

Das allgemeine bürgerliche  
Gesetzbuch und die Gewohnheiten  
im Wandel des Jahrhunderts.\*)

Von

Dr. Emanuel Tilsch

o. ö. Professor an der k. k. böhm. Karl Ferdinands-Universität in Prag.

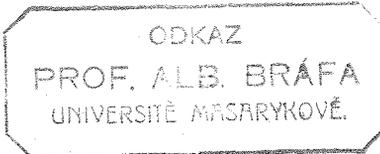
*J. H.*

*Bräfa*



*Jeho Excellenci  
p. dr. Albinu Gráfovi  
s výrazem zvláštní vřady*

*autor*



\*) Übersetzung aus dem Böhmischem.

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA  
PRÁVNICKÉ FAKULTY UJEP  
STARÝ FOND  
C. inv.: 033093

Bereits in der romanistisch-kanonistischen Doktrin des Mittelalters hatte eine dem Gewohnheitsrechte ungünstige Strömung die Oberhand gewonnen; in der Tat entsprach es weder dem Autoritätsprinzip noch den universalistischen Bestrebungen der Kirche und auch die römische Kaisermacht hatte aus denselben Gründen keine Veranlassung, es zu unterstützen. Seine Anwendbarkeit wurde denn auch durch Aufstellung von Erfordernissen eingeengt, die schwer zu erfüllen oder leicht als mangelnd nachweisbar waren und diese Einengung als Kampfmittel gegen die partikularen einheimischen Rechte benutzt, die dem römischen als dem geschriebenen Kaiserrechte zu weichen hatten. Auch der spätere Humanismus mit seiner Vorliebe für die Antike, konnte den einheimischen Gewohnheitsrechten keine Hilfe bringen und ebensowenig die allmähliche Erstarkung der landesfürstlichen Macht, die zum Absolutismus führte. Im achtzehnten Jahrhundert nahm man denn auch überwiegend an, daß das Gewohnheitsrecht nur aus der ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers seine Kraft schöpfe. Um nun die Zahl der Feinde voll zu machen, erklärten sich auch die Aufklärer, die Rationalisten, die Weltverbesserer und Umsturzleute als offene Feinde des Gewohnheitsrechtes; ja, während man früher das Gewohnheitsrecht zumeist vom Standpunkt der übergeordneten Autorität bekämpfte und als *foetus rei publicae democraticae* verschrie, kam nun auch von Seite der Beherrschten die Abweisung. In der klaren und bewußten Formulierung der Gesetze sahen sie die beste Gewähr gegen Unterdrückung, in die reformatorische und rasch eingreifende Gesetzgebung und nicht in das retrospektive und schwerfällige Gewohnheitsrecht setzten sie ihre Hoffnungen auf Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit. Dazu kamen in manchen Staaten noch die dem Gewohnheitsrecht ebenfalls feindlichen Zentralisierungsbestrebungen. Von oben und unten verlassen, ergab sich das zu Tode gehetzte Gewohnheitsrecht und in Österreich gönnte man ihm den Gnadenstoß, den man ihm in Frankreich und Deutschland versagte.

In Deutschland schien dem Gewohnheitsrecht sogar in der ersten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts ein glänzender Retter

zu erstehen. Die historische Schule überhäufte es mit ihrer Liebe, einer romantischen und im Grunde platonischen Liebe, deren Ursprung und Ziel kaum je zweifellos werden aufgeklärt werden. Es ist wohl anzunehmen, daß sie aus der Antipathie gegen die französische Revolution und die mit ihr in assoziativen Zusammenhang stehende bewußte Weltverbesserung entstanden ist, so daß man eine Befriedigung darin empfand, dem Bewußten etwas Unbewußtes, dem Sprunghaften etwas Allmähliches entgegensetzen zu können und das letztere außerdem als ein würdigeres, weil von Zufälligkeiten weniger abhängiges Substrat der Wissenschaft hinzustellen. Gewiß ist, daß diese Denkungsart den konservativen Elementen willkommen sein mußte, da man in der Tat dem Stillstande das Wort sprach, wenn man der Zeit den Beruf zur Gesetzgebung aberkannte und an Stelle der letzteren ein Gewohnheitsrecht anpries, dessen Neubildung so gut wie ausgeschlossen war. Ein bewußt-politisches Vorgehen seitens der führenden Geister ist jedoch wohl kaum anzunehmen, und um so weniger bei den Anderen, die einfach derjenigen Lehre folgten, die ihnen als allein echt wissenschaftlich vorgetragen wurde. Eine wirkliche Neubelebung des Gewohnheitsrechtes konnte die historische Schule nicht bewirken. Ihre Lehre brachte jedoch eine für unseren Gegenstand in der Folge äußerst bedeutsame Errungenschaft: die Unterscheidung des Gewohnheitsrechtes von der bloßen, nicht höher qualifizierten, insbesondere nicht mit *opinio necessitatis* verbundenen Gewohnheit, wodurch die Ablösung dieses lebensfähigen Gebildes von dem Kadaver des Gewohnheitsrechtes ermöglicht wurde.

Was nun speziell die Rechtsentwicklung in Österreich betrifft, so trugen auch hier die oben bezeichneten Elemente, derer insbesondere der Josefinismus mehrere in sich vereinigte, zur Unterdrückung des Gewohnheitsrechtes bei. Ich erachte es hier nicht für meine Aufgabe, die Geschichte der Kodifikation in dieser Hinsicht im einzelnen zu verfolgen; es ist dies bereits in Pfaff-Hofmanns Kommentar bei § 10 in einer für unsere Zwecke vollkommen ausreichenden Weise geschehen. Mir dient hier als Ausgangspunkt die Bestimmung des § 10 ABGB., welche lautet: „Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden.“ Es besteht für mich kein Zweifel, daß hiedurch das Gewohnheitsrecht für den Bereich des allgemeinen österreichischen Privatrechtes ausgeschlossen ist. In der Tat beruft sich kein Gesetz dieses Bereiches auf Gewohnheitsrecht und wenn dies auch geschähe, so würde das Gewohnheitsrecht doch seine verbindliche Kraft nur dem Gesetze verdanken.

Man hat nun behauptet, daß das Gesetz die Bildung von Ge-

wohnheitsrecht nicht verbieten könne. Dieser Ausspruch ist richtig oder unrichtig, je nach dem Zusammenhang, in den er gestellt wird. Ein etwas auffallenderes Beispiel mag dies erläutern. Wenn jemand Geschichte studiert, so wird er allerdings finden, daß Verfassungen nicht nur durch Abstimmung mit Zweidrittelmajorität, sondern auch durch Staatsstreich oder Revolution abgeändert werden können. Sobald er aber ein System irgend eines positiven Staatsrechtes aufstellt, wird es ihm kaum einfallen, diesen Satz als Satz dieses positiven Staatsrechtes ausgeben zu wollen. Wer nun über positives österreichisches Privatrecht schreibt, muß sich eben in ähnlicher Weise bescheiden. Dies kann ihm aber auch gar nicht schwer fallen, da in der Tat in dieser Beziehung eine Divergenz zwischen dem Rechte, das „gilt“, und dem Rechte, das geübt wird, nicht besteht; denn § 10 wird allgemein sowohl von den Gerichten als auch von dem Publikum, resp. von Zitelmanns normal denkendem Menschen<sup>1)</sup>, als geltendes Recht angesehen. Die Möglichkeit, daß es einmal anders kommen könnte, kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dies ist aber derzeit höchst unwahrscheinlich und wenn es so käme, so läge eben eine *vis major* vor, die in das Gebiet des bisher geltenden Privatrechtes von außen einbrechend, neues Recht schüfe. Schließlich kommt es doch darauf an, mit welchen Merkmalen man die Begriffe „Recht“ und „positives Recht“ ausstattet, worauf hier nicht weiter eingegangen werden kann.

Weit interessanter als zum Gewohnheitsrechte ist das Verhältnis des § 10 zu der bloßen Gewohnheit, zum gemeinen Gebrauch (wobei die Unterscheidung hier vom Leser in der herrschenden Weise zu Grunde gelegt werden kann). Interessanter nicht nur deshalb, weil die Frage bei weitem praktischer, ja allein praktisch ist, sondern auch darum, weil die im Laufe des Jahrhunderts wechselnden Auffassungen in ganz auffallender Weise den gleichzeitigen politischen Strömungen entsprechen.

Wie ich in meinem allgemeinen Teil des österreichischen bürgerlichen Rechtes<sup>2)</sup> dargelegt habe, lassen sich in der rechts-politischen Geschichte Österreichs im neunzehnten Jahrhundert drei große, ziemlich scharf abgegrenzte Perioden unterscheiden, von denen die erste, diejenige des konservativen absolutistischen Staates bis etwa 1859, die zweite, das Regime des Liberalismus bis etwa 1879, und die dritte, die Periode der sozialen Fürsorge bis zur Gegenwart dauert und voraussichtlich noch längere Zeit andauern wird. Ähnliche

<sup>1)</sup> Archiv für ziv. Praxis. 66. Bd. S. 459.

<sup>2)</sup> Und in der *Revue de droit international* 1911 Nr. II.

Perioden sind auch in anderen Ländern festzustellen, so insbesondere in Frankreich und England<sup>3)</sup>, nur daß die Abschnitte in diesen Ländern ihrer westlicheren Lage entsprechend früher beginnen, da in der Neuzeit, im Gegensatz zum Altertum, die suggestiven Ideen ihren Siegeslauf von Westen gegen Osten zu nehmen pflegen.

In einer Zeit, in der selbst die historische Schule als eine von außen kommende Neuerung höchst bedenklich gewesen wäre und man, trotz seiner revolutionären Assoziationen, lieber beim hergebrachten alternden Naturrecht verharrte, blieb es eben auch bezüglich der Gewohnheiten beim Alten. Ein Unterschied zwischen Gewohnheitsrecht und bloßer Gewohnheit kam nach wie vor nicht zum Bewußtsein und obzwar Winiwarter in den dreißiger Jahren diesen Unterschied hervorhob, verhallten seine Worte unbeachtet. So würden denn nur so löbliche Gewohnheiten, wie das Austrommeln (§ 389), der Leichenschmaus (§ 549) und wenige andere, die das zufällige Glück hatten, vom Gesetz bezogen zu werden, gerettet, die übrigen jedoch mit dem Gewohnheitsrecht zu Grabe gelegt.

Ein lehrreiches Beispiel bietet der in Wien und anderen großen Städten herrschende Gebrauch der Vorauszahlung des Mietzinses. Schon Donner<sup>4)</sup> berichtet im Jahre 1778, daß „hier in der Stadt Wien von den Hausinnhabern der halbjährige Zins seit vielen Jahren zum Vorhinein gefordert“ wird, daß jedoch, „wenn es zur Klage kömmt, . . . das nirgends als ein gesetzmässige Gewohnheit angesehen, und ihnen der Zins vor der Zeit nicht zugesprochen“ wird. Dieser Bericht zeigt uns deutlich, wie wenig Macht der Gewohnheit schon damals, ohne daß die Bestimmung des § 10 bestand, gegenüber dem gemeinen Rechte<sup>5)</sup> zuerkannt wurde. Auch in den Kodifikationsarbeiten wird von dieser in Wien bestehenden Übung Erwähnung getan, ohne daß derselben jedoch schließlich irgendwie Rechnung getragen worden wäre, wie aus § 1100 ersichtlich ist. Daß diese Divergenz zwischen den Gewohnheiten des Publikums und der Gesetzesbestimmung trotzdem fortwährend zu unliebsamen Konflikten führte, bestätigt uns Kopezky in einem diesem Gegenstande gewidmeten Aufsatz<sup>6)</sup> aus dem Jahre 1842. Er konstatiert vor allem das Fortdauern dieser Gewohnheit, aber auch die fortdauernde, jetzt mit dem Hinweis auf § 10 motivierte, ablehnende Haltung der Gerichte.

<sup>3)</sup> In Betreff Frankreichs vgl. Planiol, *Traité de droit civil* I. 1908, p. 37 in Betreff Englands Dicey, *Relation between Law and Public Opinion*, 1905.

<sup>4)</sup> Einleitung zum Kenntniss der österr. Rechte I. 1778, S. 5.

<sup>5)</sup> Offenbar war gemeines Recht maßgebend. Vgl. Linden, Das früher in Österreich übliche gemeine und einheimische Recht, 1815, bei § 1100. (Obzwar wohl auch nach diesem die Gewohnheit zu berücksichtigen war, vgl. Linden l. c.).

<sup>6)</sup> Zeitschrift f. österr. Rechtsgelehrs. 1842, II, S. 65.

Er erzählt uns, daß sich die Eigentümer in die Notwendigkeit versetzt sahen, gleich beim Abschluß des Mietvertrages die Vorauszahlung ausdrücklich zu bestimmen oder in schriftlich errichteten Kontrakten festzusetzen, daß jedoch viele Eigentümer sich dadurch noch nicht genug geschützt glaubten, sondern der mit Kind und Kegel einziehenden Mietpartei das Betreten der Wohnung ohne bare Vorauszahlung des Mietzinses einfach verweigerten, so daß die Gefahr von Straßentumulten in den Ausziehterminen heraufbeschworen wurde. In der Tat scheinen daher die Gerichte den § 1100<sup>7)</sup> als eine nur mit dem schweren Geschütz eines schriftlichen Kontraktes oder einer ganz unzweifelhaften ausdrücklichen mündlichen Vereinbarung zu erobernde Festung angesehen zu haben. Wie wenig sie mit der Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung zu operieren verstanden, geht aus einem speziellen, bei Kopezky angeführten Falle hervor: Ein Mieter, der seit vielen Jahren den Zins immer vorhinein gezahlt hatte, verweigerte nach dem Tode des Hauseigentümers dem Erben die weitere Vorauszahlung und gewann den Prozeß, weil ein ausdrückliches Übereinkommen nicht mehr bewiesen werden konnte. Diese äußerst sparsame Handhabung des Momentes der stillschweigenden Willenserklärung, das in unserer Sache, wie wir noch sehen werden, eine wichtige Rolle spielt, ist übrigens für die erste Periode auch durch eine bei Peitler registrierte und als prinzipiell an die Spitze gestellte Entscheidung aus dem Jahre 1834 bezeugt. „Das Stillschweigen über ein Vertragsverhältnis begründet die rechtliche Vermutung, daß die Paziszenten es bei den gesetzlichen Bestimmungen bewenden lassen wollen, keineswegs aber eine entgegengesetzte Überkunft, welche nur durch eine ausdrückliche (bei Peitler gesperrt gedruckt) Erklärung, mit rechtlicher Wirkung an den Tag gelegt werden kann.“ Bei dieser Auffassung, welche offenbar auch den Entscheidungen über die Mietzinsfrage zu Grunde lag, konnten sich die Gewohnheiten selbst durch das Medium der stillschweigenden Willenserklärung keine Anerkennung verschaffen.

Es ist auffallend, wie die Haltung der Schriftsteller und der Gerichte so ganz dem Geiste der Zeit entsprach. In formeller Hinsicht ist es der enge Sinn der Auslegung der Gesetze, sowohl als der Rechtsgeschäfte, der Wortkultus in beiden Richtungen, der sich in letzterer insbesondere in der ganz ungerechtfertigten Degradierung der stillschweigenden Willenserklärung offenbart. Es wäre jedoch kurzsichtig, bei einer derartigen, nur der äußeren Form zugewandten

<sup>7)</sup> „Außer dem Falle einer besonderen Verabredung ist der Zins . . . nach Verlauf der . . . (Bestandzeit) zu entrichten.“

Beurteilung dieser Periode stehen zu bleiben, die Ursache muß noch tiefer im Gefühlsleben der Zeit gesucht werden. Und es bedarf da nur auf den unbeirrten Autoritätsglauben, auf die volle Zuversicht hingewiesen zu werden, *que tout est pour le mieux dans la meilleure des lois possibles*, um es erklärlich zu finden, daß man in Gebräuchen, soweit sie nicht etwa vom Gesetzgeber sanktioniert waren, nur Erscheinungen des beschränkten Untertanenverstandes erblickte. Sie waren nicht nur Eigenmacht und Auflehnung, sondern auch Dummheit; sie sollten nicht berücksichtigt werden und verdienten es ja auch gar nicht. Die formellen Argumentationen sind dann nur der Ausdruck für dieses Gefühl.

Nach den bewegten Jahren 1848—49 war die vollständige geistige Absperrung Österreichs nicht mehr aufrechtzuerhalten. Unger, dessen erster Teil des Systems 1856 erschien, konnte daher auf die teilweise Empfänglichkeit der aufgeweckteren jüngeren Köpfe hoffen. Sein Werk, durch das es ihm gelang, die engen Fesseln der österreichischen Jurisprudenz zu sprengen, kann nicht als bloße Übertragung der deutschen historischen Schule gewertet werden; als voller Bruch mit der Tradition war es die selbständige Tat eines selbstgeschaffenen Mannes. Auch den gemeinrechtlichen Theorien gegenüber weiß er seine Selbständigkeit zu wahren und bezüglich des Gewohnheitsrechtes wagt er es, selbst auf die Gefahr hin, einer historisch-philosophisch nicht genügend tiefen Auffassung geziehen zu werden, den nüchternrichtigen Satz auszusprechen, daß, wenn „es gesetzlich verboten ist, auf Gewohnheitsrecht Rücksicht zu nehmen, jeder Richter nur das Gesetz zur Anwendung bringen wird und jedes andere Urteil nichtig wäre“. Von dem Gewohnheitsrecht, das durch § 10 ausgeschlossen ist, unterscheidet er aber die „Gewohnheit im natürlichen Sinne als Übung, Gebrauch, Sitte, Herkommen, welche nicht eine Rechtsregel begründet, sondern als eine bloße Wiederkehr gleichförmiger Handlungen, als eine stetige Wiederholung gewisser Vorgänge erscheint, welche ihren Grund nicht in einer Rechtsüberzeugung, sondern in dem äußerlichen Satz *consuetudo est altera natura* haben“. Auf diese Gewohnheiten ist § 10 nicht anwendbar, vielmehr ist auf sie Rücksicht zu nehmen, „ohne daß es einer ausdrücklichen Berufung von Seite des Gesetzgebers bedürfte“. Als Beispiel fügt er einen uns bereits wohlbekannten Fall an: „Besteht z. B. an einem Ort die Sitte, das Mietgeld vor auszubezahlen, so muß der Mieter dasselbe pränumerieren, sollte die Vorausbezahlung auch nicht ausdrücklich stipuliert worden sein.“ Wenn wir uns an unsere früheren Erörterungen erinnern, so liegt für uns auf den Worten „auch nicht ausdrücklich“ das Hauptgewicht. Zu alledem wird jedoch in der Note

eine wichtige Beschränkung hinzugefügt: „Nur wird in solchen Fällen natürlich immer vorausgesetzt, daß beide Parteien die Sitte kannten und sich ihr somit stillschweigend unterwarfen.“

Diese Meinung Ungers wurde zur herrschenden, auch Randa lehrt so, und Pfaff-Hofmann stehen in ihrem Kommentar auf demselben Standpunkt. Letztere führen nur genauer aus, was wohl auch schon aus Ungers Ausführungen hervorgehen dürfte, daß es sich bei der Herbeiziehung der Gewohnheiten nur um Interpretation des Parteiwillens handle und daß dies das einzige Anwendungsgebiet der Gewohnheiten sei. Auch die Gerichte folgten zum großen Teil, obzwar langsamer als die Theorie, der neuen Lehre; was die Mietzinsfrage anbelangt, so sei auf die Entscheidungen GZ. 1866, Nr. 78, S. 312 (aus dem Jahre 1866), GIU. 2671 (aus dem Jahre 1866), 7488 und 7520 (aus dem Jahre 1879) verwiesen, in welchen sämtlich anerkannt ist, daß auf die ortsübliche Zahlungszeit des Mietzinses Rücksicht zu nehmen ist. Eine mit den Worten „In der Erwägung, daß der Mietzins in Hernald notorisch in Vorhinein zu entrichten ist“ beginnende Begründung, wie sie die letztgenannten zwei Entscheidungen aufweisen, ist in der vorigen Periode einfach undenkbar.

Wenn wir nun den rechtspolitischen Hintergrund dieser Lehre darzulegen gedenken, müssen wir uns darauf gefaßt machen, auf ungläubige Gemüter zu stoßen. Mag es nun Zufall genannt werden oder nicht, für mich ist es gewiß, daß die von Unger gefundene Lösung gerade den Grundideen des Liberalismus entspricht, der in den Sechziger- und Siebzigerjahren zur Herrschaft gelangte, woran Unger selbst hervorragenden Anteil nahm. Und wieder ist es nicht das vor allem ins Auge fallende formale Element: die freiere Behandlung des Gesetzes, die freiere, nicht an das Wort gebundene, sondern die jeweilige Situation berücksichtigende Auslegung der Rechtsgeschäfte, auf das ich das Hauptgewicht zu legen gedächte; vielmehr ist es die ganz und gar individualistische Stimmung, die den Grundton dieser Anschauung abgibt. Nicht aus Vorliebe für Massenerscheinungen, für soziales Wesen, werden die Gebräuche herangezogen; nein, die ganze Argumentation dient einzig und allein der Aufrechterhaltung des Privatwillens. Die Umstände und darunter die Gebräuche, sind bei Auslegung der Rechtsgeschäfte zu berücksichtigen, nicht nur, weil es jetzt als eine unerträgliche Borniertheit empfunden wird, am Buchstaben zu kleben, sondern weil durch deren Berücksichtigung der wahre, innere Wille der Partei besser zur Geltung kommt. Die Gebräuche an sich sind dem Individualisten ganz gleichgültig, nur als Retter des individuellen Willens zieht er sie heran. Daß sie nur bei Rechtsgeschäften herangezogen werden und daß bei

diesen die Willenstheorie zu Grunde gelegt wird, zeigt deutlich, daß sich das Individuum durch andere soziale Mächte als das Gesetz nur dann für gebunden erachtet, wenn es ihm genehm ist. Der Grundzug des Liberalismus liegt wohl zu Tage.

In den letzten zwei Jahrzehnten des neunzehnten Jahrhunderts macht sich auch in Österreich eine Strömung bemerkbar, die von Westen kommend, der Gemüter langsam aber sicher sich bemächtigt. Durch ihre Neuheit gewinnt sie die Modernen, während die konservativen Elemente durch ihre Bekämpfung des Liberalismus keineswegs unsympathisch berührt werden; es ist daher kein Wunder, wenn wir im Sinne dieser Richtung, die wir dem gemeinen Sprachgebrauch gemäß als soziale bezeichnen wollen, Anhänger verschiedener politischer Parteien tätig erblicken. Bei der traditionellen und wiederholt zum Programm erhobenen Anlehnung der österreichischen Jurisprudenz an die deutsche, muß es mit Anerkennung hervorgehoben werden, daß es gerade österreichische Schriftsteller waren, die dieser Strömung bald verständnisvoll entgegenkamen und durch originelle Gedanken und Formulierungen den ideellen Mächten den wenig gewohnten Weg von Osten gegen Westen anwiesen. Es brauchen hier nur, vom rechten zum linken Flügel fortschreitend, die Namen Steinbach, Ehrlich, Menger genannt zu werden. Nebenbei mag bemerkt sein, daß sich ein ähnlicher Vorgang auch im Gebiete des Zivilprozesses abspielte.

Es kann nun allerdings schon vorausgesetzt werden, daß der sozialen Richtung in Betreff des sozialen Gebildes der Gewohnheit eine besondere Bedeutung zukommen dürfte, wir wollen uns aber vorläufig durch diese Annahme nicht beeinflussen lassen und das Gebiet der Rechtsgeschäfte, für das die vorige Periode der ersten gegenüber ein Stück Anerkennung der Gewohnheit errungen hatte, vorurteilslos betrachten. Die auffallendste Erscheinung der letzten Jahrzehnte ist das Überhandnehmen der Erklärungstheorie, deren vollständiger Sieg über die allmählich zurückweichende Willenstheorie nur eine Frage der Zeit zu sein scheint. Und man glaube ja nicht, dies gelte nur für Deutschland, wo das bürgerliche Gesetzbuch dem ersten Entwurf gegenüber deutlich diese Richtungslinie zeigt, oder für Österreich, wo man sich nun erst bewußt wird, daß das ABGB doch eigentlich auf der Erklärungstheorie beruht oder ihr nahesteht; im Gegenteil, auch in Frankreich und England zeigen sich analoge Erscheinungen, wenngleich nicht stets unter völlig gleichem Namen.

Wir nehmen daher als feststehend an: in praktisch-materieller Hinsicht das Anwachsen der sozialen Lebensauffassung gegenüber der individualistischen, in theoretisch-formeller Hinsicht das Anwachsen

der Erklärungstheorie gegenüber der Willenstheorie. Mag es nun wieder bloßer Zufall genannt werden oder nicht, höchst auffallend ist es gewiß, daß die Willenstheorie dem individualistischen, die Erklärungstheorie dem sozialen Standpunkt entspricht. Dies ist eben ohneweiters klar, da die erstere grundsätzlich den inneren Willen des Individuums zu erforschen heißt und für den Inhalt des Rechtsgeschäftes bestimmend sein läßt, während die letztere die Erklärung in derjenigen Bedeutung nimmt, die ihr vom Publikum im allgemeinen zugeschrieben wird und es dabei grundsätzlich beläßt. Um kleinteiligen, vom *punctum saliens* ablenkenden Einwendungen im vorhinein zu begegnen, erachte ich es für nötig zu bemerken, daß es mir hier weder darum zu tun ist, irgendeine Nuance der Erklärungstheorie zu akzeptieren oder selbst aufzustellen, sondern bloß darum, den Unterschied der Standpunkte in großen Zügen hervorzuheben.

Diese Wendung zu Gunsten der Erklärungstheorie hat nun für unsere Frage eine ganz besondere Bedeutung. Die Gewohnheiten hatten in der vorigen Entwicklungsstufe durch das Medium der stillschweigenden Willenserklärung den Eingang in das Gebiet der Rechtsgeschäfte gefunden, sie mußten sich jedoch im einzelnen Falle durch einen speziellen Erlaubnisschein legitimieren; jetzt steht ihnen der Zutritt grundsätzlich frei, sie würden denn speziell hinausgewiesen. Allerdings hinkt das Gleichnis etwas, aber nicht allzusehr. Um ohne Bild zu sprechen, so besteht der praktische Unterschied darin, daß dann, wenn man die Willenstheorie zu Grunde legt, es auf die Kenntnis der Gewohnheiten grundsätzlich ankommt, während, wenn man die Erklärungstheorie zu Grunde legt, es auf die Kenntnis der Gewohnheiten grundsätzlich nicht ankommt. Allerdings kann die Partei, welche über die Bedeutung ihres Tun und Lassens im Irrtum war, zu den Irrtumsnormen ihre Zuflucht nehmen, allein die Einwendung des Irrtums wird bei genügender Notorietät der Gewohnheit durch die Replik der eigenen Schuld des Irrenden zurückgewiesen werden können (wogegen diesem dann bloß die *deplicatio doli* zu Gebote stünde, § 876).

Hiebei darf jedoch nicht verschwiegen werden, daß die Erklärungstheorie, die in der Literatur die Oberhand gewonnen hat, in der Praxis noch nicht diejenige Verbreitung fand, die man anzunehmen geneigt wäre; offenbar ist ein großer Teil der Richter, insbesondere der älteren, immer noch geneigt, den inneren Willen als etwas wertvolleres als die „äußerliche“ Erklärung aufzufassen, wobei gewiß auch das Moment mitspielen mag, daß es sich bei Erforschung des individuellen Willens um die Erforschung von etwas Speziellem, bei der Erforschung der üblichen Bedeutung der Erklärung jedoch um

die Erforschung von etwas Generalisiertem handelt, das erstere aber vielen Naturen genehmer ist, als das letztere.

Trotzdem lassen sich Entscheidungen anführen, deren Lösungen früheren Zeiten wohl fern gelegen hätten. Zum Beispiel die Entscheidung aus dem Jahre 1890 (Právník, 1890, S. 212): Ein Auszügler begnügte sich nicht mit ebenem Maß der ihm zugesagten Naturalien, sondern verlangte „gehäuftes“ Maß, mit Berufung darauf, daß man in dem betreffenden Orte den Auszüglern immer gehäuftes Maß gebe. Dies war wirklich der Fall, und die I. und III. Instanz entschieden zu seinen Gunsten (mit Berufung auf § 905 i. f.). Oder die Entscheidung vom Jahre 1903 (GIUNF. 2904; NOWNF. VI. 761): Ein Revierförster, der eine zweimonatliche Kündigung anzunehmen sich weigerte, berief sich auf einen in Galizien bestehenden Gebrauch, „wonach die in land- und forstwirtschaftlichen Diensten angestellten Privatbeamten nur gegen eine drei Monate vor Ablauf des Dienstjahres erfolgte Kündigung verabschiedet werden können“. Während die beiden unteren Instanzen den Gebrauch für unbeachtbar ansahen, erkannte der Oberste Gerichtshof die Relevanz desselben an und hob das Verfahren wegen Mangels des Beweisverfahrens auf. Ferner die Entscheidung vom Jahre 1885 (GIU. 10479), mit welcher ausgesprochen wurde, daß die angeführte Art der Preisbestimmung seitens eines Schieferdeckers derart stadtkundig (notorisch) ist, daß die Beachtung beider Parteien auf diesen Gebrauch als selbstverständlich angenommen werden könne. Dann die Entscheidung vom Jahre 1894 (GIU. 15157), in welcher stillschweigende Unterwerfung unter die ortsüblichen Modalitäten bezüglich des Gebrauches eines „eigenen Grabes“ angenommen wird, wenn der Berechtigte es unterlassen hat, über den Inhalt und die Grenzen der ihm eingeräumten Berechtigung Aufschluß zu verlangen. Schließlich dürfte auch die Entscheidung des Wiener Oberlandesgerichtes aus dem Jahre 1882 (NotZ. 1882, S. 226) in der uns bereits vertrauten Mietzinsfrage anzuführen sein.

In diesen Entscheidungen prägt sich gewiß die Tendenz aus, die Gewohnheiten in größerem Maße als früher zu berücksichtigen, in keiner wird die wirkliche Kenntnis der Partei als entscheidend angesehen, teilweise wird durch eine *praesumptio juris et de jure* die Fiktion der Kenntnis geschaffen, in der vorletzten Entscheidung die Nichtkenntnis sogar konstatiert.

Daß die „soziale“ Wendung in der Gerichtspraxis noch nicht völlig zum Bewußtsein gekommen ist, läßt sich übrigens auch dadurch erklären, daß unsere hier als dritte angeführte Periode noch in der Entwicklung begriffen ist.

Interessant ist es zu bemerken, daß auch in anderen Ländern

dieselbe Entwicklung zur größeren Berücksichtigung der Gewohnheiten, und zwar auf gleichem oder ähnlichem argumentatorischen Wege (stillschweigende Willenserklärung — Erklärungstheorie) stattfindet. In Betreff Deutschland muß auf die immer mehr Anhänger gewinnende Danzische Theorie der Auslegung hingewiesen werden. Und ich entnehme dem neuesten englischen Werke über unseren Gegenstand (Aske, *Custom and Usages*, 1910), daß die Gerichte in neuerer Zeit den Gewohnheiten viel geneigter sind als früher und daß es insbesondere als „*modern principle*“ gilt, die Kenntnis einer notorischen gemeinen Gewohnheit seitens der Partei jetzt nicht mehr zu verlangen, wogegen dies vor den Sechzigerjahren des neunzehnten Jahrhunderts allerdings der Fall war.

Die Entwicklungshypothese, die ich aufstelle, ist mithin die folgende. In der ersten Periode bedurfte die Gewohnheit der ausdrücklichen Sanktion des Gesetzgebers, was dem Autoritätsprinzip entsprach. In der zweiten genügte die stillschweigende Sanktion des einzelnen Individuums; dies entspricht dem Prinzip des Individualismus. In der dritten endlich erfolgte ihre Emanzipation auch vom Individuum, sie wird zu einer selbständig zu berücksichtigenden Erscheinung und dies ist der sozialen Anschauung gemäß. Wenn wir die Wertkategorie anwenden, könnte auch gesagt werden: In der ersten Periode steht man der Gewohnheit unsympathisch gegenüber, in der zweiten ist sie etwas an sich gleichgültiges, in der dritten begegnet man ihr sympathisch.

Sobald aber das letztere der Fall ist, wird man ihrer Bedeutung gewiß auch bald auf anderen privatrechtlichen Gebieten als auf demjenigen der Rechtsgeschäfte gewahr werden. Da ist vor allem das andere große Gebiet des Obligationenrechtes, die Deliktobligationen. Von der sozialen Bedeutung der neuen Erfolgshaftung geblendet, hat man der sozialen Bedeutung der alten Schuldhafte kaum die gebührende Beachtung geschenkt. Und von altersher basiert doch die Lehre vom Verschulden auf dem Gedanken eines Normalmenschen, eines sozial brauchbaren mittelmäßigen Mannes. Wer den Verstandesgebrauch besitzt und doch in Fleiß und Aufmerksamkeit dem Manne von „gewöhnlichen Fähigkeiten“ (§ 1297) nicht gleichkommt, begeht ein Verschulden. Nur die durchschnittliche soziale Brauchbarkeit des Täters wird mithin beurteilt, von der moralischen Qualifikation wird abgesehen. Dies hatten schon die Moralthologen bemerkt. *Alia est culpa theologica, quae respicit conscientiam; alia juridica . . . ., si omittitur diligentia, quam diligentes adhibent* (Liguori). Dieser durchschnittliche *Diligens*, dieser „Standard“, an dem unser Verhalten so nüchtern gemessen wird, variiert nun nach den jeweilig

herrschenden Gewohnheiten. Ob jemand zu schnell gefahren ist und ob ihm daher ein Verschulden trifft, kann nicht nach dem *Diligens* des Jahres 1811, sondern nur nach dem von heute abgemessen werden; ebenso, ob der Gast sich eigenes Verschulden zuschreiben muß, wenn er die Kleider im Gasthof vor die Türe hängt und diese dann abhanden kommen usw. usw. Diesem durchschnittlichen *Diligens* werden übrigens in einer Zeit, die das „Mittlere“ keineswegs perhorresziert, gewiß noch weitere Wirkungsgebiete zugewiesen werden; in der Tat wird ja, wenn man bei Rechtsgeschäften mit der Erklärungstheorie und der stillschweigenden Willenserklärung operiert, nichts anderes erzielt, als daß dem individuellen Mieter, dem individuellen Käufer usw. ein Durchschnittmieter, ein Durchschnittskäufer usw. substituiert wird.

Ferner ist klar, daß in einer sozial fühlenden, demnach mehr die Brüderlichkeit als die Freiheit betonenden Zeit, diejenigen Theorien, die auch in der Materie des Nachbarrechtes und der Kollision der Rechte überhaupt die Kategorie des Üblichen verwenden, leicht Anklang zu finden hoffen können.

Schließlich muß darauf hingewiesen werden, daß eine große Menge gesetzlicher Bestimmungen und Ausdrücke ihre praktische Bedeutung durch die jeweiligen Gewohnheiten erhalten. Wenn der Richter angewiesen wird, auf die Umstände des einzelnen Falles zu achten, so sind die Gewohnheiten unter diesen Umständen auch inbegriffen. Wenn der Richter die „Wichtigkeit“ von Gründen zu beurteilen, oder die Rechtswirkung in „angemessener“ Weise zu bestimmen hat, so wird das auch sonst im Publikum Übliche gewiß zu beachten sein. Allein nicht nur bei den sogenannten arbiträren Rechtsätzen, in vielen anderen noch finden sich Ausdrücke, die implizite auf Gewohnheiten verweisen. Ordentlich, gewöhnlich, gegründet, anständig, hauptsächlich, nötig, wesentlich, gerecht, brauchbar, verbrauchbar, tauglich, vorteilhaft, mutwillig, erheblich, beschwerlich, übertrieben, erlaubt, die dazu gehörigen Negativa, Tunlichkeit, Zugehör, Wohl, Mißbrauch, Schonung, Verkehr, Betrieb, und viele andere Ausdrücke sind mehr oder weniger bloß Rahmen, die von der Zeit mit dem in ihr Üblichen ausgefüllt werden. Man prüfe daraufhin das Gesetzbuch und man wird staunen, an wie vielen Stellen auf diese Weise das jeweilig Übliche ins Rechtsgebiet Eingang findet.

Wenn man nun etwa einwenden wollte, man hätte doch auch schon in früheren Zeiten gewußt, daß der Gewohnheit in dieser oder jener Hinsicht Bedeutung zukomme, so wird man dadurch den Kern der Sache nicht treffen. Es kommt vielmehr darauf an, ob das

potentielle Wissen zum aktuellen wird. In jedem größeren Gesetzgebungswerke werden sich Keime der verschiedensten Grundideen finden lassen; der Zeitgeist der einzelnen Perioden ist es nun, der den oder jenen Keim hervorsucht, säubert, in aufnahmefähigen Boden versetzt und Blüten und Früchte treiben läßt.

Noch andere werden fragen, ob denn das nicht „eigentlich“ Gewohnheitsrecht „ist“, wenn wir der Gewohnheit eine so ausgedehnte Bedeutung zumessen und insbesondere bei Rechtsgeschäften auf die Kenntnis seitens der Partei grundsätzlich kein Gewicht legen. Abgesehen davon, daß ich dies für eine terminologische Frage ansehe, die innerhalb des geschlossenen Systems eines positiven Rechtes anders gelöst werden kann, als z. B. in der Rechtsgeschichte oder in der vergleichenden Rechtswissenschaft, wäre hier bloß das folgende zu bemerken: Als feststehend mag gelten, daß nach dem allgemeinen Sprachgebrauch eine Gewohnheit nur dann ein Gewohnheitsrecht begründet, wenn sie irgendwie höher qualifiziert ist. In der Tat aber verlangten wir außer einem gewissen Grade der Notorietät, der bei einer sozialen Gewohnheit sich von selbst versteht, keine besondere Qualifikation der Gewohnheit, weder „unvordenklichen Gebrauch“ (*Common Law*), noch *opinio necessitatis* (Puchta), noch Festlegung durch Präjudikate (Lambert), noch sonst etwas, was über den Charakter einer gemeinen Gewohnheit hinauswiese. Es besteht demnach für uns keine Veranlassung, aus trotziger Vorliebe für den Namen „Gewohnheitsrecht“ etwas mit diesem Namen zu belegen, das früher nicht so benannt wurde und uns dadurch mit § 10 ABGB. in einen ganz unnützen Konflikt zu setzen. Um die Symmetrie dieser Studie nicht zu verletzen, kann übrigens auf derartige methodologische Fragen hier nicht näher eingegangen werden. Ich möchte nur bemerken, daß ebenso wie auf inhaltlichem Gebiete die soziale Strömung offenbar noch weiteren Eroberungen entgegengeht, auf formalem Gebiete derjenigen Denkweise, die vom mittelalterlichen Nominalismus ausgehend über Lockes drittes Buch zu den modernen sprachphilosophischen Untersuchungen führt, der Sieg in den Wissenschaften beschieden zu sein scheint. Durch bewußte und konsequente Anwendung dieser zwei Prinzipien müßte aber in der Rechtswissenschaft eine Wendung herbeigeführt werden, die den früheren Wendungen an Bedeutung kaum nachstünde.

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S33093