. Bd. III.

bau und Zusammensetzung der Gesellschaft vordringen: "Law is a living growth — not a changeless code". Die eigenartige Rolle des Rechts leitet sich daraus her, daß es gewöhnlich Zustände und Auffassungen dauerhaft gestalten möchte, die als Ergebnis voraufgegangener Vorgänge sich in den Köpfen leitender Persönlichkeiten und Gruppen niedergeschlagen haben, kurz daß Zustände und Wertungen „galvanisiert" werden, die dem inzwischen weiter gerauschten Leben der betreffenden Gesellschaft nicht mehr völlig adäquat sind. Andererseits wird durch die Kristallisation zu Rechtsauffassungen ein Wertungssystem geschaffen, das bestimmend und richtungweisend für weitere Gesellungsgestaltungen sein kann: es wird zu einem Schema von Wünschen für die Zukunft auf Grund der Erfahrungen vergangener Tage.

Die Entstehung beweglichen Privateigentums setzte eine gewisse Gesellschafts-Gestaltung voraus, die das Ergebnis gewisser Konstellationen und Abläufe war, wie sie im IV. Bande dieses Werkes geschildert wurden. Erst die Zerschlagung der Klan- und Sippenverbände, die Verselbständigung der Familien und das Anschwellen von Herrenfamilien mit Sklaven und Dienern eröffnete den Weg zum privaten Eigentum dieser Familien an Boden oder Herden. Von entscheidender Wichtigkeit war eine andere Variante der politischen Gestaltung, nämlich der Despotismus über eine sozial gegliederte, durch Beamtentum regierte Gesellschaft, wie in den altorientalischen Reichen. Diese individualistisch zersetzte Gesellschaft, die über ein verhältnismäßig weites Gebiet ausgebreitet war und durch Beauftragte des Despoten regiert wurde, konnte durch einheitliche Regelungen zusammengefaßt werden. In der Tat konte man sagen: Justitia fundamentum regni. Darin lag die Stärke dieser Herrschaften, es war die Funktion, die sie zivilisatorisch erfüllten. Hinter der „justitia" steckte natürlich die Abneigung gegen alle Art ethnischer Gruppierung, welche mehr und mehr durch die sozial geschichtete und nur durch des Despoten oder Tyrannen Gunst anerkannte Staffelung verdrängt wurde. Daher auch die Tendenz zur Zerschlagung von Klan- und Sippen-Eigentum, wo immer das erwähnte Regime sich voll durchzusetzen vermochte. Die Ausbildung des Privateigentums an Boden und Herden war ein Mittel der Loslösung der Familien von Sippenbanden und zu ihrer Einverleibung in das System einer rationalistischen Despotie auf sonst egalitärer Grundlage. Es war eine Befreiung von alten Banden und Bindungen, wie etwa im Europa des 18. und 19. Jahrhunderts von den Zunftorganisationen. Der „demokratische Despotismus" spielte die Rolle des Liberalismus, der schließlich in neue Bindungen einmündet. Denn die Sippen wurden in Geheimbünde, Kasten, Zünfte, und ähnliche Verbände umgruppiert. — Die geschilderten Gestaltungen wirkten sich in gewissen Zentren aus, wie in den alt-orientalischen Staaten, und strahlten in die Nachbarschaft über, wo sie die Rechtsentwicklung ebenfalls beeinflußten.

Die logische Konstruktion, die notwendigerweise mit dem Verhaltungssystem einer Gesellschaft verknüpft ist, bedingt gewisse Konsequenzen einer Institution, wie des Eigentums, dessen Verletzung Diebstahl, Raub, Unterschlagung usw. sein kann. Wie diese Verletzung gewertet, gerächt oder be-

straft wird, hängt teils von moralischen Wertungen ab, teils von anderen Gesellungs-Einrichtungen, teils von verfeinerten Unterscheidungen. Diebstahl wird z. B. unter Verwandten oft moralisch verurteilt, aber in den ungeschichteten autoritätslosen Gemeinden von melanesischen Jäger-Grabstockbäuerinnen fehlt die „Möglichkeit", an dem Dieb Rache zu üben. Selbst Elternmord läuft oft straflos aus, weil die Kinder der gleichen Sippe angehören. Ein Unterschied zwischen Diebstahl, Raub und Unterschlagung fehlt in vielen primitiven Gemeinden[1]).

Derartige Korrelationen zwischen zwei Institutionen, wie zwischen Eigentum und Diebstahl, finden wir auch zwischen Blutrache und Asyl. Im Falle des Asyls handelt es sich nicht um eine logische Folge, sondern um eine praktische Konsequenz, die zum Zwecke der Linderung von Härten vorhandene religiös-zeremonielle Institutionen dem Rechtsleben dienstbar machte. Sicher ist die Voraussetzung des Asyls das Bestehen von Blutrache; aus zwei Gründen: 1. weil nur bei einer wesentlich emotionell orientierten Rechtspflege ein anderer emotioneller Faktor, der sakrale Charakter eines Ortes, einer Person, oder einer Handlung, sinnvoll als Regulativ eingeschaltet werden kann; 2. weil die Ausführung der Blutrache von der übrigen Gesellschaft, die in Desintegrierung begriffen und bereits an Autoritäten geknüpft ist, nicht mehr als einzige Möglichkeit erscheint (wie etwa bei den Maori, bei den alten Hellenen, im kaiserlichen Rom usw.), die Sippenbande aber doch noch stark sind.

Man hat oft, besonders in letzter Zeit, die Bedeutung des „magischen Denkens" überschätzt. Das Gewand und der intellektualistische Ausdruck der Gedanken darf nicht mit den zu Grunde liegenden emotionellen Strebungen und mit dem intuitiven Erfassen einer Lage und der darauf erfolgenden Reaktion in Verhalten und Handeln verwechselt werden. Warum gibt es eigentlich nur zwei öffentlich zu rächende Verbrechen in den primitiven homogenen, autoritätslosen „Gesellschaften": Zauberei und Bruch der Sexualtabus? Können wir diese Frage mit der „magischen" Formel beantworten: es handele sich eben um „magisches Denken"? Der erfolgreiche (böse) Zauberer erscheint als ein Mensch, der seine Macht mißbraucht und dadurch der egalitären Gemeinde gefährlich wird, er zeigt böse Absicht: man beseitigt ihn teils aus Furcht, teils aus Neid (im Sinne eines Ostrakismos). Ebenso mißbraucht derjenige seine Macht, der ein Sexualtabu verletzt. Er lehnt sich gegen die Ordnung des Zusammenlebens auf. Die Gesellschaftsordnung dieser Gemeinden beruht gerade auf streng geregeltem interindividuellem Verhalten. Es wird auch sonst alles irgenwie in dieses Schema gepreßt[2]). Primär ist in beiden Fällen der Umstand, daß die Gemeinde als Ganzes ihre hergebrachte Ordnung bedroht sieht. Mord oder Diebstahl wird immer als private Ange-

---

[1]) Ausführliches s. im „Eingeborenenrecht" (Thurnwald), Papuanisches und melanesisches Gebiet, 1930.

[2]) Über die Anwendung von Verwandtschaftsnamen auf „ähnliche" Beziehungen, und über das Verhältnis einer „idealen" Gesellschaftsordnung zur realen vgl. W. E. H. Stanner, The Daly River Tribes (North Australia), „Oceania" III/4, [33], S. 397.

legenheit der betroffenen Sippe oder Familie angesehen, weil nicht die Ordnung selbst als solche bedroht erscheint.

Dazu kommt noch, daß das Leben primitiver Gemeinden voll ist von traditioneller Deutung von Handlungen und Worten. Nichts ist ja falscher als die Meinung, unter Naturvölkern bewegten sich die Mitglieder einer Gemeinde ungezügelt und den Impulsen des Augenblicks folgend. Eher ist das Gegenteil richtig: Das tägliche normale Verhalten ist traditionell streng geregelt. Außerhalb dieses Rahmens ist jedes Verhalten mit großen Emotionen des Handelnden und auch der Beobachter verbunden. Das Besondere einer Abmachung muß daher auch von einem besonderen Verhalten, von besonderen Handlungen begleitet werden, die innerhalb der Tradition liegen. Ihre Symbolik ist streng gebunden. Uns mag eine solche Zeremonie als Ausfluß magischen Denkens erscheinen. Sie ist aber vielmehr der Ausdruck einer traditionellen Bedeutungsgeladenheit und Umschriebenheit des Handelns, einer Gebundenheit zum Zwecke der Erhaltung des interindividuellen Zusammenlebens in der Gemeinde.

Ähnlich ist es mit dem gesprochenen Wort, das genaue Kontrolle erfordert, damit ein Mitglied das andere nicht verletzt. Aus diesem sozialpsychologischen Hintergrund wird in den wechselnden Gesellschaften der Übergang vom Realvertrag zum herrschenden Verbal- und zum überwiegenden Konsensualvertrag verständlich.

Dies nur einige Beispiele, welche die Verflochtenheit der Rechtsordnung mit Gesellschaft und Geistesverfassung illustrieren sollen. Diese Verflochtenheit drängt sich vor allem bei einem Studium der Rechtseinrichtungen von Naturvölkern auf, obgleich, wie erwähnt, dabei auch Faktoren der Systematik, der Übertragung und solche lokaler Besonderheiten in Betracht zu ziehen sind, die aus der Rechtsgestaltung selber quellen.

DAS RECHTSLEBEN

I. Grundzüge des primitiven Rechts

a) Die Bedingtheiten des primitiven Rechts

Um einen Eindruck von der Gestaltung primitiven Rechts zu gewinnen, müssen wir unsere Zuflucht zu heutigen Naturvölkern nehmen. Denn die Aufzeichnungen der antiken Völker setzen naturgemäß auf einer Entwicklungsstufe des Rechts ein, die von Primitivität weit entfernt ist. Schon aus dem Besitz der Schrift allein geht dies hervor (vgl. T. „Schrift"). Was aber außerhalb eigener schriftlicher Dokumente von anderen Völkern überliefert wird, etwa von Herodot, Strabo, Polybius, Tacitus, ist ebenso karg wie unsicher.

Selbstverständlich hängt der Zustand des Rechts in erster Linie von der Verfassung des politischen Verbandes ab, in dem es gilt. Eine solche Organisation ist aber wiederum durch weitere Momente bedingt: vor allem durch die ethnischen Gruppen, die neben- oder übereinander gestaffelt leben, oder durch die soziale Schichtung, ferner durch die Wirtschaftsform. Für die letztere kommt nicht nur die Art der gesellschaftlichen Staffelung in Betracht, sondern auch der Stand der technischen Entwicklung. Weiterhin sind mit allen diesen Dingen Wertungen und Auffassungen, herkömmliche Formen des Denkens und des Ausdrucks, der Überlieferung und der Formulierung des Ausdrucks verknüpft, die der konkreten Rechtsgestaltung ihren Stempel aufdrücken.

Alle diese Faktoren verändern sich jedoch (s. T. „Primitive Kultur"):

1. Man kann von einer fortschreitenden Anhäufung technischer Fertigkeiten im Laufe der Zeit reden, und ebenso von einer die Ansichten und Wertungen umgestaltenden fortschreitenden Einsicht in die Kausalzusammenhänge der Alltagsvorgänge und des Geschehens.

2. Dadurch wird eine Vergrößerung der politischen Verbände, eine Vermehrung der Menschenzahl und eine Beschleunigung des Lebensrhythmus ermöglicht.

3. Dies bringt einen lebhafteren Kontakt von verschiedenen ethnischen Gruppen mit sich. Das Nebeneinandersiedeln fördert vermöge einer schon von vornherein gegebenen Neigung zur Spezialisierung der Tätigkeit die Ausbildung weitgehender Arbeitsteilung, eine Organisation der Wirtschaft durch Überschichtung und Herrschaft.

4. So kommt es zu einer größeren Kompliziertheit der auf einen weiteren Friedensbereich sich erstreckenden politischen Einheiten. Daran knüpft sich

ein Fortschreiten der rechtlichen Ordnungen des Lebens; eine „Rechtsentwicklung".

5. So wird nicht nur eine Bereicherung der Rechtsbeziehungen bedingt, sondern auch eine Vertiefung derselben. Ja, die rein juristischen Gesichtspunkte müssen überhaupt erst entdeckt werden, die Ablösung aus ihrer Verflochtenheit mit anderen, mit religiösen, moralischen und sittlichen muß sich erst vollziehen. Dadurch vermag die rechtliche Norm erst bewußt aus dem Chaos von verschiedenen anderen geforderten Verhaltungsweisen rein hervorzutreten.

Immer aber bleibt das Rechtssystem eingebettet in der übrigen Geistesverfassung. Da diese, wie gesagt, durch die fortschreitende Erkenntnis der Kausalzusammenhänge getragen wird, strahlt sie auf die Gestaltung des Rechts zurück, so daß auch beim Recht von Stufen geredet werden kann, auf welche die jeweiligen Gestaltungen zu projizieren sind.

Denn es gibt nirgends ein Recht an sich, so wenig wie es eine Kunst an sich gibt, sondern stets nur einen gewissen „Stil" des Rechts oder der Kunst, also bestimmte konkrete Gestaltungen als Ergebnis ineinandergreifender realer Bedingungen.

Es hat eine Zeit gegeben, und sie liegt nicht allzu weit zurück, da man den Naturvölkern den Besitz von Recht ebenso absprach wie eine eigene Geschichte. Redet man doch selbst heute noch von „geschichtslosen Völkern" — hauptsächlich deshalb, weil man ihre Geschichte nicht kennt. Leider war auf dem Gebiete der Gesellschaftsforschung die Tätigkeit der Reisenden nicht gleich eifrig wie im Erwerb von Sammlungen materieller Kultur. Überdies erfordert das Sammeln von rechtlichen Einrichtungen eine viel weitergehende Vorbildung als das Einkaufen von Gegenständen. Die verhältnismäßig spärlichen Ermittlungen auf rechtlichem Gebiet erstrecken sich überdies zumeist auf höhere Naturvölker, weniger auf Jäger und Sammler.

Man weigerte sich früher vielfach, Recht dort anzuerkennen, wo es keine geschriebenen Satzungen gab. Diese formale Stellungsnahme degradierte daher das, was man „Gewohnheitsrecht" nannte, zu etwas gewissermaßen nur halb Juristischem.

Dieser Auffassung wird man mit gewissen Vorbehalten in der Tat nicht ganz Unrecht geben können. Das Recht ist stets mit den Gedankengängen seiner Zeit verflochten, auch in höheren Gesellschaften; aber sein rein rechtlicher Charakter ist in primitiven Kulturen nicht bewußt von Vorschriften anderer, etwa religiöser, moralischer, zauberischer Natur losgelöst und verselbständigt. Nicht darum allerdings, wie eine formale Auffassung betonen zu müssen meinte, weil es nur als „Gewohnheit" existiert, ist der juristische Gehalt des Gewohnheitsrechts geringer als der gesatzten Rechts. In geschriebenen Satzungen archaischer Kulturen finden sich unter rein rechtlichen Normen oft auch noch mancherlei Vorschriften anderer Natur. In den „Gewohnheitsrechten" sind aber regelmäßig noch viele andere Normierungen mit eingewoben; in ihnen ist der rein juristische Gehalt meistens geringer als im geschriebenen Recht, das in juristischer Beziehung immer stärker spezialisiert ist.

Es gilt hier gewisse Grundzüge primitiven Rechts zusammenzufassen.

Selbstverständlich bringt die Eigenart des Lebens und der Kultur sehr verschiedenartige Normierungen mit sich. Dazu tritt noch der Einfluß der Übertragung fremder Vorschriften.

Die natürlichen Beziehungen der rechtlichen Ordnungen sind selbstverständlich die gleichen wie überall. Es können die öffentlichen Angelegenheiten, die Verfassung einer Gemeinde (öffentliches Recht) geregelt werden, oder die aus Geburt und Heirat sich ergebenden familialen Beziehungen einer Person (Personenrecht, Familienrecht), oder die Verhältnisse des Grundeigentums (Immobiliarrecht), ferner die Geschäfte mit beweglichem Besitztum, eingegangene Verbindlichkeiten (Obligationenrecht), weiterhin der Erbgang (Erbrecht); endlich können die Verhaltungsweisen der einzelnen durch die Gesamtheit einer Kontrolle unterzogen werden, aus der sich die Auffassung von den „Verbrechen" ergibt und das den „Missetätern" gegenüber einzuschlagende Verhalten als Reaktion auf deren Handlungen: Rache und Strafe (Strafrecht). Die Ansichten über verletztes Recht werden stets in einer herkömmlichen Form geklärt, in irgendeinem noch so einfachen Verfahren (Prozeßrecht).

Angesichts der Eigenart der Lebensverhältnisse indessen, die jeweils ihre besondere Regelung erfordern, gehen die einzelnen Ordnungen weit auseinander. So erscheint jedes Rechtssystem, z. B. auch das römische, nur als ein Sonderfall unter anderen ebenbürtigen, so groß auch die Unterschiede der Durchbildung und der Grad des Scharfsinns sein mag.

Vor allem ist auch das Gewicht und die Bedeutung der einzelnen Beziehungskomplexe in den mannigfaltigen Normierungen verschieden. In den primitiven Ordnungen tritt das Personenrecht wichtiger hervor, so wie etwa in der primitiven Kunst die Betätigung der Person des Menschen mit den leiblichen Mitteln in Tanz, Gesang und Körperschmuck; und zwar aus dem einfachen Grunde, weil die geringe Entwicklung der Technik noch nicht Objekte genug geschaffen hat, in denen bewegliche Werte sich verkörpern. Denn die hauptsächliche Grundlage für die Bildung von zivilen Rechtsbeziehungen, insbesondere das große Gebiet des Sachen-, Obligationen- und Erbrechts, ist von der Entwicklung beweglicher Werte abhängig. Das gilt sogar auch für Liegenschaften. Denn die Transaktionen mit Grund und Boden können ohne eine gewisse, wenn auch beschränkte „Mobilisierung" des Grundbesitzes nicht vor sich gehen, d. h. nicht ohne daß der Boden den mobilen Werten insofern angeglichen wird, daß er gegen diese austauschbar, kompensierbar geworden ist. Erst dann kann auch die Fülle von Berechtigungen daran eine bedeutendere Rolle spielen. Selbst in das Personenrecht, in die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehe reicht der Wirkungsbereich der beweglichen Werte. Nicht ausgenommen davon ist das Strafrecht, sogar in seinen ursprünglichen Formen der Blutrache, für die später durch mobile Werte eine Ablösung, eine Komposition, eine Bußezahlung, geschaffen wurde.

Schon daraus geht hervor, daß die Wirtschaft, bzw. die Entwicklungsstufe und Art der Technik den Hintergrund abgeben, auf dem die Ordnungen des Rechtslebens erwachsen. Zu ihrer konkreten Gestalt verhelfen ihnen aber erst die ineinandergreifenden und oft sehr verwickelten Ansichten über die Be-

deutung der einzelnen wirtschaftlichen Werte. Die tatsächliche Bedeutung von Wirtschaftsobjekten, wie z. B. Vieh, tritt gegenüber gewissen Vorurteilen nicht selten völlig zurück. Dazu kommt noch das ganze System der sonstigen Auffassungen vom Leben und seinen Zusammenhängen, kurz, die gesamte Geistesverfassung des Volkes und seiner Zeit.

So ergeben sich auch die Zusammenhänge des Rechts mit Sitte, Moral und Ethik. Das Recht wurzelt in der Gewohnheit gewisser Verhaltungsweisen. Man kann nicht nach einem „Zuerst" solcher Verhaltungsweisen fragen, sondern höchstens nach einem autoritativen Vorbild des Verhaltens, das Anerkennung findet und dadurch die ethische Sanktion erhält, ein Vorgang, der nur selten mit Absicht durchgeführt wird oder durchgeführt werden kann. Hüterin der Sanktion ist die Gemeinde oder die sie repräsentierenden, führenden Persönlichkeiten, die Alten oder ein angesehener Häuptling.

Unter diesen Umständen wäre es irrig, zu meinen, daß unter Naturvölkern nicht ein starkes Empfinden für Recht und Unrecht herrschte. Nur sind die Affektakzente anders verteilt als bei uns; während man über einen Diebstahl dort vielleicht hinwegsieht, ja das Wegnehmen einer Sache gar nicht als Verletzung des Eigentums empfindet, mag man gegen eine Übertretung der Heiratsordnung oder einer Meidungsvorschrift, z. B. den Fürsten essen oder trinken zu sehen (Schmidt M. [13] 29), außerordentlich empfindlich sein.

Die Rechtsentwicklung stellt einen großartigen Akt der Selbstdomestikation, der wachsenden Vergesellschaftung des Menschengeschlechts dar. Sie geht daher mit dem Wachstum politischer Gemeinwesen Hand in Hand. Die Überschichtung und das Entstehen starker Autoritäten im adligen Häuptling, im heiligen Fürsten und im rationalistischen Despoten enthielten eine mächtige Förderung für die Rechtsentwicklung.

In diesem Überblick über primitives Recht schien es nicht angezeigt, eine große Zahl von vereinzelten Rechtsbestimmungen heterogener Völker als Kuriositäten zu häufen, da ohne ihre Wurzeln die herausgegriffenen Normen unverständlich bleiben. Wenn wir wirklich in das primitive Recht eindringen wollen, ist es nötig, dieses als eine Ordnung des gesellschaftlichen Lebens und seiner Gestaltungen aufzufassen. Dabei muß man im Auge behalten, daß das Recht nicht einen unmittelbaren Niederschlag der gesellschaftlichen Kräfte darstellt, sondern daß die Wünsche und Bestrebungen nach einer Organisation der politischen und sozialen Beziehungen in den Köpfen bestimmter Menschen vor sich gegangen sind, daß somit das Recht durch die Denkart und Geistesverfassung, und zwar außerdem in der Regel einer vergangenen Generation, bedingt ist (s. T. „Primitives Denken"). Im Grunde genommen muß die gesamte Kultur als Hintergrund dienen. Wir müssen also versuchen, die Rechtsbestimmungen so fremdartiger Kulturen wie der der sog. Naturvölker in Verbindung mit den übrigen Sitten und Verhaltungsweisen, in ihrer Verwachsenheit mit dem gesamten Leben aufzuzeigen. Darum wurden hier nur einige Völker, von denen neue, genaue Ermittelungen vorliegen, ausgewählt.

Wünscht jemand die Rechtsanschauungen der Eingeborenen richtig zu

würdigen, meint Keysser ([12] 85), so muß er europäische Rechtsbegriffe beiseite lassen. Will man gerecht sein, so soll man, wie auf anderen Gebieten, auch auf dem des Rechts „mit Papua-Herzen fühlen lernen".

Das primitive Recht kann nicht ohne weiteres als etwas Einheitliches dem der Kulturvölker gegenübergestellt werden, nicht nur deshalb, weil viele Übergänge, besonders im Recht der archaischen Völker, vorhanden sind, die in dem der höheren Kultur nachwirken, sondern weil gerade die große Mannigfaltigkeit der primitiven Kulturen auch sehr verschiedenes Recht bedingt. Das geht schon daraus hervor, daß die politische Gestaltung sehr verschieden ist: angefangen von den homogenen demokratischen Verbänden der Wildbeuter-Stämme über die Agglomeration ethnischer Gruppen zur Schichtung nach Abstammung und nach sozial-beruflichen Gesichtspunkten, sowie von einer autoritätslosen Häuptlingsschaft zum heiligen Fürsten und rationalistischen Despoten.

b) Die religiöse Gebundenheit des primitiven Rechts

Im allgemeinen kann man sagen, daß in primitiven Kulturen der Erfolg auf jedem Gebiet ohne weiteres aus einem guten Einvernehmen mit den übermenschlichen Mächten abgeleitet wird. Dementsprechend wertet man auch die kulturelle Überlegenheit, durch die sich ethnische Gruppen auszeichnen. Darum werden diese anerkannt, ihre Wünsche befolgt und sie so zur Herrschaft zugelassen, zu einer Überordnung nämlich, die man innerhalb seiner eigenen homogenen demokratischen Horde unter seinesgleichen niemals zugestehen würde. Auf diese Weise ist es an vielen Orten zur Bildung von Adelsschichten gekommen. Im Zusammenhang damit ist es verständlich, wenn auf Fiji (Südsee), wie Hoc. ([2b] 54) ausführt, als erste Bedingung für die glückliche Regierung eines Fürsten seine edle Abstammung sowohl in der mütterlichen als auch in der väterlichen Linie gefordert wird. Außerdem soll er noch der älteren Linie oder der älteren Generation angehören. Ist das nicht der Fall, wenn etwa ein Jüngerer oder eine Familie, die nicht volladlig ist, die Macht an sich reißt, so sind z. B. Hungersnöte auf diesen Bruch der heiligen Sitte zurückzuführen.

Außerdem wird die richtige Beobachtung der Sitten und Riten als Voraussetzung für die glückliche Regierung eines Häuptlings oder Fürsten auf Fiji angesehen. Ein unbeabsichtigter Verstoß kann dazu führen, daß ein Häuptling zugunsten eines anderen verzichtet, um kein Unglück über sein Volk zu bringen (s. Hoc. 72).

Die starke Verflochtenheit religiöser Gedankengänge mit rechtlichen Einrichtungen zeigen vor allem Eid, sonstige Beteuerungen (vgl. Zahn [12] 314) und Gottesurteil. Der Eid weckt den stärksten Zwang, den der Naturmensch kennt. Mit dem Eide unterstellt er sich einem Gottesurteil, dem Walten der gefährlichen übermenschlichen Mächte. — Wenn dem Schwören der Eingeborenen gegenüber gehalten wird, daß sie trotzdem „lügen", so darf man die egozentrische Auffassung und Reproduktion des Naturmenschen nicht vergessen, der Art, daß einer an „die eigene Lüge glaubt" (Gutm. [26] 696ff., 702ff.; s. a. T. „Primitives Denken").

Die griechische δίκη bedeutet Gewohnheit, die Sitte, die sich gehört, Recht und Gesetz. Ein Mann, der δίκαιος ist, beobachtet vor allem die Gebräuche und was sonst das Herkommen vorschreibt, vor allem im Verhalten gegenüber den Göttern. So faßt auch Homer in der Odyssee (IX 175) den gastfreundlichen und gottesfürchtigen Mann auf im Vergleich zum anmaßenden Barbaren, der kein Recht übt. In ähnlicher Weise tut das auch Äschylus (Theb. 598). Das *dharma* des Sanskrit und *dhamma* des Pali enthalten ähnliche Bedeutungen, bei denen Sitte, Recht, Pflicht, Tugend und Frömmigkeit ineinander verschwimmen (vgl. Hocart 71).

Nicht nur für das primitive Recht, sondern auch noch für das archaische gilt die Auffassung, die z. B. das griechische Recht beherrscht, daß die Götter wohl überlegene Gewalten sind, die zu reizen man sich scheut, jedoch keine sittlichen Mächte, die Frevel und Verbrechen ohne weiteres ahnden, wie Latte ([20] § 2ff.) betont. Eine Gesellschaft wie z. B. „die homerische, die mit Wohlgefallen auf den tatkräftigen Mann blickte, der mit Trug oder Gewalt seinen Vorteil und seinen Willen durchzusetzen wußte", legte keine ethischen Maßstäbe an, fühlte sich aber dennoch durch Eide gebunden. Hier tritt auch die Stellung zur Lüge deutlich in Erscheinung: nicht die Unmoral der Lüge ist es, die den Unwillen der Götter wachruft, sondern die Auffassung von einer geradezu an das Sinnlich-greifbare erinnernden Bindung durch Zauberformeln von Schwur und Verfluchung, die den Schuldigen ins Verderben zieht.

Auch herrscht hier die Unzulässigkeit des Urkundenbeweises im alten Prozeß, wie sie in das Recht von Gortyn hineinragt, in ganz ähnlicher Weise wie wir das von Naturvölkern hören. Der Rechtsschutz erstreckt sich darum nur auf solche Ansprüche, deren Erweis in den anerkannten Formen möglich ist. Dort überall, wo die Allgemeinheit sich interessieren zu müssen glaubt, hat das Recht sakralen Charakter. Im übrigen aber bleibt es bei einem *laisser faire* des Einzelnen, dem gegenüber die Allgemeinheit sich passiv verhält, ihm höchstens die Rache zubilligt. Um nun die Allgemeinheit für seine Sache zu interessieren, wird ein besonderer Weg eingeschlagen, der die übernatürlichen Mächte durch Eid oder Fluch oder im Gottesgericht bannen und damit auch die Gemeinschaft in Mitleidenschaft ziehen soll. Eine größere Form, das Interesse der Gemeinschaft zu wecken, besteht in der unten erwähnten und auch unter „Blutrache" geschilderten Kettenrache.

Das römische Recht kennt die Spaltung in *jus* und *fas* (Voigt [02] 187). Das *jas* entspricht zweifellos den Tabu-Satzungen (s. T. „Meidung", „Tabu"); es ist das *jus divinum* Von diesem wird wieder das *jus sacrum*, die Ritualregeln, unterschieden, die aber durchaus zu den „übermenschlichen" Satzungen gehören. Das weltliche Gesetz, *jus*, wird teilweise auf die von der Staatsgewalt ergangene Verordnung zurückgeführt (*jus ratum*), wie es in primitiven Verhältnissen in Verordnungen der Häuptlinge oder Fürsten zutage tritt, während die *lex privata* ursprünglich die traditionell dem Einzelnen zugestandene Bewegungsfreiheit in der Wahrnehmung seiner Interessen darstellt, wie z. B. das Ergreifen oder Wegnehmen von Sammel- oder Jagdbeute, wenn ihm etwas abhanden gekommen ist, oder wenn jemand sich unrechtmäßigerweise etwa einer durch Merkmale gekennzeichneten Sache bemächtigt hat. — Vgl. Leist [92—6]. —