

Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung und für
einheitliches deutsches Recht.

Bd. 7, 1874, S. 341 - 342

Schirmer, ...: Zur Abhandlung XV. des VI. Bandes
dieser Zeitschrift

Digitale Bibliothek des

Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte

2010-09-05T15:29:20Z

Zu Abhandlung XV. des 6. Bandes dieser Zeitschrift.

Von Herrn Professor Dr. Schirmer in Königsberg.

Ein eigenthümlicher Zufall hat es gefügt, daß zu derselben Zeit, in der obiger Aufsatz meines verehrten Freundes und Kollegen Dahn entstanden ist, auch in mir, angeregt durch die Schrift von F. Adickes, der Gedanke an eine ähnliche Arbeit über denselben Gegenstand wachgerufen wurde. Mündliche Besprechung ergab eine solche Uebereinstimmung der beiderseitigen Ansichten, daß ich der bereits vollendeten Arbeit des Kollegen gegenüber gern von jeder weitergehenden Ausführung des Geplanten Abstand nahm und nur versprach, möglicher Weise der gedruckt vorliegenden Abhandlung vom Romanistischen Standpunkte aus einen kurzen Nachtrag hinzuzufügen. An dies Versprechen erinnert, komme ich demselben bereitwillig nach, nur daß ich meinem Freunde es zu verantworten überlassen muß, wenn Manchem der Nachtrag des Abdruckes kaum werth erscheinen sollte. — Es handelt sich nämlich für mich nur um einen einzigen Punkt, der in Dahn's Aufsatz nicht so betont ist, als ich es möchte. Ich meine das Verhältniß des Gewohnheitsrechtes zum Gesetze. In den dies betreffenden Anschauungen finde ich den eigentlichen Kernpunkt des ganzen Adickesschen Buches, das ihn zu seiner Polemik wider die Lehren der historischen Schule treibende Moment. Und ich gestehe weiter zu, hierin ist das gesunde und richtige Element in der Auffassung unseres gemeinsamen Gegners. Während die Frage nach der Entstehung des Gewohnheitsrechtes, überhaupt die gesammte einschlagende Lehre, wie Savigny bezeichnend sagt, in das Gebiet der juristischen Metaphysik gehört, so fällt doch das Verhältniß des Gewohnheitsrechtes zum geschlichen bereits in den Kreis der positiv gewordenen Rechtsüberzeugung hinein. Es läßt sich daher ein absoluter, allgemein wahrer Grundsatz über die Beziehung zwischen den Normen des staatlichen Gesetzes und der gewohnheitsrechtlichen Übung nicht aufstellen. Es ist nicht bloß ein Irrthum über die Tragweite der eigenen Kraft, nicht bloß eine Folge der Unkenntniß der zu Grunde liegenden philosophischen Wahrheiten, ein Verkennen der inneren Natur des Gewohnheitsrechtes, wenn der Gesetzgeber dem Gewohnheitsrechte seinem Gesetze gegenüber derogirende Kraft

abspricht; es ist das zugleich ein Stück positiver Rechtsüberzeugung. Und diese braucht keinesweges bei dem Gesetzgeber allein sich zu finden, sie kann von seiner Zeit überhaupt getheilt werden. Es kommt eben darauf an, mit welcher Energie der Staatsgedanke das gesammte Rechtsleben des Volkes beherrscht. Es ist mir ein Zeichen der Zeit, daß die Idee der Tridericianischen und Josephinischen Periode eben jetzt auch in den Kreisen der in der Savignyschen Schule gebildeten Juristen wiederum schärfer hervortritt. Für den sich auch hier vollziehenden oder vorbereitenden Umschwung legt Adickes unwillkürlich Zeugniß ab. — So werden wir denn aber auch den römischen Juristen besser gerecht werden können, als Savigny dies von seinem Standpunkte aus vermochte. Es wird die L. 2 C. quae sit longa consuet. VIII. 53 verständlich, ohne daß man nöthig hat, an ihrem klaren Wortlaute in willkürlicher und gezwungener Weise herum zu deuteln oder das wortgemäße Verständniß derselben aus dem „absolutistischen, selbstgefälligen und bornirten Wesen Constantin's“ begreiflich zu finden. Es liegt eine tiefere Wahrheit, nicht blos eine Verwechslung oder Vermischung des politischen und nationalen Ganzen darin, wenn in L. 32 §. 1 D. de legg. 1, 3 Julian die Geltung des Gewohnheitsrechtes dem Gesetze entgegen auf den tacitus consensus omnium, gleich wie auf ein tacitum suffragium populi gründet; und dann überhaupt die bindende Kraft des Gewohnheitsrechtes aus derselben Anschauung herleitet. — cf. L. 35 D. eod. Nur das darf man natürlich nicht behaupten, daß die sogen. clausula derogatoria dem Gesetze eine größere Kraft geben könnte, als es ohne dies haben würde. Ja, ein solcher Zusatz giebt viel eher zu erkennen, daß verschiedene Rechtsanschauungen über das Verhältniß von Gesetz und Gewohnheitsrecht mit einander im Kampfe liegen. Der Ausgang dieses prinzipiellen Kampfes entscheidet dann eventuell über das einzelne Gesetz mit; und ist die der stärkeren Kraft des staatlichen Gesetzes günstige Auffassung Siegerin, so kommt es selbstverständlich nicht zu einem wirklichen letzterem widersprechenden Gewohnheitsrechte, höchstens zu einem versuchten Ansätze zur Bildung eines solchen.

Königsberg, den 25. Mai 1873.