

Einleitung

Bronislaw Malinowskis ›Argonauten des westlichen Pazifik‹ (1922/1984) beinhalten eine aufwändige Schilderung des intertribalen ›kula‹-Gabentauschs in Melanesien. Erwartet hätte man sich dabei jedoch, um diese beeindruckende Institution verstehen zu können, eine Synthese des umfassend aufbereiteten Materials, die jedoch bei Malinowski und M. Mauss fehlt. Auch spätere Versuche Malinowskis, dies nachzutragen, bleiben unbefriedigend. Das gilt für sein ›Crime and Custom in Savage Society‹ (1949), wie seine umfangreiche ›Introduction‹ in H. Ian Hogbins ›Law and Order in Polynesia‹ (1961) oder seinen Beitrag im Yale Law Journal 51 (1942): ›A New Instrument for the Interpretation of Law. Especially Primitive‹. – Es fehlte ein substanzielles Erfassen der normativen Grundlagen des (Gesamt)Phänomens ›kula‹. Und gerade dafür bot das von Malinowski erhobene Material Voraussetzungen. Kurz: Man vermißt ein theoretisches Erfassen der normativ-teleologischen Seite des ›kula‹.

Das von Malinowski ethnologisch in ›Die Argonauten‹ (1922/1984) vorbildlich aufbereitete ›kula‹-Projekt der Trobriander gestattete es, den Wandel von der vor-rechtlichen Epoche der ›Gegenseitigkeit‹/›Reziprozität‹/›Vergeltung zum entwickelten ›Recht‹ nachzuvollziehen und manches zu erkennen, was diesen historischen Wandel ausmachte. Mit der Grenzziehung zwischen den Epochen ›Gegenseitigkeit‹ und ›Recht‹ soll ein Anfang gemacht werden, zumal Bedeutung und Konsequenzen dieses Wandels in dieser Arbeit nicht vollständig erfaßt und beschrieben werden können. – Im Rahmen dieses Wandels enthüllte sich der ›Tausch‹ als ältester Geschäftstypus, der sich von einem wirtschaftlich-entgeltlichen Tauschakt der vor-rechtlichen Ära, zum Rechtsgeschäft und Vertrag entwickelte; womit der ›Tausch‹ die ›Schenkung‹ als ältesten Rechtsgeschäftstypus ablöst.¹ (Malinowski hatte er-

1 Der entgeltlich-wirtschaftliche Handel hat sich nicht aus dem Gabentausch entwickelt, er ist älter; anders Boehme-Neßler 2008, 530.

kannt, dass die für Schenkungen gehaltenen Zuwendungen der Frühzeit im engsten Beziehungskreis zwischen Mann und Frau, in Wahrheit Tauschakte waren, bei denen materielle gegen Beziehungs- und Gefühlswerte getauscht wurden. Konsequenzen aus dieser wichtigen Einsicht wurden jedoch keine gezogen!) – Für die Rechtsgeschäftslehre gilt es dies nachzuholen und zu verkünden: ›Am Anfang war der Tausch! Denn die entgeltlichen wie die unentgeltlichen Geschäfte haben sich aus ihm entwickelt: Der *Tausch als Prototyp der entgeltlichen Rechtsgeschäfte* ist aus dem vor-rechtlich-wirtschaftlichen Tausch entstanden, die *Schenkung* aus dem vor-rechtlich-entgeltfremden Gabentausch (indem dessen sittliche Erwidernspflicht sowie dessen Entgeltfremdheit zu Unentgeltlichkeit und Freigebigkeit* weiterentwickelt wurden). Wenn man das so bezeichnen will, kann man daher den *Tausch als Ur-(Rechts)geschäft* ansehen. – Damit ist der Bedeutung des Tauschs aber noch nicht Genüge getan, denn es gilt erneut daran zu erinnern, dass der Tausch durch das Entwickeln von *Austausch-Gerechtigkeit* zur *Grundlage des Gerechtigkeitsdenkens* wurde, somit allen späteren Gerechtigkeitsüberlegungen zugrundeliegt. Die Formel: ›Am Anfang war der Tausch‹ hat danach Berechtigung!

Die vorgeschlagene Grenzziehung (innerhalb des Normativen) zwischen ›Gegenseitigkeit‹ und ›Recht‹ soll auch die *große Bedeutung des Gegenseitigkeitsdenkens* (als Errungenschaft der normativen Frühzeit) für die folgende Rechtsentwicklung erkennen und die angestrebte Aufwertung besser verstehen lassen. In der jüngeren Rechtsentwicklung hat ›Gegenseitigkeit‹ nicht nur im *Straf-* und *Zivilrecht*, sondern auch im *Völkerrecht* Bedeutung erlangt.²

Darüber hinaus wird in der vorgelegten Studie die bekannte *Arbeit von Marcel Mauss ›Die Gabe/Le don‹* (1925/1968) aufgrund der erlangten neuen Einsichten überprüft und in mancher Hinsicht für ergänzungs- und korrekturbedürftig befunden, zumal Mauss den Gabentausch zwar als umfassendes ›Mittel‹/›fait social total‹ beschrieben hat, es aber ver-

2 Vgl. Simma: 1970 und 1972 und dazu P. Goller: 2022, 125 f; siehe auch Verdross/Simma 1984, 48 ff: ›Die Rolle der Gegenseitigkeit‹.

säumte, ›Zweck‹ und ›Ziel‹ (für die eingesetzten ›Mittel‹) zu benennen, auf den das ›Mittel‹ Gabentausch gerichtet war. – Dies brachte zutage, dass es sich beim ›kula‹ der Trobriander um eine der wenigen verwirklichten, konkreten Utopien in der Menschheitsgeschichte handelt. Der Gabentausch diente nämlich – auch – einem gesellschaftlichen und politischen Ziel: Frieden, Freundschaft und gegenseitige Anerkennung in der eigenen Gesellschaft zu fördern und diese Werte auch zwischen Nachbarvölkern an die Stelle von Gewalt, Krieg, Neid und Haß treten zu lassen.

Albert Hermann Post ging es in seinem ›Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz‹ (Band I: 1894, Band II: 1895) darum, ein »*Universalrecht der Menschheit*« und damit »die Grundlagen der Rechte aller Völker der Erde zur Darstellung« zu bringen. Dies sei – so meinte er – keine »so ungeheure« Aufgabe, wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag; denn »die Grundzüge des menschlichen Rechts« seien »einfach, gross und klar, wie die Gesetze der Sternenwelt, und nur im Detail der einzelnen Völkergebiete« seien die Unterschiede von einzelnen Forschern nicht mehr zu bewältigen. – Die ethnologische Jurisprudenz habe dieses Ziel »durchaus in das Gebiet des Erreichbaren gerückt«. – Auch *Malinowski* hoffte, der Gabentausch könnte sich als universelle Erscheinung erweisen und *James G. Frazer* hielt dies in seiner ›Vorrede‹ zu *Malinowskis ›Argonauten‹* ebenfalls für möglich. Allein diese Hoffnungen haben sich nicht erfüllt. – Dennoch gibt das zum Thema Gabentausch aufbereitete Material, manches preis, was bisher unbekannt war. Und das gilt es sorgfältig aufzubereiten, zumal diese Einsichten nicht nur für die Rechtsgeschichte und die Ethnologie, sondern auch für Soziologie, Rechtsphilosophie und das geltende Recht von Bedeutung sind.

Ethnologie ist nach *Bernhard Streck* »die Wissenschaft von den Unterschieden und Gemeinsamkeiten zwischen den Kulturen und Gesellschaften der Gegenwart und Vergangenheit«;³ und die Bindestrichdisziplin *Rechtsethnologie*

3 1987, 7: ›Wörterbuch der Ethnologie‹.

oder eine *ethnologische Jurisprudenz* behandelt diese Fragen im Hinblick auf das Recht. In deutschen Landen hat diesbezüglich der Kreis um A. H. Post, F. Bernhöft, Georg Cohn, J. Kohler und die Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft früh gewirkt.⁴

Leider ist A. H. Post's Optimismus mittlerweile verfliegen und die Jurisprudenz hat ihre ursprünglich weitgesteckten Ziele auf eine immer enger und abgehobener agierende Rechtsdogmatik zurückgefahren. Eine Ausnahme machte Herbert Zemens Arbeit ›Evolution des Rechts‹ (1983), in der Franz Gschnitzers Vortrag ›Lebt das Recht nach Naturgesetzen?‹ (1946) erwähnt wurde.⁵ – Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie oder gar Rechtsethnologie führen längst ein Schattendasein, ja sie wurden – genau genommen – nie ernst genommen. Rechtsgeschichte wurde in Österreich immer mehr auf das ›römische Recht‹ eingengt, das sich traditionell auf sich selbst beschränkt, wobei nicht einmal mehr die eigenen Wurzeln beachtet werden, weil das – was nicht zu Unrecht vermutet wird – die vermeintliche eigene Größe (›ratio scripta?‹) beeinträchtigen könnte. Von ausgreifenderen Betrachtungen – wie einer auch nur begleitenden ethnologischen Jurisprudenz – fehlt jede Spur. Stattdessen leugnet man – meist aufgrund bloßen Hörensagens und ohne eigene Recherche – selbst einen namhaften griechischen Einfluß (auf römisches Rechtsdenken) und sägt mit solch' ahistorischer Einstellung konsequent an jenem Ast, auf dem man – curricular – in der Ausbildung gerade noch sitzt.

Diese Monographie über den ›Gabentausch‹ beschränkt sich darauf, das durch Richard Thurnwald, Bronislaw Malinowski und Marcel Mauss aufbereitete völkerkundliche und rechtshistorische Material für bisher kaum geklärte Fragen der Rechtsentwicklung und des Entstehens der Rechtsgeschäfte zu nützen, um mehr Licht auf diese Fragen zu werfen. –

4 Die Zeitschrift wurde 1878 von Franz Bernhöft, Georg Cohn und Josef Kohler gegründet, 2022 ist Band 121 erschienen.

5 Es ist hier nicht der Ort, um auf diese interessante Arbeit Gschnitzers einzugehen, der allerdings nicht überall gefolgt werden kann.

Damit soll aber auch betont werden, dass alle Bindestrichdisziplinen der Jurisprudenz nach wie vor unverzichtbar sind; und jungen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern ist zu raten und Mut zu machen, nicht nur Rechtsdogmatik zu betreiben, sondern auch der eigenen Entwicklung und den Wurzeln des Rechtsdenkens im Kontext der Gesellschaftsentwicklung Aufmerksamkeit zu schenken. – Die Ergebnisse zeigen immer wieder, dass sich solche Arbeit lohnt. Und diese Arbeit ist nicht weniger interessant als Rechtsdogmatik.

Das von mir vorgeschlagene Einziehen einer *Trennungslinie zwischen ›Gegenseitigkeit‹ und ›Recht‹* im Prozeß des Entstehens von Normativität verkennt nicht, dass es sich um eine durchgehende – und wohl universelle – Entwicklung handelt, die in den verschiedenen Kulturen nach dem Grundsatz der ›Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen‹ erfolgte. Klargestellt werden sollte mit der vorgeschlagenen ›Trennung‹, dass erreichte Entwicklungen (und dafür entwickelte Begriffe) nicht austauschbar sind, vielmehr sorgfältig getrennt bleiben müssen, weil andernfalls historische Abläufe verzeichnet werden.

Was das Entstehen von Normen aus dem Tierreich, also die evolutionsbiologisch-darwinistischen Bezüge des Themas betrifft, verweise ich auf *Steffen Wesches ›Gegenseitigkeit und Recht‹* (2001), da ich darauf nicht eingehe. Eine Überschneidung mit meiner Publikation besteht allenfalls am Rande, zumal der Autor weder auf den Gabentausch und das melanesische ›kula‹ sowie die bedeutende Rolle des Tauschs, noch die Grenzziehung zwischen ›Gegenseitigkeit‹ und ›Recht‹ und auch nicht auf Max Webers ›Nomologisches Wissen‹ oder Franz Gschnitzers Kategorie der entgeltfremden Geschäfte/Leistungen eingeht.

Die Beurteilung meiner Überlegungen zu der im Titel angekündigten ›*Utopie*‹, überlasse ich der Lektüre der Leserinnen und Leser, zumal das Urteil darüber die Kenntnis der vielfältigen Zusammenhänge dieser Arbeit voraussetzt. – In Zeiten wie diesen von Utopien zu handeln, ist jedoch nicht naheliegend. Meine Arbeit am ›Gabentausch‹ begann lange vor dem Ukrainekrieg und hat durch den Kriegsausbruch eine nicht beabsichtigte warnende Dimension erlangt. Sie

soll aber auch Hoffnung vermitteln, dass ›mehr‹ möglich zu sein scheint, als bisher gedacht. Die wichtigste Einsicht liegt aber wohl darin, dass ›wir‹ das Erlangen von Frieden und Freundschaft mit unseren Nachbarn (und damit Wohlstand für alle) nicht nur Politikern überlassen dürfen!

Albert H. Post unterscheidet noch nicht zwischen einer Zeit und Entwicklungsperiode der ›Gegenseitigkeit‹ und jener des ›Rechts‹ und dem Entstehen von Rechtsgeschäften aus dieser Epoche heraus schenkt er kein Augenmerk. Dennoch sind viele Aussagen, die er trifft, hilfreich, mögen sie auch nicht dem letzten Wissensstand entsprechen; sei es das, was er zu frühen Eigentumsformen, zur Kollektivhaftung* des ›Hauses‹/Oikos* oder zur Schenkung sagt; wozu er etwa (in Band II 681) ausführt: »Schenkungen scheinen bei uncivilisierten Völkern stets auf Gegenseitigkeit zu beruhen. Bekannt ist, dass Fremde, welche ein Land betreten, dem Häuptlinge oder Könige desselben regelmässig Geschenke darzubringen haben, welche von diesem erwidert werden.« Dabei geht Post – mangels vorliegender empirischer Untersuchungen (Feldforschung) und daraus erlangter Einsicht – von seinem erworbenen juristischen Wissen aus. Auch sein unzutreffendes Verständnis von ›Schenkungs‹ und ›Gegenseitigkeit‹ stützt die Annahme, dass ›Gegenseitigkeit‹ eine universelle normative Entwicklungsstufe war. – Dennoch sollte man nicht, wie geschehen, Post und seine frühen Mitstreiter in die wissenschaftliche Bedeutungslosigkeit zurückstoßen. – Im Sinne Albert H. Posts versuche ich, *Elemente des Anfangs von ›Normativität‹ und ›Recht‹* und der dem ›Recht‹ vorangehenden Epoche der ›Gegenseitigkeit‹ sowie zur ›Entwicklung der Rechtsgeschäfte‹ nachzutragen, zumal darin auch die Wurzeln des Gerechtigkeitsdenkens zu liegen scheinen. – Aber mehr als ein Anfang ist damit nicht gemacht und es bleibt noch viel zu tun!

PS Wer wenig Zeit hat, um diesen Text in Ruhe zu beginnen, lese zunächst ›Kula‹ und ›Argonautensage‹ – Zur menschlich-politischen Zielsetzung des ›kula‹ (S. 167 ff). Die Lektüre dieser Seiten vermittelt einen ersten Eindruck und macht vielleicht neugierig auf mehr.