

**Fehde und Blutrache als Beispiele nichtstaatlicher
Konfliktlösung: rechtshistorisch und rechtsanthropologisch**

Erich René Karauscheck

Solivagus-Verlag
Kiel 2011



SOLIVAGUS
Verlag

Re-Reading Fehde und Blutrache

Vorwort aus Anlass der Veröffentlichung

1. EINLEITUNG

Der Kern dieser Publikation wurde vor nunmehr zwei Jahrzehnten der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien als Dissertation vorgelegt. Diese Abhandlung zur Fehde und deren Sonderform Blutrache wurde als vergleichend rechtshistorische und rechtsanthropologische Untersuchung angelegt deren Ausgangspunkt gleichermaßen die Betrachtung der Funktion wie des Funktionierens von „Recht“ in Gesellschaften ohne staatliches Zwangsmonopol darstellt. Ausgehend von einem komparativen Untersuchungsansatz analysiert das Werk einen kleinen Ausschnitt sozialer Ordnungssysteme in vorstaatlichen Gesellschaften. Die Untersuchung von Fehde und Blutrache sowie der, notwendigerweise damit verbundenen Sühne auf ihre rechtliche Qualität führt zu dem, nur auf den ersten Blick paradoxen Ergebnis, dass sowohl Fehde, als auch die Blutrache und insbesondere die Sühne der Fehde durch Elemente der Verfahrensgerechtigkeit charakterisiert und legitimiert sind. Dieser Themenkomplex ist, wie bereits ein erstes oberflächliches Studium der seither veröffentlichten Publikationen zeigt, inzwischen „Dauerbrenner“ unterschiedlichster wissenschaftlicher Disziplinen.

I.1 EXKURS ZUR BEGRIFFLICHEN ABGRENZUNG

Ein gebräuchliches Unterscheidungskriterium zwischen Fehde und Krieg besteht anerkannter Maßen und wesentlich darin, dass die Fehde Ausgleich und Sühne, also die friedliche Beilegung des Konflikts, im Gegensatz zum Krieg, als sich immanent begreift.

I.2 DER RECHTSHISTORISCHE BZW. MEDIAEVISTISCHE
KOMPLEX (DISKURS)

·8· Der Themenbereich Konfliktlösung in vorstaatlichen Gesellschaften gehört in das primäre Forschungsfeld der Historiker und Rechtshistoriker. Die Fehde stellt – wie Rolf SPRANDEL formuliert – ein Phänomen dar, welches „von der Neuzeit her gesehen, gewissermaßen rittlings auf der Scheidelinie zwischen Recht und Nichtrecht“¹ sitzt. Otto BRUNNER und seine „wirkmächtige“, 1939 erschienene Arbeit „Land und Herrschaft“ prägt bis heute den historischen Fehdebegriff. Brunner betont den prozessualen Charakter der Fehde, in der in legitimer und geregelter Weise Gewalt ausgeübt wird, um einen Rechtsstreit zu entscheiden.² Die Aktualität der Thematik ist auch daran ablesbar, dass die „Entstehung des Strafrechtes“ einen, von der deutschen Forschungsgemeinschaft geförderten Schwerpunkt (1997) darstellt,³ wobei gerade die verwandten (benachbarten) Disziplinen der Historiker und Rechtshistoriker einen durchaus fruchtbaren Boden für wissenschaftliche Dispute in der Auseinandersetzung mit (allgemeinen) Gewohnheiten, Rechtsgewohnheiten, somit der Konfliktlösung und Rechtsgeltung vorfinden.⁴ Gerd ALTHOFF ist als Impulsgeber der aktuellen Fehde-Forschung aufgrund seiner an der Konfliktlösung und Konfliktvermeidung orientierten Schwerpunkte besonders hervorzuheben. Er räumt zwar ein, dass das Mittelalter eine Epoche war, in der das Recht auf Anwendung von Waffengewalt zum adeligen Leben wesensgemäß zugehörig und das Gewaltmonopol des Staates eine Errungenschaft der Moderne ist,⁵ konstatiert hingegen andererseits (vor allem) für das hohe Mittelalter und die, von ihm im Besonderen fokussierten Adeligen bzw. „Belatores“, eine Vielzahl an „hochentwickelten Techniken“ gütlicher Konfliktbe-

¹ Rolf SPRANDEL, *Verfassung und Gesellschaft im Mittelalter*, S. 14.

² SPRANDEL, ebd. S. 15.

³ Gerd ALTHOFF, *Spielregeln der Politik im Mittelalter, Kommunikation in Friede und Fehde*, Darmstadt 1997, S. 91 m.w.N.

⁴ Jürgen WEITZEL in ZRG GA 117 (2000), S. 689–702; Dietmar WILLOWEIT (Hg.), *die Begründung des Rechts als historisches Problem*, München 2000; Gerd ALTHOFF in: Albrecht CORDES, Bernd KANNOVSKI (Hg.), *Rechtsbegriffe im Mittelalter*, S. 79ff. Frankfurt a.M. 2002, u.v.a.

⁵ Gerd ALTHOFF, *Genugtuung, Satisfactio*, in: Joachim HEINZLE, *Modernes Mittelalter*, Frankfurt a.M. 1994, S. 247ff.

reinigung.⁶ Ein wesentliches Anliegen seiner Ausführungen besteht darin die, auch aus Otto BRUNNERS Publikation „Land und Herrschaft“ resultierende Sicht vom „waffenklirrenden und fehdefreudigen Mittelalter“⁷ als unausgewogen zu relativieren. Er konzentriert sich darauf, Gewohnheiten im Zuge der Fehdeführung aufzuzeigen, welche der mittelalterlichen Gewaltanwendung Schranken setzen, die Eskalation von Gewalt be- und verhinderten und führt eine Vielzahl an Techniken vor Augen, die belegen, dass Fehden im Bereich des Adels und Hochadels oftmals aus einer Vielzahl von Drohgebärden, geradezu rituellen sowie standardisierten Schritten zur Eskalation und Deeskalation des Konfliktes bestanden. Aufschlussreich legt seine Untersuchung dabei dar, dass vor dem Ausbruch von Gewalt, wie auch während und nach dem gewalttätigen Konflikt Mediatoren daran arbeiteten, dass aus der Drohgebärde kein bewaffneter Konflikt resultiert bzw. ein solcher möglichst bald gütlich beigelegt und entsprechend gesühnt wird.⁸ Für ALTHOFF kommt den Konfliktaustragungsregeln im Mittelalter die entscheidende – rechtliche – Bedeutung zu: „*Die gütliche Einigung, erzielt durch den Einsatz von Vermittlern, die Streit durch eine angemessene Sühne oder Genugtuung aus der Welt schaffen, (besaß) einen größeren Stellenwert als Gerichtsverfahren.*“⁹

Die (friedliche) Konfliktlösung, der Friede bedarf der Vermittler, der Mediatoren¹⁰ und Arbitratoren, neben der Bußgeldzahlung, der Entschädigung, ist

⁶ Gerd ALTHOFF, ebd. S. 249

⁷ Gerd ALTHOFF, ebd. S. 249

⁸ vgl. Gerd ALTHOFF, ebd. S. 249; mit weiteren konkretisierenden Beispielen in: Gerd ALTHOFF, Konfliktverhalten und Rechtsbewusstsein (Die Welfen im 12. Jahrhundert) in: Gerd ALTHOFF, Spielregeln der Politik im Mittelalter, Kommunikation in Frieden und Fehde, Darmstadt 1997.

⁹ vgl. Gerd ALTHOFF, Konfliktverhalten und Rechtsbewusstsein, S. 84 in: Gerd ALTHOFF, Spielregeln der Politik im Mittelalter, Kommunikation in Frieden und Fehde, Darmstadt 1997

¹⁰ Gerd ALTHOFF, Schranken der Gewalt, Wie gewalttätig was das „finstere Mittelalter“?, in: Horst BRUNNER, Edgar HÖSCH, Rolf SPRANDEL, Dietmar WILLOWEIT (Hg.), Der Krieg im Mittelalter und in der frühen Neuzeit, Gründe, Begründungen, Bilder, Bräuche, Recht, Wiesbaden 1999, S. 17, wobei der genannte Autor den modernen Propagandisten der Institution Mediation die von ihnen propagierte Rückkehr zu mittelalterlichen Gepflogenheiten in Erinnerung ruft.

die formelle, ritualisierte „Genugtuung“ (*satisfactio*) ein wesentliches Element,¹¹ wobei verwandtschaftliche Bindungen zwischen fehdeführenden Parteien („*Cross-Cutting-Ties*“) wesentliche Erleichterungen bzw. Voraussetzungen für den Frieden in der Fehde bedeuten. Auch ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass Heirat und Heiratspolitik – nota bene „Zwangsverhehlung“ in moderner neuerzeitlicher Terminologie – Bestandteil des Ausgleiches in Fehden bzw. Konfliktlösungsstrukturen waren.¹² Politische Freundschaften als Elemente der sozialen Konfliktlösung im frühen und hohen Mittelalter werden seit Gerd ALTHOFFS grundlegenden Studien¹³ vertiefend untersucht, wobei nicht nur die Freundschaften eines Kaisers oder Königs zu, sowie freundschaftliche Beziehungen von Reichsfürsten untereinander im Zentrum der Betrachtung¹⁴ stehen, sondern auch vertikale Freundschaften auf landesgeschichtlicher Ebene Gegenstand aktueller historischer Untersuchungen sind.¹⁵

Fehden, „Ehrenhändel“, Blutrache, aber auch die Totschlagsühne, die Genugtuung, betrafen Fürsten wie Bauern im gleichen Ausmaß.¹⁶

Die Fehde ist ein multifaktorielles Phänomen, welches bis in die germanische Zeit zurückreicht und nicht einmal durch den Wormser Reichslandfrieden von 1495 endgültig beseitigt werden konnte. Im Mittelalter stand sie „neben

¹¹ Gerd ALTHOFF, *Konfliktverhalten und Rechtsbewusstsein*, S. 64 in: Gerd ALTHOFF, *Spielregeln der Politik im Mittelalter, Kommunikation in Frieden und Fehde*, Darmstadt 1997 mit weiteren Nachweisen

¹² vgl. Gerd ALTHOFF, *Konfliktverhalten und Rechtsbewusstsein*, S. 72 in: Gerd ALTHOFF, *Spielregeln der Politik im Mittelalter, Kommunikation in Frieden und Fehde*, Darmstadt 1997

¹³ Gerd ALTHOFF, *Verwandte, Freunde und Getreue. Zum politischen Stellenwert der Gruppenbildung im frühen Mittelalter*, Darmstadt 1990.

¹⁴ Stefan EICK, *Die politischen Freundschaften des Grafen Adolf III. von Schaumburg*, S. 10ff in: *Zeitschrift der Gesellschaft für Schleswig-Holsteinische Geschichte*, Band 129, 2004; Steffen KRIEB, *Vermitteln und Versöhnen. Konfliktregelung im deutschen Thronstreit 1198 bis 1298*. Köln, Weimar, Wien 2000 (Norm und Struktur, Bw 13), Claudia GANIER, *Amicus Amicis – Inimicus Inimicis. Politische Freundschaften und fürstliche Netzwerke im 13. Jahrhundert*. Stuttgart 2000 (Monographien zur Geschichte des Mittelalters, Bd 46).

¹⁵ so Stefan EICK, *Die politischen Freundschaften des Grafen Adolf des III. von Schaumburg a.a.O. m.w.N.*

¹⁶ Robert FOSSIER, *Das Leben im Mittelalter*, S. 354; Paul FRAUENSTÄDT, *Blutrache und Totschlagsühne im deutschen Mittelalter*, S. 105ff. vgl. beispielsweise auch Winfried SPEITKAMP, *Ohrfeige, Duell und Ehrenmord*, Stuttgart 2010.

anderen Formen der Konfliktregulierung oder Rechtsdurchsetzung“. Sie musste also nicht erst dann betrieben werden, wenn alle anderen Maßnahmen versagten, sondern war ein Mittel unter mehreren.¹⁷ Die Annahme von Vergleichen oder Befriedungsversuchen war keineswegs selbstverständlich und wurde in der Vollziehung der Blutrache als Recht der beleidigten Familie angesehen.¹⁸ Wer über kein oder ein nur schwach ausgeprägtes (soziales) Netzwerk verfügt, sich keiner starken verwandtschaftlichen Bindungen oder Schwurfreundschaften bedienen kann und/oder vielleicht sogar ein „Fremder“ ist, wird wohl auch kaum Werkzeuge zur Befriedung der Fehde finden.

· 11 ·

I.3 DER AKTUELL STRAFRECHTLICHE, STRAFWISSENSCHAFTLICHE UND KRIMINOLOGISCHE KONTEXT

Die Rechtsprechung in Deutschland und Österreich ist aktuell mit Tötungsdelikten aufgrund „fremd-kultureller Wertvorstellungen“ konfrontiert.¹⁹ Daraus resultiert das Interesse der Strafrechtswissenschaft, aber auch der Kriminologen und Kriminalsoziologen, die, im Kontext migrationspezifischer Delinquenz die Blutrache als ein in „Herkunftsländern“ verbreitetes Brauchtum auffassen²⁰ in aktuellen Monographien, etwa von Werner BAUMEISTER und Julia KREIS wird die aktuelle strafrechtliche Judikatur in Beurteilung der Frage, ob rezente „Blutrache“ bzw. der Blutrache verwandte Sachverhalte eine Tötung aus niedrigen Beweggründen im Sinne des § 211 StGB darstellen, aufgearbeitet und in einen historisch, anthropologischen vergleichenden Zusammenhang gebracht.²¹

¹⁷ Winfried SPEITKAMP, ebd., a.a.O.

¹⁸ vgl. diesbezüglich auch Paul FRAUENSTÄDT, Blutrache und Totschlagsühne im deutschen Mittelalter, S. 21, Paul FRAUENSTÄDT referiert in diesem Zusammenhang eine, bis an das Reichskammergericht gelangte Blutrache aus dem Jahr 1577, die eine Bauernfehde, welche ihre Wurzel in einen Gasthausstreit und einer Eskalation von Beleidigungen genommen hatte und schließlich mit einer Tötung im Zuge dieses Streites und Blutrache am Täter endete.

¹⁹ BGH-Beschluss 27.11.1979, 5 StR 711/79, NJW 1980, S. 537.

²⁰ z.B. Werner BAUMEISTER, Ehrenmorde, Blutrache und ähnliche Delinquenz in der Praxis bundesdeutscher Strafjustiz, S. 19.

²¹ Die auch in der, hiermit publizierten Dissertation angewandte komparative Untersuchungsmethode drängt sich beim Thema Fehde und Blutrache also geradezu zwangsläufig auf.

Die beiden Monographien analysieren die Blutrache und die aktuelle höchstgerichtliche Judikatur in historischer, soziologischer, aber auch psychologischer Hinsicht, teilweise um die „Defizite im Bereich der strafrechtlichen Behandlung der Blutrache aufzuzeigen“.²² In beiden Untersuchungen wird die Judikatur wie auch der aktuelle Meinungsstand der Strafrechtswissenschaft dargestellt und analysiert. Sprachliche Differenzierungen zwischen Blutrache, blutrache-ähnlichen Tötungsdelikten und Ehrenmorden werden vorgenommen, wobei akribisch genau aufgearbeitet wird, inwieweit in der jüngsten Rechtsprechung die mit der Tat eingehende Bindung an traditionelle Vorstellungen schuldmindernd oder strafverschärfend aufgefasst wurden.²³ Werner BAUMEISTER kommt zum Ergebnis, dass fundiertes, auch durch ethnologische und psychologische Sachverständige vermitteltes Wissen zur sachgerechten, dem Täter und der Tat-schuld gerecht werdende Urteilsfindung nötig ist.²⁴ Sämtliche Tötungsdelikte, welche von den genannten Autoren und der Rechtsprechung im Konnex des „Blutrache“-Motives analysiert werden, stellen – was an dieser Stelle hervorgehoben werden muss – anachronistische Erscheinungen dar, die mit Fehde und Blutrache in akephalen Gesellschaften ohne Gewaltmonopol nichts zu tun haben. Die mitteleuropäische Gesellschaftsordnung, aber auch die Rechtssysteme der sogenannten „Herkunftsländer“ anerkennen das staatliche Gewaltmonopol; Selbsthilfe und Blutrache sind da wie dort verboten.²⁵ Bei aktuellen Tötungsdelikten aus „Blutrache“-Motiven handelt es sich im Wesentlichen um Akkulturationsphänomene, die im weitesten Sinne einem Cargo-Kult ähnlich sind. Ausgleichs-, Sühne- und Befriedigungsstrukturen sind, in diesem Kontext augenscheinlich (zu) schwach ausgeprägt oder können sich – im Schatten staatlicher Rechtsordnung – nicht wirksam entwickeln.

In modernen staatlichen Gesellschaften ist der Begriff der Ehre (welcher auch im modernen Schlagwort „Ehrenmord“ bemüht wird) der politischen Funktion entkleidet. Die Ehre ist, anders als in vorstaatlichen Gesellschaften, nicht mehr Repräsentant der „bürgerlichen Rechte“, sondern ein, in und für Teilgesellschaften bzw. Sub- und Randkulturen identitätsstiftendes soziales Paradigma.

²² Werner BAUMEISTER, ebd. S 15.

²³ vgl. Werner BAUMEISTER ebd. S. 129ff.

²⁴ Werner BAUMEISTER ebd. S 175.

²⁵ vgl. beispielsweise Julia KREIS, Blutrache und Strafrecht, S. 17 ff., m.w.N.

In pluralistischen Gesellschaften, also solchen der nationalen Vielfalt innert funktionierender staatlicher Ordnungssysteme, ist die Ehre und die Verteidigung derselben mit (staatlich verpönten) gewalttätigen Mitteln nicht notwendig, um als Subjekt innerhalb des staatlichen Verfassungssystems anerkannt zu werden, sondern allenfalls erforderlich um in Subkulturen und Teilmengen dieses pluralistischen Gefüges als eben jener „Subkultur“ bzw. Migrantengemeinschaft zugehörig und in deren Sinne (wiederum doch auch politisch) wahrgenommen zu werden. Bei „Tötungsdelikten aufgrund fremdkultureller Wertvorstellungen“ drängt sich vielmehr der Vergleich mit der Vendetta oder anderen Rachedaten im subkulturellen (oder mafiosen) Kontext, in mehr oder weniger gut funktionierenden Rechtsstaaten, auf, zumal nur dann von Fehde und Blutrache gesprochen werden kann, wenn ein Gesamtkontext vorliegt, der auch Sühne- und Befriedungsmethoden kennt.

Zweifellos sind für die tägliche strafgerichtliche Praxis Strafzumessungsfragen und Beurteilung der Schuld im Zusammenhang mit Tötungen aufgrund „fremd-kultureller Wertvorstellungen“ hochproblematisch. Den genannten Monographien gelingt es, diese Relevanz und die Entwicklung der Judikatur zusammenzufassen und hervorzuheben, dabei geht es allerdings um die Frage der „Administrierbarkeit“ der Delinquenz im Foucault'schen Sinne.²⁶

Die zugrundeliegenden Probleme der Gleichzeitigkeit unterschiedlichster Wertvorstellungen, der Akkulturation in multinationalen oder multikulturellen Gesellschaften sowie in Migrationsbelangen wird wohl angesprochen, allerdings in Bezug auf strafrechtliche Relevanz ausschließlich aus der Warte des Rechtsstaates und der notwendigen Strafdurch- und Strafzumessung diskutiert. Das Leid (insbesondere der Opfer), die ausweglose Gewissenspein der Täter, die sich aus Gründen eines „verletzten Ehrgefühls“ zur Gewalttat gezwungen sehen, wird dadurch nicht gelöst oder gemildert. Dies zeigt sich auch am Beispiel der „Zwangsheirat“ und der Tötungen von weiblichen Opfern aus einem vermeint-

²⁶ Die von Michel Foucault in „Überwachen und Strafen“ aufgezeigten Mechanismen der staatlichen Reproduktion von Delinquenz und der Schaffung eines leichter zu administrierenden Delinquenzmilieus erfahren sohin vor dem Hintergrund spezifischer Migrationsprobleme, zu deren extremsten Beispielsfall der Ehrenmord zählt, eine neue, geradezu tagespolitisch aktuelle Brisanz. Insgesamt verbleibt der Eindruck, dass die Rezeption des Foucault'schen Werks (Überwachung und Strafen) durch Juristen bzw. Strafrechtswissenschaftler nicht die breite Basis wie in anderen Disziplinen gefunden hat.

lich verletzten Ehrgefühl männlicher Täter (Väter / Brüder / Ehemänner),²⁷ als den vielleicht häufigsten rezenten „Ehrenmorden“.

·14· Solche, aus „Blutrache“-Motiven begangene Tötungsdelikte und „Ehren“-Morde an Töchtern, Schwestern und Ehefrauen sind unbeschadet eines allfälligen „Migrationshintergrundes“ um nichts weniger anachronistisch und irrational, als das Duell und die „Ehrkultur des 19. Jahrhunderts“. Für moderne Zusammenhänge gilt es Winfried SPEITKAMP hervorheben:

„Vor allem ist Ehre selbst gesteckter Handlungsrahmen einer imaginierten, dadurch erst zusammenwachsenden Gruppe. Sie ist Teil der Legitimation von Gewalt. Ehre fügt Menschen zu Gruppen zusammen, diese wiederum entwickeln ihre eigene Zielsetzung, es entstehen Gewaltgemeinschaften, die sich über Gewaltpraktiken definieren und organisieren, Ehre daraus ableiten und – quasi im Ringschluss – zugleich als Legitimation ihres Handelns anführen. Gewalt ist dabei die Macht der Machtlosen.“²⁸

Winfried SPEITKAMP hat in seiner Darstellung der Geschichte der Ehre Theodor Fontanes 1895 erschienenen Roman „Effi Briest“ (dem Muster eines Ehrenkonfliktes um Ehebruch und Duell im 19. Jahrhundert) breiten Raum gewidmet.²⁹ Die Parallelen zur Gegenwart sind unübersehbar.

Spannend ist in diesem Zusammenhang, dass vor dem Hintergrund des europaweit anerkannten Grundrechtes auf Meinungsfreiheit der gerichtliche (strafrechtliche) Ehrenschatz in der juristischen Praxis zunehmend an Bedeutung verliert (bzw. seit Langem verloren hat), wobei aus einem, wenn auch eurozentrischen Standpunkt betrachtet, auch nur ein geringes Bedürfnis an einem strafrechtlichen Ehrenschatz besteht,³⁰ was wohl auch mit der europäisch (insbesondere deutsch / österreichischen) Vergangenheit zusammenhängt und mit dem unangenehmen Gefühl zu tun hat, das eine überspitzte Betonung der „Ehre“ hinterlässt, zumal der Ehrenkult des Nationalsozialismus noch deutlich im Allgemeinbewusstsein verankert ist und aus dieser geschichtlichen Erfah-

²⁷ vgl. hierzu TELLENBACH in: TELLENBACH, Die Rolle der Ehre im Strafrecht, S. 790

²⁸ Winfried SPEITKAMP, Ohrfeige, Duell und Ehrenmord, Stuttgart 2010.

²⁹ Winfried SPEITKAMP, ebd. Seite 7ff.

³⁰ WINTER in TELLENBACH, Die Rolle der Ehre im Strafrecht, S. 139.

rung die Betonung der freien Rede und der Meinungsfreiheit unzweifelhaft als eindeutig höherwertiges Rechtsgut angesehen wird.

1.4 LEGAL PLURALISM UND MULTINATIONALE GESELLSCHAFTEN

· 15 ·

Der kanadische Philosoph James TULLY führt im hier relevanten rechtsanthropologischen Zusammenhang beredt vor Augen, dass ein Verfassungsverständnis, welches kulturelle Vielfalt anerkennt und möglich macht, Grundvoraussetzung dafür ist den eigenen kulturellen Institutionen und interpretativen Traditionen kritisch, ja distanzierend gegenüber zu treten.³¹ Seine Analyse erscheint vor dem Hintergrund der aktuellen Fragestellungen aus dem aktuellen Themenkomplex „Ehrenmorde“ relevant. TULLY in seinen eigenen Worten:

„The possibility of crossing from one culture to another is available and unavoidable, for each citizen as a member of more than one culture [...]. The mutual respect for and affirmation of cultural diversity in the civic life of a society further enhance a critical attitude to one's own culture and a tolerant and critical attitude towards others.“³²

Das indigene Recht der „first nations“ (insbesondere) in multinationalen postkolonialen Gesellschaften aber auch informelle Wertvorstellungen, marginalisierter Sub- und Gegenkulturen gehören genauso zwingend zur gesellschaftlich möglichen und unvermeidbaren, weil faktisch vorgegebenen, Vielfalt pluralistischer und multinationaler Gesellschaften. Erst das Verständnis, die Toleranz, das dem Gedanken des „audi alterum partem“ verpflichtete staatliche Handeln und Verhandeln, welches Diversität anerkennt, ermöglicht ein „opting in“ und „opting out“. Das Schlimmste, das einem, auf solch einem Verfassungsverständnis basierenden Staat passieren kann, ist ein (noch stärker also ohnehin bereits jetzt) ausgeprägtes „Forum-Shopping“, das bewirkt, dass sich einzelne Mitglieder der staatlichen Gemeinschaft jenes Gericht aussuchen von welchem sie annehmen, bestmöglich „bedient zu werden“, also die größtmögliche Gerechtigkeit erfahren zu können (wobei an dieser Stelle Gerechtigkeit ohnehin nur im bescheidenen Sinne der Verfahrensgerechtigkeit gefasst erscheint).

³¹ James TULLY, *Strange multiplicity, Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge 1995.

³² James TULLY, ebd. 1995, S 207.

Unternehmer vereinbaren seit Jahrzehnten die ausschließlich zwingende Jurisdiktionsgewalt von Schiedsgerichten (z. B. §§ 577 ff öZPO). Österreichische Rechtsanwälte, die einem strengen Standesrecht und einer damit verbundenen rechtsstaatlich ausdifferenzierten Disziplinargewalt ihrer Standesvertretung unterliegen, unterwerfen sich ex contractu in zivilrechtlichen Verträgen, die sie mit Standeskollegen schließen, der ausschließlichen „standesgerichtlichen“ Schiedsgerichtsbarkeit. Gleichwohl darf berechtigter Anspruch seitens strenggläubiger (beispielsweise) Juden und Muslime aber auch einer Vielzahl indigener Völker geltend gemacht werden, da diese keineswegs darauf vertrauen können, vor einem staatlichen Gericht, welches einem völlig unterschiedlichen Kultur- und somit Wertekanon verhaftet ist, jene (Verfahrens-)Gerechtigkeit erfahren zu können, die als eines der charakteristischen Merkmale der Normenakzeptanz, somit auch der Rechtsgeltung definiert ist.

Das Zulassen alternativer rechtlicher Konfliktlösungsmodelle und Gerichte ermöglicht, wie James TULLY pointiert darstellt, jedem einzelnen Mitglied einer pluralistisch gefassten multinationalen / multikulturellen Gemeinschaft die Selbstbestimmung und -verantwortung sich gegen die eigene Gemeinschaft zu wenden, beispielsweise in der frei gewählten Ablehnung von Tschador, Zwangsheirat oder Blutrache (Ehrenmord), ein staatliches Gericht anzurufen, welches dann – dem „Ordre Public“ verpflichtet – einzuschreiten hat um individuelle Freiheit im pluralistischen Staatengefüge zu gewährleisten.

TULLY referiert die Entscheidung „Thomas versus Norris“, ein geradezu exemplarisches Fallbeispiel: Thomas, der sich der Teilnahme am „Spirit Dance“ verweigert hat, wurde dafür mit Schlägen, Verhaftung und Kerkerstrafe, verfügt durch das Stammesgericht der Coast Salish Nation, bestraft. Seiner Klage gegen diese Behandlung (bzw. drakonische Abhandlung) seines Verhaltens wurde vom staatlichen Gericht in der Folge stattgegeben und der Coast Salish Nation das Recht abgesprochen ihre Stammesmitglieder zum „Spirit dance“ zu zwingen:

„The court found....that the Spirit Dance and more specifically the involuntary aspect of it, was not a central feature of the Salish way of life. Therefore, the group claim to involuntarily initiate participants into the Spirit Dance could not override the individual members rights to be protected from assault, battery and false imprisonment.“³³

³³ James TULLY, ebd. S 172 m.w.N.

Dieses Beispiel soll den partizipativen, der individuellen Freiheit innerhalb heterogener Rechtsnormen verpflichteten Ansatz der Wahl angemessener Rechtsmittel, im Spannungsbogen zweier Kultursphären untermauern, darf aber keinesfalls als Argument interpretiert werden, indigenes Rechtsverständnis und -empfinden generell dem Dogma „zivilisiert geprägter“ Rechtsgrundsätze unterzuordnen. [Eine fatale Tendenz, der allerdings durchaus, vor allem in der politischen Auseinandersetzung mit Folgekonflikten im Zusammenhang mit Migrationsfragen nur allzu leicht nachgegeben wird, ...]

Damit kann verdeutlicht werden, dass die mangelnde Anerkennung alternative indigener oder religiös kultureller Konfliktlösungsmodelle Ghettoisierung und subkulturelle Strukturen ermöglicht bzw. schafft, die wiederum zu Zwang und Gewalt führen, auf in vermeintlich zwangslogischer Weise nur noch vom strafrechtlichen Apparat, der Delinquenz im FOUCAULT'schen Sinne reproduziert und verwaltet, reagiert werden, somit Delinquenz gerade noch Tat-schuld gerecht „behandelt werden kann,“ (wie Werner BAUMEISTER, dies – aus seiner Sicht folgerichtig – selbst formuliert). Durch Anerkennung und Toleranz hingegen kann ein zivilrechtliches, ein verwaltungs- und verfassungsgerichtliches (etabliertes und funktionierende) vielleicht auch völkerrechtlichen Korrektiv (etwa ein Tribunal) bereit gestellt werden, welches Betroffene anrufen können, damit es sie vor indigener, rechtspluralistischer Ungerechtigkeit und damit verbundenem realen Leid – beispielsweise einer Zwangsverpflichtung zum „Spirit Dance“ – schützt. Für dieses Verständnis von Legal Pluralism wird von René KUPPE, bezogen auf das britisch-koloniale Afrika, veranschaulichend ein Spruch des Privy Council von 1944, und zwar der Fall *Oke Laoye vs. Amao Ojetunde* zitiert und der fundamentale Geltungsanspruch des britischen Gewaltmonopols, verbunden mit einer eingeschränkten Anerkennung der lokalen Rechte, wie folgt auf den Punkt gebracht:

„The policy of the British Government in this and in other respects is to use for purposes of the administration of country the native laws and customs in so far as possible and in so far as they have not been varied or suspended by statutes of ordinances ... The courts which have been established by the

*British Government have the duty of enforcing this native laws and customs, so far as they are not barbarous, as part of the law of the land.*³⁴

Der Ausführungen des (oben zitierten) kanadischen Philosophen James TULLY werden von René KUPPE³⁵ im Kontext des Rechtspluralismus (Legal Pluralism) rezipiert und theoretisch ausgebaut.

Der Begriff Rechtspluralismus bezieht sich auf die Simultanität mehrerer Rechtssysteme innerhalb ein und derselben politischen Gemeinschaft, eines Staates. Die traditionelle Wurzel dieser Begriffsfassung sind postkoloniale Staaten der Dritten Welt, die durch „*Neben-, Mit- und Gegeneinander unterschiedlicher Teilrechtsordnungen gekennzeichnet sind. Neben dem staatlichen Recht existieren religiöse und traditionelle, gewohnheitsrechtliche Rechte.*“³⁶ Abgesehen von dieser historischen Verwurzelung ist die Globalisierung, der Export westlich-rechtlicher Formen in Dritte-Welt-Staaten, die vermehrte Schaffung von inter- und transnationalem Recht ein aktuelles gesamtgesellschaftliches Phänomen, welches mit gleichzeitig gegenläufigen Entwicklungen konfrontiert ist: So wird auf lokalem Niveau ein „*Wiederaufleben traditioneller gewohnheitsrechtlicher und religiöser Rechte und Institutionen beobachtet*“. Viele afrikanische, zentralasiatische und südostasiatische Länder³⁷ sind die Hauptbeispielsfälle. Die wissenschaftliche Aufgabe in der Untersuchung des Rechtspluralismus besteht also darin, die Auswirkungen herauszuarbeiten, welche der Export westlicher Rechtsnormen in außereuropäische, postkoloniale Gesellschaften zeigt und gleichzeitig festzustellen wie staatliches Recht mit gewohnheitsrechtlichen und religiösen Rechtsformen interagiert. Bonaventura DESOUSA SANTOS verortet mit seiner Untersuchung der Rechtsstrukturen in Mosambik ein hybrides Nebeneinander von offiziellen und inoffiziellen Gerichten.³⁸ Er bestätigt damit,

³⁴ vgl. René KUPPE, Legal Pluralism – Basic Concepts and Debates, Seite 36 m.w.N. in: 2010 Family, Law and Religion. Debates in the Muslim World and Europe and their Implications for Co-Operation and Dialogue. Conference Report – Austrian Association for Middle East, Hammer-Purgstall (Ed.) Vienna, 2009.

³⁵ René KUPPE, ebd.

³⁶ Die Revitalisierung von Tradition im Recht: Rückfall in die Vergangenheit oder zeitgemäße Entwicklung? FRANZ VON BENDA-BECKMANN, Keebet VON BENDA-BECKMANN, Bertram TURNER, Juridikum 2005/4, S. 97.

³⁷ vgl. Franz VON BENDA-BECKMANN, Keebet VON BENDA-BECKMANN, Bertram TURNER ebd. S. 197ff.

³⁸ Bonaventura DESOUSA SANTOS, The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique in: Law & Society Review, volume 40, Nr. 1 (2006, S. 39ff.).

wie Franz von BENDA-BECKMANN in seiner Untersuchung über Pluralismus von Recht und Ordnung, dass pluralistische Rechtsordnungen durchaus risikobehaftete Ordnungssysteme darstellen.³⁹ Eine der wesentlichen Problemstellungen dieses Forschungsgebiets besteht demgemäß darin zu hinterfragen, ob dieses Wiederaufleben traditioneller Rechte ein Zeichen bzw. Indiz für das Versagen des Staates, welcher an Handlungsfähigkeit und Legitimität einbüßt, darstellt, oder schlicht im Zusammenhang rechtlicher Globalisierungsprozesse zu verstehen ist.⁴⁰ Diskutiert wird, ob jedweder sozialen Ordnungsfunktion, allen Gebräuchen und Gewohnheiten (als Postulat) bereits Rechtsqualität zukommen kann, oder ob Rechtspluralismus – wie bereits von John GRIFFITHS in seiner grundlegenden Arbeit ausgeführt – ein soziales und gesamtgesellschaftliches Faktum ist.⁴¹ Abermals geht es um Fragestellungen zur Abgrenzung zwischen „Gewohnheiten“ und „Rechtsgewohnheiten“ um die rechtliche Qualität von informellen Strukturen, die auch Historiker und Rechtshistoriker beschäftigt. Zweifellos stellt in multinationalen Gesellschaften, gleichgültig ob diese in postkolonialem Kontext stehen oder durch Migrationsbewegung konnotiert sind, rechtliche Vielfalt eine gesellschaftliche Tatsache dar:

In postkolonialem Zusammenhang kann beispielsweise auf die aktuelle, rechtsanthropologische Arbeit von Werner ZIPS⁴² verwiesen werden. Dieser unternimmt, aufbauend auf und in kritischer Auseinandersetzung mit Habermas und dessen Theorie des kommunikativen Handelns, der diskurstheoretischen und prozeduralistischen Konzeption von Gerechtigkeit, den Versuch einer „Entprovinzialisierung der Moderne“, indem er sich an die Diskursethik anlehnt, ihre eurozentrischen Bestandteile aber nicht übernimmt.⁴³ Als Gegenentwurf entwickelt er den Ansatz einer „Anthropologie der Gerechtigkeit“, der seine

³⁹ Franz von BENDA-BECKMANN, *Der Pluralismus von Recht und Ordnung, Behemoth – A Journal on Civilisation* Vol.1, No.1 2008, S. 58ff.

⁴⁰ Franz von BENDA-BECKMANN, Keebet von BENDA-BECKMANN, Bertram TURNER ebd. S. 198.

⁴¹ John GRIFFITHS, „What is Legal Pluralism“, 1986, *Journal of Legal Pluralism* 24: S. 1 – 55, S. 4: „*Legal pluralism is the fact. Legal centralism is a myth, an ideal, a claim, an illusion.*“

⁴² Werner ZIPS, *Theorie einer gerechten Praxis oder: Die Macht ist wie ein Ei*, Wien 2002. Anm.: ZIPS gebührt Anerkennung für sein Verdienst, in jahrzehntelanger Feldforschung die Rechtsgebräuche der Maroons vor dem Hintergrund des postkolonialen Gefüges aufgearbeitet zu haben.

⁴³ Werner ZIPS, ebd., S. 16.