

Werk

Titel: Beisteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht

Autor: Sesterding

Ort: Heidelberg

Jahr: 1820

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1820_0003 | log24

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

Beigefügt ist dem bisher extrahirten Entwurfe ein anderer zu einer Verordnung: »über Einführung der Hypothekenordnung in Baiern.«

XVIII.

Beistener zur Theorie vom Gewohnheitsrecht.

Von dem
Professor der Rechte Dr. Gesterding, zu Greifswalde.

§. 1.

Einleitung.

Die Gewalt, welche Zeit und Gewohnheit in der sinnlichen Welt üben, entbehren sie auch nicht gänzlich in der moralischen, wie denn überhaupt zwischen beiden Welten eine wunderbare Verwandtschaft herrscht.

Auch in der Sphäre des Rechts kann die Zeit nicht nur durch Verjährung Befugnisse für den Einzelnen gegen den Einzelnen hervorbringen und aufheben, sondern sie kann sogar durch Gewohnheit Gesetze gründen, und, was ich einstweilen als ausgemacht annehmen will, sie auch wiederum abschaffen.

Was in historischer Hinsicht Gewohnheiten aufkommen läßt, dazu wirken, beim Mangel an Gesetzen, zusammen die, zum Theil aus der Trägheit des Verstandes entspringende, Reizung der Menschen nachzuahmen und sich von dem Ueblichen nicht zu entfernen, wobei die Besorgniß, Veränderungen mögten nachtheilig seyn, dem mit der Reizung für das Gewohnte kämpfenden Triebe nach Abwechslung einen starken Widerstand leistet, endlich die Ehrfurcht vor dem Alterthümlichen. Freilich kann ein gewisser Satz den Umständen so angemessen, so nützlich, so nöthig seyn, daß er eben deshalb aller andern Hülfe, zur Gewohnheit zu werden, entbehren kann.

In rechtlicher Hinsicht beruht das Ansehen der Gewohnheit auf dem ein für alle Mal im Voraus erklärten Willen der Staatsgewalt, daß Gewohnheiten wie Gesetze gelten sollen, der nun für uns in den Sanctionen des römischen und canonischen Rechts, welche vernünftigen Gewohnheiten diese Kraft beilegen, enthalten ist. Sieht der Regent zu dieser oder jener Gewohnheit seine Zustimmung, so wird sie dadurch zu einem geschrie-

benen Gesetz (nicht zu einer *consuet. scripta*, es wäre dem Gewohnheit, welche aufgehört hat, es zu seyn, weil sie Gesetz geworden ist, also zu nennen,) und erhält ohne weitere Erfordernisse die Kraft eines solchen. Kurz, es ist dann zwischen ihr und dem geschriebenen Gesetz kein Unterschied. Die allgemeine Billigung des Regenten ist also der zureichende und dabei auch der einzig mögliche Rechtsgrund der Gewohnheit, wie der neueste Schriftsteller über die Gewohnheit mit Recht annimmt ¹⁾.

Die positiven Gesetze setzen dann auch die Bedingungen fest, unter denen durch Gewohnheit Gesetz entstehen kann. Was sie aber über Gewohnheitsrecht enthalten, ist im Grunde sehr einfach, und läßt sich am Ende in einen kurzen Satz bringen. Es muß ein gewisser Satz von Alters her oder seit langer Zeit als Gesetz beobachtet seyn, dann hat er im Allgemeinen die Kraft eines solchen, vorausgesetzt, daß er vernünftig ist. Zu diesem Resultat gelangt man aber erst nach mancherlei Umwegen; geht es in's Einzelne, so wird die Sache schwierig; man findet bald hier, bald dort Anstoß; besonders ist man genöthigt, durch eine Menge falscher Lehrmeinungen sich hindurch zu arbeiten. Denn da die Gesetze über Gewohnheit theils dürftig, theils Mißdeutungen unterworfen sind, so hat dieser Stoff die Rechtsgelehrten von jeher sehr gereizt, ihre Kräfte daran zu üben, und bei der Menge verschiedener Schriftsteller, fehlt es natürlich an einer Menge abweichender Meinungen nicht.

Der neueste Schriftsteller über diese Materie ist Klöcker ²⁾. Von ihm ist mit Recht zu rühmen, daß er auf diesen zwar häufig, doch nicht genug bearbeiteten Zweig unsrer Wissenschaft mit Erfolg belohnten Fleiß verwandte. Es wäre zu wünschen gewesen, daß es ihm gefallen hätte, mehr gedrängt, mehr rein und einfach zu schreiben. In Ansehung der Sache selbst ist ihm nach meinem Urtheil Vieles wohl gelungen; die Hauptideen halte ich im Allgemeinen für vollkommen richtig; über Manches denke ich anders. Doch, zu wiederholen was er lehrt, fühle ich eben keinen Beruf; ich will mich darauf beschränken, hinzuzusetzen, was er mir übrig ließ; auch Einiges zu berichtigen.

1) Diese richtige Ansicht findet sich auch in der Recension von Glück's Comm. über Günther in der Genaischen Lit. Zeit. vom 3. Nov. 1812. Daß sie auch die gesetzliche sey, könnte allenfalls durch das canonische Recht, und zwar durch das in einer Note noch in extenso mitzutheilende cap. 1. de constitut. in 6to erwiesen werden.

2) Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht, Gena 1813.

gen suchen. Dabei gestehe ich durch Stillschweigen noch nichts zu.

§. 2.

Unterschied zwischen Gewohnheit u. Lex tacita.

Um dadurch zu beweisen, daß die, nach der Meinung mancher Rechtsgelehrten, zur Gewohnheit erforderliche specielle Einwilligung des Regenten das Wesen derselben aufheben würde, unterscheidet Klöger ³⁾. Gewohnheit und lex tacita, wovon er sagt, daß man sie bisher von der Gewohnheit nicht unterschieden habe, meint jedoch, zu den Zeiten der Republik habe jede Gewohnheit unbedenklich als lex tacita angesehen werden können.

Die Theorie kann allenfalls den Begriff einer lex tacita, d. h. eines vom Gesetzgeber rebus ipsis et factis gegebenen Gesetzes, aufstellen; aber ob dieser Begriff einen practischen Werth habe, daran ist sehr zu zweifeln. Bloße Facta mögten schwerlich von der Art seyn, daß daraus mit Sicherheit geschlossen werden könnte, es sey der Wille des Gesetzgebers, dieser oder jener Satz solle auch für die Zukunft zur Richtschnur dienen. (Und dabei will ich nicht einmal gedenken, daß, wenn es auch möglich wäre, es in dieser Sphäre nicht schicklich seyn würde, den Willen anders zu erklären, als auf die vollkommenste Art).

Selbst in einer Republik kann nicht füglich von einer wahren lex populi tacita die Rede seyn, und nur soviel ist richtig, daß Julianus ⁴⁾ die gesetzliche Kraft der Gewohnheit aus dem stillschweigend erklärten Willen des Volks ableitet, oder sie dadurch rechtfertigt. In Gemäßheit dieser Stelle nahmen ältere Rechtsgelehrte an, die Gewohnheit enthalte legem populi tacitam, woraus übrigens noch nicht folgt, daß sie die Begriffe beider mit einander verwechselt haben.

Die Aeußerung des Julianus paßt nicht auf den Zustand des römischen Volks unter Hadrian, zu dessen Zeiten Julianus lebte, weshalb auch Klöger ⁵⁾ annimmt, Julianus rede nicht von Gewohnheiten überhaupt, sondern von den bestimmten Gewohnheiten, die sich noch aus den Zeiten der freien Republik herschrieben; allein Julianus redet in der That allgemein, er legt der Gewohnheit und dem darin enthaltenen Volkswillen noch jetzt die Kraft bei, Gesetz zu ma-

3) U. a. D. C. 75. und folg.

4) L. 32. D. de leg.

5) U. a. D. C. 57.

chen; was ich näher auseinander zu setzen nicht nöthig finde, da die Stelle nicht klar genug ist, es besonders auch schon aus demjenigen erhellet, was er von der *Entwöhnung* lehrt ⁶⁾, und dann paßt seine Aeußerung auch noch ebensowenig auf die römische Verfassung zu den Zeiten der freien Republik, nicht einmal auf eine reine Democratie, was hier indessen einerlei ist.

Selbst in solchen Staaten, in welchen die höchste Gewalt und das Recht der Gesetzgebung sich beim ganzen Volke befindet, kann daraus, daß eine gewisse Regel bei vorkommenden Fällen bisher beobachtet worden, mit Sicherheit nicht geschlossen werden, daß sie auch zum Gesetz für die Zukunft dienen solle, sondern nur allenfalls, daß im Volke eine solche Einrichtung bisher für nützlich gehalten worden. Auch läßt es sich nicht wohl als möglich denken, daß eine Gewohnheit mit Uebereinstimmung aller Mitglieder des Staats, oder aller derjenigen, denen die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt zusteht, entstehen könne, zumal sie erst im Verlaufe der Zeit zu Stande kommen kann, auch ohnehin nicht alle in den Fall kommen, die Handlung vorzunehmen, oder gar zu wiederholen, wovon eben die Rede ist, so daß es den meisten selbst an der Gelegenheit fehlen wird, ihre Einwilligung oder Mißbilligung zu erklären. Es darf nicht einmal erwähnt werden, daß Gewohnheiten gewöhnlich nicht allgemein sind, sondern sich nur auf einen kleinen Theil des Staats beziehen, und diejenigen, durch welche die besondere Gewohnheit eingeführt wird, so wenig berechtigt sind, für einen Theil des Staats Gesetze zu geben, als für den ganzen Staat, und, was das ganze Volk betrifft, wenn in diesem oder jenem Theil des Staats Handlungen derselben Art noch so häufig wiederholt sind, will wenigstens das ganze Volk deshalb noch nicht, daß dadurch ein Gesetz entstehe. Besonders kommt aber in Betrachtung, daß auf allen Fall die bloße Beobachtung eines gewissen Satzes doch immer die Art nicht ist, wie Gesetze in Freistaaten, und namentlich in einer *res publica popularis*, zu Stande kommen. Man kann ja auch in Republiken, und besonders in Democratien, die Herrscher von den Unterthanen unterscheiden. Nur insoferne das Volk im Ganzen und auf die verfassungsmäßige Art handelt, herrscht es; der Einzelne ist Unterthan.

Handelt es im Ganzen und bloß in der Absicht, Gesetze zu machen, so kann man auch nur annehmen, daß es mit ge-

6) Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

hübriger Ueberlegung zu Werke gehe, wohingegen bei Gewohnheiten der Eine nachmacht, was der Andere ihm vorgethan.

Es kömmt also immer darauf zurück, von welcher Art die Verfassung eines Staats auch seyn mag, Gewohnheiten als Gesetze können nicht anders gelten, als wenn ein geschriebenes Gesetz ihnen Gesetzeskraft beilegt, oder m. a. W. dem Volk, wer davon es auch seyn mag, die Macht zugestehet, durch bloßen Gebrauch Gesetz zu machen.

§. 3.

Erfordert die rechtliche Gewohnheit Handlungen, die *opinio necessitatis* vorgenommen sind?

Wenn die Rechtsgelehrten erfordern, die Handlungen, aus denen eine Gewohnheit entstehen soll, müßten *opinio necessitatis* vorgenommen seyn, und dies so verstehen, die Handelnden müssen die Meinung gehegt haben, ihnen liege die Verbindlichkeit auf, also zu handeln, welche besonders an dem (vergeblichen) Widerspruch erkennbar seyn soll, gleichwohl aber lehren: eine Gewohnheit müsse ursprünglich nicht auf Irrthum beruhen; so ist es auch mir immer aufgefallen, was der osterwähnte Schriftsteller ⁷⁾ rügt, daß sie mit sich selbst in Widerspruch stehen, weil ja dann nie eine rechtliche Gewohnheit entstehen könnte, indem jede ursprünglich auf einem Irrthum beruhen würde. Denn, war der Satz, worauf die Gewohnheit gerichtet ist, schon zuvor den Gesetzen gemäß, so bedurfte es, der Gewohnheit nicht, und er gilt fortan nicht vermöge der Gewohnheit, sondern vermöge des Gesetzes, welches durch die Gewohnheit nur unterstützt wird, dieser Stütze jedoch nicht bedarf. War er es aber nicht, so irrten die Handelnden, und folglich sind ihre Handlungen nicht tauglich, ein Gewohnheitsrecht zu begründen.

Ueberhaupt entbehrt jener Satz, auf die angeführte Art verstanden, eines hinlänglichen Grundes. Wohl aber, glaube ich, kann man sagen, die Handelnden müssen einen gewissen Satz als Gesetz befolgt haben, nicht als sey er ein Gesetz, sondern als solle er eins seyn. Denn, es liegt doch immer bei dem Gewohnheitsrecht die Idee zum Grunde, daß das Volk durch den Gebrauch ein Gesetz macht ⁸⁾, was freilich in Republiken, wie in monarchischen Staaten, nur auf Autorisation der Staatsgewalt geschehen kann.

7) Klöber a. a. D. S. 196.

8) L. 32. §. 1. L. 35. D. de leg. — — Quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis. —

Indem man den Satz aufstellt, die Handlungen müssen *opinioe necessitatis* vorgenommen seyn, wird zugleich bemerkt, daß willkürliche Handlungen, z. B. was *per modum precarii*, oder aus Mitleiden, Freundschaft, Menschenliebe, geschehen, oder was durch Vergleich oder Vertrag bewilligt worden, nicht tauglich sey, ein Gewohnheitsrecht zu begründen.

Der angeführte Schriftsteller hingegen lehrt: ein Vertrag könne in Beziehung auf dritte Personen eine Gewohnheit begründen, und zwar, wenn ich ihn anders richtig verstehe, nicht, daß dies oder jenes geschehen müsse, sondern daß es geschehen oder unterbleiben könne⁹⁾.

Mir scheint es, die Lehre von der Gewohnheit sey auch in dieser Hinsicht noch nicht gehörig aufgeklärt, die Wahrheit könne auch nur dann erkannt werden, wenn man sich an den oben aufgestellten einfachen Satz hält: zur Gewohnheit gehöre, daß ein gewisser Satz als Gesetz befolgt sey. Willkürliche Handlungen würden durch den falschen Satz, wornach die Handlungen *opinioe necessitatis*, d. h. in der Meinung von dem Daseyn einer verbindlichen Norm, vorgenommen seyn müssen, ausgeschlossen seyn, aber durch den wahren Satz: es muß ein gewisser Satz als Gesetz befolgt seyn, sind sie es keinesweges. Im Gegentheil gehören grade willkürliche Handlungen zur Begründung einer Gewohnheit und unwillkürliche sind ausgeschlossen. Sollen also Handlungen der angeführten Art nicht tauglich seyn, ein Gewohnheitsrecht zu begründen, so muß der Grund davon anders worin liegen, als darin, daß sie *actus arbitrarii* sind. Dieser Grund kann kein anderer seyn, als daß die Handelnden die Absicht hatten, ein Gesetz zu gründen.

Ist aber diese Absicht durch die Natur jener Handlungen wirklich als ausgeschlossen anzunehmen? Diese *quaestio facti* wird im Allgemeinen zu bejahen seyn. Was indessen den Vertrag betrifft, so kann dabei eine Gewohnheit zum Grunde liegen, so, daß das Versprechen eine Folge derselben ist. M. a. W. der Vertrag wiederholt bloß, wozu, vermöge der Gewohnheit, der eine berechtigt, der andre verpflichtet ist. Es kann aber auch seyn, so scheint es mir fast, daß die Gewohnheit grade darin besteht, Vertragsweise so etwas zu versprechen. Im erstern Fall führt der Vertrag keine Gewohnheiten ein, sondern erkennt sie als vorhanden an: im zweiten Fall kann eine Gewohnheit entstehen. Es kann endlich auch seyn, daß der Vertrag bloß auf die Personen der Contrahenten seine Wirkung einschränkt, indem er sich weder auf Gewohnheit gründet, noch

9) S. Klöber a. a. O. 200. folg.

die Absicht darauf gerichtet ist, ein Gesetz einzuführen; und das wird gerade der gewöhnliche Fall seyn.

§. 4.
Hindert Irrthum die Entstehung einer Gewohnheit?

Den Satz, daß die Gewohnheit nicht auf einen Irrthum sich gründen müsse, bestreitet K l ö g e r ¹⁰⁾. Die hieher gehörige Stelle der Pandecten ¹¹⁾ beziehe sich blos auf das Erforderniß der Gewohnheit, daß sie vernünftig seyn müsse. Wer eine unvernünftige Gewohnheit für vernünftig halte, irre sich, und von einem Irrthum dieser Art, den K l ö g e r einen objectiven nennt, sey in der angeführten Stelle nur die Rede. Ein Irrthum anderer Art, ein subjectiver Irrthum, wie K l ö g e r ihn nennt, komme nicht Betrachtung; an diesem nehme der Staat kein Interesse.

Es könnte immerhin seyn, daß jene Stelle die gewöhnliche Theorie nicht bestätige; deshalb kann der Satz selbst doch wahr seyn. Ihn hat K l ö g e r keineswegs widerlegt, sein Beweis ist nicht gegen den Beweisatz, sondern nur gegen das Beweismittel gerichtet.

Aber auch selbst das scheint mir noch keinesweges ausgemacht, daß jene Stelle die Lehre nicht bestätigen sollte, ein Gewohnheitsrecht müsse ursprünglich nicht auf Irrthum beruhen.

Zwar, glaube ich, kommt das Wort: error hiebei nicht in Betrachtung; desto mehr kommt aber in Betrachtung das Wort: ratio. Ratio ist nämlich hier ein vernünftiger Grund und error das Gegentheil, Unvernunft, Mangel eines vernünftigen Grundes, mit einem positiven Zusatz ¹²⁾. Die Stelle will also sagen: Was ursprünglich auf keinem vernünftigen Grunde beruht und durch Gewohnheit beibehalten ist, dient nicht zur Norm, die auch für die Zukunft oder für andere Fälle beizubehalten wäre. Nun aber scheint es mir, was auf Irrthum beruht, habe auch keinen vernünftigen Grund; denn der Grund ist ja dann eine falsche Vorstellung. Eine falsche Vorstellung kann man kaum einen wahren Grund nennen, und also kann man auch sagen, die auf Irrthum beruhende Gewohnheit habe gar keinen Grund.

10) S. 134. folg.

11) L. 39. D. de leg. Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

12) In L. 1. C. quae sit longa consuet. heißt es: consuetudo praecedens et ratio, quae consuetudinem suasit, custodienda est.

Ganz von dieser Stelle und dieser Auslegung derselben abgesehen, läßt sich der Satz: die Gewohnheit müsse ursprünglich nicht auf Irrthum beruhen, noch auf andre Art erweisen. Es liegt, wie ich schon erwähnt habe, beim Gewohnheitsrecht die Idee zum Grunde, das Volk habe die Absicht, ein Gesetz zu machen. Diese Absicht hindert der Irrthum, und wenn das Volk einen gewissen Satz befolgt, weil es in dem Wahn steht, er sey den bestehenden Gesetzen gemäß, so hat es ja den Willen nicht, ihn zum Gesetz zu erheben, sondern will ein Gesetz, was, seiner Meinung nach, schon vorhanden ist, bloß befolgen. Es offenbart sich hier dann nicht die Meinung des Volks, dies soll Gesetz und Regel für uns seyn; — und wenn auch nicht gerade nöthig seyn mögte, daß diese Meinung positiv sich ergibt, muß doch, so scheint es, nicht wie hier, der Mangel derselben sich hervorthun.

Beim geschriebenen Gesetz würde es zwar nicht darauf ankommen, ob irrthümliche Vorstellungen des Gesetzgebers ihn bewegen, es zu geben; aber dieser hat doch immer die Absicht, es zu geben, wenn auch Irrthum es war, der ihn dazu verleitete.

§. 5.

Von der Kraft der Gewohnheit.

1. Ergänzung mangelhafter Gesetzgebung. Analogie beim Gewohnheitsrecht.

Die Gewohnheit hat Gesetzeskraft vermöge der positiven Gesetze, namentlich des römischen und canonischen Rechts, sie hat sie aber nur, wie Klocker bemerkt, so weit diese Gesetze sie ihr beigelegt haben. Das ist an und für sich richtig. Man kann also nicht sagen, die Gewohnheit hat vim legis, folglich hat sie alle die Wirkungen, die ein Gesetz, ein geschriebenes nämlich, auch hat. Nein, es ist eine historische Frage, welche Wirkungen der Gesetze ihr actu beigelegt sind.

Ohne Zweifel gehört zu den Wirkungen der Gewohnheit, daß dadurch neue Rechtsnormen eingeführt werden können, und zwar solche, wodurch die Mängel der Gesetzgebung ergänzt werden. Wo es an geschriebenen Gesetzen fehlt, gilt, was durch Gewohnheit eingeführt ist¹³⁾. Die eigentliche Sphäre des Gewohnheitsrechts ist also das Feld, was das Gesetz ihr übrig gelassen hat. Es ist m. a. W. eine Rangordnung zwischen beiden; zuerst kommt das Gesetz, dann die Gewohnheit.

Wenn dies richtig ist, wie sich in der Folge bestätigen wird,

¹³⁾ L. 32. pr. L. 33. D. de leg.

so könnte die Frage entstehen, wenn ein Fall vorkäme, welcher in dem Umfange eines geschriebenen Gesetzes nicht enthalten, jedoch dem darunter begriffenen Fall ähnlich wäre, es wäre aber ein Gewohnheitsrecht vorhanden, was für jenen im Gesetz nicht enthaltenen Fall eine Bestimmung enthielte, was dann den Vorzug habe, die analogische Anwendung des geschriebenen Gesetzes, oder das Gewohnheitsrecht? Auf der einen Seite schreiben die Gesetze dem Richter vor, ein Gesetz auf darunter nicht begriffene, jedoch ähnliche Fälle anzuwenden, und man kann es so ansehen, als sey diese Anwendung dem Gesetz selbst gemäß, was auf solche Art angewandt wird ¹⁴⁾. Allein auf der andern Seite ist die Anwendung eines Gesetzes auf ähnliche Fälle doch nur ein durch die Gesetze gebilligter Nothbehelf. Jene Vorschrift gilt nur in subsidium, nämlich: wenn es für diesen Fall an einem eignen Gesetz fehlt. Es können nämlich die Gesetze nicht auf alle mögliche Fälle, die etwa vorkommen können, Bedacht nehmen. Kommt nun so ein Fall vor, der in dem Umfange eines Gesetzes nicht enthalten ist, so war es natürlich, daß zur Abhelfung dieses Mangels der Richter auf diejenigen Gesetze hingewiesen ward, welche von ähnlichen Fällen handeln ¹⁵⁾. Es fehlt aber an einem eignen Gesetz nicht, wenn ein Gewohnheitsrecht vorhanden ist, welches für Fälle dieser Art eine Bestimmung enthält.

Indem die aufgeworfene Frage zum Vortheil des Gewohnheitsrechts zu entscheiden ist, giebt dies zugleich Gelegenheit, die Bemerkung zu machen, daß nicht bloß bei geschriebenen Gesetzen eine Entscheidung nach der Analogie Statt finde, sondern daß das Gewohnheitsrecht ihnen auch darin gleich kommt, daß es auf ähnliche Fälle auszudehnen ist ¹⁶⁾, versteht sich auf solche, die das Gesetz und auch das Gewohnheitsrecht unbestimmt gelassen hat.

14) L. 26. D. de leg. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. L. 27. D. eod. Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper *quasi* hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.

15) L. 10. 11. 12. 13. D. de leg.

16) L. 32. pr. D. de leg. De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est; si nec id quidem appareat, tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet. Anton Faber ad h. l. (Rationalia tom. I. p. 43).

F o r t s e t z u n g.

2. Die Gewohnheit, als Auslegerin der Gesetze.

Daß die Gewohnheit die Kraft habe, einem dunkeln geschriebenen Gesetze einen bestimmten Sinn zu geben, lehrt das römische Recht zu deutlich, als daß daran gezeifelt werden könnte ¹⁷⁾. Es ist dies aber ein Satz, der uns nur deshalb nicht auffällt, weil wir so sehr daran gewöhnt sind. Unbekannt mit dem römischen Recht würde wohl schwerlich ein Gesetzgeber, geschweige denn ein Rechtsgelehrter, darauf verfallen, dem bloßen Gebrauch die Kraft beizulegen, den Sinn eines Gesetzes zu bestimmen. Mir wenigstens scheint die Auslegung geschriebener Gesetze durch ungeschriebenes Recht eine seltsame Unregelmäßigkeit des römischen Rechts zu seyn.

Ein Gesetz authentisch interpretiren kann nur derjenige, der es gab. Daraus folgt nun, ein geschriebenes Gesetz kann nur durch ein geschriebenes Gesetz interpretirt werden, sonst fällt Identität des Subjects, mithin *interpretatio authentica* weg.

Ein Gesetz auslegen kann zwar auch der Rechtsgelehrte nach den Regeln der Kunst. Hier aber handelt es sich nicht von einer nach den Regeln der Kunst zu veranstaltenden Auslegung, die dann auch einer Prüfung unterliegen, und besserer Erkenntniß weichen müßte, sondern von einer solchen, deren Gültigkeit bloß darauf beruht, daß sie gebräuchlich, und die daher auch keiner Verbesserung fähig ist. Darf das Volk ein Gesetz auslegen, was der Regent gab, ohne dabei an Regeln gebunden zu seyn, so ist es ja in die Macht des Volks gegeben, den wahren Sinn des Gesetzes, mithin das Gesetz selbst, bei Seite zu setzen. Es entsteht eine Zwittergattung von Interpretation, wobei man in Verlegenheit ist, wohin man sie bringen soll, da sie zur authentischen Interpretation nicht gehört, deren Natur und Kraft sie sich gleichwohl anmaßt, sondern zur *interpretatio heteroteutica*, und doch die wissenschaftliche von ihr nichts wissen, sie für ihre Schwester nicht anerkennen will, so daß sie genöthigt ist, sich zwischen beide gewaltsam einzudrängen. Nur insofern kann Usualinterpretation Werth haben, als sie mit dem Gesetz von gleichem Alter ist, wenigstens aus einer Zeit herrührt, von welcher glaublich ist, daß man den Sinn des Gesetzes besser als jetzt kennen konnte. Dann wäre sie aber nicht sowohl von Werth, weil sie die gewöhnliche ist, oder auf Gewohnheit beruht, als wegen der Wahrscheinlichkeit besserer Erkenntniß. Auch davon abgesehen, kann

17) L. 37. 38. D. de leg.

es rathsam seyn, die gewöhnliche Auslegung nicht zu verlassen¹⁸⁾, wenn man nicht eine offenbar bessere an deren Stelle setzen kann, damit das Recht zum großen Nachtheil des Staats nicht unsicher und schwankend sey¹⁹⁾. Aber man muß ihr doch nicht grade Gesetzeskraft beilegen, wodurch, obwohl die Zeit die Mängel derselben nicht heilen kann, auch eine unvernünftige und offenbar vrrwerfliche Auslegung in Schutz genommen wird.

Freilich, wenn der Regent der Usualinterpretation seine Zustimmung giebt, wird sie dadurch zum Range einer authentischen erhoben; aber das kann doch nicht gerechtfertigt werden, wenn er ihr im Voraus und im Allgemeinen gesetzliches Ansehen giebt, und davon ist hier grade die Rede; denn eine specielle Billigung dieser oder jener Auslegung ist von einem geschriebenen Gesetz so wenig als die Gewohnheit überhaupt zu unterscheiden. Indessen, wenn es einmal Grundsatz ist, der Gewohnheit die Kraft eines Gesetzes beizulegen, wenn sie sogar Gesetze aufheben kann, so ist es wenigstens consequent, ihr auch in Hinsicht auf Auslegung gesetzliches Ansehen mitzutheilen.

Aber, es stößt mir ein Zweifel auf! Ist es denn wirklich wahr, daß nach dem neuern römischen Recht die Gewohnheit noch die Kraft habe Gesetze auszulegen, so daß diese Auslegung gesetzliches Ansehen hat? Daran könnte einigermassen gezweifelt werden. Ich will mich nicht bei einem Rescript der Kaiser Valentinian und Martian aufhalten, welches im Codex aufbewahrt ist²⁰⁾. Es würde den Einwand zulassen: Unius positio non est alterius exclusio. Aber es giebt ein anderes, von Justinian herrührendes, vom Jahr 529, was durch seinen Inhalt jenen Einwand auszuschließen scheint. Hier handelt Justinian von der Auslegung der Gesetze, die durch

18) Sieber scheint zu gehören der Ausspruch des Paulus: Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt. L. 23. D. de leg.

19) Omnis mutatio in republica periculosa est, ut dicebat Plato, sed legum periculosissima, quia sunt columnae et fulcra reipublicae, bemerkt Anton Faber zu seiner Stelle (Rationalia in Pand. tom. I. p. 40).

20) L. 9. C. de leg. Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur. Si quid vero in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id ab Imperatoria interpretatione patefieri, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari.

den Regenten geschieht, und läßt sich darüber L. 12. §. 1. Cod. de legibus folgendermaßen vernehmen: Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si Imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi Regiam interpretationem obtinere: eorum quidem vanam subtilitatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus. Definimus autem omnem Imperatorum legum interpretationem, sive in precibus, sive in iudiciis, sive alio quocunque modo factam, ratam et indubitam haberi. Si enim in praesenti leges condere soli Imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet. Cur autem ex suggestionibus procerum, si dubitatio in litibus oriatur, et sese non esse idoneos vel sufficientes ad decisionem litis illi existiment, ad nos decurratur? et quare omnes ambiguitates iudicum, quas ex legibus oriri eventit, aures accipiunt nostrae, si non a nobis interpretatio mera procedit? vel quis legum aenigmata solvere, et omnibus aperire idoneus esse, videbitur nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est? Explosis itaque his ridiculis ambiguitatibus, tam conditor, quam interpres legum, solus Imperator juste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris juris conditoribus: quia et eis hoc majestas Imperialis permisit.

Sagt hier nicht *J u s t i n i a n* ausdrücklich, nur der Regent allein kann gegenwärtig noch Gesetze geben, und ihm allein steht es zu, sie auszulegen? Wird dadurch nicht die Gewohnheit, als Auslegerin der Gesetze, ausgeschlossen? Und kann die Lehre der Pandecten mit diesem Ausspruch des Codex bestehen, muß sie nicht vielmehr als veraltetes Recht dem neuern Gesetz weichen? Besonders scheint das Princip, woraus der Satz: dem Regenten allein stehe das Recht der Auslegung zu, als Folgerung geflossen ist, nämlich, daß dem Regenten jetzt nur allein die Macht zustehe, Gesetze zu geben, mit der Fortdauer der Gewohnheit, als Auslegerin der Gesetze mit gesetzlichem Ansehen, fernerhin nicht verträglich zu seyn. Vergebens würde man einwenden, die Stelle des Codex würde zuviel besagen, weil, wenn dem Regenten allein die Macht der Auslegung zusteht, auch der Rechtsgelehrte und Richter nicht berechtigt seyn würde, die Gesetze auszulegen. Denn es versteht sich, daß *J u s t i n i a n* nur von einer solchen Auslegung spricht, die durch sich selbst gilt, keinen Zweifel übrig läßt, und auch für die Zukunft zur Norm dient, wie auch der Zusammenhang der ganzen Stelle deutlich genug ergibt.

Indessen, bei allem dem glaube ich doch nicht grade, es

sey des Kaisers Meinung gewesen, der Gewohnheit in Hinsicht auf die Auslegung das gesetzliche Ansehen zu nehmen. Die dem Regenten mit Ausschließung jeder andern Autorität beigelegte Macht der Auslegung ist nicht auf das Volk und nicht auf die Gewohnheit zu beziehen, sondern unter der ausgeschlossenen Autorität irgend eine andre (untergeordnete) obrigkeitliche Behörde zu verstehen. Daß der Kaiser die Gewohnheit von der Auslegung nicht ausschließen wollte, wird schon dadurch wahrrscheinlich, daß sein Gesetz älter ist, als die Abfassung der Pandecten, und selbst, wenn seine Ausdrücke von der Art wären, daß sie unter andern Umständen jede Auslegung mit gesetzlichem Ansehen, die nicht vom Gesetzgeber selbst herrührt, ausschließen würden, müssen sie doch nun, weil es möglich ist, die widersprechenden Stellen durch Einschränkung zu vereinigen, mit Ausnahme des Gewohnheitsrechts verstanden werden, als welches der nothwendige Zusammenhang der Gesetzgebung erfordert.

§. 7.

Fortsetzung.

3. Kraft der Gewohnheit, Gesetze aufzuheben.

Ob durch eine Gewohnheit ein geschriebenes Gesetz abändert, oder gar ganz aufgehoben werden könne, das ist eine von den vielen Fragen in der Lehre von der Gewohnheit, worüber die Rechtsgelehrten heftig streiten. Wer sie von sich ablehnte, den würde der Vorwurf treffen, daß er grade das Schwierigste von sich abgelehnt habe. Röyer gehört zu denjenigen, welche die Frage verneinen: die meisten bejahen sie.

Wenn wir, bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage, die positiven Gesetze einstweilen bei Seite setzen, so läßt es sich sehr wohl hören, wenn ein Regent den Unterthanen erlaubt, gute Gewohnheiten, woran sie Gefallen finden, bei sich aufkommen zu lassen, und dadurch die mangelhafte Gesetzgebung, wie die Erfahrung es rath, zu ergänzen. Aber Gewohnheiten, welche die Gesetze zu brechen sich anmaßen, können für keine gute Gewohnheiten gelten; sie sind es nicht in den Augen des Regenten, sie sind es an sich nicht, weil die Unterthanenpflicht dadurch verletzt wird. Ja, von allen unvernünftigen Sätzen, die es in der Welt nur geben kann, scheint es mir einer der unvernünftigsten zu seyn, wenn, zumal in monarchischen Staaten, der Gesetzgeber den Unterthanen erlaubt, die Gesetze, die er ihnen gegeben, nicht nur nicht zu befolgen, sondern sie auch sogar ipso facto aufzuheben.

Wenn wir uns dann an die positiven Gesetze wenden, um Antwort auf unsre Frage zu vernehmen, so hören wir Stimmen, die sich zu widersprechen scheinen, wodurch arme Rechts-

gelehrte Jahrhunderte hindurch von Zweifeln gequält, bald hierhin bald dorthin irre geleitet wurden.

Habe ich die Gesetze richtig verstanden, so muß die aufgeworfene Frage — bejaht werden. Wer sie bejaht, muß aber den Beweis übernehmen. Denn, da die Gewohnheit, an und für sich von gesetzlicher Kraft entblößt, sie nur insoweit mit sich führt, als selbige ihr durch das positive Recht beigelegt worden, muß das Factum, diese oder jene Kraft geschriebener Gesetze sey ihr durch allgemeine oder besondere Gesetze beigelegt, von demjenigen bewiesen werden, der es behauptet. Diesen Beweis will ich zu führen suchen, und dabei alle falschen Gründe bei Seite werfen, als deren ich ohnehin nicht bedarf. Ich berufe mich also nicht auf den allgemeinen Grundsatz: *consuetudo legalis potestate pollet legis scriptae*; denn das würde eine *petitio principii* seyn. Kein Gesetz stellt den allgemeinen Grundsatz auf: der Gewohnheit sind sämtliche Wirkungen geschriebener Gesetze mitgetheilt. Es heißt zwar: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur* ²¹⁾; aber das will doch eben nichts weiter sagen, als: die Gewohnheit gilt wie ein Gesetz, nicht grade, daß sie alle Wirkungen des Gesetzes hervorbringe. Ich sage damit immer nicht, daß der Satz nicht dem römischen Recht gemäß seyn sollte; dies lasse ich einstweilen dahin gestellt seyn; er soll erst bewiesen werden. Das Resultat des Beweises wird freilich seyn: die Gewohnheit hat alle Wirkungen geschriebener Gesetze. Denn sie hat die Kraft, Gesetze aufzuheben, also diejenige Wirkung auch, die ihr allein nur noch streitig gemacht werden konnte. Wohl aber berufe ich mich auf den Ausspruch des Julian: *Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito, consensu omnium per desuetudinem abrogentur* ²²⁾.

Zwar ist schon häufig von denjenigen Rechtsgelehrten, welche der Gewohnheit die Kraft, Gesetze aufzuheben, absprachen, falls nicht der Regent seine Zustimmung dazu gegeben, besonders von Pufendorf ²³⁾ bemerkt, mit diesem Ausspruch des Julian beziehe es sich auf die frühere demokratische Verfassung des römischen Staats. Das könnte immerhin wahr seyn; daraus folgt ganz und gar nicht, was sie daraus ableiten, daß der Satz selbst veraltet und nicht mehr

21) L. 32. §. 1. D. de leg.

22) L. 32. §. 1. D. de leg.

23) Obs. jur. un. tom. I. obs. 198.

anwendbar sey. Ja, er gilt allerdings; gilt, weil Justinian ihn als geltendes Recht in seine Gesetzsammlung aufnahm. Der Tadel, der daraus hervorgeht, trifft den Gesetzgeber, der einen Satz, welcher der republicanischen Verfassung angepaßt war, auf die Monarchie übertrug, hebt aber die Gültigkeit desselben keinesweges auf. Indessen sind wir oben zu dem Resultat gelangt, daß die Aeußerung des Julian, welche sich aus einer Zeit herschreibt, da die Verfassung des römischen Staats keine republicanische mehr war, auch einer solchen nicht und nicht einmal einer rein demokratischen angemessen sey.

Aber freilich scheint mit der Lehre des Julianus eine bekannte Stelle des Codex in Widerspruch zu stehen und nach der Regel: *Lex posterior derogat priori, sic uti* zu überwinden. *Consuetudinis, ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem* ²⁴⁾.

Die gewöhnlichen Versuche, beide Stellen zu vereinigen, beruhen auf leeren und unhaltbaren Hypothesen und werden daher billig übergangen. Nur soviel kann ich im Vorbeigehen doch nicht unterlassen, zu bemerken, daß der Nachdruck, den man auf die Worte: *sui momento* zu legen geneigt ist, wenigstens an den Basiliken keine Stütze findet, woselbst nämlich diese Worte als unnütz weggelassen sind ²⁵⁾.

Zwar, zu vereinigen sind beide Stellen, das glaube ich auch; aber das Mittel dazu ist ganz wo anders zu finden, als wo man es gewöhnlich sucht.

Die Basiliken fanden beide Stellen vereinbarlich. Sie nahmen beide Stellen unter denselben Titel auf. Zuerst kommt die Lehre des Julian, der hier jedoch nicht genannt wird; sondern Ulpian wird als Gewährsmann aufgeführt. Es heißt nämlich: *Lib. Bas. II. XLl. 2. Ὡςπερ ηδέσις του νόμου ἢ ἐγγράφος ἐστίν ἢ ἀγράφος, οὕτω καὶ ἡ ἀναίρεσις αὐτου ἢ δι' ἐγγράφου γίνεται νόμου ἢ δι' ἀγράφου, τούτῃ ἐστὶ τῆς ἀχρησίας* ²⁶⁾.

24) L. 2. C. quae sit longa cons.

25) Basil. L. II. 51. Τῆς συνηθείας καὶ τῆς χρήσεως ἢ ἀδυστυρία οὐκ ἐπὶ τοσούτου ἰσχύει, ἐς καὶ τον λογισμὸν καὶ τον νόμον ἰπερτερῶν. *Consuetudinis ususque auctoritas tantum non valet, ut rationem vincat aut legem.*

26) Sicut lex scripto vel sine scripto constituitur, ita vel lege scripta vel non scripta abrogatur, id est per consuetudinem. Bald hinterher folgt die in der vorigen Note angeführte andre Stelle.

Anton Faber ²⁷⁾ unterscheidet *desuetudo* und *consuetudo legi contraria*, und glaubt, der Unterschied bestehe darin: zur *desuetudo* werde der *tacitus consensus omnium* erfordert, zur *consuetudo* hingegen nicht; daher könne die *consuetudo legi contraria* das Gesetz nicht aufheben, es sey denn, daß sie zugleich als *desuetudo* angesehen werden könne. Seine hieher gehörigen Worte sind: — *non potest quidem consuetudo vincere legem, sed desuetudo potest eam abrogare: quia cum tacitus ille consensus populi sit lex quaedam tacita, tantam vim habens; quantam expressa; consequens est, ut quemadmodum per posteriorem legem expressam prior possit abrogari, ita et possit per desuetudinem, quasi per quandam legem tacitam. Itaque plus potest desuetudo ad legem abrogandam, quam consuetudo legi contraria, si praesupponas desuetudinem nullam esse, quomodo fieri facile potest, ut lex vigeat et consuetudo aliqua contra legem inducatur. Desuetudo enim requirit tacitum consensum totius populi, ut lex ait, consuetudo vero non item; nisi ea quae vim legis habeat. Denique potest vincere legem ea demum consuetudo, quae desuetudinem admixtam habeat, quod tamen cum fit non tam consuetudo, quam desuetudo illa est, quae vincit et abrogat legem.* Ich sehe indessen keinen zureichenden Grund, weshalb anzunehmen, die Gewohnheit, wodurch ein Gesetz aufgehoben wird, erfordere mehr, als nöthig ist, ein solches einzuführen. Auch nimmt Anton Faber seine Behauptung dadurch zurück, daß er diejenige *consuetudo* (*constitutiva*) ausnimmt, welche *vim legis* haben soll. Seine Meinung scheint also im Grunde dahin zu gehen, die *consuetudo legi contraria* gelte nur dann nicht, wenn sie nicht die Erfordernisse einer gesetzlichen *consuetudo* an sich trägt. (Mit dem *tacitus consensus omnium* bezieht es sich, mit Anton Faber's Erlaubniß sey es angemerkt, nur auf eine allgemeine Gewohnheit; sie mag ein Gesetz aufheben oder einführen; dahingegen kennen unsere Gesetze auch Gewohnheiten, die sich auf einzelne Theile des Staats, auf Provinzen, Städte u. s. w. beziehen ²⁸⁾; und diese werden grade die gewöhnlichen seyn. Ueberhaupt ist der *consensus tacitus* etwas, was nicht sowohl Bedingung der Gewohnheit ist, als vielmehr nur dazu dient, ihre Kraft zu erklären und sie zu rechtfertigen.) ²⁹⁾.

27) Ad L. 32. D. de leg. (Ration. p. 43.)

28) L. 34. D. de leg. L. 3. C. quae sit longa cons.

29) Nach den zuletzt angeführten Worten der Basiliken heißt es da-

§. 8.
E p i s o d e.

Begriff der Entwöhnung (desuetudo).

Ich weiß nicht, was die Rechtsgelehrten berechtigen konnte, den rechtlichen Begriff der Entwöhnung (desuetudo) so enge zu bestimmen, daß die entgegenstehende Gewohnheit (consuetudo legi contraria) dadurch ausgeschlossen wird. Entwöhnung, in Beziehung auf ein Gesetz, ist in der That nichts anders, als Abschaffung eines Gesetzes durch Gewohnheit. Dies ist sowohl dem Geist der lateinischen als deutschen Sprache angemessen und es wird auch durch die Basiliken bestätigt, die Entwöhnung mit *lex non scripta* und zwar einer solchen, wodurch ein Gesetz aufgehoben wird, für gleichbedeutend zu nehmen. Die Entwöhnung kann auf doppelte Art vor sich gehen. Die eine ist von verneinender Natur, die andere setzt etwas. Die erstere ist das, was die Rechtsgelehrten ausschließlich unter Entwöhnung verstehen; die letztere bezeichnen sie durch die entgegenstehende Gewohnheit. Man kann allerdings diesen Unterschied aufstellen; nur müssen beide unter einem allgemeinen Begriff, dem hier gegebenen, vereinigt und bloß als Arten Einer Gattung einander entgegengesetzt werden, wobei das, was die Rechtsgelehrten unter Entwöhnung verstehen, durch Entwöhnung im engeren Sinn bezeichnet werden kann.

Zur Entwöhnung in dem engeren Sinne der Rechtsgelehrten gehört, daß ein gewisses Gesetz seit langer Zeit nicht befolgt oder angewandt ist, da doch Fälle genug vorgekommen sind, in welchen es hätte angewandt werden können und müssen (Darin stimmen wohl alle überein, weshalb ich auch auf Niemanden mich namentlich berufe).

selbst weiter: ἡ μακρὰ συνήθεια ἀντὶ νόμου κρατεῖ, ἐν αἷς οὐκ ἐγγράφος. — Diuturna consuetudo pro lege observatur, in quibus lex scripta deficit. Zu den Worten: Diuturna consuetudo pro lege observatur, gehört folgendes Scholion. Hoc intellige si consuetudo, quae obviuit, non sit juri contraria.

Enantiophan. Noli existimare hoc adversari ei, quod dicitur in fine capitis praecedentis; ibi enim de desuetudine loquens ait, consuetudinem jus novum non inducere, si lex proferatur: Nam fieri quidem potest, ut per desuetudinem jure scripto non utamur, non etiam ut consuetudine contra legem utamur. Nota igitur hoc quod scitu dignum sit et frequens. Was der Scholiast eigentlich sagen will, ist undeutlich und vermehrt die Ungezweifheit. Indessen scheint es fast, als ob Anton Faber's Meinung dadurch einigermaßen bestätigt würde.

Blos dadurch entsteht sie nicht, daß Einzelne von ihrem Rechte keinen Gebrauch machten, und auf der andern Seite scheint auch dazu nicht nöthig zu seyn, daß das Gesetz bei Gericht nicht befolgt, oder gar, wie Lepsler ³⁰⁾ behauptet, bei dem Widerspruch des Gegners vom Richter auf den Nichtgebrauch des Gesetzes erkannt sey (*desuetudo contradicto iudicio firmata*), was auf einen Widerspruch führt, ebensowenig, wie zur Einführung einer constituirenden Gewohnheit gerichtliche Handlungen erforderlich sind, oder gar eine *consuetudo contradicto iudicio firmata*. Ueberhaupt scheint es mir, daß im Allgemeinen alles, was von der Gewohnheit gilt, auch auf die Entwöhnung anwendbar sey. Zwar besteht die Entwöhnung in der Nichtbeobachtung eines Gesetzes (*non usus*), doch sie ist deshalb nicht der Mangel einer Gewohnheit; das reine Gegentheil von Gewohnheit oder Gewöhnen würde seyn: Nichtgewohnheit, Nichtgewöhnen (*non consuescere*), wie Schweitzer ³¹⁾ richtig bemerkt hat; sie ist auch nicht blos, wie Corasius ³²⁾ lehrt, der Gewohnheit sehr ähnlich, sondern vielmehr — selbst Gewohnheit, wie schon Gundling's philosophischem Scharfsinn nicht entgieng ³³⁾ und ebenfalls Schweitzer ³⁴⁾ mit Recht annimmt, diejenige Art von Gewohnheit nämlich, die auf Unterlassen gerichtet ist, und dabei unterscheidet sie sich von einer *consuetudo constitutiva negativa* dadurch, daß durch sie kein Rechtsatz eingeführt, sondern aufgehoben wird, indem sie sich auf ein geschriftenes Gesetz bezieht, auf dessen Aufhebung sie gerichtet ist ³⁵⁾. Und, gleichwie bei der einführenden

30) Spec. q. med. 10.

31) De desuetudine liber sing. p. 58. Desuetudinem consuetudini non ita esse oppositam, ut, quod altera voce affirmatur, altera voce simpliciter negetur, eo intelligitur, quod desuescere non significet non consuescere, sed non amplius consuescere seu desisse consuescere. Die Bedeutung von Entwöhnen, eine Gewohnheit ablegen, muß man indessen wohl bemerken, hat das Wort nur dann, wenn es auf Gewohnheit bezogen wird. In der gemeinen Bedeutung bezieht es sich immer auf Gewohnheit, aber bei der rechtlichen liegt diese Beziehung ferne und es liegt dabei die allgemeinere zum Grunde, sich an das Gegentheil gewöhnen.

32) De iure civ. in art. red. Lugd. 1560. P. 3. cap. 15. p. 190.

33) Gundlingiana VII. n. 3. §. 21.

34) De desuetudine cap. 3. p. 58. seq.

35) Schweitzer de desuetudine cap. 3. p. 58 sq.

Gewohnheit die Absicht ist, ein Gesetz zu gründen, liegt bei der Entwöhnung die Absicht zum Grunde, ein solches abzuschaffen. Daß die Entwöhnung Art der Gewohnheit sey, wird abermals durch die angeführte Stelle der Basiliken bestätigt: denn sie ist ja eine Art dessen, was die Basiliken durch *lex non scripta* (wodurch ein Gesetz aufgehoben wird) erklären.

Die entgegenstehende Gewohnheit würde seyn, die seit langer Zeit häufig geschehene Befolgung eines Rechtsfages, der mit einem vorhandenen geschriebenen Gesetz in Widerspruch steht, so daß beide nicht nebeneinander bestehen können. Sie ist gleichfalls auf Aufhebung eines Gesetzes gerichtet, doch nicht gradezu, sondern Folgeweise oder mittelbar.

Es schließt aber die entgegenstehende Gewohnheit nicht eben eine Entwöhnung im engeren Sinn in sich, wiewohl beide mit einander verbunden seyn können. Möglicherweise sind Fälle vorgekommen, in welchen das Gesetz hätte angewandt werden können oder müssen, man hat es aber nicht angewandt, sondern statt dessen einen Rechtsfag befolgt, der mit dem Gesetz in Widerspruch steht. Jene ist nicht bloß Entwöhnung im allgemeinen Verstande, d. h. Abschaffung eines Gesetzes durch Gewohnheit, sondern zugleich einführende Gewohnheit, oder vielmehr sie ist das Erstere mittelst des Letzteren³⁶⁾.

§. 9.

Fortsetzung der Untersuchung über die Kraft der Gewohnheit, ein Gesetz aufzuheben. Erklärung der L. 2. C. quae sit longa consuetudo

Indem nun Julianus der Entwöhnung die Kraft beilegt, ein Gesetz aufzuheben, hat er dadurch der entgegenstehenden Gewohnheit, welche zur Entwöhnung mitgehört, dieselbe Kraft beigelegt. Sollte aber das Wort *desuetudo* von Julian in einem engeren Sinn und nicht in dem Umfang, da es die entgegenstehende Gewohnheit mit begreift, gebraucht seyn, was nicht glaublich ist, so ist seine Lehre doch auf beide zu beziehen. Denn, wenn der Volkswille ein Gesetz aufheben kann, bloß dadurch, daß das Gesetz nicht befolgt wird, da es doch an Gelegenheit dazu nicht fehlte, wie sollte er denn ein Gesetz nicht (abrogando) aufheben, dadurch, daß er einen Rechtsfag zur Gewohnheit werden läßt, welcher mit einem vorhandenen Gesetz in Widerspruch steht! Ein Gesetz hört ja auf, der Gesetzgeber mag seinen Willen gradezu erklären oder

36) Man kann also sagen: es gilt 1) eine einführende Gewohnheit; es gilt 2) eine Entwöhnung; folglich gilt auch 3) eine Gewohnheit, die beides in sich vereintigt

durch ein entgegenstehendes Gesetz (abrogando); wie sollte es denn bei der Gewohnheit anders seyn! Dort wirkt der Wille des Gesetzgebers; hier der Wille des Volks, und wenn das Gesetz einmal dem Volk die Macht beilegt, ein Gesetz nicht bloß geben, sondern auch aufheben zu können, so ist es wohl sehr einleuchtend, daß es nur ganz gleichgültig seyn kann, ob das Volk diesen Willen gradezu erklärt, oder durch einen Umweg.

Wenn nun nach den Pandecten der Volkswille durch Entwöhnung ein Gesetz aufheben kann, und dies auf die entgegenstehende Gewohnheit mit zu beziehen ist, so ist es ganz unglücklich, daß der Codex sich eine solche schreiende Inconsequenz sollte erlaubt haben, die Entwöhnung im engern Sinn der Rechtsgelehrten gelten zu lassen und nur die entgegenstehende Gewohnheit (*consuetudo legi contraria*) zu mißbilligen; m. a. W. die Entwöhnung beizubehalten, wenn sie im bloßen Nichtgebrauch besteht, nicht aber, wenn sie in der bescheidenern Gestalt einer einführenden Gewohnheit erscheint.

Nein, ein geschriebenes Gesetz wird auch noch jetzt durch ein nicht geschriebenes aufgehoben, wie auch die Basiliken bestätigen, mag sie dann Nichtgebrauch oder entgegenstehende Gewohnheit seyn. Daher irren diejenigen Rechtsgelehrten, welche der Entwöhnung in dem engern Sinn, worin sie diesen Ausdruck nehmen, die Kraft beilegen, ein Gesetz aufzuheben, der entgegenstehenden Gewohnheit aber, in Folge der Stelle des Codex, diese Kraft absprechen.

Für unsern Zweck könnte es schon genug seyn, daß die Pandectenstelle durch die Stelle des Codex nicht aufgehoben oder abgeändert ist, indessen wollen wir uns damit nicht begnügen. Indem wir weiter forschen, wird der richtige Sinn der Stelle des Codex, worüber uns die Basiliken, wie die Scholiasten, keinen Aufschluß geben, diesen Satz nicht bloß bestätigen, sondern auch unsre Kenntniß des römischen Rechts positiv vermehren.

Verwerfen müssen wir die Erklärung des Anton Faber, wornach die Stelle des Codex von einer Gewohnheit sprechen würde, die noch nicht Gesetzeskraft erlangt hat, so verstand sie auch Cujas³⁷⁾; denn dieser Erklärung steht zweierlei entgegen, einmal würde die Stelle dann nichts enthalten, was sich nicht schon von selbst verstanden hätte, und besonders wissen wir nicht, weshalb eine Gewohnheit, welche die gesetzlichen Erfordernisse noch nicht hat, überall keine Auctoritas, und also auch keine auctoritas non vilis beigelegt werden.

37) Paratitla h. t.

Verwerfen müssen wir ferner die Erklärung, wornach die anstößige Stelle von einer Gewohnheit handeln würde, die sich gegen ein gebietendes oder verbotendes Gesetz auflehnt, kein solches, was der Privatwillkühr freien Spielraum läßt, so erklärt sie Hofacker³⁸⁾. Zwar, die Zusammenstellung von *lex* und *ratio*, von denen gesagt wird, daß die Gewohnheit sie nicht überwinden könne, würde dieser Erklärung das Wort reden; allein, wenn einmal der Volkswille mächtig genug ist, ein Gesetz aufheben zu können, so sehe ich nicht, wie die Art des Gesetzes einen Unterschied begründen kann. Wenigstens wäre es sehr inconsequent, wenn die Gewohnheit nur diese oder jene Art von Gesetzen aufheben könnte, da doch der Volkswille, worauf alles ankommt, immer derselbe ist.

Mit allem dem wissen wir noch immer nichts mehr, als, was der Sinn der Stelle nicht ist. Wie ist sie denn nun zu verstehen, die Stelle des Codex? Ich denke, der Sinn der Stelle liegt ganz nahe. Halten wir uns doch bloß an die Worte des Kaisers und nehmen wir uns davor in Acht, sie mit der Aufhebung von Gesetzen in Verbindung zu bringen. Der Kaiser sagt: eine Gewohnheit überwindet das Gesetz nicht. Dies überwinden setzt einen Kampf voraus. Also m. a. W. sagt der Kaiser: Wenn Gesetz und Gewohnheit gegen einander in Kampf treten, dann trägt das Gesetz über die Gewohnheit den Sieg davon. Nicht als könnte die Gewohnheit ein Gesetz nicht aufheben, das kann sie allerdings, wenn sie darauf gerichtet oder Entwöhnung (*desuetudo*) ist (in dem von mir aufgestellten Sinn), ebenso wie auch das Gesetz die Gewohnheit aufheben kann. Allein, es läßt sich denken, daß Gesetz und Gewohnheit mit einander in Collision kommen, wo nicht die Rede davon ist, daß eins das andre aufheben, sondern welches von Beiden in der Anwendung auf den vorliegenden Fall einander ausschließen soll. In einem solchen Fall hat das Gesetz den Vorzug vor der Gewohnheit.

Bestätigt wird diese Erklärung durch den Ausspruch des Ulpian: *Ditura consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet*³⁹⁾. Besonders aber dadurch, daß Julian, welcher grade der *desuetudo* die Kraft beilegt, Gesetze aufzuheben, damit anfängt, daß er lehrt: *De quibus causis scrip-*

38) Principia jur. civ. §. 126.

39) L. 33. D. de leg.

tis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est ⁴⁰⁾.

Der Collisionssfall kann namentlich vorkommen, wenn Gesetz und Gewohnheit vorhanden sind, die den vorliegenden Fall nicht gradezu entscheiden, und dann die Frage entsteht, ob er nach der Analogie des Gesetzes oder der Gewohnheit zu entscheiden sey ⁴¹⁾.

§. 10.

Fortsetzung.

Bestätigung durch das canonische Recht.

Auch das canonische Recht steht der Behauptung: daß Gewohnheiten Gesetze brechen, nicht entgegen, bestätigt sie vielmehr. Licet enim longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel juri debeat praejudicium generare, nisi fuerit rationalis et legitime praescripta. Cap. 11. X. de consuet.

Damit diese Stelle seine Meinung nicht widerlege, sucht Klöser ⁴²⁾ sie auf folgende neue Art zu erklären: »Unter consuetudo legitime praescripta sey hier nicht zu verstehen eine verjährte Gewohnheit, sondern eine vorgeschriebene. Der Ausdruck: praescripta, sey hier also nicht Kunstausdruck, wiewohl er gewöhnlich so mißverstanden worden, sondern das Wort in der gemeinen Bedeutung zu nehmen. Der Sinn der Stelle sey mithin: die Gewohnheit könne durch

40) L. 32. D. eod.

41) Da ich mich eben mit dieser Materie beschäftigte, stieß ich zufällig auf eine Stelle eines alten vergessenen Schriftstellers, die mir den Muth stärkte, diese Erklärung zu wagen, nämlich auf folgende Stelle des Stephanus Forcatulus Necyomantia jurisperiti sive de occulta Jurisprudentia, Dialog. 1. nr. 25. Quae habetur in L. 2. C. quae sit longa consuet. prima facie mihi suspecta fuit. Cum consuetudo ut posterior sic lege potior esse debeat. Quare sic libet d. L. 2. C. quae sit longa cons. interpretari: ut quoties emergit factum recens, de quo lex scripta non est, neque item consuetudo servata, tunc procul dubio a simili judicandum est; quodsi ad tale negotium decidendum lex scripta et consuetudo pugnare inter se videntur tunc potius sequemur legis exemplum, quam consuetudinis. Hoc aperte probatur in l. quod non ratione ff. de legibus, quia lex quae fit consilio virorum prudentum l. j. ff. de leg. in dubiis praesumitur aequior more, qui fulcitur tantum incerto usu multitudinis facit l. de quibus versic. et si qua ff. eod.

42) A. a. D. S. 115. und folg.

eigene Kraft ein vorhandenes geschriebenes Gesetz nicht aufheben; es müsse ihr diese Kraft durchs Gesetz besonders beigelegt, oder sie in dieser Eigenschaft vom Gesetz besonders anerkannt seyn. Allein ich muß gestehen, diese Auslegung widerstrebt ganz meinem Gefühl. Oder vielmehr, es ist leicht, zu zeigen, daß sie falsch sey. Das canonische Recht legt der Gewohnheit die Kraft bei, ein Gesetz aufzuheben, wenn sie ist *rationabilis et legitime praescripta*. Nun könnte es aber bei einer gesetzlich anerkannten oder gebilligten Gewohnheit auf die Verjährungsmäßigkeit nicht weiter ankommen; folglich kann der Pontifex eine gesetzlich anerkannte Gewohnheit nicht gemeint haben. Ja, es hätte eine gesetzlich anerkannte Gewohnheit auch nicht einmal eine vorgeschriebene genannt werden können.

Mich dünkt, wer sich viel um den Sinn dieser Stelle bemüht, und weit darnach sucht, dem könnte man zurufen: *No-dum in scirpo quaeris!* Der Pontifex sagt, was die Worte andeuten: die Gewohnheit, soll sie ein Gesetz aufheben, muß verjährt d. h. durch Ablauf einer langen Zeit (nicht etwa zum Recht, sondern) zum Gesetz geworden seyn. Unter *tempus longum* verstehe ich jedoch nicht grade, was in der Materie von der Verjährung ein *tempus longum* technisch genannt wird; denn, wiewohl es möglich ist, daß das canonische Recht wirklich an die Verjährungszeit gedacht hat, dieses von jeher die Meinung der berühmtesten Civilisten und Canonisten gewesen, solches sogar nicht unwahrscheinlich ist, wenn man die Glosse zu dieser Stelle des Codex betrachtet, sind wir doch, glaube ich, nicht berechtigt, mit Sicherheit zu behaupten, daß das canonische Recht die Verjährungszeit auf das ganz verschiedene Institut der Gewohnheit übertragen habe.

Mit dieser Auslegung steht nicht in Widerspruch das Dogma im Decret: *Consuetudo autem est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex* ⁴³⁾, welche ähnlichen Stellen der Pandecten nachgebildet ist ⁴⁴⁾, deren Bedeutung aus dem Obigen erhellet. (Wäre hier auch ein Widerspruch, würden doch die Decretalen, als neuer, dem Decret vorgehen). Von den übrigen Stellen, die Klöcker anführt ⁴⁵⁾, läßt sich dies ebensowenig sagen, sie würden immer mit derselben Einschränkung: *nisi con-*

43) C. 5. D. 1.

44) L. 32. pr. L. 33. D. de leg.

45) §. 27. C. 105.

suetudo sit rationabilis et legitime praescripta, zu verstehen seyn.

§. 11.

Fortsetzung.

Diejenigen Rechtsgelehrten, welche der Gewohnheit die Kraft absprechen, Gesetze aufzuheben, gestehen sie ihr doch meistens in dem Fall zu, wenn das Oberhaupt des Staats, von dem Daseyn derselben unterrichtet, sie nicht mißbilligt.

Allein aus dem bloßen Wissen und Schweigen kann Zustimmung des Regenten schwerlich abgeleitet werden. Er kann ja seine Mißbilligung bloß verschoben haben. Ja, überhaupt folgt aus dem bloßen Schweigen des Regenten nichts weiter, als daß er, welcher die Nichtanwendung der Gesetze für einzelne Fälle erlauben kann, es geschehen ließ, daß sie in diesem oder jenem Fall nicht befolgt wurden. Die stillschweigende Einwilligung, welche die Rechtsgelehrten aus dem Schweigen des Regenten ableiten, ist daher keine wirkliche, sondern eine — nicht vom Gesetz, sondern von den Rechtsgelehrten — erdichtete. Aber Fictionen haben nur im Reich der Phantasie ihren Werth; in der wirklichen Welt wird es heißen: der Regent willigte nicht ein. Es würde vielmehr nöthig seyn, daß der Regent, von dem Daseyn der Gewohnheit unterrichtet, sie ausdrücklich billigte und zwar in der Art, daß sie das Gesetz selbst verdrängen sollte. Dann wäre es aber nicht die Gewohnheit, welche das Gesetz aufhobe, sondern der Wille des Regenten, und die Gewohnheit gäbe nur die Veranlassung dazu, daß der Regent diesen Willen erklärte. Die Gewohnheit kann ein Gesetz nur aufheben, wie sie eins geben kann, nämlich: wenn die Staatsgewalt ihr ein für allemal diese Kraft beigelegt hat, und eine solche allgemeine Billigung ist nun in den angeführten Stellen des römischen und canonischen Rechts, welche der Gewohnheit namentlich auch diese Kraft beilegen, enthalten, in Folge dessen es der besondern Billigung dieser oder jener einzelnen, das Gesetz aufhebenden Gewohnheit, von Seiten der Staatsgewalt auch gar nicht weiter bedarf.

§. 12.

Schlussbemerkung zu der Untersuchung über die Kraft der Gewohnheit, ein Gesetz aufzuheben.

Was Gesetzen Kraft und Lebensdauer verleiht, ist nicht sowohl das Ansehen des Regenten, als ihre innere Stärke. Ein Gesetz, was der Vernunftmäßigkeit ermangelt, was die Erfahrung nicht als gut und zweckmäßig bewährt, ist gar leicht der Gefahr ausgesetzt, außer Gebrauch zu kommen, indem diejenigen, welche es befolgen oder anwenden sollen, je mangelhafter sie es finden, um so mehr geneigt sind, sich darüber hin-

weg zu setzen. Aber, so natürlich dieser Gang der Sache auch ist, so wenig kann doch die Staatsgewalt einen solchen Mißbrauch, zumal im Voraus und ausdrücklich, billigen und gut heißen, und wenn dies im römischen Recht dennoch geschehen, läßt es sich nur aus der besondern Art erklären, wie sich das römische Recht gebildet hat.

§. 13.

Von der Aufhebung einer Gewohnheit.

In den Schriften der Rechtsgelehrten habe ich nicht gefunden, daß sie von der Aufhebung der Gewohnheit und den Arten derselben handelten, wenigstens nicht ex professo, und will nun zu verhüten suchen, daß nach mir Jemand dieselbe Klage führe.

1) Eine Gewohnheit wird ohne Zweifel durch ein entgegenstehendes Gesetz aufgehoben. Denn, gleichwie der Grund ihres Daseyns am Ende nur auf dem Gesetz beruht, also gilt dies namentlich auch von ihrer Fortdauer. Dabei wird eine frühere ältere Gewohnheit durch ein späteres allgemeines Gesetz aufgehoben, auch wenn es nicht ausdrücklich gesagt ist. Eine besondre Ortsgewohnheit wird aber durch ein allgemeines Gesetz nur dann aufgehoben, wenn es ausdrücklich gesagt ist ⁴⁶⁾.

2) Ebenso kann eine ältere Gewohnheit durch eine entgegenstehende neuere aufgehoben werden. Hier kämpfen also Gewohnheit gegen Gewohnheit und die neuere trägt, gleich dem neuern Gesetz, den Sieg davon. Ja wenn auch eine Gewohnheit ein geschriebenes Gesetz nicht aufheben könnte, wovon wir doch das Gegentheil gezeigt haben, wäre damit nicht gesagt, daß sie eine Gewohnheit nicht sollte aufheben, wie denn überhaupt nichts natürlicher ist, als daß gesetzliche Normen auf dieselbe Art aufhören, wie sie entstehen. Doch würde ein einziger entgegenstehender Vorgang (actus contrarius) dazu nicht hinlänglich seyn, als welcher die Gewohnheit auch im Entstehen nicht hindern kann ⁴⁷⁾. Es muß vielmehr, wenn ein

46) Cap. 1. de constitutionibus in 6to. Licet Romanus pontifex consuetudinem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur: quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, cum sint facti et in facto consistant, potest probabiliter ignorare: ipsis, dum rationalia, per constitutionem, a se noviter editam, (nisi expresse caveatur in ipsa) non intelligitur in aliquo derogare. Perez ad tit. C. quae sit longa cons. nr. 13. et 14.

47) S. auch Reinhardt de jure consuetudinario §. 19; im gleichen Klöber S. 176.

mal etwas durch Gewohnheit zum Gesetz geworden ist, zur Gewohnheit geworden seyn, davon abzuweichen, und kurz, es muß eine Gewohnheit mit den gesetzlichen Erfordernissen vorhanden seyn, gerichtet auf die Nichtbefolgung der Gewohnheit, oder auf das Gegentheil dessen, was man bisher als Gewohnheit befolgte.

Es ließe sich dann auch denken, daß eine Gewohnheit durch eine Gewohnheit nicht völlig aufgehoben würde, sondern nur zum Theil, also daß sie durch selbige eingeschränkt würde, gleichwie es auch möglich wäre, daß die neuere Gewohnheit die ältere erweiterte. Denn die Gewohnheit ahmt das Gesetz nach⁴⁸⁾ und daher kann sie die ältere Gewohnheit, gleich dem Gesetz, ganz abschaffen (*consuetudinem abrogare*), zum Theil (*consuetudini derogare*), sie vermehren (*consuetudini subrogare*). Bekannte Kunstausdrücke bei Veränderungen der Gesetze⁴⁹⁾.

§. 14.

Auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum.

»Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere,« spricht Callistratus L. 38. D. *de legibus*.

Kein Richter ist verbunden, rechtskräftige Entscheidungen anderer Gerichtshöfe oder seiner Vorgänger zur Richtschnur zu nehmen, um Fälle derselben Art darnach auf dieselbe Weise zu entscheiden. Im Gegentheil weisen die Gesetze ihn an, sie zu verlassen, wenn sie nicht mit seinen Ansichten übereinstimmen. *Legibus, non exemplis, judicandum est*⁵⁰⁾.

Die Gesetze sind es, welche dem Richter bei seinen Aussprüchen zur Norm dienen, nicht die Entscheidungen anderer Richter. Vielmehr muß jeder Richter seiner eigenen Ueberzeugung folgen, und, wenn ich daher sehe, ein Obergericht hätte die Entscheidung eines Unterrichters gestern aufgehoben und heute würde demselben Unterrichter ein Fall ganz von derselben Art zur Entscheidung vorgelegt, so glaube ich, könnte, ja müßte der Unterrichter den Fall ebenso entscheiden, wie er vorher gethan, er dürfte auf den abändernden Ausspruch des Obergerichters keine Rücksicht nehmen, es müßte denn seyn, daß

48) L. 3. C. quae sit longa consuet.

49) L. 102. D. de V. S.

50) L. 13. C. de sent. et interlocut.

sich in der Zwischenzeit seine Ueberzeugung wirklich geändert hätte.

Mit diesen Sätzen steht die Stelle des Callistratus in gar keinem Widerspruch, sondern sie werden dadurch allenfalls nur eingeschränkt. Es ergibt sich nämlich daraus, daß Präjudicien, oder vielmehr der Rechtsfall, der bei ihnen zum Grunde liegt, unter besondern Umständen zum Gesetz erhoben werden können, oder vielmehr nur die Kraft eines solchen erlangen, so daß sie dann in dieser neuen Eigenschaft auch für künftige Fälle zur Norm dienen. Callistratus nennt dies die *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*.

Dazu gehört, daß von einer zweifelhaften Rechtsfrage die Rede sey. Und zwar muß der Zweifel daher rühren, daß ein Gesetz vorhanden, was sich dunkel, zweideutig, unbestimmt, kurz, unvollkommen ausdrückt. W. Einem W. es ist hier von der Auslegung zweifelhafter Gesetze die Rede. Denn nur in *ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur*, gilt die *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* und hat sie gesetzliches Ansehen. Diese Worte können, erwägt man sie genau, keinen andern Sinn haben, als den angegebenen, und über allen Zweifel wird dies durch die Nachbarschaft oder den Zusammenhang erhoben, worin die Stelle des Callistratus mit der vorhergehenden steht ⁵¹⁾. Die *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* hat also, gleich der *consuetudo*, die Kraft, Gesetze auszuliegen, auf eben die Art, als wie es vom Gesetzgeber geschieht.

Von der *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* lehrt K löger ⁵²⁾ 1) sie sey keine Art der Gewohnheit, 2) die Länge der Zeit kein Erforderniß der *auctoritas*, 3) die *auctoritas* müsse auf keinem Irrthum beruhen.

Ich erwiedere hierauf: Die *auctoritas* ist Art der Gewohnheit und ist es auch nicht, je nachdem man den Begriff der Gewohnheit erweitert oder verengt. Versteht man unter Gewohnheit eine Norm, die *vim legis* hat, und überhaupt durch den Gebrauch oder wiederholte Beobachtung eingeführt worden, so ist die *auctoritas* ohne Zweifel Art der Gewohn-

51) L. 37. D. de leg. Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpretres consuetudo.

52) C. 295.

heit. Das Gericht ist gewohnt, ein gewisses Gesetz auf eine gewisse Art auszulegen. Verstehet man aber darunter eine dergleichen Norm, die vom Volk oder einem Theil desselben ausgegangen ist, so ist sie es nicht, indem das Gericht als solches zum Volk nicht gerechnet werden kann, sondern zu den Beamten, die im Dienst des Staats stehen, es wenigstens bei der Volksgesetzgebung keine Stimme hat, worauf doch die ursprüngliche Idee der Gewohnheit beruht. Callistratus nimmt das Wort in jenem engeren Sinne, welcher auch gewöhnlich gemeint wird, wenn von Gewohnheit die Rede ist, und unterscheidet daher von der *consuetudo* die *auctoritas*. Zwar die Worte: *aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas*, gleich nach *consuetudo*, könnten auch einen bloßen erklärenden Zusatz, was unter *consuetudo* hier zu verstehen sey, in sich fassen; indessen läßt es sich denken, daß außer den Gerichten eine bestimmte Auslegung von Gesetzen sich bildet, und diese wäre dadurch ausgeschlossen. *Consuetudo* und *auctoritas* sind auf allen Fall nahe verwandt, und zwar ist die *auctoritas* etwas der *consuetudo interpretativa* Ähnliches, weshalb auch anzunehmen, daß beide im Allgemeinen gleichen Schritt halten. Sie unterscheiden sich hauptsächlich nur durch das Subject, von welchem die Norm mit gesetzlichem Ansehen oder m. E. W. die Auslegung ausgeht. Die *auctoritas*, als Analogon der *consuetudo interpretativa*, wird, gleich dieser, Ablauf einer langen Zeit zu ihrem Daseyn, als einer gesetzlichen Norm, erfordern, was auch schon die gemeine Bedeutung von Gewohnheit mit sich bringt, die beiden gleich zum Grunde liegt. Vom Irrthum kann bei der *auctoritas* nicht füglich die Rede seyn, ebenso wie auch bei der *consuetudo interpretativa* nicht, wohl aber wird ein zweifelhaftes Gesetz vorausgesetzt. Dagegen mögte das Wort *perpetuum* schon ein einziges *contrarium*, nämlich einen einzigen Urtheilspruch ausschließen, der das Gesetz anders auslegte.

§. 15.

Von der Observanz.

Ich mögte wohl wissen, wer zuerst auf den unglückseligen Einfall gekommen ist, das häßliche Wort *Observanz* in die Rechtswissenschaft einzuführen, um dadurch eine Sache zu bezeichnen, die von der Gewohnheit noch verschieden seyn soll. Er hat dadurch der Wissenschaft einen schlimmen Dienst erwiesen.

Observanz würde eigentlich seyn, ähnlich der Gewohnheit in der gemeinen Bedeutung, der Umstand, daß etwas gebräuchlich, oder wenigstens sonst so gehalten ist. In rechtlicher Hin-

sicht versteht man jetzt darunter eine Norm, die durch Beobachtung in einem Collegio eingeführt ist. Ich sage jetzt; denn was die Alten betrifft, verstanden sie zum Theil das Herkommen darunter (*justraditum*), andre, scheint es mir, verstanden darunter überhaupt ein Recht, was durch Beobachtung entstanden, wobei sie Befugniß und Gesetz nicht unterschieden, sondern unter dem Ausdrucke Recht Beides durcheinander mengten. Daß man Observanz auch mit Gewohnheit recht gleichbedeutend nimmt, ist zu bekannt, als daß es hier zu bemerken wäre.

Was die Observanz in der jetzt gewöhnlichen Bedeutung betrifft, so bezieht es sich damit, nach der gewöhnlichen Lehre⁵³⁾, auf die Macht eines Collegii, in den gesellschaftlichen Angelegenheiten Beschlüsse zu fassen. Dergleichen Beschlüsse können nicht nur durch ausdrückliche Verabredung, sondern auch durch stillschweigenden Vertrag zu Stande kommen und ein solcher stillschweigender Vertrag ist in der Observanz enthalten. Sie ist eine Norm, welche durch Beobachtung in einem Collegio errichtet worden. Zur Einführung einer Observanz in dieser Bedeutung bedarf es nicht der Zustimmung des Regenten, noch des Ablaufs einer langen Zeit; ein einziger Vorgang ist hinlänglich, sie zu begründen.

Sieht man bloß auf das, was gewöhnlich von der Observanz gelehrt wird, so sollte man glauben, daß überhaupt schon aus dem Umstande, daß es früher einmal so gehalten worden, eine solche abzuleiten. Indessen würde man doch den Rechtsgelehrten zu nahe thun, wenn man diese Lehre für allgemein erklären wollte. Es fehlt nicht an solchen, die ein *factum concludens* erfordern, die eine solche Beschaffenheit der Handlung voraussetzen, daß daraus ein stillschweigendes Uebereinkommen abgeleitet werden kann. Dahin gehört namentlich Meurer⁵⁴⁾.

Ebenso lehrt Gönner⁵⁵⁾, welcher gleichfalls die Meinung hat, eine Handlung sey hinlänglich, eine Observanz zu begründen, es werde ein streng bindender Schluß aus der Handlung auf die Einwilligung erfordert. Aus der Handlung könne nur die Möglichkeit des Seyns oder Nichtseyns (*feri posse, non feri posse*) geschlossen werden; nur dann drücke eine Handlung die Nothwendigkeit des Seyns oder Nichtseyns (*feri debere aut feri plane*

53) G. L. Boehmer *Princ. jur. can.* §. 235. 236. Hofacker *Princ. jur. civ.* §. 127. Glück *Erl. der Pand. I.* Tbl. S. 447. Nettelbladt *Systema elem. jurispr. pos. Germ.* §. 889. Günther *Princ. jur. Rom.* §. 146.

54) Von der Observanz §. 6. (in dessen *jur. Abb. und Beobachtungen* 1. Samml. S. 187).

55) *Deutsches Staatsrecht* §. 27.

non posse) aus, wenn in der Handlung oder Unterlassung noch etwas Besonderes liege, welches zum Schlusse auf diese Nothwendigkeit berechtige, wozu eine der Handlung oder Unterlassung vorausgegangene, Behauptung ihrer Nothwendigkeit (in contradictorio) von besonderer Wirksamkeit sey. Er bemerkt auch noch: Was nur unter besondern Umständen und wegen besonderer Verhältnisse geschehen, begründe nur für gleiche Verhältnisse eine Observanz.

Dies läßt sich schon besser hören: doch die Wahrheit scheint mir auf folgenden einfachen Sätzen zu beruhen.

Es ist allerdings möglich, daß eine Gesellschaft ihren Willen, einen gewissen Satz als bleibend aufzustellen, durch Handlungen oder Thatfachen offenbart. Auch läßt sich die Möglichkeit nicht bestritten, daß schon ein einziger Vorgang den Schluß rechtfertigen könnte, es solle ein gewisser Satz zur beständigen Regel für die Zukunft dienen. Doch werden Fälle dieser Art nur sehr selten vorkommen. Gewöhnlich wird ein Vorgang weiter nichts beweisen, als — daß es früher einmal so gehalten worden.

Ist aber ein Vorgang von der Art, daß daraus mit Sicherheit geschlossen werden kann, der Satz, der bei dieser Gelegenheit aufgestellt worden, solle sich nicht auf diesen Fall beschränken, sondern allgemein gelten, so ist es freilich eben so gut, als wenn die Gesellschaft ihn ausdrücklich als Norm aufgestellt hätte. Unter dieser Voraussetzung bedarf es freilich der Wiederholung nicht; dann ist es freilich richtig, was Meurer bemerkt, daß die Handlung durch sie keinen Zuwachs an Stärke gewinnt, daß die Wiederholung zwar, des Beweises wegen, nützlich seyn, jedoch kein principium essendi, sondern nur cognoscendi an die Hand geben würde. Allein ein solcher Schluß wird schwerlich aus der Handlung selbst, sondern aus den Umständen, ja aus dem, was bei dieser Gelegenheit geküffert ist, abzuleiten seyn. Ueberhaupt wird es bei dieser quaestio facti immer auf die individuellen Umstände und alles darauf ankommen, ob die Gesellschaft wirklich den Willen offenbart habe, dieser oder jener Satz solle als allgemeine Norm dienen. Besonders aber verdient erwogen zu werden, daß in einem solchen Fall es nicht die Beobachtung ist, was den Satz gründet, sondern der Wille der Gesellschaft, daß man also gar nicht sagen kann, es sey dieser Satz durch Observanz eingeführt. Soll ein gewisser Satz durch Beobachtung in einer Gesellschaft entstehen, so kann dies zwar geschehen, doch nicht anders, als wenn die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts vorhanden sind. Dazu ist dann freilich ein Vorgang nicht hinlänglich, sondern häufige Wiederholung im Verlauf einer langen Zeit erforderlich. Was im Verlauf einer langen Zeit gleichmäßig geschehen und beibehalten worden, davon läßt sich dann auch glauben, daß es durch Erfahrung als gut erprobt sey. Der Zustimmung des Regenten bedarf es nicht; sie ist schon gegeben durch das römische Recht und namentlich durch folgende Stelle des Codex: *Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur, et retinet: et quod officiis⁵⁶⁾, curiis, civitatibus, principis vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus. L. 3. Cod. quae sit longa consuetudo.*

56) Unter officium scheint hier eine Gerichtsstelle zu verstehen zu seyn. L. 17. D. de in jus voc. L. 7. §. 2. D. qui satisdare cog. Paul. sent. l. 13. 1.