

im Jahre 1884 eingesendet, bevor ich Dr. Rnecht's „Praktischen Kommentar zur bibl. Geschichte“, der in seiner Einleitung eine lichtvolle und gründliche „Anweisung zur Ertheilung des bibl. Geschichtsunterrichtes in der Volksschule“ enthält, kennen und schätzen lernte. Da ich meine Anschauungen über diesen Gegenstand von denen des genannten hochverdienten Autors im Großen und Ganzen bestätigt fand, glaubte ich den Artikel nicht zurückziehen zu sollen, verweise aber nun die Hochw. Katecheten desto lieber auf das citirte Werk, durch dessen Studium sie besser als durch alle Anleitungen lernen werden, wie die hl. Geschichte im Volksschulunterrichte fruchtbringend zu verwerthen ist.

Ant. Egger.

Das Gewohnheitsrecht.¹⁾

Von Präses Eduard Stingl in Straubing, Bayern.

I. Gewohnheit, Herkommen,²⁾ Obervanz³⁾ (consuetudo, jus consuetudinarium, observantia, jus non scriptum) im juristischen Sinne ist die fortgesetzte, gleichmäßige, im Bewußtsein rechtlicher Nothwendigkeit erfolgte Uebung in einem größeren oder kleineren Kreise von Personen, welche mit einander in einem den Ausdruck gemeinsamer, rechtlicher Ueberzeugung ermöglichenden Verbände stehen.⁴⁾

Zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes ist daher nothwendig: 1) eine **Uebung** (usus). Die Rechtsüberzeugung ohne Uebung als etwas rein Innerliches begründet nicht ein Recht; die Uebung ist zur Entstehung des Gewohnheitsrechtes so wesentlich wie zur Entstehung des Gesetzesrechtes der Ausspruch; ja sie kann sogar

¹⁾ Das Gewohnheitsrecht nach civilem und canonischem Rechte. „Die Gewohnheit wird zwar von den Autoren in civilem et canonicam getheilt, je nachdem solche materiam civilem oder ecclesiasticam z. B. Feiertage und Fasttage, geistliche Zehnten, Beneficien u. dgl. betrifft; die Grundsätze aber, welche ad P. I. C. 2. § 15 von dem jure non scripto seu consuetudinario überhaupt vorstommen, schlagen sowohl in consuetudine canonica, als civili ein (Annot. ad cod. civ. bav. p. V. ep. 19. § 46 Z. 2). — ²⁾ Gleichbedeutend mit Gewohnheit nach Annotat. ad cod. civ. bav. p. I. ep. 2 § 15. Z. 1. — ³⁾ Im weiteren Sinne gleichlautend mit Gewohnheit und Herkommen, so in oberstr. Erf. v. 14. März 1851 (Blätter f. Rechtsanw. XVII. 223), v. 20. Juni 1857 (Blätter f. Rechtsanw. XXII. 299), v. 13. Jan. 1864 (Blätter f. Rechtsanw. XXIX. 507.) Im engeren Sinne ist Obervanz die Gewohnheit innerhalb einer einzelnen Corporation z. B. eines Ordens, Klosters, Stiftes (Pernaneder, kath. Kirchenr. 1865 pg. 466). — ⁴⁾ Oberstr. Erf. vom 13. März 1876 (Sammlg. VI. 175). Vgl. Buchta, Gew. R. I. 148, 168. Beseler, deutsch. Priv. R. I. § 32 pg. 120. Pernaneder, kath. Kirchenr. 1865, pg. 493. Roth, bair. Civilr. I. 109: „Das Gewohnheitsrecht ist das Recht, das durch die rechtliche durch Uebung erklärte Ueberzeugung der Betheiligten entsteht.“

möglicherweise die rechtliche Ueberzeugung erst begründen.¹⁾ Die Uebung besteht aber darin, daß in den gleichen Fällen der betheiligte Kreis von Personen immer gleich gehandelt habe, so daß aus dieser Gleichheit der Handlungen geschlossen werden muß, daß die Betheiligten die Ueberzeugung gehabt, rechtlich so handeln zu müssen oder zu dürfen, wie sie wirklich handelten. Es darf demnach nicht durch gegenheilige Handlungen eine der Rechtsregel widerstreitende Volksüberzeugung angezeigt sein.²⁾ Besteht keine Gleichförmigkeit der Handlungsweise, so entsteht keine Gewohnheit, sondern es gilt die Regel: Quando usus populi variat, redeundum ad jus commune. Eine einzige entgegenstehende Handlung kann das Entstehen einer Gewohnheit hindern.³⁾

Den Handlungen sind gleich geachtet die Unterlassungen; man kann nämlich auch dadurch, daß man regelmäßig etwas nicht thut, obwohl Veranlassung dazu gegeben war, eine Rechtsüberzeugung manifestiren. „Unter Uebung ist auch non Usus verstanden.“⁴⁾ Das Erkenntniß des Oberlandesgerichtes München v. 6. Febr. 1882, bestätigt durch Erf. des obersten Landesgerichtes v. 9. Oct. 1882, weist die Einrede, es habe im Decanate Unterviechtach keine Gewohnheit entstehen können, „weil darin, daß der k. Fiskus die Hand- und Spanndienste geleistet habe, keine Uebung der Gemeinden zu finden sei, diese sich vielmehr ganz passiv verhalten und durch dieses Verhalten überhaupt keinen Willen geäußert hätten, wie doch solcher nach Landrecht Thl. I. Cap. 2 § 15 Z. 1 zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes erforderlich sei“ mit den Worten zurück: „Wenn die betheiligten Gemeinden, trotzdem daß das allgemeine Landesgesetz ihre Verpflichtung zur Leistung der Hand- und Spanndienste ausgesprochen, diese gleichwohl nie geleistet haben und, als sie nun nach mehr als 70 Jahren zum ersten Male hiezu aufgefordert wurden, die Leistung schlechthin verweigerten, so kann über ihren Willen, jene Dienste nicht zu leisten, über ihre Ueberzeugung, zu denselben nicht verpflichtet zu sein, wohl kein Zweifel sein, ihr Wille und ihre Rechtsüberzeugung ist eben in dieser Nichtübung ausgesprochen. Dieser Wille und diese Ueberzeugung sind zweifellos auch von den Angehörigen der übrigen Pfarrgemeinden (des Decanates) getheilt worden, da diese, selbst hand- und spanndienstpflichtig, die von ihren eigenen Verhältnissen verschiedene Uebung in den Klosterpfarreien wahrnehmen und als alleinigen Grund hievon eben die Eigenschaft der letzteren Pfarreien als vom Staate organisirter Klosterpfarreien erkennen mußten. Im Uebrigen ist nach den Anmerkungen zum bayr. Landrechte unter der Uebung auch non usus verstanden.“

¹⁾ Windscheid, Pandektenr. § 15 Note 2. — ²⁾ Oberstr. Erf. v. 23. Juli 1847 (Blätter f. Rechtsanw. XIII. 44.) — ³⁾ Annotat. ad cod. civ. bav. p. I. cp. 2. § 15 Z. 2. — ⁴⁾ Annotat. ad cod. civ. bav. l. c. Z. 1.

2) Die Handlungen, wodurch ein Gewohnheitsrecht entstanden sein soll, müssen **wiederholt** stattgefunden haben. Wie groß die Zahl der Handlungen sein müsse, ist weder im gemeinen noch im bayr. Rechte¹⁾ bestimmt; die ältere Ansicht ging dahin, daß wenigstens zwei Handlungen nothwendig seien; diese Ansicht ist noch vertreten in den Annotat. ad cod. civ. bav.²⁾ „Die Anzahl der Actuum läßt sich zwar nicht genau bestimmen, sondern ist arbitrariſch. Weil aber gleichwohl nicht nur jus commune l. 1 Cod. quae sit long. consuet., sondern auch unser Roder wiederholte Actus erforderet, so müssen deren wenigstens zwey seyn und wird allenthalben in praxi dafür gehalten, daß man mehr nicht vonnöthen habe. Ein Einziger hingegen, so notorisch und dauerhaft derselbe immer seyn mag, kann so wenig eine Gewohnheit, als eine einzige Schwalbe den Frühling ausmachen.“ Gleichwohl hat die Ansicht die Oberhand gewonnen, daß über die Zahl der Handlungen lediglich das richterliche Ermessen zu entscheiden habe; es kommt nur darauf an, zu verhüten, daß das Individuelle, Zufällige, Vorübergehende, durch den täuschenden Schein, welchen es annehmen kann, fälschlich als Kennzeichen einer zu Grunde liegenden gemeinsamen Rechtsüberzeugung angesehen werde.

3. Die Handlungen müssen sich lange **Zeit** wiederholen. Wie viele Zeit aber zur Einführung einer rechtlichen Gewohnheit erforderlich sei, ist weder im canonischen noch im römischen Rechte angegeben; daher fordern die verschiedenen Autoren auch eine verschiedene Zahl von Jahren, einige 10, andere 20, 40 Jahre, ja unfürdenkliche Zeit, es sind eben in den Rechtsquellen nur die allgemeinen Ausdrücke *consuetudo inveterata*, *diuturna*, *longaevus usus* gebraucht. Daher ist die Feststellung, ob genügende Zeit verfloſſen sei nach dem gemeinen Rechte einzig dem richterlichen Ermessen anheimgegeben.³⁾ So entschied das oberstr. Erf. v. 31. Jan. 1881⁴⁾: „Ob ein Herkommen in diesem Sinne durch fortwährende, gleichförmige Uebung bestehe, für die übrigens kein bestimmter Zeitraum vorgeschrieben ist, dies festzustellen, ist dem Ermessen der Gerichte anheimgegeben, die namentlich auch selbständig zu beurtheilen haben, ob der Zeitraum, in welchen die nachgewiesenen Uebungshandlungen fallen, zur Annahme eines desfalls bestehenden Gewohnheitsrechts hinreiche.“

Unter den in Bayern geltenden Rechten ſetzt nur das bay. Civilrecht eine Zeitdauer von 30 Jahren fest laut bay. Civ. R.

¹⁾ Bayr. Landr. p. I. cp. 2 § 15 Z. 2: „Solchemnach muß derselbe (Brauch) vernünftig, öffentlich, wiederholt, beständig, gleichförmig und zwar in- und außergerichtlich seyn.“ — ²⁾ p. I. cp. 2 § 15 Z. 2. — ³⁾ Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. Bd. I. 15. Roth, bayr. Civilrecht I. 112. Oberstr. Erf. vom 23. Juli 1847 (Blätter f. Rechtsanw. XIII. 44.) ⁴⁾ Sammlg. v. Entscheidungen. d. obersten Landesger. IX. 36.

p. I. ep. 2 § 15 Z. 2: „Wird wenigst ein Zeitverlauf von 30 Jahren hiezu erfordert ausgenommen in Sachen, wo die Rechte eine mindere oder mehrere Zeit insonderheit bestimmen, und wo es nicht um die Einführung eines neuen, sondern nur um Bestätigung oder Erläuterung eines vorigen zweifelhaften Rechts zu thun ist.“ „Denn — bemerken die Anmerkungen zu dieser Stelle — da ist es nur *consuetudo impropria*, und bedarf es weder einer gewissen Zeit noch wiederholter Actuum. Obgedachte Zeit aber fangt allemal a *primo actu* an, wenn anders *consuetudo non interrupta* ist.“ Daher das oberstr. Erf. v. 9. Oct. 1882¹⁾: „Im bay. Landrecht Th. I. Kap. 2 § 15 n. 13 ist bestimmt, daß zur Annahme eines Gewohnheitsrechtes der Gebrauch von 30 Jahren erfordert werde, ausgenommen in Sachen, wo die Rechte eine mindere oder mehrere Zeit insonderheit bestimmen. Diese Bestimmung wird vom Nichtigkeitskläger dahin ausgelegt, daß der Gesetzgeber die Verjährungszeit vor Augen gehabt habe und hält er dieselbe für durch die oberlandesgerichtliche Entscheidung verlegt, welche auf der gegentheiligen Ansicht beruht. Erwägt man aber, daß nach bay. Landrecht Th. I. Kap. 2 § 9 n. 1 deutliche Gesetze nicht ausgelegt werden sollen, sondern die Worte in ihrer gewöhnlichen und landläufigen Bedeutung zu belassen sind, so kann der Auffassung des Nichtigkeitsklägers nicht beigepröflichtet werden; denn der Wortlaut der fraglichen Gesetzesstelle ist klar. Nach derselben ist zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes ein Zeitverlauf von 30 Jahren nothwendig, ausgenommen in Sachen, wo die Rechte bezüglich des Gewohnheitsrechtes eine mindere oder mehrere Zeit insonderheit bestimmen. Würde der Gesetzgeber diejenigen Sachen haben ausnehmen wollen, zu deren Verjährung eine längere oder kürzere Zeit erforderlich ist, so würde er sich um so mehr dahin ausgedrückt haben, daß zur Entstehung eines Gewohnheitsrechtes der Gebrauch von 30 Jahren erfordert werde, ausgenommen in Sachen, wo die Rechte bezüglich der Verjährung eine mindere oder mehrere Zeit bestimmen, als im ganzen § 15 a. a. O. von der Verjährung keine Rede ist. Es wollte im bay. Landrechte die Ungewißheit beseitigt werden, welche nach gemeinem Rechte bezüglich der zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes erforderlichen Zeitdauer besteht. Im römischen Rechte ist nämlich nur von einer *longa, inveterata, diuturna consuetudo* die Rede. Es ist deshalb ein Zeitraum von 30 Jahren festgesetzt worden, soweit eine Festsetzung überhaupt nothwendig war, soweit nämlich nicht durch Specialgesetze, insbesondere Statuten, die Zeit bestimmt ist . . . Die Ansicht des Nichtigkeitsklägers, daß in den Anmerkungen Nr. 1 am Ende das Gewohnheitsrecht als Verjährung bezeichnet werde,

¹⁾ Sammlg. x. IX. 687.

ist unrichtig, indem im Gegentheile dortselbst angeführt ist, daß das Gewohnheitsrecht sich von der Verjährung unterscheidet und einzelne Differenzpunkte angegeben sind. Es ist vielmehr das Gewohnheitsrecht der Verjährung gerade gegenüber gestellt. Vrgl. Anmerkungen z. B. Ldr. Thl. II. Kap. 4 § 1 lit. f. u. Thl. II. Kap. 10 § 22.

4. Die Handlungen, welche das Gewohnheitsrecht begründen sollen, müssen **öffentlich**¹⁾ sein, d. h. es wird jene Publicität der einzelnen Handlungen vorausgesetzt, die ihrer Natur nach damit verbunden ist, also daß dieselben nicht verheimlicht seien. „Was zweitens — sagt Kreittmayr in den Annotat. ad cod. civ. bav.²⁾ — nicht öffentlich, sondern nur in der Still und heimlich geschieht, kann weder dem Landesherrn noch der Gemeinde oder dem mehreren Theile derselben so leicht ad notitiam kommen, wie kann also aus solchen actibus clandestinis der erforderliche consensus principis et populi geschlossen werden?“ In gleicher Weise spricht sich das oberstr. Erf. v. 23. Juli 1847³⁾ aus. Es ist also nicht nöthig, daß solche das Gewohnheitsrecht begründende Handlungen eigens bekannt gemacht werden.

Dieses Erforderniß der Oeffentlichkeit wird, da eine positive Bestimmung dafür nicht gegeben ist, gemeinrechtlich nicht mehr betont.⁴⁾

5. Die Handlungen müssen **vernünftig** sein. Dieses Erforderniß ist nicht in einem positiven Sinne aufzufassen, es sollen vielmehr dadurch nur die widersinnigen, dem sittlichen Gefühle widerstrebenden Gewohnheiten abgewehrt werden.⁵⁾ Die Gewohnheit darf also nicht gegen Gott oder die Ehrbarkeit⁶⁾ oder das Naturrecht⁷⁾ sein.

6. Die Handlungen müssen aus der Rechtsüberzeugung des Volkes hervorgehen, d. h. die Handelnden müssen überzeugt sein, daß sie nach dem Rechte verpflichtet sind, so zu handeln, wie sie handeln, oder daß sie nach dem Rechte befugt sind, das zu unterlassen, was sie unterlassen, sie müssen die **opinio necessitatis** haben.

Wenn die Handelnden die Ueberzeugung haben, daß sie das, was sie thun, lediglich aus freiem Willen, ohne rechtlich dazu gehalten zu sein, thun, so entsteht kein Gewohnheitsrecht. „Gesezt auch, — sagt Kreittmayr⁸⁾ — man habe sich an einem Orte lange Zeit zu gewisser Kleidertracht angewohnt, wer will hieraus eine solche verbindliche Rechts-Gewohnheit schließen, das sich keiner von der Gemeinde mehr anders tragen darf?“

¹⁾ Bay. Landr. p. I. cp. 2 § 15 Z. 2. — ²⁾ p. I. cp. 2 § 15 Z. 2. —

³⁾ Blätter für Rechtsanw. XIII. 45. — ⁴⁾ Roth, bayr. Civilr. I. 113 nota 37.

— ⁵⁾ Oberstr. Erf. v. 23. Juli 1847. — ⁶⁾ Annotat. ad cod. civ. bav. p. I. cp. 2 § 15 Z. 2. — ⁷⁾ Bened. XIV. de syn. dioec. l. XIII. cp. 5 n. 5. —

⁸⁾ Annot. ad cod. civ. bav. p. I. cp. 2 § 15 Z. 1.

Damit sind die bloß thatsächlichen Uebungen, dann die Uebungen, welche vertragsmäßigen Festsetzungen zu Grunde liegen, oder, die nur auf Convenienz beruhen, ausgeschlossen.¹⁾

„Auch im öffentlichen Rechte wird zur Begründung eines Herkommens erfordert, daß die dasselbe constituirenden Akte in der Meinung einer rechtlichen Verpflichtung hiezu vorgenommen werden.“²⁾

Das Erforderniß der *opinio necessitatis* ist jedoch nicht so zu deuten, daß in jeder Handlung, welche als Erkenntnißmittel eines behaupteten Gewohnheitsrechtes gebraucht werden soll, diese Grundlage einer gemeinsamen Ueberzeugung positiv erkennbar und nachzuweisen sein müsse; vielmehr erscheint es als genügend, wenn nur bei einer Handlung, auf welche sich als auf eine Uebung des Rechtsjages berufen wird, nicht schon an sich betrachtet, der Mangel einer rechtlichen Volksüberzeugung sich hervorthut.³⁾

Daher steht die Präsumption für die *opinio necessitatis*, so daß, wenn diese in Abrede gestellt wird, der Mangel derselben bewiesen werden muß. In den Processen über die Baulast an Kirchen und Pfarrgebäuden greift der Fiskus, wenn er die Thatsache, daß er seit Jahren allemal die Baufälle gewendet oder die Hand- und Spanndienste der Pfarrgemeinde nicht in Anspruch genommen habe, nicht in Abrede stellen kann, regelmäßig zu der Einrede, der Fiskus und dessen Vertreter hätten dies nicht *ex opinione necessitatis* gethan, sondern aus Liberalität oder in der irrthümlichen Meinung, die betreffenden Gebäude seien Staatseigenthum. Diese Einrede wurde treffend und hoffentlich für alle Zukunft widerlegt durch Erkenntniß des Oberlandesgerichtes München v. 30. Mai 1881 das vom obersten Landesgericht unterm 9. Oct. 1882 bestätigt wurde. „Betreffend die *opinio necessitatis* — heißt es in diesem Erkenntniß, — so kann, nachdem der k. Fiskus als moralische Person nur durch seine Organe handeln konnte, es nicht den mindesten Zweifel unterliegen, daß der k. Fiskus die fraglichen Leistungen (Hand- und Spanndienste), wenn überhaupt, so dann nur auf Grund seiner Ueberzeugung von der rechtlichen Nothwendigkeit der von ihm hiefür bethätigten Uebung gemacht habe. Die Instruction (der churfürstlichen Landesdirection) v. 27. Aug. 1804 (welche besagt, daß beim ersten Falle die Baukosten und die Hand- und Spanndienste vom k. Fiskus geleistet werden, in künftigen Fällen aber von den gesetzlich hiezu Verpflichteten zu leisten seien) anlangend, so spricht abgesehen davon, daß hier lediglich die damals bestandenen Ansichten über die zu erlassenden Verfügungen bekanntgegeben werden, nicht aber eine solche Verfügung wirklich getroffen wurde, gerade die der

¹⁾ Roth, bayr. Civilr. I. pg. 113. — ²⁾ Entschdg. d. Verw.-Ger.-Hof. vom 28. Juli 1882 (Sammlg. IV. 145.) — ³⁾ Oberstr. Erf. v. 23. Juli 1847 (Blätter f. Rechtsanw. XIII. 44.)

bekannt gegebenen Ansicht der churfürstlichen Landesdirection entgegenge setzte Handlungsweise des k. Fiskus dafür, daß dieser alsbald die rechtliche Nothwendigkeit, die fraglichen Klosterpfarreien abweichend von den allgemeinen Landesmandaten behandeln zu müssen, erkannt habe, und dieser Ueberzeugung entsprechend fortan verfahren sei. Ebenmäßig hat sich alsdann bei den Einwohnern des Decanates Unterviechtach und der bezüglichlichen Pfarrgemeinden insbesondere die Ueberzeugung begründen müssen, daß bezüglich der treffenden Pfarrgebäude nicht die Pfarrangehörigen, sondern der k. Fiskus für die Hand- und Spanndienste aufzukommen habe."

Unterm 6. Febr. 1882 erkannte dasselbe Oberlandesgericht und das Erkenntniß wurde gleichfalls vom obersten Landesgerichte am 9. Oct. 1882 bestätigt: „Die Anwälte der Klagspartei haben behauptet, daß der k. Fiskus die fraglichen Dienste bei Baufallwendungen an den Pfarrgebäuden der Klosterpfarreien des Decanates Unterviechtach nicht *opinio necessitatis*, sondern aus Liberalität geleistet habe, sie erklärten aber sofort auf die an sie gerichtete Frage, daß sie den Beweis hievon nicht antreten wollen, weil sie ihn nicht zu erbringen vermögen. Die Freigebigkeit von Handlungen wird nicht vermuthet, sondern muß vom Afferenten bewiesen werden. Abgesehen hievon ist es nach den bayerischen Staatseinrichtungen und den in Bayern herrschenden Verwaltungsgrundsätzen geradezu undenkbar, daß der k. Fiskus so weitgreifende Verpflichtungen durch mehr als 70 Jahre hindurch erfüllt haben würde, hätte er nicht die *opinio necessitatis* gehabt. Uebrigens hat es nicht oder doch nicht allein auf die Meinung des k. Fiskus, sondern auch auf die Bewohner des Decanates Unterviechtach und insbesondere der be theiligten Klosterpfarreien anzukommen; daß aber diese die Leistungen des k. Fiskus nur als aus stets widerruflicher Freigebigkeit und nicht aus Pflicht geschehen betrachtet hätten, dafür fehlt jeder Anhaltspunkt."

7. Die der Uebung zu Grunde liegende Ueberzeugung muß die wahre Ueberzeugung der Lebenden gewesen sein, nicht eine auf **Irrthum** beruhende. Ein Beispiel mag die Sache klar machen. Nach bay. Rechte sind die Pfarrfinder zur ungettlichen Leistung der Hand- und Spanndienste bei Cultusbauten gehalten, mag der Hauptbaupflichtige primär oder secundär zur Bauführung verpflichtet sein.¹⁾ Sehen wir nun den Fall, der kgl. Fiskus habe an einem Cultusgebäude die primäre Baupflicht und derselbe beanspruche in gegebenen Fällen die Hand- und Spanndienste der Gemeinde nicht, und daraus bilde sich in einem Bezirke die Meinung, die Gemeinden hätten blos dem secundär Baupflichtigen gegenüber die Hand- und

¹⁾ Oberstr. Erf. v. 12. März 1877.

Spanndienste zu leisten und auf Grund dieser Meinung leisten sie diese Dienste dem primär Baupflichtigen wirklich nicht: so wäre das eine auf Irrthum beruhende Ueberzeugung und diese könnte an und für sich kein Gewohnheitsrecht bilden.

Was aber Irrthum sei und was nicht, darf nicht mit dem Maße unserer Erkenntniß, die wir uns einem behaupteten Gewohnheitsrechte gegenüber prüfend verhalten, sondern muß mit dem Maße der Erkenntniß der Uebenden selbst gemessen werden; es muß offenbar sein, daß, wenn die Uebenden auf das, was uns als Irrthum erscheint, aufmerksam gemacht worden wären, auch sie es als Irrthum erkannt hätten. Ferner ist zu bemerken, daß eine irrige Ueberzeugung selbst dieser letzteren Art sich im Laufe der Zeit in eine wahre Ueberzeugung verwandeln kann, indem sie sich von dem Grunde des Irrthums, auf dem sie beruht, lösmacht; ja es wird dies der naturgemäße Proceß sein, daß die späteren Generationen den Satz nicht mehr aus dem irrigen Grunde üben, aus welchem seine Uebung ursprünglich begonnen hat, sondern daß dieser Grund in Vergessenheit geräth und sie den Satz üben als hergebrachten und deswegen, weil er hergebracht ist, überzeugt sind, daß sein Inhalt Recht sei. Jedoch bedarf es für diese Entwicklung naturgemäß einer längeren Zeit; nicht gleich bei den Ersten, welche eine auf Irrthum beruhende Rechtsübung ohne Bewußtsein ihres irrigen Grundes wiederholen, wird eine Ueberzeugung von ihrer Rechtmäßigkeit angenommen werden dürfen; dazu ist erforderlich, daß den Uebenden nicht bloß die Thatsache der Uebung, sondern auch eine gewisse Dauer dieser Thatsache zur Seite stehe. In diesem Sinne ist wahr der Ausspruch des fragm. 39 D. de leg. 1. 3: quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet¹⁾ d. h. nach oberstr. Erk v. 23. Juli 1847: „Was ursprünglich auf keinem vernünftigen Grunde beruht, und doch durch Gewohnheit beibehalten ist, dient nicht zur auch für die Zukunft oder für ähnliche Fälle beizubehaltenden Norm.“

Im bay. Landrecht ist dieser Mangel des Irrthums nicht gefordert; und dieß scheint um so weniger nothwendig zu sein, als nach diesem Rechte 30jährige Uebung verlangt ist, in dieser Zeit aber auch eine ursprünglich auf Irrthum beruhende Ueberzeugung wohl regelmäßig zur wahren Ueberzeugung wird.

8. Die Uebung muß von einem größeren oder kleineren Kreise von Personen ausgehen, welche mit einander in einem den Ausdruck gemeinsamer, rechtlicher Ueberzeugung ermöglichendem Verbande stehen.²⁾

¹⁾ Windscheid, Lehrbuch d. Pandektenrechtes § 16 note 3. — ²⁾ Consuetudo a majori communitatis parte libere et sponte sit introducta. Bened. XIV.

Wie groß aber das Territorium sein müsse, auf welchem eine Gewohnheit entstehen kann, ist durch kein Recht bestimmt; es kann eben in der kleinsten Communität ein solches entstehen. Das Erkenntniß des Oberlandesgerichtes München v. 6. Febr. 1886 — bestätigt durch das oberste Landesgericht am 9. Oct. 1882 — sagt in dieser Beziehung: „Die Anwälte der Klagspartei behaupteten, daß der Umfang des Dekanatsbezirktes Unterviechtach mit seinen 5 Klosterpfarreien zu klein zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes sei. Abgesehen jedoch davon, daß dieses nur dazu führen würde, die Beflagten zum angebotenen Beweise zuzulassen, daß gleiche Übung auch in den angrenzenden Decanaten, ja in der ganzen Diocese Regensburg bestehe, ist nicht ersichtlich, warum der Umfang des mehr als 100.000 Seelen umfassenden Decanatsbezirktes U. nicht genügen solle. Das Landrecht enthält eine deßfallige ausdrückliche Bestimmung nicht, kann solche nach der Natur der Sache nicht enthalten. Maßgebend ist nicht der größere oder geringere Umfang der Geltung des Gewohnheitsrechtes, sondern die Thatfache, daß für die Bevölkerung seines Umfanges sein Inhalt als eine Rechtsnorm, seine Übung als rechtliche Nothwendigkeit gelte, wie dieß hier bei der Bevölkerung des Decanates U. bezüglich der bisherigen Leistung der Hand- und Spanndienste zu den Pfarrgebäuden der organisirten Klosterpfarreien der Fall war.“

9) Die Übung, in welcher das Gewohnheitsrecht zum Dasein kommt, kann entweder die Übung des Volkes selbst sein (**actus mere extrajudiciales**),¹⁾ welches nach gewissen Normen seine Lebensverhältnisse einrichtet, oder die Übung der Juristen, welche in Urtheilen und Rechtsgutachten gewisse Normen zur Anwendung bringen (Praxis, Gerichtsgebrauch).²⁾ Dieß gilt sowohl nach dem gemeinen als nach dem bayerischen Rechte.³⁾

II. Ueber die Frage, **woher das Gewohnheitsrecht seine Kraft habe**, herrscht bei den älteren und neueren Rechtslehrern Verschiedenheit der Ansicht. Die älteren Rechtslehrer behaupten, das Gewohnheitsrecht habe seine Kraft aus der stillschweigenden Zustimmung des Gesetzgebers, welche sich in der langen Tuldung der Übung ausspreche und fordern daher als Requisite den tacitus consensus legislatoris, so z. B. Benedict. XIV.:⁴⁾ requiritur, ut adsit

de syn. dioec. l. XIII. c. s. n. 5. — Consuetudo sit a communitate et quidem a maiore ejusdem parte, habili ad condendam legem, inducta. Gury theol. mor. I. und 137 u. Bouix de princ. jur. can. p. 2 c. 2 § 1. II. Consuetudo supponit a seorsum Communitatem qua talem. Annot. ad cod. civ. bav. p. I. ep. 2 § 15 § 1. — Schulte, Lehrb. d. f. R. R. pg. 361. Permaneder, f. R. R. (IV. Aufl.) pg. 493. — ¹⁾ Kreittmahr, Annot. ad cod. civ. bav. p. I. ep. 2 § 15 § 1. hält dieß nach gemeinem Recht für freitrag. — ²⁾ Windscheid, Lehrb. des Pandektenr. § 16 pg. 43. — ³⁾ Bay. L.-R. p. I. ep. 2 § 15 § 2. — ⁴⁾ de synodo dioec. l. XIII. ep. V. n. 5.

consensus legislatoris, non quidem expressus et personalis, sed consensus legalis et juridicus, qui nimirum jam habetur per leges et canones omnem consuetudinem, populi moribus introductam, approbantes eique vires tribuentes abrogandi legem. — Diese Ansicht ist vertreten im bay. Civilrecht Thl. I. Cap. 2 § 15: „Gewohnheitsrecht oder Herkommen (jus consuetudinarium) beruht 1^{mo} auf einem solchen Gebrauch, welcher nicht nur den Willen der Gemeinde, sondern auch die landesherrschaftliche Miteinstimmung muthmaßlich anzeigt.“ Und die Anmerkungen hiezu sagen: „Jus consuetudinarium vel non scriptum distinguirt sich a scripto hauptsächlich darin, daß dieses auf ausdrücklichem, jenes aber auf stillschweigendem landesherrlichen Willen beruhet, welcher jedoch aus dem langen Gebrauch und der Zusicht präsumirt wird.“ Holzschuher¹⁾ sagt: „Die ursprüngliche Geltung des ungeschriebenen Rechtes ist, nachdem man heut zu Tage alle Rechtsnorm nur von der höchsten Gewalt ausgehen läßt, durch deren stillschweigend anzunehmende Billigung bedingt; diese ist indessen in den Ländern, in welchen das römische Recht vom Landesherrn recipirt ist, sogar ausdrücklich gegeben; denn indem das römische Recht ausdrücklich sagt, das Gewohnheitsrecht solle befolgt werden, ist mit dem Act der Reception des römischen Rechts unzweifelhaft consensus generalis expressus vom Landesherrn gegeben.“

Die neueren Rechtslehrer dagegen finden die verbindende Kraft der Gewohnheit in der Rechtsüberzeugung des Volkes (tacitus consensus, tacita conventio civium oder populi). „Denn, sagt Windscheid,²⁾ die letzte Quelle alles positiven Rechtes ist die Vernunft der Völker³⁾; wie für den Einzelnen, so ist für die Völker in letzter Instanz ihre Vernunft das Maß der Dinge. Die Rechtsvernunft der Völker kann aber in doppelter Weise Recht begründen, mittelbar und unmittelbar. Mittelbar, gleichsam durch Delegation, begründet sie Recht in der Gesetzgebung. Unmittelbar begründet sie Recht eben auf dem Wege der Uebung. Und zwar ist diese letztere Art der Begründung ursprünglich bei jedem Volke die praktisch wichtigere; eine ergiebigere Gesetzgebung gehört erst einer späteren Bildungsstufe der Völker an. In gleichem Maße, wie dann die Gesetzgebung sich entwickelt, tritt das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund . . . das Gewohnheitsrecht zieht sich hauptsächlich in kleinere Kreise des Volkes, geographische oder Berufsreise, zurück, oder nimmt die vermittelte Gestalt des Juristenrechtes an. So ist für die heutige Zeit die Gesetzgebung die praktisch bei weitem bedeutendste Rechtsquelle; aber

¹⁾ Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Leipzig 1856. Bd. I. pg. 11 ad 3. — ²⁾ I. c. § 15. — ³⁾ Windscheid hat hier offenbar das weltliche Recht im Auge, nicht das positiv göttliche und kirchliche Recht; übrigens ist die letzte Quelle alles Rechtes der Wille Gottes.

sie ist nicht dem Range nach die erste.“ Es ist hier offenbar der Ausspruch Cicero's¹⁾: *Omni in re consensus omnium gentium lex naturae putanda est* angewendet, etwa in der Form: *Omni in re consensus civium lex putanda est*²⁾.

III. Eintheilung. Je nachdem das Gewohnheitsrecht sich auf ein ganzes Rechtsgebiet oder nur auf einzelne Theile desselben, auf alle Einwohner oder nur auf bestimmte Klassen bezieht, unterscheidet man allgemeines und besonderes Gewohnheitsrecht (*consuetudo generalis und particularis*).³⁾

Je nachdem das bestehende Recht durch eine Gewohnheit ergänzt, dessen Lücken ausgefüllt, dessen Unklarheit interpretirt, oder je nachdem dasselbe umgestaltet wird, ist das Gewohnheitsrecht *praeter legem* oder *contra legem*.

Dagegen gibt es keine *consuetudo secundum legem*, d. h. die regelmäßige Anwendung und Befolgung einer Bestimmung des gesetzlichen Rechtes verleiht dieser Bestimmung nicht die Bedeutung eines Herkommens.⁴⁾ Das Oberappellationsger.-Erf. v. 18. März 1845⁵⁾ sagt in dieser Beziehung: „Eine Regel des an einem Orte geltenden gemeinen Rechtes, wenn auch noch so oft daselbst in Anwendung gebracht, ist nicht geeignet, sie aus dem letzteren Grunde zugleich in den Betracht einer besonders befestigten Local-Observanz zu stellen. Wird daher das gemeine Recht, wovon dieselbe einen Ausfluß bildet, außer Wirkung gesetzt und etwas Anderes dafür substituirt, so läßt sich jene in Übung bestandene Directive nicht unter dem Vorwande hievon ausnehmen und fortan aufrecht erhalten, daß dieselbe zugleich nebenbei auf dem nicht entkräftigten Titel des örtlichen Gewohnheitsrechtes beruhe. Das Letztere ist nur im Gegenjage mit den Postulaten des gemeinen Rechtes, aber nicht in völliger Uebereinstimmung mit denselben denkbar.“ Aus dem kirchlichen Leben mag folgendes erläuternde Beispiel dienen. Ein Vorstand einer Nebenkirche ist der Leiter einer Bruderschaft, deren Gottesdienste und Andachten der Bruderschaftsvorstand in seiner

¹⁾ Qu aest. Tusc. I. 13. — ²⁾ cf. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. Bd. I. pg. 11 ad 3: „Gleichwie das geschriebene Recht seinen Stoff zuerst aus dem ungeschriebenen schöpfen mußte, und, als kein ursprüngliches, erst mit der weiteren Ausbildung der socialen Verhältnisse ergänzend und verbessernd hervortrat, so mußte natürlich Eines wie das Andere gleiche Kraft behaupten; und dieß um so mehr, als man nicht glaubte oder glauben durfte, durch das *jus scriptum* ein allumfassendes Rechtsgebäude aufgeführt zu haben.“ — Roth, bay. Civilr. I. pg. 111 stimmt Windscheid vollkommen bei. — ³⁾ Annotat. ad cod. civ. bav. p. I. cp. 2 § 15 Z. 1. „Ein partikuläres Gewohnheitsrecht wird demnach durch allgemeine Übung innerhalb einer bestimmten Vertlichkeit und während eines gewissen Zeitraumes geschaffen“. (Entscheidg. d. B. G. S. v. 4. Mai 1883. — Sammlg. IV. 466.) — ⁴⁾ Roth, bay. Civilr. I. pg. 109 Note 19. — ⁵⁾ Blätter f. Rechtsanw. XI. 200. Die gleiche Entscheidung trifft Erf. v. 7. Jan. 1853. Blätt. f. Rechtsanw. XVIII. 396.

Nebenkirche hält. Wenn dieses Verhältniß auch viele Jahre dauert, so bildet sich doch kein Herkommen, auf Grund dessen die Bruderschaft das Recht erlangt, ihre Andachten in dieser Nebenkirche zu halten; denn der Leiter der Bruderschaft mußte — soferne die Bruderschaft nicht oberhirtlich in eine andere Kirche verwiesen war — die Bruderschaftsandachten in seiner Kirche, in der Kirche, wo er Rector ist, halten, er konnte sie rechtlich anderswo nicht halten; die Abhaltung der Bruderschaftsandachten in seiner Kirche waren also Handlungen *secundum legem* und darum bildet sich kein rechtliches Herkommen für die Bruderschaft.

IV. Die Wirkung einer Gewohnheit oder eines Herkommens

1) erstreckt sich nicht auf das öffentlich-rechtliche Gebiet, sondern bloß auf das privatrechtliche. Daher die Entscheidung des V.-G.-H. v. 19. Sept. 1882¹⁾: „Im Gebiete des öffentlichen Rechtes können durch Herkommen Rechte und Pflichten nur in denjenigen Fällen begründet werden, in welchen das Gesetz dieses ausdrücklich zuläßt. Verpflichtungen Dritter zur Herstellung und Unterhaltung gemeindlicher Einrichtungen im Sinne des Art. 38 der diehrheinischen Gem.-Ordg. können demgemäß auf dem Boden des öffentlichen Rechtes nicht durch Herkommen begründet werden.“ Eine Uebung hinsichtlich der Unterhaltung eines Gemeinbeweges z. B. könnte daher für sich keinesfalls als maßgebend erachtet werden, und müßte, wenn sie nicht mehr beachtet oder von der vorgesetzten Behörde nicht mehr geduldet werden wolle, jedenfalls der durch das Gesetz vorgeschriebenen Regel weichen.

2) Auf dem Gebiete des Privatrechtes dagegen hat nach gemeinem Rechte die Gewohnheit die Kraft eines Gesetzes.²⁾ Das Gewohnheitsrecht vermag daher das bestehende Recht nicht nur zu ergänzen, sondern auch aufzuheben. Das gilt nicht nur von dem Verhältniß des Gewohnheitsrechtes zu anderem Gewohnheitsrecht, sondern auch von seinem Verhältniß zum Gesetzesrecht. „Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.“³⁾ Da nun in dieser Gesetzesstelle bloß von Abschaffung von Gesetzen durch Gewohnheit die Rede ist, so behaupten manche Rechtslehrer, die Gewohnheit könne zwar bestimmte gesetzliche Vorschriften außer Wirkung setzen (*desuetudo legis*), aber nicht andere Normen an die Stelle jener setzen (*consuetudo legi contraria*). Allein mit Unrecht, denn wenn das nicht geschieht, was das Gesetz vorschreibt, so muß doch immer etwas Anderes dafür geschehen, was also nicht

¹⁾ Sammlg. IV. 235 — ²⁾ Puchta, Gew.-R. II. 201. Holzschuher, Theor. und Casuistik d. gem. Civilr. I. 11 — ³⁾ L. 32 § 1 D. deleg. 1. 3.

dem Gesetze gemäß ist.¹⁾ Ob die Gewohnheit auch dann verbindende Kraft hat, wenn ein Gesetz das Gewohnheitsrecht ausdrücklich für unverbindlich erklärt, darüber besteht noch keine Einigkeit der Ansicht. Windscheid²⁾ ist für die verbindende Kraft der Gewohnheit auch in diesem Falle, denn das Gesetz kann nicht bestimmen, daß Recht nicht Recht sei; es kann eben so wenig einem künftigen Gewohnheitsrecht die Kraft nehmen, wie einem künftigen Gesetze. Auch Kreittmayr³⁾ sagt: „Ältere Gewohnheiten werden durch jüngeres *jus scriptum vel non scriptum* wieder aufgehoben. Ein älteres Gesetz thut diese Wirkung in Ansehen der jüngeren Gewohnheit nicht, wenn gleich jenem die *clausula posteriorum derogatoria* einverleibt ist.“

Nur kann particuläres Gewohnheitsrecht keinen gemeinrechtlichen zwingenden, d. h. die individuelle Willkür ausschließenden Rechtsatz aufheben, mag er auf Gewohnheitsrecht oder auf Gesetz beruhen; der allgemeine Wille kann eben nur durch den allgemeinen Willen überwunden werden.⁴⁾ Es gibt nämlich ein zwingendes Recht (absolutes Recht, *jus cogens*, in den Rechtsquellen zum *jus publicum* gerechnet) und ein ergänzendes, vermittelndes, nachgiebiges Recht (*jus dispositivum*). Letzteres läßt der Privatwillkür freien Spielraum und tritt erst dann ein, wenn das Rechtsverhältniß durch Privatwillkür nicht geordnet ist, z. B. die Grundsätze des Intestaterbrechtes, welches erst eintritt, wenn der Erblasser keine anderen Bestimmungen getroffen hat; oder die Bestimmungen der II. Bf. Beil. § 14 über die religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen, welche erst eintreten, wenn die Eltern diese Erziehung nicht selbst durch einen Vertrag regeln; dagegen gilt das absolute Recht unbedingt und schließt jede Privatwillkür aus, z. B. der Schuldner muß für Arglist einstehen, der Verkäufer muß für Fahrlässigkeit einstehen. Man theilt es in gebietendes und verbotendes (*jus praeceptivum, prohibitivum*) ein, z. B. Formvorschriften müssen beobachtet werden — unsittliche Verträge sind nichtig.⁵⁾ Absolute Gesetze nun können durch ein particuläres Gewohnheitsrecht nicht aufgehoben werden.⁶⁾ Das oberstr. Erf. v. 7. Jan. 1853⁷⁾ spricht

¹⁾ Holzschuher I. c. I. 22, wo man auch die verschiedenen Erklärungen der Stelle I. 2 C. 8. 53 „*consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*“ nachlesen kann. Auffallend ist, daß L. II. Feud. 1 den Satz umkehrt: *legum Romanarum non est vilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut mores.* — Sieh' ferner Windscheid, Pandekten. § 18. Note 1. — ²⁾ Lehrb. d. Pandekten. Bd. I. § 18. — ³⁾ Annotat. ad cod. civ. bav. p. I. ep. 2 § 15 Z. 45. — ⁴⁾ Windscheid I. c. Bd. I. § 18. — ⁵⁾ Baron, Pandekten § 12. pg. 25. — ⁶⁾ Roth I. p. 111. — Holzschuher I. c. Bd. I. pg. 23: „Demnach kann durch eine Gewohnheit zwar den bloß dispositiven (nach Savigny: vermittelnden) Gesetzen oder Präceptionsnormen, nicht der absoluten (gebietenden und verbotenden) Gesetzen präjudicirt werden.“ — Seuffert, Prakt. Pandektenrecht Bd. I. § 10: „Gegen frühere allgemeine Prohibitivgesetze kann eine particuläre Gewohnheit diese Wirkung (der Modification und Aufhebung) nicht äußern.“ — ⁷⁾ Blatt. f. Rechtsanw. XVIII. 398.

daher den Satz aus: „Gegen Verbotsgesetze kann sich kein Herkommen bilden.“

Die Grundsätze des gemeinen Rechtes hinsichtlich der Wirkung des Gewohnheitsrechtes fanden in allen in Bayern geltenden Rechten¹⁾ Aufnahme, namentlich im bay. Civilrecht, obwohl „Gundling in Polit. p. 477 unsere Juris-consultos derwegen Kinder und Ochsen nennet, weil sie alles ex Statu Romanorum democratico auf unsere Reichslanden blinderdings herbeziehen.“²⁾ Das bay. Landrecht bestimmt nämlich Thl. I. cp. 2 § 15: „Wie nun 4^{to} eine solche rechtmäßige Gewohnheit vim Legis hat, so hebt sie das ältere geschriebene und ungeschriebene Recht auf, wird aber hingegen auch 5^{to} von dem jüngeren Gesetz oder widrigen Gebrauch, jedoch in Conformität obigen I. Cap. § 12 ebenfalls wieder aufgehoben“ und nach dem allegirten Cap. 1 § 12 „wird im übrigen ein Partikularstatutum, Privilegium oder Gewohnheit durch ein folgendes Generalgesetz nicht aufgehoben, es sey dann von jenen besondere Erwähnung geschehen, oder die Clausula omnium anteriorum jurium tam generalium quam specialium derogatoria miteinverleibt worden.“

Nur das preussische Landrecht nimmt eine besondere Stellung ein. Während es nämlich die Bildung von Gewohnheiten über solche Rechtsverhältnisse, über welche die Gesetze keine Bestimmung enthalten, zuläßt, erkennt es Observanzen, welche dem Gesetze widersprechen, nur an, insoferne sie den Provinziallandrechten einverleibt sind, schließt also die Bildung neuer derogirender Gewohnheiten aus.³⁾ Das oberstr. Erf. v. 13. Nov. 1864⁴⁾ beweist dieß so: „Es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den in den verschiedenen Provinzen und an einzelnen Orten, für welche das preussische L.-R. erlassen ist, bestandenen Gewohnheitsrechten und Observanzen, welche von den Bestimmungen dieses Gesetzbuches abweichende Rechtsnormen statuirten, und zwischen denjenigen, durch welche etwas bestimmt wird, was die Gesetze unentschieden gelassen haben — sohin zwischen denen contra und denen praeter legem. Da nämlich durch das allgemeine L.-R. ein für alle damaligen Theile der preuß. Monarchie gleiches Gesetzbuch geschaffen wurde, welches an der Stelle des gemeinen Rechtes trat, sollten zwar zur möglichsten Vermeidung der Rechtsungleichheit von den damals bestandenen Provinzialgesetzen, Statuten, Gewohnheitsrechten und Observanzen nur diejenigen fortbestehen, welche nach sorgfältiger Revision durch besondere Provincialgesetzbücher aus erheblichen Gründen als fortbestehend sanctionirt werden würden, oder auf welche das L.-R. ausdrücklich

¹⁾ Roth I. 111 — ²⁾ Annot. ad cod. civ. bav. p. I. cp. 2 § 15 3. 4. 5.

³⁾ Roth I. c. pg. 109. — ⁴⁾ Blätter f. Rechtsanw. XXIX. 506.

verweise; der Gesetzgeber konnte sich jedoch der Einsicht nicht verschließen, daß durch die Entwicklung des Verkehrs sich Rechtsverhältnisse bilden können, für welche im Gesetzbuch eine Bestimmung nicht enthalten ist. . . . Deshalb ward einerseits im § 3 der Einleitung zum Gesetzbuche bestimmt, daß Gewohnheitsrechte und Observanzen in den Provinzen und einzelnen Gemeinheiten nur dann gesetzliche Kraft haben sollen, wenn sie den Provincialgesetzbüchern einverleibt seien, andererseits aber auch in § 4 dieser Einleitung¹⁾ im ausdrücklichen Gegensatze zu § 3 ausgesprochen, daß, insoferne durch Observanzen etwas bestimmt werde, was die Gesetze unentschieden gelassen haben, es dabei bis zum Erfolge einer gesetzlichen Bestimmung sein Bewenden habe. In Uebereinstimmung hiemit wurde am Schlusse des Art VII. des Publications-Patentes v. 1791 bestimmt, daß nach Ablauf des für die Revision der bis her bestandenen Gewohnheitsrechte zc. und für die Erlassung der Provincialgesetzbücher vorgeschriebenen . . . Zeitraumes auf alles weitere ungeschriebene Recht keine Rücksicht mehr genommen werden, sondern daß „vielmehr nach diesem Zeitraume es bei den Vorschriften des § 4 der Einleitung zum Gesetzbuche, in welchem die rechtliche Kraft der Observanzen für die Zukunft bestimmt ist, sein Bewenden haben“ solle. . . . Hieraus ergibt sich, daß der § 3 der Einleitung nur auf solche Gewohnheitsrechte contra legem bezogen werden kann, welche bei Einführung des allg. preuß. L.-R. schon bestanden und von diesem abweichende Rechtsnormen enthielten, daß die fort dauernde Kraft nur dieser letzteren zufolge des Art. II. des Publik.-Patentes v. 29. Nov. 1795 durch ihre damalige Existenz bedingt war, — daß dagegen Observanzen (Herkommen zc.), welche nur den Mangel gesetzlicher Bestimmungen ergänzen, sich gemäß § 4 der Einleitung auch nach Einführung des L.-R. praeter legem aus- und umbilden konnten und können.“

Das oberste Erkenntniß v. 27. März 1865²⁾ spricht aus, daß der Nachweis eines Gewohnheitsrechtes für die Stadt Dinkelsbühl auf die Zeit bis zur Unterwerfung unter das preuß. L.-R. (1805) sich zu beschränken habe, da nach dieser Zeit neue demselben widersprechende Gewohnheiten sich nicht mehr bilden können.

3. Die Geltung einer Gewohnheit erstreckt sich auf das Territorium und auf den Kreis der betheiligten Personen, in welchem die das Gewohnheitsrecht constituirenden Handlungen vorgenommen wurden, erstreckt sich also innerhalb dieses Territoriums oder Kreises von Person zu Person, von Sache zu Sache laut Annotat. ad

¹⁾ Preuß. L.-R. Einleitg. § 4: „Insoferne aber durch Observanzen etwas bestimmt wird, was die Gesetze unentschieden gelassen haben, hat es bis zum Erfolge einer gesetzlichen Bestimmung dabei sein Bewenden.“ — ²⁾ Blätter f. Rechtsanw. XXX. 269. Sieh' unten sub 3. VI.

cod. civ. bav. cp. II. p. 4 § 1 F., nicht aber von Ort zu Ort. „Alle Gewohnheiten aber, sonderbar jene, welche dem Gesetze entgegenlaufen, sind strictissimae interpretationis, und extendiren sich mithin von einem Ort auf den anderen nicht.“¹⁾ In die Pfarrei S., wo herkömmlich ein Beichtzettelgeld an den Pfarrer zu entrichten ist, wurde die Ortschaft U., wo dieses Herkommen nicht besteht, eingepfarrt; der Pfarrer von S. verlangte nun auch von den Einwohnern der Ortschaft U. das Beichtzettelgeld auf Grund des in seiner Pfarrei, zu der jetzt auch U. gehört, bestehenden Herkommens. Der Verwaltungs-Ger.-Hof verwarf am 4. Mai 1883 diesen Anspruch des Pfarrers von S. und entschied:²⁾ „Die Zutheilung einer Ortschaft zu einem Pfarrsprengel, in welchem die Parochianen durch rechtsbegründetes Herkommen zur Entrichtung von sogenannten Beichtzettelgeldern an den Pfarrer verpflichtet sind, hat nicht von selbst die Ausdehnung dieser herkömmlichen Verpflichtung auf die neu Eingepfarrten zur Folge.“

V. Daraus, daß Gewohnheiten vielmehr den Gesetzen als den Thatfachen zu vergleichen sind, entsteht für die **Beweisfrage** einige Abweichung von der probatio facti, denn der Richter ist nicht schuldig, Thatfachen zu wissen, wohl aber mit Gesetzen und Gewohnheiten sich bekannt zu machen.³⁾ Das bay. L.-R. Thl. I. cp. 2 § 15 Z. 7 bestimmt: „wer sich darauf (auf das Gewohnheitsrecht) beziehet, der soll solches, so weit es nicht ohnehin schon kund und offenbar ist, genugsam beweisen.“

„Das Gewohnheitsrecht kann Gegenstand des Beweises sein, wenn es dem Gerichte unbekannt ist. Diese Beweisführung unterscheidet sich von einer gewöhnlichen Beweisaufnahme nur dadurch, daß das Gericht nach der Bestimmung des § 265 der Reichscivilproceßordnung bei Ermittlung der Existenz des betreffenden Gewohnheitsrechtes nicht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise beschränkt, sondern befugt ist, auch andere Erkenntnißquellen zu benützen. Bei der Entscheidung über das Ergebniß eines solchen Beweises ist auch hier, da die Existenz eines Gewohnheitsrechtes eine Thatfache ist, die an und für sich wie jede andere Thatfache Beweisgegenstand sein kann, das in § 259 der Reichscivilproceßordnung ausgesprochene Princip der freien Beweismwürdigung maßgebend, so daß der Richter nach freier Ueberzeugung zu entscheiden hat, ob die erwähnte Thatfache wahr sei oder nicht. Hieraus folgt zugleich daß, wenn auch dem Richter bei dieser Entscheidung die erwähnte in § 265 der Reichs-G.-P.-O. liegende Befugniß eingeräumt ist, er keineswegs verpflichtet erscheint, auch dann noch weitere Erhebungen

¹⁾ Annot. ad cod. civ. bav. p. I. cp. 2 § 15 Z. 6. 7. — ²⁾ Sammlg. IV. 465. — ³⁾ Holzschnher Bd. I. p. 18.

zu pflegen, wenn er schon aus dem vorhandenen Beweismaterial die Ueberzeugung gewonnen hat, daß ein behauptetes Gewohnheitsrecht nicht existire“ (Erf. des obersten L.=G. v. 27. März 1882).¹⁾

Nichtkenntniß des Gewohnheitsrechtes ist Rechtsirrthum.²⁾

VI. Wahrscheinlich dadurch veranlaßt, daß zur Bildung einer Gewohnheit nach bairischem Rechte ein Zeitverlauf von 30 Jahren erforderlich, daß aber derselbe Zeitverlauf zur außerordentlichen Verjährung genügt und nothwendig ist, wird nicht gerade selten **Gewohnheit und Verjährung** verwechselt. Allein der Unterschied zwischen beiden ist ein mehrfacher. Kreittmayer sagt:³⁾ „Die Verjährung hat mit der Gewohnheit zwar viel ähnliches, differirt aber gleichwohl von selber merklich darin, daß diese letztere vim legis hat, und wo nicht einem ganzen Lande, doch einer ganzen Gemeinde pro norma generali dient, wohingegen jene nur jus singulare unter gewissen Personen constituit, und sich deswegen auch nicht so, wie jene, von einem Nachbarn auf den andern, oder von einem Stück auf das andere extendiren läßt. Eine Gewohnheit braucht auch weder titulum noch bonam fidem, und kann von dem Landes-Herrn per legem contrariam alle Tage widerrufen und aufgehoben werden und obwohl mit der Verjährung pro futuro, und so weit solche noch nicht completirt ist, ein gleiches geschehen kann, so geht doch solches post completam praescriptionem so leicht nicht mehr an, weil das jus quaesitum, welches aus vollbrachter Verjährung erwachset, circa causam publicam niemand benommen werden kann.“ An anderer Stelle⁴⁾ hebt er denselben Unterschied hervor: „Die Verjährung differirt darin, daß sie weder consensum principis noch populi, consuetudo hingegen weder titulum noch bonam fidem erfordert und allezeit eine communitatem qua talem supponirt.“

Die Gerichte hatten wiederholt Veranlassung diesen Unterschied zwischen Verjährung und Gewohnheit zu betonen, so das oberstr. Erf. v. 13. Jan. 1881:⁵⁾ „die bezüglich eines einzelnen Objectes herrschende Uebung reicht für die Bildung eines Gewohnheitsrechtes nicht aus, vielmehr wird hiefür vorausgesetzt, daß die Norm, welche als Gewohnheitsrecht gelten soll, in einer Mehrzahl gleichartiger Fälle, beruhend auf der rechtlichen Ueberzeugung des Volkes, sei es nun in einem weiteren oder engeren Kreise, gleichmäßig und wiederholt beobachtet wurde. Handelt es sich aber darum, aus der langen Dauer einer Uebung in Beziehung auf ein individuell bestimmtes Object und zwischen den nämlichen Rechtssubjekten die Rechtmäßigkeit des sich daraus entwickelten Zustandes zu folgern, dann fällt das sogen. Herkommen mit der Verjährung zusammen.

1) Sammlg. IX. 569. — 2) Roth I. 114. — 3) Annotat. ad cod. civ. bav. p. II. cp. 4 § 1. f. — 4) Annotat. ad cod. civ. bav. p. I. cp. § 15 §. 1. — 5) Sammlg. Bd. IX. pg. 17.

(Arnold, Erörterungen S. 449).“ — Ebenso oberstr. Erk. v. 31. Jan 1881:¹⁾ „Von einem Zusammenfallen des Herkommens mit der Ersizung könnte nur dann die Rede sein, wenn nur eine herkömmliche Ausübung bezüglich eines einzelnen bestimmten Objectes unter den betreffenden Betheiligten und ein aus den gegenseitigen Gepflogenheiten der letzteren hergeleitetes individuelles Rechtsverhältniß in Frage stände, nicht aber eine als Gewohnheit bestehende Rechtsregel für die Grundstücke einer ganzen Ortsgemarkung.“ — So auch das Erk. d. Oberlandesgerichtes München v. 24. Jan. 1881, bestätigt durch Erk. d. obersten L.-G. v. 9. Oct. 1882: „Das Gewohnheitsrecht setzt voraus, daß eine objective Rechtsnorm, sei es in der nämlichen Ausdehnung wie das Landesgesetz, sei es eingeschränkt auf einen kleineren territorialen Umfang oder auf gewisse Gattungen von Objecten, Subjecten, oder Rechtsverhältnissen, stets eine allgemeine Geltung habe. Eine solche Observanz ist hier nicht in Frage, sondern es handelt sich lediglich um ein Rechtsverhältniß und zwar nur zwischen zwei Personen, mithin lediglich um ein individuelles Rechtsverhältniß. In einem solchen Falle kommen die Grundsätze über Verjährung in Anwendung.“

2. Nur das sogenannte materielle oder attributive Herkommen d. i. das auf ein einzelnes Object beschränkte Herkommen ist lediglich identisch mit Verjährung oder Ersizung und ist nach den Regeln der letzteren zu beurtheilen. In diesem Sinne ist Herkommen gebraucht in bay. L.-R. Thl. IV. ep. 7 § 11 Z. 9: „außer wo beide Laudemia zugleich bei dem Gut von Alters Herkommens sind — welchenfalls — es bei sothanem Herkommen sein Verbleiben hat“, und in mehreren oberstrichterlichen Erkenntnissen z. B. v. 20. März 1840²⁾, v. 15. März 1856³⁾, v. 20. Juni 1857⁴⁾ und v. 9. Oct. 1857.⁵⁾

Bücher für Kinder von 10—12 Jahren.⁷⁾

Von Johann Langthaler, reg. Chorcherr von St. Florian, Pfarrvikar in Goldwörth bei Ottensheim.

(Nachdruck verboten.)

Erzählungsschriften zur Hebung der Vaterlandsliebe. Von Robert Weissenhofer, k. k. Gymnasialprofessor. Ebenhöch (H. Roth) in Linz. 1880, klein 8°. 2 Bde. 135 und 147 Seiten. Preis eleg. gbd. 60 fr.

Die 1. Erzählung „der Schwedenpater“ ist genommen aus der Zeit des dreißigjährigen Krieges, die 2. „die Waise vom Obsthale“ aus der Zeit der Franzosen-Einfälle in Oesterreich. Schauplatz ist Niederösterreich. Held der 1. Erz-

¹⁾ Sammlg. Bd. IX. pg. 36. — ²⁾ Blatt f. Rechtsanw. VII. 142. —

³⁾ Ibid. XXI. 491. — ⁴⁾ Ibid. XXII. 298. — ⁵⁾ Ibid. XXIII. 23. — ⁶⁾ Vgl. Roth. I. pg. 110. — ⁷⁾ Vgl. 1. Heft 1887 S. 73; 2. Heft S. 337.