

Gewohnheit als Rechtsquelle. I. Im Allgemeinen. Die Gewohnheit ist an sich etwas rechtlich Gleichgültiges. Durch lange Übung kann die physische Natur einen Habitus incurriten, und etwas Aehnliches ist im Geistesleben der Fall. Doch ist davon nicht die Rede, sondern die Frage ist, ob eine lang andauernde Übung Recht schaffe. Nach der einen Ansicht ist die Frage ebenso entschieden zu bejahen, wie nach der andern zu verneinen. Die Übung ist ferner nach der einen Theorie die Quelle des Rechts, nach der andern nur der Beweis, die Aeußerung eines bereits vorhandenen Rechts. In der That läßt sich die Frage nicht allgemein entscheiden, und es ist hierbei die Vorfrage nach der Verfassung eben jener Gesellschaft zu lösen, innerhalb welcher durch Gewohnheit Recht entstehen soll. Denn die Frage, ob durch Gewohnheit die Grundverfassung einer Rechtsgesellschaft selbst wie geschaffen so wesentlich geändert werden könne, ist für das Verständnis der wirklichen Rechtsverhältnisse ohne Belang, da über die erste Bildung der einzelnen Rechtsgemeinschaften uns sichere Quellen nicht fließen, und fundamentale Verfassungsänderungen, abgesehen von den ordnungsmäßig zu Stande gekommenen Verfassungsgesetzen, nie auf dem langsamen Wege der Übung, sondern historisch immer auf dem gewaltsamen Wege der Revolution stattgefunden haben. Ruht die rechtszeugende Kraft, wie in der Republik, im Volk, so unterliegt es keinem Bedenken, daß das Volk, wie durch Erlass von Gesetzen, auch durch die Thatsache einer gleichmäßigen rechtlichen Übung Recht schaffe. Ist aber Quelle des Rechts der Wille einer concreten Person, wie dieß in der Monarchie der Fall ist, so ist schwer einzusehen, wie durch die Übung des Volkes Recht entstehen könne, ohne daß der Herrscher ausdrücklich oder thatsächlich damit sich einverstanden erklärt. Dieser Gedanke liegt der Theorie zu Grunde, wenn sie den consensus legislatoris zur Rechtsgültigkeit einer Gewohnheit verlangt und diesen wieder unterscheidet in den consensus expressus, den c. tacitus und den c. praesumptus. Daß letzterer, weil nur vermuthet, nicht ausreicht, ist klar. Vollauf genügt aber der sog. c. legalis. Darunter versteht man die rechtskräftige Bestimmung, daß überhaupt unter gewissen Umständen aus Gewohnheit Recht entstehen könne oder, mit anderen Worten, die qualificirte Gewohnheit Rechtsquelle sei. Die Frage, ob auch eben diese der Gewohnheit Raum gebende Bestimmung auf dem Wege der Gewohnheit Recht werden konnte, sollte nicht verneint werden; nur kann selbstverständlich dann nicht auf den noch nicht vorhanden gewesenen consensus legalis recurriert werden. Welche nun die Qualifikation der Rechtsgewohnheit sei, ist eine vom einzelnen objectiven Recht zu beantwortende Frage. Nach gemeinem, übrigens nicht unbestrittenem römischen Rechte sollte die Gewohnheit in der That eine Rechtsgewohnheit sein, d. h. sie mußte gegenständlich auf Rechtsverhältnisse sich beziehen;

sie durfte nicht eine vorübergehende, etwa gar auf Irrthum und Laune basirte, insgeheim gepflogene Übung sein; sie mußte inhaltlich demjenigen Institut, auf welches sie sich bezog, conform sein, mußte rational sein, d. h. der ratio juris entsprechen, und mußte endlich bedeutende Zeit hindurch angebauert haben. Ob unter solchen Umständen trotzdem eine Gewohnheit einem Gesetz, insbesondere einem allgemeinen Gesetz untergerichtet könne, war controvers. Die Schule unterschied neben dieser consuetudo contra legem, von welcher eine Abart die rein negative desuetudo ist, die consuetudo praeter legem und secundum legem; letztere ist aber nicht mehr Rechtsquelle, sondern lediglich Rechtsübung. Eine Eigenthümlichkeit des Gewohnheitsrechtes besteht darin, daß es nicht notorisch zu sein braucht; im Zweifel ist die specielle Gewohnheit durch Zeugen, Vorurtheile, Weissthümer, Rechtsprüchwörter, Aufzeichnungen u. a. zu erweisen. Je ausgebildeter ein Recht ist, desto mehr wird die Bedeutung der Gewohnheit zurücktreten, obwohl sie kaum je aufhören wird ihren Einfluß geltend zu machen. Das österrreichische, preussische und sächsische Recht schließt ausdrücklich die Geltung des Gewohnheitsrechtes aus. Mit Gewohnheit ist die aus der Autonomie fließende Observanz, sowie die Praxis der Gerichte, der sog. stälus curias, nicht zu verwechseln; die Gewohnheit ist nämlich in der That eine Rechtsquelle, die beiden letztgenannten aber setzen das Recht voraus und schaffen auf Grund dessen nur Rechtsverhältnisse. — Schließlich noch eine Bemerkung über die sozusagen herrschend gewordene Theorie der von Savigny und Buchta (Das Gewohnheitsrecht, 2 Bde., 1828—1837) repräsentirten historischen Schule. Diese hat das große Verdienst, die rein äußerliche Auffassung der Rechtsgeschichte als einer nur zeitlichen Aufeinanderfolge verschiedener Gesetze beseitigt zu haben, sie brang tiefer ein, sie betonte neben der Natur der Sache das jedem Volke eigenthümliche Bewußtsein von dem, was Recht sein soll; sie ging aber zu weit, indem sie in diesem nationalen Rechtsbewußtsein die alleinige Quelle des objectiven Rechts, dessen, was Recht ist, erblickte und Gesetzgebung wie Gewohnheit nur als Erscheinungsweise dieses ursprünglichen Rechtes auffaßte.

II. Gewohnheit als Quelle des Kirchenrechts. Die Existenz eines kirchlichen Gewohnheitsrechtes kann nicht geläugnet werden; daß aber dasselbe älter sei als das Gesetzesrecht, kann bei dem durchaus positiven, ja im Grunde göttlichen Charakter des kirchlichen Verfassungsrechtes nicht zugegeben werden. Einzelne Gewohnheiten wurden von den Synoden und Päpsten ebenso häufig genehmigt und bestätigt als reprobiert. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß die kirchliche Gewohnheit zu ihrer Rechtskraft der ausdrücklichen Genehmigung seitens der Hierarchie bedürfe; nur das ist richtig, daß es eine Gewohnheit ohne oder gegen die Hierarchie in der Kirche nicht geben könne. Die ausblühende canonistische