

FRENKEN, JOSEPH

**Über die consuetudo erronea und
irrationabilis. : [Diss.Marburg.]**

Aachen
1880

EOD – Miljoner böcker bara en knapptryckning bort. I mer än 10 europeiska länder!



Tack för att du väljer EOD!

Europeiska bibliotek har miljontals böcker från 1400-till 1900-talet i sina samlingar. Alla dessa böcker går nu att få som e-böcker – de är bara ett musklick bort. Sök i katalogen från något av biblioteken i eBooks on Demand- nätverket (EOD) och beställ boken som e-bok – tillgängligt från hela världen, 24 timmar per dag och 7 dagar i veckan. Boken digitaliseras och blir tillgänglig för dig som e-bok.

EOD bokens fördelar!

- Få samma utseende och känsla som med originalet!
- Använd ditt standardprogram för att läsa boken på skärmen, zooma och navigera genom boken.
- Skriv ut enstaka sidor eller hela boken.
- *Sök:* Använd fulltextsökning för enskilda fraser.
- *Klipp & klistra:* Kopiera bilder och delar av texten till andra applikationer (t.ex. ordbehandlingsprogram).

Villkor för användning

Genom att använda EOD-tjänsten accepterar du de villkor som ställs av biblioteket som äger den aktuella boken.

- Villkoren på svenska: <http://books2ebooks.eu/odm/html/nls/sv/agb.html>

Fler e-böcker

Redan nu erbjuder 30 bibliotek från 12 europeiska länder denna service.

Mer information finns tillgängliga via <http://books2ebooks.eu> alla boken.

- <http://search.books2ebooks.eu/>

*Jur.
Attn
Kriminalab.
(R. 1)*

ÜBER DIE
CONSUETUDO ERRONEA
UND
IRRATIONABILIS.

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE
DER JURISTISCHEN FACULTÄT
ZU MARBURG

VORGELEGT VON
JOSEPH FRENKEN,
REFERENDAR AUS LOECKEN.

AACHEN, 1880.
DRUCK VON F. N. PALM.

1880

CONSTITUTIO JURONICA

170

TRABATON A. B. M. S.

1880

INSTITUTIONS

INSTITUTIONS

DER JURONISCHEN FACULTÄT

ZU MARBURG

VORLESENER DER JURONISCHEN

JOSEPH FRENKEN,

PROFESSOR DER JURONISCHEN

1880

VERLAG VON J. B. NEUBAUER

Kungl. biblioteket



0 0000 000079086

SEINEM LIEBEN OHEIM

DEM

DOMCAPITULAR DR. FRENKEN

DER VERFASSER.

lieber die consuetudine eronee und westindische
SEINEM LIEBEN OHEIM

I. Consuetudine eronee

DOMICAPITULAR DE BREVIEN

tofts zur Anwendung kommen dürfte, soweit nicht
dieser Behauptung sowie für eine entsprechende Ue-
digung ihrer Richtigkeit auch auf die Grundbesitzer
gewohnheitsrechtlich selbst zuzuerkennen werden
Für die Darstellung des Status sind die rechtliche
Gewohnheitsrecht ist dasjenige Recht welches bei
thesend aus der gemeinsamen Rechtsbestimmung eines
Volkes oder eines nationellen Theiles desselben eine
vorgängige schriftliche Festsetzung in formellerer Form
sich nachweist und eben im Ausbiss der Bestehen-
zeugung eines Volkes oder eines Staates oder einer
Ortschaftenverhältnisse verbindliche Kraft verleiht

Ueber die *consuetudo erronea und irrationabilis.*

I. *Consuetudo erronea.*

Man hat die Behauptung aufgestellt, der Richter müsse, ehe er einen angeblichen Satz des Gewohnheitsrechts zur Anwendung bringen dürfe, vorerst prüfen, ob demselben nicht ein Irrthum zu Grunde liege oder die rationelle Begründung fehle: Beides, Irrthum wie Mangel rationeller Begründung schliesse die Bildung eines Gewohnheitsrechtes aus.

Für die Klarstellung des Sinnes und der Bedeutung dieser Behauptung sowie für die entsprechende Würdigung ihrer Richtigkeit muss auf die Grundlehre vom Gewohnheitsrechte selbst zurückgegangen werden.

Gewohnheitsrecht ist dasjenige Recht, welches hervorgehend aus der gemeinsamen Rechtsüberzeugung eines Volkes oder eines natürlichen Theiles desselben, ohne vorgängige schriftliche Festsetzung, in fortgesetzter Uebung sich manifestirt und eben als Ausfluss der Rechtsüberzeugung eines Volkes oder eines Standes oder einer Ortseinwohnerschaft verbindende Kraft verdient.

Als die beiden Erfordernisse eines Gewohnheitsrechts ergeben sich aus dieser Begriffsbestimmung:

1. das gemeinsame Rechtsbewusstsein d. h. die Ueberzeugung vom Dasein einer bindenden Norm;
2. die Uebung d. h. die Norm muss thatsächlich eine längere Zeit zur Anwendung gebracht worden sein.

Wie lange die Uebung fortgesetzt sein muss, und wie viele Uebungsacte erforderlich sind, darüber finden wir in den Quellen eine durchgreifende Regel nicht aufgestellt.

In l. 32 § 1, l. 33, l. 35 D. de legib. (l. 3) begegnen uns die Epitheta: *inveterata, diuturna, longa, per annos plurimos observata*, und den legib. 2. 3. cod. *quæ sit long. consuet. (VIII. 53)* entnehmen wir die Ausdrücke: *usus longævus, consuetudo antiquitus probata et servata tenaciter*. Das canonische Recht verlangt von der *consuetudo*, dass sie *præscripta, legitime* oder *canonice præscripta* sei.

Schon aus dem Worte *consuetudo*,¹⁾ welches wir definiren können als „*mos quidam agendi*“ geht hervor, dass vereinzelt dastehende Uebungsacte auf eine gemeinsame Ueberzeugung einen Schluss zu ziehen nicht berechtigten; dass ferner eine längere Zeit erforderlich ist, innerhalb welcher sich jene Uebungsacte vollzogen, ist nicht minder offenbar, und dass endlich die betreffenden

¹⁾ Bei Thomasius, *dissert. iur. de iure consuet. et observ.* finden wir *consuetudo* definirt als: „*actiones plures uniformes, in una societate civili familia maiore viventium, quatenus in illa societate vivunt.*“

Handlungen gleichförmige (*uniformes, non dissimiles*) sein müssen und nicht durch entgegengesetzte unterbrochen (*interrupti*) sein dürfen, leuchtet ebenfalls ein.

Alle diese Voraussetzungen sind jedoch wesentlich äusserer Natur; nicht kann für die Beurtheilung ihres Vorhandenseins eine einheitliche, für alle Fälle sich gleich bleibende Norm aufgestellt werden; sie bleiben vielmehr dem jedesmaligen Ermessen des Richters unterworfen. Ungleich wichtiger ist jenes innere Moment, von den Neueren *opinio iuris sive necessitatis* genannt, d. h. die Uebung muss, wie Windscheid sagt, nicht aus anderen Motiven hervorgegangen sein, als aus der Ueberzeugung rechtlicher Nothwendigkeit. Wie verhält es sich nun aber, wenn diese Ueberzeugung oder, besser gesagt, vermeintliche Ueberzeugung auf irrthümlichen Voraussetzungen beruht; wenn die Personen, aus deren Handlungen auf das Dasein eines Gewohnheitsrechtes geschlossen werden soll, nur desshalb so und nicht anders handeln, weil sie in der irrigen Unterstellung sind, es existire ein Rechtssatz, der ihnen jene Handlungsweise gebiete? Wird dieser Irrthum ein Gewohnheitsrecht erzeugen können?

Für die Beantwortung dieser Frage ist die l. 39 D. de legib. (l. 3) die Hauptquelle, da man allgemein auf diesem Gesetze das Requisite, dass einem Gewohnheitsrechte kein Irrthum zu Grunde liegen dürfe, zu basiren pflegt. Von der Interpretation desselben ist daher die rechtliche Bestimmung der „*consuetudo erronea*“ abhängig.

Die betreffenden Worte von Celsus lauten: „Quod non ratione introductum, sed errore primum deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.“

In diesem Zusammenhange aufgefasst könnte über den Sinn der genau an denselben angeschlossenen Wortfassung eine Meinungsverschiedenheit kaum gedenkbar erscheinen. Der einfach klare Wortsinn: „Was nicht aus gutem Grunde eingeführt ist, vielmehr anfänglich durch Irrthum, demnächst durch Gewohnheit Platz gegriffen hat, gilt für weitere ähnliche Fälle nicht“ hat aber auch hier nicht verhindern können, dass die gelehrten Interpreten in die verschiedensten Auffassungen auseinandergehen wollten. Besonders aber sind es die beiden Ausdrücke „ratione“ und „in aliis similibus“, deren Erklärung zahlreiche Controversen hervorgerufen hat und erscheint demnach mit der Feststellung des Sinnes dieser beiden Ausdrücke die Interpretation jenes Gesetzes auf's innigste verwachsen.

Eine Reihe von Rechtslehrern fasste ratio in dem Sinne von Vernunft auf und sagte, die lex 39 erkläre ein Gewohnheitsrecht, welches der Vernunft d. i. der naturalis ratio und der æquitas widerstreite, für ungültig. Für diese Ansicht nahm den Vortritt Gerhard Noodt in seinem comment. in libros XXVII D. ad h. tit., wo derselbe von den Erfordernissen eines Gewohnheitsrechtes handelt: „postremo requisivi, sagt der Rechtslehrer, ne abhorreat a naturali ratione et recte; nam ubi ratio deficit, ibi est error; is vero imperitiam detegit coque nec intellectum habet nec voluntatem: quibus æstimatur consuetudo, nihil præter populi consensum sive volun-

tatem significans.“ Diese Auffassung des Wortes „ratio“ als Vernunft, in späterer Zeit noch vertheidigt von Mühlenbruch¹⁾ und Waechter,²⁾ wurde schon frühzeitig verworfen, in neuerer Zeit aber schlagend widerlegt von Puchta,³⁾ der sich zunächst gegen die Unbestimmtheit des Ausdrucks „unvernünftig“ wendet, indem man gar nicht wissen könne, welcher Vernunft die consuetudo nicht widerstreiten dürfe, dann aber ein unvernünftiges Gewohnheitsrecht geradezu für ein Unding erklärt; denn, sagt er, eine unvernünftige Gewohnheit könne es wohl geben und gebe es gewiss auch in grosser Zahl; aber consuetudo, eine thatsächliche Uebung des Rechts, sei doch nicht identisch mit dem Rechte selbst; „wo eine gemeinsame Volksüberzeugung vorhanden ist, heisst es a. a. O., da kann auch von einer Unvernunft nicht die Rede sein, da vernünftig und unvernünftig im gewöhnlichen Sinne keine Prädikate für eine Nation sind.“⁴⁾

¹⁾ Mühlenbruch, Pandecten § 38, Anm. 11. „Wenn man überhaupt die Stelle von Celsus (l. 39 cit.) hierauf (sc. Erforderniss der opinio iuris) beziehen will, so darf man dabei doch nicht an einen Irrthum über die Existenz des Rechtssatzes denken, sondern nur an eine irrige Ansicht der Handelnden über die thatsächlichen Verhältnisse, die ihn zu seiner Handlung bestimmten; doch ist die Stelle schwerlich von einem eigentlichen Irrthum zu verstehen, sondern error bedeutet hier soviel als „Verkehrtheit“, „Unverstand“.

²⁾ Waechter, Würtemb. Privatrecht § 9 Anm. 3. „Das non ratiōne introductum kann wohl nur auf verkehrte, unvernünftige Gewohnheiten, bezogen werden.“

³⁾ Puchta, Gewohnheitsrecht, cap. VIII.

⁴⁾ Diese Verwechslung der Gewohnheit d. i. der äussern Erscheinung des Gewohnheitsrechts mit diesem selbst, mag wohl eine Consequenz der alten zu äusserlichen Auffassung von dem

Solcher Hinweisung bedarf es indessen unseres Dafürhaltens nicht, da die Unhaltbarkeit jener Ansicht sofort einleuchtet, wenn man den deutlich zu Tage tretenden Gegensatz von ratio und error in's Auge fasst, der, wäre ratio im Sinne von Vernunft zu verstehen, keine Bedeutung mehr haben könnte, da es ja im Sinne jener Rechtslehrer selbstverständlich ist, dass eine unvernünftige Gewohnheit jeder Auctorität entbehrt, weil sie unvernünftig und nicht erst, weil sie irrig ist. — Bei der Besprechung der *consuetudo irrationabilis* werden wir hierauf zurückkommen.

Ehe wir zur Kritik einer andern sehr verbreiteten Auffassung übergehen, wollen wir mit wenigen Worten an eine schon früh aufgestellte, aber nur von einzelnen Rechtslehrern getheilte Ansicht erinnern, welche die lex 39 nicht von einer im Volke sich geltend machenden Gewohnheit, sondern von einer fortgesetzten irrthümlichen richterlichen Auslegung einer dunkeln Gesetzesstelle verstanden wissen will. Wir finden dieselbe zuerst ausgesprochen in den *dissertationes iuris* von Thomasius,¹⁾ wo folgende Umschreibung der Worte des Celsus gegeben wird: „*Quod non ratione seu rationabili interpretatione introductum sed errore seu erroneo intellectu primum, deinde consuetudine seu continuata observantia iudiciali obtentum est, in aliis similibus non obtinet,*

eigensten Wesen und der innersten Natur des Gewohnheitsrechtes sein, welche, zu wenig Gewicht auf das gemeinsame Rechtsbewusstsein legend, dasselbe durch fortgesetzte Uebung sich allmählig bilden liess.

¹⁾ Thomasius, loc. cit. § 85.

sed errore cognito impune a consuetudine et observantia recidi potest.“¹⁾

Von neueren Rechtslehrern hält namentlich Sintenis²⁾ es für die einfachste Lösung, das fr. 39 auf eine durch Irrthum gangbar gewordene Interpretation eines unklaren Gesetzes zu beschränken; es weise hierauf auch der Zusammenhang hin, in welchem dasselbe mit fr. 37 eod. loc. stehe. Abgesehen davon, dass jener Rechtslehrer selbst einräumt, es könne dem fr. 39 auch eine allgemeinere Bedeutung beigelegt werden — im letztern Falle bringt derselbe ratio mit Rationabilität, rationeller Begründung in Zusammenhang — glauben wir nicht wegen der einfachen losen Zusammenstellung uns für jene Beschränkung erklären zu dürfen, zumal die Bedeutung des Wortes „consuetudo“ als „usus fori“ nicht die gewöhnlichere ist, überdies aber die ganze Fassung der Stelle auf die in einem Volke oder einem volksmässigen Inbegriff stattfindende gleichförmige Art des Handelns hinzuweisen scheint und mit ihrem „non ratiōe“ die Anwendung auf richterliche Interpretation ausschliessen dürfte.

¹⁾ Auch Hübner (Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner's Commentar) versteht l. 39 von einer Gesetzeserklärung, welche nicht von der hermeneutischen Wahrheit (ratione), sondern von Unwissenheit und Irrthum (errore) zuerst aufgestellt wurde (introducendum est), welche, wenn sie schon eine lange Dauer ihrer Anwendung für sich haben sollte (consuetudine obtentum), doch für die Zukunft kein Gewicht haben könne (in aliis similibus non obtinet).

²⁾ Sintenis, Civilrecht Bd. I § 3 Anm. 42 und 73.

Nach einer andern mehr der neuern Zeit angehörigen Ansicht heisst ratio = ratio iuris Folgerichtigkeit, Consequenz positiver Rechtsbestimmungen, d. h. die Uebereinstimmung derselben mit anderen allgemeinen Grundsätzen des positiven Rechts, so dass die lex von einem auf consuetudo beruhenden ius singulare handle. Durch die Worte „in aliis similibus non obtinet“ soll nach jener Ansicht die analoge Ausdehnung solcher auf irrigen, mit dem Geiste des bestehenden Rechts unverträglichen Voraussetzungen beruhender Rechtsgewohnheiten ausgeschlossen werden. Sonach würde in diesem Gesetze dasselbe über das ius non scriptum bestimmt, was l. 14 D. de legib. (I. 3) in dieser Hinsicht über das ius scriptum vorschreibt:

„Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.“

Die Unhaltbarkeit auch dieser Ansicht ist bereits dargethan von Puchta, der darauf hinweist, dass jener Interpretation des Wortes „ratio“ als „ratio iuris“ der in der Stelle gegebene Gegensatz von ratio und error entgegenstehe. Puchta begnügt sich mit der Hervorhebung des Gegensatzes zur Widerlegung der gegnerischen Ansicht, und in der That lässt diese Gegenüberstellung allein sowohl in grammatischer als logischer Beziehung es unzweifelhaft erscheinen, dass ratio, wenngleich es sich oft im fraglichen Sinne findet, doch hier die ihm von den Gegnern beigelegte Bedeutung nicht haben kann.

Ausserdem aber glauben wir noch ein wichtiges Bedenken, welches uns ein Grundsatz der lateinischen Grammatik an die Hand gibt, gegen jene Ansicht erheben zu können; ja man wird die Behauptung nicht zu dreist

finden, dass durch dasselbe die gegnerische Ansicht auch jeden Schein der Richtigkeit verliert. Der Ablativ „non racione“ nämlich steht einmal wegen des bereits hervorgehobenen Gegensatzes zu „errore“, dann aber auch wegen seiner eigensten Natur in directer Beziehung zu dem in dem Worte „introductum“ liegenden Subjecte; ohne diese würde er ganz haltlos in der Luft schweben. Diese Beziehung hat Celsus nothwendig gewollt; wir müssten denn annehmen, dass er sich einen groben Verstoss gegen eine Fundamental-Regel seiner Sprache habe zu Schulden kommen lassen. Hätte der Jurist das sagen wollen, was die gegnerische Interpretation in seine Worte hineinträgt, so würde er ohne Zweifel jene subjective Beziehung vermieden und ganz objectiv gesagt haben, „quod contra racionem introductum“, wie wir dies ja auch bei Paulus in l. 14 D. de legib. (l. 3) finden. Ist aber der Ausdruck „non racione“ subjectivisch und nicht als das Object qualificirend aufzufassen, so ist für die Auffassung der Gegner kein Raum mehr.

Im Gegensatze zu den bisher entwickelten Ansichten haben Savigny¹⁾ und Puchta²⁾ die Stelle dahin verstanden, dass sie von einer consuetudo handle, die nicht von einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung, sondern von einem Irrthum ihren Ausgang genommen hat.

Jene Rechtslehrer nämlich, welche sich ganz besonders um die tiefere Begründung des Gewohnheitsrechts verdient gemacht haben, indem sie das innere Moment in dem-

¹⁾ Savigny, System Bd. I, § 29 Notel.

²⁾ Puchta, Gewohnheitsrecht, Theil II. § 7.

selben betonten, dasselbe auf das Rechtsbewusstsein des Volkes als seine Quelle zurückführten und als das in der Rechtsüberzeugung des Volkes oder eines volkmässigen Inbegriffs geltende Recht definirten, fassen ratio im Sinne von Rechtsbewusstsein, von gemeinsamer Rechtsüberzeugung (sc. von der Wahrheit und Nothwendigkeit einer Regel, von der rechtlichen Gültigkeit des angewendeten Satzes) und heben dadurch in der That alle jene Bedenken, die sich jeder andern Auffassung in grammatischer und logischer Beziehung entgegenstellen.¹⁾

Auch die Glosse zu jener Stelle hat offenbar das Wort „ratio“ in diesem Sinne verstanden, wenn sie redet von einem principium rationabile, ut scilicet non errore sed certa scientia consuetudo introducta sit. Wir finden also „ratio“ erklärt durch den Ausdruck „certa scientia“, worin von vornherein jene früheren Ansichten zurückgewiesen sind, als ob in dem Gesetze eine objective Qualification der consuetudo durch „ratione“ beabsichtigt wäre, da in möglichster Schärfe durch certa scientia die subjectivische Beziehung des Wortes hervorgehoben ist.

Sonach hat unser Gesetz solche Uebungsacte im Auge, welche nicht dem Rechtsbewusstsein, sondern der irrigen Annahme entstammen, es existire ein Rechtssatz,

¹⁾ Deutlicher tritt uns diese Bedeutung des Wortes „ratio“ entgegen in l. 1 C. quæ sit long. cons. (8. 53.)

„Præses provinciæ prolatis his, quæ in oppido frequenter in eodem controvertiarum genere servata sunt, causa cognita statuet. Nam et consuetudo præcedens et ratio quæ consuetudinem suasit, custodienda est. Et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit præses provinciæ.“

dem gemäss so und nicht anders gehandelt werden müsse, und spricht denselben mit den Worten „in aliis similibus non obtinet“ die Fähigkeit ab, einen Schluss auf die Existenz eines Gewohnheitsrechtes zu rechtfertigen.

Zwar herrschen auch über die Schlussworte unseres Gesetzes sehr verschiedene Ansichten:

In der That kann der Ausdruck „in aliis similibus non obtinet“ zweierlei bedeuten; er kann nämlich zunächst so verstanden werden, dass die analoge Anwendung des Rechtssatzes — und es lässt sich nicht leugnen, dass die Worte „in aliis similibus“ im ersten Augenblick leicht zu dieser Auffassung verleiten könnten — dann aber auch so, dass die fernere Anwendung überhaupt ausgeschlossen werden soll.

Erstern Sinn scheint unter den älteren Commentatoren namentlich Joh. Voëtius jenen Worten beigelegt zu haben. In § 36 lib. I, tit. III, ¹⁾ spricht dieser Rechts-

¹⁾ Comm. ad pand. loc. cit. „Vis consuetudinis est, ut ad sui observantiam æque cives obstringat, atque lex, cum eam imitetur, cui consequens est, ut similem cum lege interpretationem et pariter ad casus extensionem ex rationis similitudine recipiat; præsertim quia etiam rationem, quæ consuetudinem suasit, custodiendam esse rescriptum est, l. i. quæ sit long. cons. ac de sola consuetudine erronea invenitur constitutum eam in aliis similibus non obtinere l. quod non ratione 39: quod et usibus hodiernis est maxime conveniens, quoties consuetudinibus iura Romana videmus subversa; cum enim multa apud nos inveterato usu etiam ante notum in hisce locis ius Quiritium inducta sint nostrumque ius civile constituent, fieri aliter haud potuit, quam ut exemplo legum cuiusque loci plenissimam interpretationem admittant et ex opposito erronea censeantur axiomata consuetudines stricti iuris esse nec ultra casum, de quo loquuntur producendas ad consequentiam.“

lehrer zunächst von der Bedeutung des Gewohnheitsrechts überhaupt; es komme demselben dieselbe Kraft wie dem Gesetzesrechte zu, sagt er, und dasselbe finde auch in gleicher Weise, wie dieses, analoge Anwendung auf verwandte Fälle; nur die *consuetudo erronea* mache in dieser Beziehung eine Ausnahme, da diese nach l. 39 D. (I. 3) eine Ausdehnung auf andere ähnliche Fälle nicht erleide.

Auch in neuerer Zeit hat erstere Ansicht noch ihre Vertreter gefunden und ist dieselbe vielfach Grundlage richterlicher und oberstrichterlicher Entscheidungen gewesen. Nichtsdestoweniger glauben wir dieselbe als unrichtig zurückweisen zu müssen und bis zur Ueberzeugung darthun zu können, dass in dem Gesetze von Analogie keine Rede ist.

Mit Unrecht berufen sich die Anhänger der Ansicht, dass unter den in fr. 39 gegebenen Voraussetzungen eine rechtsgültige Gewohnheit vorhanden sei, deren analoge Anwendung nur habe ausgeschlossen werden sollen, auf l. 3, § 5 D. de sup. leg. (33, 10), weil dieselbe mit klaren Worten ausspreche, dass ein Irrthum der Bildung eines Rechtssatzes nicht hinderlich sein könne.

Abgesehen davon, dass auch wir in dem Irrthum schlechthin ein Hinderniss für die Bildung eines Rechtssatzes nicht erblicken, vielmehr nur den Irrthum als relevant anerkennen, der das Rechtsbewusstsein der handelnden Personen ausschliessend allein das Motiv des Handelns ist, und ohne den dieselben anders handeln würden, wollen wir es nicht unterlassen darzuthun, dass jene Behauptung in l. 3, § 5 cit. durchaus keine Stütze finden kann.

Die in Frage kommenden Worte von Paulus lauten: „Hodie propter usum imperitorum, si in argento relatum sit candelabrum argenteum, argenti esse videtur, et error ius facit.“ Die Stelle handelt von dem Vermächtnisse eines Hausrathes, und der Jurist will nur darauf hinaus, dass man sich bei der Interpretation einer letztwilligen Verfügung in die Denk- und Redeart des Testators hineinversetzen müsse, dass es sich mehr darum handle den Willen desselben zu erfüllen als dem Wortlaute Rechnung zu tragen. Wenn beispielsweise der Erblasser einen silbernen Armleuchter nicht unter den Begriff „Hausrath“, sondern unter „Silber“ subsumirt habe, weil er einen solchen Werthgegenstand in seiner schlichten und einfachen Anschauungsweise nicht zum Hausgeräthe rechnen zu dürfen glaubte, so müsse dieser Bezeichnung gemäss, obgleich sie ja nach gewöhnlichem Sprachgebrauch irrig sei, doch der letzte Wille erfüllt werden; und auf diese Weise, das sind die Schlussworte, kann Irrthum ein Recht machen. — Nach dieser Darlegung des Inhalts der l. 3 § 5 cit. dürfen wir uns wohl jeder fernern Erörterung darüber enthalten, dass dieselbe auch nicht im geringsten einen Beweis dafür enthält, wofür sie bisweilen angezogen wird.

Das richtige Verständniss des Wortes „ratio“, dessen unrichtige Auffassung allein zu jenem Irrthum führen konnte, wird einen sichern Anhalt dafür bieten, welche von jenen beiden Möglichkeiten die hier zutreffende sei. Fassen wir nämlich den Ausdruck „ratione“ als „aus gutem Grunde“ d. i. „aus der Quelle des allgemeinen Rechtsbewusstseins,“ so setzt das Gesetz voraus, dass das

wichtigste Moment eines Gewohnheitsrechts, die gemeinsame Rechtsüberzeugung, fehlt; ein Rechtssatz ist demnach gar nicht vorhanden, mithin auch von Analogie keine Rede.

Auch geht bei einer genauern Betrachtung des Gesetzes aus dem Texte desselben selbst hervor, dass durch die Worte „in aliis similibus non obtinet“ in möglichster Allgemeinheit nicht nur die analoge, sondern auch die identische Anwendung hat ausgeschlossen werden sollen.

Ueberdies bezeugen bedeutende Auctoritäten älterer und neuerer Zeit die Richtigkeit dieser Auffassung. So spricht der hervorragende Kölnische Rechtsgelehrte Andreas von Gaill,¹⁾ ohne Zweifel im Hinblick auf fr. 39 einer auf Irrthum beruhenden Gewohnheit jede Geltung ab, und zwar desshalb, weil sie den tacitus populi consensus, der für ein Gewohnheitsrecht *conditio sine qua non* sei, ausschliesse: „Præterea hic observandum, quod consuetudo errore inducta nihil valeat, quia error tacitum populi consensum tamquam causam efficientem excludit.“

Ebenso Samuel Stryk²⁾ in seinem *usus modernus pandectarum*, wenn er sagt: „Verum communes errores ex communibus opinionibus oriri satis notum est; rationum enim inquisitionem omittunt et inde alterum altero sequente in errorum abyssos labuntur“ und weiter

¹⁾ Gaill, *observ. pract. lib. II observ. XXXI § 11.*

²⁾ *Lib. I tit. III, § XIII.*

unten heisst es „nec unquam ex erroneis opinionibus consuetudo nasci poterit.“

Noch deutlicher aber ist das Zeugniß Lauterbachs,¹⁾ der einer auf Irrthum beruhenden Gewohnheit, sobald der Irrthum erwiesen ist, jede Anerkennung mit nackten Worten versagt: „Actus præterea, ut populi consensum queant iudicare, requiruntur qualificati et sint spontanei non coacti, namque per actus ignorantia vel errore factos nec consuetudo nec tacitus populi consensus præsumitur — — talem consuetudinem non durare, et intellecto errore non dare ius ad exercendos actus similes illis, qui antea per errorem quasi ex consuetudine putata legitima exercebantur.“

Dies ist auch das herrschende Princip im canonischen Recht, dass einer consuetudo, die lediglich Folge eines Irrthums, ein inveterirter Irrthum ist, keine Anerkennung gebührt.²⁾

Ferner sei hier noch das Zeugniß des berühmten Canonisten Reifenstuel angeführt, der anlässlich der

¹⁾ Collegium theoretico-practicum in pandectas lib. I, tit. III, § 37.

²⁾ c. 4 D. VIII: „cedat veritate manifestata consuetudo veritati: plane respondeo, quis dubitet veritati manifestatæ debere consuetudinem cedere? Nemo consuetudinem rationi et veritati præponat, quia consuetudinem ratio et veritas semper excludit.“ c. 8 eod. loc.: „consuetudo, quæ apud quosdam obrepserat, impedire non debet, quominus veritas prævaleat et vincat. Nam consuetudo sine veritate vetustas erroris est: propter quod relicto errore sequamur veritatem, scientes, quia et apud Esdras veritas vicit, sicut scriptum est: Veritas manet et invalescit in æternum et vivit et obtinet in sæcula sæculorum.“

Unterscheidung zwischen *consuetudo* und *præscriptio* sagt: „Differunt ulterius quia *consuetudo* erronea nihil iuvat, si quidem ad eam inter alia requiritur, ut ex certa scientia et non per errorem sit inducta iuxta communiter receptam glossam.“

Endlich ist es die übereinstimmende Ansicht von Savigny und Puchta, dass es sich in fr. 39 nicht um Ausschluss der analogen Anwendung eines bestehenden Gewohnheitsrechts handle, da ein solches unter den dort gegebenen Voraussetzungen gar nicht zu Stande komme.

Schliesslich glauben wir nicht unerwähnt lassen zu dürfen, dass die Praxis in der Entscheidung dieser Frage nicht minder geschwankt hat, als die Theorie, wenn wir nicht sagen wollen, dass sie mehr zu der von uns missbilligten Ansicht hingeneigt hat. So lauten z. B. die Motive eines Erkenntnisses des O.-A.-G. zu Lübeck vom 31. October 1846 bezüglich der Berufung auf einen Irrthum: „Selbst wenn die Gewohnheit in irgend einer Beziehung auf einem Irrthum beruhte, so würde dies doch nicht erheblich sein, da das fr. 39 de legib. (I. 3) den Sinn hat, dass auch eine ursprünglich auf einem Irrthum beruhende Gewohnheit an sich gültig ist und nur nicht wie eine andere Gewohnheit analogisch ausgedehnt werden kann.“

Ganz anders dagegen, der von uns vertretenen Ansicht gemäss, bezeichnet ein Erkenntniss des O.-A.-G. zu München vom 23. Juli 1847 als den Inhalt des fr. 39 de legib. was folgt:

„Was ursprünglich auf keinem vernünftigen Grunde beruht, und doch durch Gewohnheit beibehalten ist,

dient nicht auch für die Zukunft oder für andere Fälle zur beizubehaltenden Norm.“

Dies ist der wahre Sinn der l. 39 D. de legib. (I. 3) und nur in diesem Sinne ist die Frage, ob der Annahme, dass ein Gewohnheitsrecht existire, ein Irrthum der Uebenden entgegenstehe, zu bejahen. Fehlt das allgemeine Rechtsbewusstsein; ist das äussere Verhalten nicht das thatsächliche Abbild, der Ausdruck einer innern Rechtsüberzeugung; würden die handelnden Personen, wenn jener Irrthum sie nicht umstricke, ihrem eignen Antriebe, der innern Stimme ihres Rechtsgefühls folgend, ihre Handlungsweise anders einrichten, so mögen die Uebungsacte noch so zahlreich und allgemein und noch so lange fortgesetzt sein, ein Gewohnheitsrecht wird aus ihnen nicht gefolgert werden können; denn ein Gesetz kann allerdings dem Volksbewusstsein widersprechen, ohne darum seine Gültigkeit zu verlieren; ein Gewohnheitsrecht, das mit dem allgemeinen Rechtsbewusstsein nicht in Einklang stände, ist ein Unding.¹⁾

Leuchtet schon im obigen Falle der beschränkten Anerkennung des Irrthums als eines Hindernisses für die Bildung eines Gewohnheitsrechtes bei näherer Betrachtung ein, dass es eigentlich nicht der Irrthum ist, der dort die Entstehung eines Rechtssatzes unmöglich macht,

¹⁾ Enneccerus, Fr. C. von Savigny und die Richtung der neuern Rechtswissenschaft p. 37, 38: „Das Recht beruht auf dem Willen der Nation — dem allgemeinen Willen, wie Hegel sagt — dass dieser allgemeine Wille mit dem allgemeinen Volksbewusstsein in Einklang stehe, ist beim Gewohnheitsrechte stets richtig, aber beim Gesetz trifft es nur bedingungsweise zu.“

sondern der Mangel des Rechtsbewusstseins d. i. desjenigen Momentes im Gewohnheitsrechte, welches sogar mitunter mit diesem selbst identificirt worden ist, so ist vollends unrichtig die Behauptung, dass ein Irrthum schlechthin die Bildung eines Gewohnheitsrechtes ausschliesse, dass der Richter der *consuetudo erronea*, sobald der zum Grunde liegende Irrthum erwiesen sei, seine Anerkennung versagen müsse.

Unrichtig wäre der Satz: „*quod errore introductum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.*“

Hält sich beispielsweise ein Volk irrthümlich für verpflichtet so oder so zu handeln, entspricht aber die Handlungsweise zugleich seinem Rechtsgefühl, so dass dasselbe auch, nachdem es über seinen Irrthum belehrt ist, an derselben festhalten und nunmehr freiwillig üben wird, wozu es sich vorher gezwungen glaubte, so wird man unbedingt ein Gewohnheitsrecht annehmen dürfen, ja, in den meisten Fällen wird eine solche irrige Annahme einer bestehenden Verbindlichkeit einen sichern Schluss auf die innere Rechtsüberzeugung des Volkes rechtfertigen. Zur nähern Erläuterung diene folgendes Beispiel:

Ein Gesetz zählt speciell die redhibitorischen Fehler beim Verkaufe von Pferden auf. Auf dem Pferdemarkte in L., einem Orte innerhalb des Geltungsgebietes jenes Gesetzes, ist unter den denselben regelmässig frequentirenden Kaufleuten schon seit Jahren die Ansicht geltend gewesen, dass irgend ein bedeutender, im Gesetze nicht vorgesehener, Fehler ein redhibitorischer sei; und

ein Jeder hat sich im Handel und Wandel stets dieser Ansicht unterworfen, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil er den Fehler für einen so bedeutenden hielt, dass der Gesetzgeber denselben jedenfalls in jene Kategorie aufgenommen habe, und dass eine eventuelle gerichtliche Entscheidung wohl schwerlich zu seinen Gunsten ausfallen könne. Wird man hier die Existenz eines Gewohnheitsrechts leugnen können? Keineswegs; und doch liegt demselben ein Irrthum zu Grunde, freilich ein Irrthum, der das Rechtsbewusstsein nicht ausschliesst, sondern sogar durch dasselbe veranlasst ist.

Auch kann die Rechtsüberzeugung selbst in einem Irrthum ihre erste Veranlassung haben, und doch ein Gewohnheitsrecht zu Stande kommen. Setzen wir z. B. den Fall, dass diejenigen, welche irgend einen Satz zuerst üben, sich irrthümlich dazu verpflichtet glauben, ohne dass gerade ihr Rechtsgefühl ihnen diese Handlungsweise vorschreibe. Andere folgen ihrem Beispiele; spätere Generationen denken gar nicht mehr daran, dass ein Gesetz ihnen dies vielleicht vorschreibt; sie handeln nur so und nicht anders, weil ihre Vorgänger es ebenso gemacht, m. a. W. sie üben den Satz als einen hergebrachten und halten ihn eben deshalb, weil er hergebracht ist, für Recht. Hier ist also ein Irrthum die erste Veranlassung zur Bildung der Rechtsüberzeugung und doch wird der Richter, der solchen Thatfachen gegenübersteht, ein Gewohnheitsrecht annehmen müssen; thäte dies der Richter nicht, so würde er seinen Standpunkt vollständig verkennen; er hat nicht die Veranlassung, sondern die Existenz der Rechtsüberzeugung zu prüfen.

Endlich wird die Behauptung, dass der Annahme eines Gewohnheitsrechts ein Irrthum der Uebenden entgegenstehe, auf's schlagendste dadurch widerlegt, dass gerade der bedeutendsten Erscheinung auf dem Gebiete des Gewohnheitsrechts, der Reception des römischen Rechts, ein Irrthum zu Grunde liegt. Die Reception des römischen Rechts nämlich, die sich in Deutschland nicht durch einen plötzlichen Act der Gesetzgebung vollzog, verdankt ihren Ursprung zunächst der das Mittelalter beherrschenden Auffassung, dass das römische Reich deutscher Nation nur eine Fortsetzung des alten römischen Reiches sei, dass die römischen Cäsaren die Vorgänger der deutschen Könige seien — die Hohenstaufen Friedrich I. und II. liessen sogar einzelne Constitutionen durch die Glossatoren dem *corpus iuris* einverleiben — und dass demnach die von jenen erlassenen Gesetze auch in Deutschland subsidiäre Geltung haben müssten; dann aber auch der Idee, dass das römische Recht nicht ein Recht einer bestimmten Nation, sondern das Recht aller Nationen, das vernunftgemässe Recht, die *ratio scripta* sei, einer Idee, die ihre kräftigste Stütze in der principiellen Ausbildung und dem universalen Charakter jenes Rechtes finden musste.

Schliesslich sei noch erinnert an die beiden sog. speciellen Provocationen „*ex lege diffamari*“ und „*ex lege si contendat*.“ Auch sie beruhen auf einem Irrthum und zwar einem Irrthum der Glossatoren, welche diese dem römischen Rechte fremden Rechtsmittel aus mehreren Stellen, besonders aus l. 5 C. (VII. 14) und l. 28. D. (XLVI. 1) herleiten zu können glaubten. Während in

Wirklichkeit die Provocationen auf diese Gesetze gar nicht begründet werden können, ist doch die Praxis dem Irrthum der Glossatoren gefolgt und hat dieselben allgemein anerkannt.

Wie es aber Rechtslehrer gibt, welche den Irrthum schlechthin als ein Hinderniss für die Entstehung eines Gewohnheitsrechts hinstellen, so ist man andererseits bis zum gerade entgegengesetzten Extrem gegangen und hat denselben nicht nur nicht als hindernd, sondern sogar als nothwendig mit jedem Gewohnheitsrecht verbunden angesehen. So namentlich Hübner in seinen Berichtigungen und Zusätzen zu Höpfner's Commentar p. 164:

„Ich glaube, sagt er, jeder Gewohnheit liege ein Irrthum zum Grunde, jede werde durch einen Irrthum veranlasst: und ich glaube in Hinsicht dieses Irrthums nicht zu irren.“ Seine Argumentation ist sodann folgende: „Jede Gewohnheit geht aus einer Regel hervor, welche man insgemein als eine gesetzliche ansah, indem man sie in der Meinung einer moralischen Nothwendigkeit befolgte. Man glaubte, etwas wäre ein Gesetz, was kein Gesetz war.“

Indessen diese Auffassung Hübner's sowohl wie ihre Begründung ist u. E. unrichtig und mit dem Wesen des Gewohnheitsrechtes unvereinbar; und zwar beruht das Unrichtige seiner Auffassung auf einem Missverständniss der *opinio iuris sive necessitatis*: Letztere besteht nämlich nicht, wie jener Rechtslehrer anzunehmen scheint, darin, dass die handelnden Personen die Existenz einer Rechtsregel voraussetzen, welche sie für eine gesetzliche hielten, sie besteht nicht in dem Glauben derselben, dass

etwas ein Gesetz ist, was in Wirklichkeit keines ist, sondern in der Ueberzeugung von der Wahrheit und Nothwendigkeit des angewendeten Satzes, in der bewussten Uebereinstimmung mit ihrem eignen Rechtsgefühl; ja es ist sogar der Fall denkbar, dass dieselben das volle Bewusstsein haben, dass sie durch das geschriebene Recht nicht verpflichtet sind, so zu handeln, wie sie handeln; sie erkennen klar die Lücke des geschriebenen Rechts und folgen lediglich ihrer innern Rechtsüberzeugung. Wie könnte hier von einem Irrthum die Rede sein?

II. *Consuetudo irrationabilis.*

Wie nach allem Vorhergehenden nur sehr bedingungsweise zugegeben werden konnte, dass der Richter der *consuetudo erronea*, sobald der Irrthum erkannt sei, seine Anerkennung versagen müsse, nämlich nur für den Fall, dass dieselbe in einem inveterirten Irrthum ihre Wurzel hat und keineswegs der Ausdruck des innern Rechtsbewusstseins der handelnden Personen ist, so glauben wir auch der Behauptung, dass eine *consuetudo irrationabilis* jeder Auctorität entbehre, nur unter einer wichtigen Modifikation beipflichten zu können.

Das Erforderniss der Rationabilität wird vorzugsweise gestützt auf l. 2. C. quae sit long. cons. VIII. 53, welche lautet: „*consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*“, sowie auf c. XI, X de cons. (l. 4): „*Licet enim longævæ consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel iuri positivo debeat præiudicium generare, nisi sit rationabilis et legitime præscripta.*“

Auch über den Sinn der Const. 2. C. cit. ist von jeher viel gestritten worden; zwar nicht sowohl bei der

Lehre von den Erfordernissen, als von der Kraft und der Collision des Gewohnheitsrechts mit dem gesetzlichen Recht.

Man fand nämlich in den Worten „aut legem“ dieser Constitution von Constantin, dessen Sinn zunächst der zu sein scheint, dass eine Gewohnheit ein Gesetz nicht solle abändern oder aufheben können, einen unlöslichen Widerspruch mit den anscheinend das gerade Gegentheil enthaltenden Worten des Juristen Salvius Julianus in l. 32 D. de legil. (I. 3). „Quare rectissime illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.“

Zwar kann es hier nicht unsere Aufgabe sein, im Einzelnen auf die zahllosen Versuche, jenen Widerspruch zu lösen, einzugehen; nicht sind es die Worte „aut legem“ der const. 2, sondern „aut rationem“, welche unser Interesse vorzugsweise in Anspruch nehmen.

Indessen die enge Verbindung, in welcher beide Ausdrücke mit einander stehen, dürfte es rechtfertigen oder sogar erheischen, auch die Worte „aut legem“ einer nähern Betrachtung zu unterziehen, um so mehr, als dieselben u. E. in den Worten „aut rationem“ ihre richtigste und ungezwungenste, jeden Widerspruch auflösende Erklärung finden.

Das unbestimmte höchst vielsinnige Wort „ratio“ hat auch hier wie in fr. 39 sehr verschiedene Deutungen erfahren. Hier bietet dasselbe einerseits dem richtigen Verständniss mehr Schwierigkeit, weil der dasselbe erklärende Gegensatz fehlt, andererseits berechtigt aber

auch dieser Mangel zu einer möglichst allgemeinen Auffassung.

Savigny hält „ratio“ an dieser Stelle für identisch mit *ratio utilitatis*; es bedeute im Gegensatz zu *lex*, einem im Staatsinteresse erlassenen Landesgesetze, das gerade nicht durch ein Gesetz geschützte Staatsinteresse, die *ratio publicæ utilitatis*.

Nach der Ansicht Puchta's und anderer Rechtslehrer ist *ratio* an dieser Stelle gleichbedeutend mit *ratio iuris* und die Auctorität einer Gewohnheit wird an die Voraussetzung geknüpft, dass dem Satze, den sie enthält, nicht ein höheres, von ihm nicht zu beseitigendes Rechtsprincip, entgegensteht.

Andere endlich übersetzen *ratio* durch „Vernunft“, so dass der Inhalt der Stelle wäre: „Eine Gewohnheit darf, soll sie anders Anerkennung verdienen, der Vernunft nicht widerstreben.“

Die Anfänger der beiden letzteren Ansichten haben von jeher einander auf's heftigste bekämpft; die mannigfachsten Gründe und Gegen Gründe sind in's Feld geführt worden und ein Streitpunkt liegt u. E. nicht vor. Umfasst nicht der Begriff „Vernunft“ die so eifrig vertheidigten höheren Rechtsprincipien? Ist ferner das deutsche Wort „Vernunft“ ein so weit engerer Begriff als das lateinische „*ratio*“? Es würde daher nur darauf ankommen zu untersuchen, was hier unter „Vernunft“, einem Ausdrücke, der an Vieldeutigkeit dem römischen „*ratio*“ kaum nachsteht, zu verstehen ist.

Schon früher wurde darauf hingewiesen, dass die Begriffe „vernünftig — unvernünftig“ zu vage und

unbestimmt seien, als dass sich aus denselben eine feste Norm statuiren liesse, nach welcher der Richter im concreten Falle seine Entscheidung darüber treffen könnte, ob ein gewohnheitsmässig geübter Satz als Gewohnheitsrecht gelten solle oder nicht.

„Die Anwendbarkeit des Gewohnheitsrechts, dies sind die Worte Puchta's,¹⁾ wäre in der That in die reine Willkür des Richters gestellt, wenn ihm verstattet würde, eine Gewohnheit auf den Grund hin, dass ihm dieselbe unvernünftig schiene, zu verwerfen; die Vernunft ist gleich einem weissen Blatt, das Jedem mitgegeben wird und von Jedem mit verschiedenen Sätzen beschrieben wird.“

Von jeher war daher selbst im Lager derjenigen, welche die Auffassung des Wortes „ratio“ als „Vernunft“ vertheidigten, die grösste Uneinigkeit, wie denn die Vernunft zu verstehen, welche *consuetudo* ferner *rationabilis*, welche *irrationabilis* zu nennen sei.

Ganz allgemein sagt die Glosse, zu der eine Paraphrase des const. 2. enthaltenden Decretale in cap. ult. X de consuet. (1. 4): „*Rationabilis est consuetudo, quæ non improbat a iure; irrationabilis, quam iura reprobant.*“

Aeltere Rechtslehrer haben als Maassstab, mit welchem der Richter die Qualität einer *consuetudo* als einer *rationabilis* zu bemessen habe, das *ius divinum* und *canonicum* oder das *bonum publicum* aufgestellt; *irrationa-*

¹⁾ Puchta, Gewohnheitsrecht II. Theil, § 6.

biles seien solche, die mit den göttlichen Vorschriften oder mit dem Wohl des Staates und der Kirche unvereinbar seien; „rationabilis, so erklärt Odofredus¹⁾ jenes Erforderniss, i. e. si non est iuri naturali contraria et non contra regulas et nervum ecclesiasticæ disciplinæ et non contra utilitatem publicam et ius fiscale, vel si non absorbet ius alterius et si non est specialiter a legibus reprobata.“

Andere wollen die Beurtheilung, ob eine Gewohnheit rationabel sei oder nicht, lediglich dem subjectiven Ermessen des Richters überlassen.

Wieder andere Rechtslehrer²⁾ verstehen unter *consuetudines irrationabiles* nur ganz widersinnige, dem sittlichen Gefühle widerstrebende Gewohnheiten, die als zu befolgende Rechtsnormen nicht gelten sollen. —

Allein ist etwa dadurch die Unbestimmtheit beseitigt, dass statt „unvernünftig“ die Bezeichnung „widersinnig“ oder „vernunftwidrig“ gebraucht wird.

Nach einer andern Ansicht soll es für die rationelle Begründung schon genügen, wenn die Handelnden selbst ihre Handlungsweise für gut und erlaubt hielten.³⁾

¹⁾ *lectura ad l. 2. C. h. t.*

²⁾ Goeschen, Vorlesungen I, S. 86, 90.

³⁾ Wehner *pract. obs. (v. Gewohnheit)* „Redliche und ehrbare Gewohnheiten, *laudabiles consuetudines dicuntur, quoties statuentes et observantes existimant illas esse bonas et suis moribus convenientes. Nam id pro ratione est, licet iniquitatem aliquam contineat.*“ Unvernünftige böse Gewohnheiten, *sunt illaudabiles consuetudines, quæ citra rationem et æquitatem longo usu sunt receptæ. Verum mala consuetudo neque ex longo tempore neque ex longa consuetudine, usu seu observantia confirmari potest; nec vim habet consuetudinis, sed usurpatio dicitur et depravatio.*“

Dass solche und ähnliche Theorien nur einen sehr unzuverlässigen Anhalt für die richterliche Beurtheilung abgeben können, liegt auf der Hand. Auch ist für das Verständniss der const. 2 sowie des Erfordernisses der Rationabilität durch die Decretale Gregors IX. in c. 11 X (l. 4), welche die erstere, so zu sagen, wörtlich wiedergibt, nicht viel gewonnen; denn zunächst beschränkt sich Gregor auf den Fall, dass ein Gesetz durch eine *consuetudo* abgeändert werden soll, sodann überlässt er es der richterlichen Beurtheilung, ob dieselbe *rationabilis* sei oder nicht.

Das richtige Prinzip für die Beurtheilung, ob einer *consuetudo* das Prädikat einer *rationabilis* zukomme, wird sich am sichersten und leichtesten im engsten Anschluss an den Begriff des Gewohnheitsrechts selbst finden lassen; denn hier allein bietet sich uns ein objectiver, für alle Zeiten und alle Fälle unabänderlicher Maassstab.

Auch wird der Begriff und das Wesen des Gewohnheitsrechts uns am besten darüber belehren, was in der const. 2 unter *ratio* und *lex*, gegen welche die *consuetudo* und der *usus longævus* nicht gelten könne, zu verstehen sei.

Anlangend zunächst die Anfangsworte „*consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est*,“ so dürfte wohl darin Puchta gegen Savigny und andere Rechtslehrer beizustimmen sein, dass hier nicht an ein Gewohnheitsrecht, sondern an die äussere Erscheinung desselben zu denken sei, bei der es eben noch in Frage stehe, ob dieselbe im Kampfe mit der *ratio* und der

lex siege, d. h. Gewohnheitsrecht sei oder nicht. Constantin entscheidet diese Frage verneinend. — Warum aber das Wort „ratio“ an dieser Stelle nicht gleichwie in l. 39 D. de legib. (I. 3) und in l. 1 C. (VIII. 53.) „das gemeinsame Rechtsbewusstsein“ bedeuten sollte, ist keineswegs ersichtlich. Zwar erklärt Savigny diese Interpretation des Wortes „ratio“ für unzulässig an dieser Stelle; denn wie könnte, so fragt er, von einem Conflict der Ueberzeugung mit der Gewohnheit, in welchem diese weichen müsste, die Rede sein? Indessen kann von einem solchen Conflict der Gewohnheit, d. i. eines *mos agendi* mit dem Rechtsbewusstsein u. E. recht wohl die Rede sein. Warum sollte man nicht an eine Gewohnheit denken können, die dem Rechtsbewusstsein entgegensteht? Findet dies nicht beispielsweise Statt in obiger l. 39? Hat dieselbe nicht eine Gewohnheit im Auge, die mit der *ratio* im Widerspruch steht? Dort war die *consuetudo* lediglich Folge eines Irrthums, nämlich der irrigen Voraussetzung einer bestehenden Verbindlichkeit, während das Rechtsbewusstsein nicht zu einem solchen Handeln mahnte; denken wir aber auch an den Fall, dass die handelnden Personen sich der Rechtswidrigkeit ihrer Handlungsweise bewusst sind, dass dieselben wider besseres Wissen mit der Rechtsordnung in Widerspruch treten, m. a. W. dass der Brauch ein Missbrauch ist.

Grösser noch ist die Meinungsverschiedenheit der Rechtslehrer hinsichtlich der Bedeutung der Worte „aut legem“ der *const. 2* und gilt hier in der That das Wort: *quot interpretes — tot diversæ interpretationes.*

Nach der gewöhnlichen, namentlich von Savigny vertretenen, auch bereits bei Azo, Donellus und anderen älteren Commentatoren angedeuteten Ansicht ist bei den Worten „aut legem“ an ein allgemeines Staatsgesetz gedacht, welches durch eine locale Gewohnheit nicht alterirt werden könne.

„Oertliche Gewohnheiten, so überträgt Savigny die Worte Constantins, sollen nicht gelten, wenn sie mit dem Staatsinteresse im Widerspruch stehen, mag nun dieses durch ein (früheres oder späteres) Landesgesetz anerkannt sein oder nicht.“

Indessen können wir bei aller Hochachtung vor der hohen Auctorität und bei bester Würdigung des Scharfsinnes, mit welchem dieselbe auch in diesem Punkte ihre Ansicht zu begründen verstanden hat, uns nicht verhehlen, dass die Erklärung immerhin etwas Willkürliches, durch den Wortlaut nicht Gegebenes hat; denn dass bei „consuetudo und usus longævus“ an eine locale Gewohnheit und andererseits bei „lex“ an ein allgemeines Landesgesetz zu denken sei, davon findet sich ja doch nirgends eine Spur.

Noch willkürlicher ferner erscheint uns die Ansicht derer, welche unter „lex“ ein später erlassenes, die consuetudo ausdrücklich aufhebendes Gesetz verstanden wissen wollen; denn ebensowenig wie für jenen lokalen, bietet der Wortlaut der *constitutio* 2 für diesen temporalen Gegensatz irgend einen Anhaltspunkt.

Es würde uns zu weit führen, wollten wir auf die Erklärungen, deren es eine unermessliche Zahl gibt, im Einzelnen näher eingehen; nur soviel sei von denselben

gesagt, dass sie darin sämtlich miteinander übereinstimmen, den Worten „aut legem“ eine ungewöhnliche Bedeutung zu supponiren. Sollte denn an dieser Stelle das Wort „lex“ nicht in seinem ganz natürlichen Sinne genommen werden können? Sollte man nicht denken können an ein Gesetz in des Wortes natürlichster Bedeutung, an ein Gesetz nämlich, welches, wie es immer sein sollte, der Ausdruck des allgemeinen Willens, des gemeinsamen Rechtsbewusstseins des Volkes und der Träger seiner Bildung ist, so dass der ganze Inhalt der constitutio 2 wäre: „Gewohnheiten, welche dem Rechtsbewusstsein widerstreben, sei es, dass dies aus allgemeinen Principien sich ergibt, sei es, dass dasselbe in einem Gesetze ausdrückliche Anerkennung findet, sollen keine Geltung haben.“?

Hiernach schlosse const. 2 die Abänderung oder Aufhebung eines Gesetzes durch consuetudo oder desuetudo keineswegs aus, freilich eines Gesetzes, welches nicht resp. nicht mehr Ausdruck der Rechtsüberzeugung ist.

Fassen wir daher das Wort „ratio“ der const. 2. gleich wie der anderen Stellen über das Gewohnheitsrecht als „gemeinsame Rechtsüberzeugung“ und die Worte „aut legem“ in dem oben angegebenen prägnanten Sinne auf, — eine Auffassung, welche in grammatischer¹⁾

¹⁾ Nicht mag man einen Einwand aus der Wortfassung der Gesetzesstelle herleiten und, die Richtigkeit obiger Erklärung vorausgesetzt, einen Verstoss gegen die Regeln der Grammatik finden wollen, da es ja eine nicht ungewöhnliche Redefigur ist,

und logischer Beziehung einem Bedenken kaum unterliegen dürfte — so sagt dieselbe im Wesentlichen dasselbe, was lex 39 D. de legib. (I. 3) über das Gewohnheitsrecht bestimmt, nämlich: dass eine *consuetudo* nur dann gelten solle, wenn sie mit dem Rechtsbewusstsein der Handelnden in Einklang steht, wenn sie der Ausdruck des allgemeinen Willens ist; dass hingegen eine solche, die nicht aus der Rechtsüberzeugung als ihrer Quelle hervorfliest, vielmehr mit derselben im Widerspreche steht, keine Geltung verdient; und dies wird der Fall sein, wenn dieselbe das Staatsinteresse verletzt — Savigny — oder einem höhern Rechtsprincip nicht entspricht — Puchta — oder endlich mit der Vernunft unvereinbar ist — andere Rechtslehrer; denn Uebungen solcher Art dürften wohl kaum der Ausdruck des allgemeinen Willens sein, wohl kaum auf das allgemeine Rechtsbewusstsein als ihren Ursprung zurückgeführt werden, daher niemals einen gültigen Rechtssatz, eine rechtliche *consuetudo* bilden können.

Bei der Frage, ob eine zu seiner Cognition gelangende *consuetudo* rationell begründet sei, wird daher der Richter zu prüfen haben, ob dieselbe überhaupt ein Ausfluss des Rechtsbewusstseins des betreffenden Volkes oder Kreises sein könne oder zu Consequenzen führen müsse, die den gesammten Organismus gefährden; er

dass ein Begriff zunächst ganz allgemein hingestellt, dann aber ein in demselben enthaltener engerer Begriff, auf den es im speciellen Falle ankommt, besonders hervorgehoben wird.

wird untersuchen, ob dieselbe in Einklang stehe mit den Grundlagen der sittlichen und socialen Ordnung, demgemäss sich vertraut machen mit dem Wesen der betreffenden Staatsform, einzudringen suchen in die Entwicklung und Richtung des gesammten Rechtslebens im Staate, sich hineinversetzen in die rechtlichen und sittlichen Anschauungen des Volkes: erst dann wird er darüber zu urtheilen vermögen, ob eine *consuetudo* das ist, was sie sein soll, um rechtliche Anerkennung zu verdienen, nämlich das thatsächliche Abbild des Rechtsgefühls der handelnden Personen.

Dieser ist auch der Standpunkt der Praxis: „Um eine Gewohnheit, so lauten die Motive eines Erkenntnisses des O.-A.-G zu Lübeck, wegen ihrer Eigenschaft als *irrationabilis* für ungültig zu erklären, genügt keineswegs, dass das positive geschriebene Gesetz ein anderes Princip hat, sondern jene Ungültigkeit tritt nur dann ein, wenn die Gewohnheit an sich unmoralisch oder gemeinschädlich ist.“

Weiter also geht das Erforderniss der Rationalität nicht; ob einer Gewohnheit das Prädikat „vernünftig“ im Sinne von „zweckmässig“ zukomme, braucht der Richter nicht zu prüfen: „*Non omnium quæ a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*, sagt l. 20. D. de leg. I. 3 und *rationes eorum, quæ constituuntur, requiri non oportet; alioquin multa ex his quæ certa sunt subvertuntur*“ l. 21. loc. cit.

In keinem Falle endlich darf der Richter seine eigne Ansicht, ob irgend eine gewohnheitsrechtliche Satzung rationell begründet sei, über das Urtheil des

ganzen Volkes stellen, ebensowenig wie er berechtigt ist, ein nach seiner Ansicht unvernünftiges Gesetz bei seiner Entscheidung zu verwerfen:

„Prævalere debet apud iudicem consuetudo suæ opinionioni; ita ut etsi rationabilem illam non opinetur, sibi tamen arbitrium in illam non magis quam in legem sumere debeat.“¹⁾

¹⁾ Mevius I. 144.



www.books2ebooks.eu