
COMMENTATIONES

Pio Caroni *

CONSUETUDO : EINE EINLEITUNG

Vorbemerkung 2010

In den letzten Jahren meines Wirkens an der Berner Juristischen Fakultät (1971–2003) war es mir wiederholt vergönnt, sogenannte Fortgeschrittenen-Seminare mit einer grösseren Gruppe interessierter und mitwirkungswilliger Studierenden durchzuführen. Das Thema, um das es gehen sollte, wurde oft erst nach langem Zögern, Abwägen und mit Rücksicht auf verschiedene Umstände festgelegt: etwa auf die Nähe und leichte Zugänglichkeit der massgebenden Quellen (so beim Seminar über Eugen Huber und seinem Werk, 1992), auf eine gerade waltende, gar internationale Debatte (wie 2000/2001, als über „Juristischen Absolutismus und Privatrecht“ nachgedacht wurde), oder schliesslich auf die auch methodische Tragweite einer bestimmten Grundfrage der rechtshistorischen Disziplin, wie in der allerletzten derartigen Veranstaltung 2002/2003, als „Rezeption(en) in der Rechtsgeschichte“ im Zentrum der Aufmerksamkeit standen.

Das Ganze lebte von unseren eigenen Beiträgen: jeder Teilnehmer hatte sich mit einem Teilaspekt der Hauptfrage auseinanderzusetzen, vor den übrigen darüber zu berichten und allfällige Fragen zu beantworten. Dazu kamen noch eine eigene *Einleitung*, die eine vororientierende Übersicht vermitteln sollte und gegebenenfalls Beiträge ausländischer Forscher, die auf Grund ihrer fachlichen Kompetenz von uns zur Stellungnahme eingeladen worden waren.

Gelang die Übung zur Zufriedenheit aller, so wurden die Akten, d.h. die schriftliche Fassung der eingegangenen Beiträge, vervielfältigt und verteilt, damit einer beschränkten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Die letzte derartige ‚Publikation‘ stammt aus dem Wintersemester 1998/1999 und galt dem „Gewohnheitsrecht und seiner Vergangenheit“. Sie enthielt zwanzig Beiträge zu einem Thema, dem zwar heutiges Rechtsverständnis bloss ein peripheres Dasein gönnt, das aber im vorkodifikatorischen Zeitalter eine ganz andere,

* Emeritierter Ordinarius für Rechtsgeschichte und Privatrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

nämlich zentrale Valenz beanspruchte. Schon dieser erste einfache, gewiss auch oberflächliche Befund, der jedem Teilnehmer von vornherein einleuchtete, liess den gewählten Problembereich attraktiv erscheinen.

Zur Erinnerung an jene Veranstaltung, der u.a. auch die vielbeachtete Berner Habilitationsschrift von Roy Garré (*Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien [16.–18. Jahrhundert]*). Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, Band 183, Frankfurt a.M. 2005) und die ausgezeichnete Lizentiatsarbeit von Daniel Knoll (*Die Lehre des Gewohnheitsrechts im Werk von Eugen Huber, insbesondere auch die Umsetzung dieser Lehre in der Entstehungsgeschichte des Schweizerischen ZGB*) entsprangen, wird hier der unveränderte Text meiner – wie mir scheint noch immer brauchbaren – *Einleitung* abgedruckt.

Zwischen Kontinuität und Geschichtlichkeit

Warum gerade das Gewohnheitsrecht – nach einigem Hin und Her – schliesslich zum Thema eines Fortgeschrittenenseminars werden konnte, lässt sich nachträglich nicht mehr punktgenau ergründen. Und zwar nicht so sehr wegen Verlusts der *memoria* oder von Belegen, sondern wegen der Widersprüchlichkeit der Erfahrungen, die traditionell beim Umgang mit dem Gewohnheitsrecht gesammelt werden können. Einerseits vermitteln nämlich diese Erfahrungen den Eindruck der Konstanz, ja einer Kontinuität: denn dem Gewohnheitsrecht begegnet man ja praktisch immer, wenn man in der Vergangenheit unterwegs ist. Seine Präsenz ist unübersehbar, mag man sich mit antiker, moderner oder zeitgenössischer Rechtsgeschichte befassen. Aber andererseits ist mindestens der Verdacht nicht von der Hand zu weisen, bei diesen periodischen Begegnungen handle es sich nie um völlig vergleichbare, geschweige denn identische Erscheinungen: Weil nämlich die immer wieder auftauchende Ente – in Anlehnung an die Metapher Goethes auf das römische Recht¹ – in der Tat nicht immer die gleiche war, vielleicht sogar nicht einmal

¹ Johann Peter ECKERMANN, *Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens*, 2. Teil (1828–1832), Aufzeichnung vom 6. April 1829 (Artemis Ausgabe, Zürich 1948, S. 343–344): „Ich wartete auf den Abdruck des Siegels; Goethe fing an über Guizot zu reden. 'Ich gehe in seinen Vorlesungen fort', sagte er, 'und sie halten sich trefflich. Die diesjährigen gehen etwa bis ins achte Jahrhundert. Er besitzt einen Tiefblick und Durchblick, wie er mir bei keinem Geschichtsschreiber grösser vorgekommen. Dinge, woran man nicht denkt, erhalten in seinen Augen die grösste Wichtigkeit als Quellen bedeutender Ereignisse. Welchen Einfluss zum Beispiel das Vorwalten gewisser religiöser Meinungen auf die Geschichte gehabt, wie die Lehre von

immer eine Ente, sondern auch mal eine Wildgans, später ein Pelikan, am Schluss sogar ein Wasserbüffel.

Daraus hat sich stets auch Ratlosigkeit ergeben, so etwas wie ein Unbehagen im Umgang mit diesem Begriff, dem man oft instinktiv durch Ausblendung oder Disqualifizierung auszuweichen versucht ist. Im Gegensatz dazu haben wir beschlossen, einen anderen Weg zu gehen und den Widerspruch zwischen Kontinuität und Geschichtlichkeit ohne Gegenwehr in Kauf zu nehmen und in der Absicht zu hinterfragen, die jeweils tatsächliche Bedeutung der gewohnheitsrechtlichen Überlieferung aufzuspüren.

Dass dies nicht immer (bzw. nicht immer leicht) gelingen wird, ergibt sich bereits aus den bisherigen Ausführungen. Einige einführende, im übrigen aber anspruchslose Überlegungen zur Geschichte des Gewohnheitsrechtsbegriffes versuchen deshalb, jene präliminäre Orientierung zu bieten, die es uns – oft nur als Warnung – ermöglichen soll, unterwegs anzutreffende Schwierigkeiten wenn möglich zu überwinden.

Eine bloss negative Definition und die Folgen

Beginnen wir mit der Hervorhebung der an sich unumstrittenen Tatsache, nach der Gewohnheitsrecht stets Recht bezeichnet hat, das im Gegensatz zur Gesetzgebung *nicht gesetzt* wurde, sondern *auf andere Weise* entstand, daher auch stets einen anderen Geltungsgrund hatte. Zwar bildete es nie die einzige Quelle ungesetzten Rechts, aber dessen wichtigstes Element und bekanntestes Beispiel dürfte es lange verkörpert haben. Freilich übersehe ich nicht, dass damit Gewohnheitsrecht hier *nur negativ definiert wird*. Offensichtlich scheint ein Konsens zu seiner Definition eher so, nämlich durch Hervorhebung der Kontrastwirkung, möglich zu sein. Das ist meines Erachtens die Folge der Tatsache, dass wir heute alle einem Rechtsquellensystem huldigen, das ein absolutes Primat der Gesetzgebung anerkennt. Das Gesetz ist zur einzigen Masseinheit geworden. All das, was damit nicht gemessen werden

der Erbsünde, von der Gnade, von guten Werken gewissen Epochen eine solche und eine andere Gestalt gegeben, sehen wir deutlich hergeleitet und nachgewiesen. Auch das römische Recht, als ein fortlebendes, das, gleich einer untertauchenden Ente, sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht und immer einmal wieder lebendig hervortritt, sehen wir sehr gut behandelt, bei welcher Gelegenheit denn auch unserm trefflichen Savigny volle Anerkennung zuteil wird.“ Die (zeitlich) letzte Variation zu dieser berühmten Metapher bietet Sandro Angelo FUSCO, *Continuità e discontinuità nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto romano attuale* 1, 1999, S. 29–48, namentlich 31 („... ma non vorrei ... che nel frattempo l'anatra ce la fossimo mangiata!“).

kann, wird kaum positiv erkannt, sondern höchstens nur noch negativ – als Abweichung – toleriert. Dem entspricht die ebenso negative Umschreibung: *consuetudo ist vor allem das nicht, was sie nicht sein darf*. Darauf werden wir zurückkommen müssen.

Vor diesem Hintergrund liesse sich eine erste Vermutung aufstellen: Gewohnheitsrecht und Gesetz waren jene Rechtsquellen, die unterschiedliche Rechtsquellensysteme geprägt und damit eine unvoreingenommene (bzw. eigenständige) Umschreibung sekundärer Rechtsquellen praktisch verunmöglich haben. Eine Definition der Gesetzgebung vor dem Hintergrund des Primates des Gewohnheitsrechts erschiene dann ebenso gewagt wie jene des Gewohnheitsrechts als Randerscheinung des Kodifikationsprinzips. In beiden Fällen genügt daher eine negative Umschreibung, weil in beiden Fällen Präsenz und Geltung der sekundären Rechtsquelle für das Funktionieren des jeweiligen Rechtsquellensystems nicht unentbehrlich sind.

Was dabei aber leider oft übersehen wird, ist die Tatsache, dass Rechtsquellensysteme nur Ausdruck oder Reflex konkreter politischer und sozialer Strukturen gewesen und daher auch nur vor dem Hintergrund dieser Strukturen zu deuten sind². Darum erscheint es möglich, die *hohe Zeit* des Gewohnheitsrechts auf das Mittelalter und damit auf eine Periode zu beschränken, in der staatliche Strukturen im modernen Sinn noch weitgehend fehlten, so dass sich das Recht *zwangsläufig ausserstaatlich* bilden musste³. Ebenso legitim ist es, die Explosion der Gesetzgebung wie auch den dadurch bewirkten Übergang zum neuen Rechtsquellensystem der Kodifikation als Folge jener politischen Umwandlung zu deuten, die zwischen dem XVII. und dem XIX. Jahrhundert stattgefunden hat. Denn sowohl im absolutistischen wie im bürgerlichen Zeitalter meldeten sich Staaten zu Wort, die eine restlose Statualisierung des Rechts anstrebten und auch über die nötige Macht und damit das faktische Monopol verfügten, Recht (d.h. staatliche Gesetzgebung) aufzuzwingen.

² Dazu etwa Raoul C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapter in European legal History*, Cambridge 1987, S. 67–69.

³ Zuletzt dazu Paolo GROSSI, *Un diritto senza stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 25, 1996, S. 267–284 (und nun im Sammelband desselben Verfassers: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, S. 275–292). Eine deutschsprachige Übersetzung dieses Beitrages in: R. MORSEY- H. QUARITSCH- H. SIEDENTOPF (Hrsg.), *Staat, Politik, Verwaltung in Europa – Gedächtnisschrift für Roman Schnur*, Berlin 1977, S. 19 ff.

Zum Beitrag der historischen Schule

Dass die wissenschaftliche Pflege des Gewohnheitsrechts zu den grossen *Aufgaben und Verdiensten der historischen Schule gehört*, ist allgemein bekannt. Bereits die Rechtsentstehungslehre des Historismus ging in diese Richtung, denn als Lehre einer ausserstaatlichen Entstehung des Rechts privilegierte sie zwangsläufig ungesetztes Recht. Darin stimmten die germanistische wie auch die romanistische Version des Volksgeistbegriffes völlig überein, denn weder jenes Recht, zu welchem sich die Ältesten im Dorfgericht bekannten, noch die mit der Rezeption üblich gewordene gelehrte Deutung recht disparater Rechtsquellen⁴ waren „gesetz“ worden bzw. konnten auch nur annähernd auf bewusste staatliche Rechtserzeugung zurückgeführt werden.

Man wird daher dieses Interesse des Historismus für die Feststellung des Gewohnheitsrechts mühelos verstehen und belegen können. Dagegen wird man möglicherweise einwenden, dass diese Blüte recht spät stattgefunden hat, während mächtigen Konkurrenten (auch so können schliesslich Gesetze und Gesetzbücher bezeichnet werden) bereits der Durchbruch gelungen war. Wie lässt sich diese Diskrepanz erklären? Am ehesten durch die Bemerkung, dass es der Schule, bzw. deren Romanisten, keineswegs darum ging, dem Gewohnheitsrecht im sich sonst etablierenden System der Kodifikation eine zwar bescheidene, dafür aber geschützte Position zu verschaffen. Sie rangen bekanntlich nicht um kleinere, bloss transitorische Konzessionen. Ihr Auftreten war stattdessen, mindestens in Deutschland, restaurativer Art und zielte generell auf Leugnung des neuen und prinzipielle Bestätigung des bisherigen Rechtsquellensystems, wie die Überschrift der programmatischen Schrift von Savigny aus dem Jahre 1814 recht deutlich belegt. Mit dem methodischen Vorgehen der mittelalterlichen Juristen kann dieses späte Bekenntnis zum Vorrang der Rechtswissenschaft und zur Zentralität des Juristen, namentlich auch zu seiner Überlegenheit gegenüber dem politischen „Gesetzgeber“, allerdings kaum verglichen werden. Konnte nämlich die mittelalterliche Dominanz des Gewohnheitsrechts noch als *vorstaatliche* Erscheinung charakteri-

⁴ Bekanntlich haben die Romanisten der historischen Schule auch den Vorrang des gemeinen Rechts, bzw. die von diesem Recht geprägte (daher gelehrte) Erfassung üblicher, mitunter lokaler Quellen, als Form des Gewohnheitsrechts betrachtet. Grundlegend in diesem Zusammenhang ist die Aussage von F.C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, S. 13–14: „Die Summe dieser Ansicht also ist, dass alles Recht auf die Weise entsteht, welche der herrschende, nicht ganz passende, Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet, d.h. dass es erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers“; gleicher Ansicht freilich J.C. BLUNTSCHLI in der Monatschronik der Zürcherischen Rechtspflege 6, 1835, S. 179–180.

siert werden, so galt das Programm der historischen Schule als frontaler Angriff auf die Rechtsquellenlehre des bürgerlichen Staates, die nun die Rechts-erzeugung den Politikern anvertraute. Es entsprang mit anderen Worten einer *antistaatlichen* Haltung, wie sie sich im XIX. Jahrhundert nur in Deutschland – auf Grund spezifischer Eigentümlichkeiten politischer, kultureller und wirtschaftlicher Art – entfalten konnte⁵.

Gewohnheitsrecht zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit

Zu den Fragen, denen auch der Historismus keine Aufmerksamkeit schenkte, gehört jene nach der schriftlichen Aufzeichnung eines bislang bloss mündlich tradierten Gewohnheitsrechts, genauer nach den Gründen, Modalitäten und Folgen dieses epochemachenden Überganges von der Mündlichkeit zur Schriftlichkeit der Überlieferung. Dass sich die historische Schule, wie gesagt, kaum damit befasste, leuchtet sofort ein: richtete sie nämlich ihr Auge auf das Gewohnheitsrecht, dann kaum aus eigentlich geschichtlichem Interesse, sondern eher in dogmatischer Absicht bzw. mit Blick auf die praktische Rechtsanwendung. Für letztere hatte allerdings unsere Frage bloss eine beweisrechtliche Relevanz: Danach erfreute sich das aufgezeichnete Gewohnheitsrecht grösserer Beliebtheit, weil es auch leichter zu beweisen war. Aber davon abgesehen gab es keinen Grund zu weiteren, tiefer gehenden Fragen oder Unterscheidungen.

Wird heutzutage konsequent über die schriftliche Aufzeichnung von Gewohnheitsrecht nachgedacht und geforscht, dann nicht zuletzt zur Beantwortung der Frage, ob davon auch die Natur (und der Geltungsgrund) des aufgezeichneten Rechts betroffen war. Meist wird diese Frage verneint. Demnach habe die schriftliche Fixierung den ursprünglichen Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts, nämlich die *opinio iuris* der Rechtsadressaten, unverändert gelassen. Aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht sei weder verbindlicher noch brüchiger als mündlich überliefertes Recht: Es könne bloss leichter bewiesen werden, sei schon aus diesem Grunde sichereres Recht.

Mannigfaltige Gründe und Überlegungen, denen in unserem Seminar sowohl in den Beiträgen zur vorliegenden Sammlung wie auch in zahlreichen Diskussionen viel Raum eingeräumt wurde, lassen diese Antwort heute als

⁵ Vielfältige Belege dazu im Werk von Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979, sowie in meiner Besprechung dieser Publikation (Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 10, 1981, S. 251–260).

voreilig und undifferenziert erscheinen. Hier seien bloss zusammenfassende Überlegungen – sozusagen *ad memorandum* – festgehalten.

Erstens soll daran erinnert werden, dass die konkreten Gründe einer jeweiligen Aufzeichnung des Rechts für die rechtspolitische Bedeutung des ganzen Aufzeichnungsvorganges entscheidend sind. Darum sollten wir konsequenter danach forschen und auch stärker differenzieren. Das, was im Einzelnen zu den Gründen der Aufzeichnung der *leges barbarorum* gesagt werden kann, gilt nämlich voraussichtlich nicht für die *redactio* der *consuetudines* im italienischen Raum im XII./XIII. Jahrhundert, und noch weniger für die schriftliche Fixierung der Weistümer im oberdeutschen Raum, um bei diesen allgemein bekannten Beispielen zu bleiben. *Zweitens* ist zu vermuten, dass viele Aufzeichnungsvorgänge Indizien einer vor sich gehenden (bzw. bevorstehenden oder gerade stattgefundenen) politischen Gewichtsverlagerung gewesen sind, und zwar einer wie auch immer gestalteten Umverteilung der politischen Macht, die allerdings selten jenen Adressaten förderlich gewesen ist, denen die ursprüngliche und mündlich tradierte *consuetudo* entstammte. Womit *drittens* keineswegs geleugnet werden soll, dass sowohl vor wie nach der Aufzeichnung das Recht (so auch das Gewohnheitsrecht) der Disziplinierung einer *antagonistischen* Gesellschaft zgedacht war. Bloss soll dabei nicht übersehen werden, dass zwischen einem konsensual entstandenen und durch generelle Übung sanktionierten Recht einerseits, und einer amtlich verfügbaren und verwalteten Redaktion des bisherigen Gewohnheitsrechts andererseits subtile Unterschiede bestehen, die möglicherweise nicht nur „quantitativer“ Natur sind. Warum haben sonst italienische Statuten die erstmals übernommene *consuetudo* zuerst noch auf die tatsächliche Übung durch die Adressaten zurückgeführt („*consueverunt*“), später dann allerdings als obrigkeitliches Gebot („*teneantur*“) deklariert⁶?

Eine ständige, aber stets fragmentarische Präsenz

Die genauere soziale Valenz dieser Quelle, deren Exploration wir uns nun widmen werden, kann nach diesen ersten Überlegungen und in teilweiser Anknüpfung an bereits Gesagtes, etwa folgendermassen umschrieben werden:

a) *Consuetudo* war in der abendländischen Rechtsgeschichte ständig *präsent*, kann praktisch von der Antike bis zur Gegenwart belegt werden, weil sie dem Aufzeichner des „Codex“ Hammurapi wie heutigen Gesetzgebern als vertraut galt.

⁶ Dazu Alessandro LATTES, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, Con una appendice di testi inediti, Milano 1899, S. 21, 23.

b) Dass diese ständige Präsenz demjenigen, der sich zur tatsächlichen Geschichte des Gewohnheitsrechts äussern möchte, problematisch erscheint, weil sie zur voreiligen Feststellung einer Kontinuität führen könnte, ist am Anfang dieser Ausführungen bereits hervorgehoben worden. In der Tat wird nämlich allzu leicht übersehen, dass diese ständige Präsenz auch stets eine *fragmentarische* gewesen ist. Nicht nur weil dem Recht nie ein Monopol der sozialen Disziplinierung zukam, sondern auch – worauf es hier besonders ankommt – weil die *consuetudo* nie ausschliessliche Bedeutung hatte, sich daher stets mit anderen Quellen verband, bzw. von anderen abgrenzte, so wie es zur Bewältigung gesellschaftlicher Konfliktsituationen erforderlich war.

c) Daraus lässt sich mühelos ableiten, dass der eigentliche Stellenwert der *consuetudo* in einer bestimmten historischen Gesellschaft erst nach genauer Erkundung eben dieser Gesellschaft erkannt und beschrieben werden kann. Denn erst diese Prüfung stellt jene Kriterien zur Verfügung, die zur Deutung der Beziehung zwischen den verschiedenen Rechtsquellen nötig sind. Zum Beispiel: Erst wenn wir genau wissen, warum der babylonische König Hammurapi um 1750 v.Chr. Teile der bisherigen mündlichen Überlieferung aufzeichnen liess, werden wir in der Lage sein, die soziale Bedeutung dieser Aufzeichnung wie auch die Beziehung zwischen ihr und dem nicht aufgezeichneten Teil der Überlieferung zu bestimmen⁷. Alles, was wir dazu in Unkenntnis der genaueren Umstände der Entstehung dieser „ersten Kodifikation“ ausführen, wird vermutlich bloss dem (möglicherweise spannenden) Bereich der schöngestigen Spekulation angehören. Mit Rücksicht auf Zeiten, die uns vertrauter sind, liesse sich auch sagen, dass die Bedeutung des Gewohnheitsrechts jeweils erst an der Beziehung abgelesen werden kann, die es in den verschiedenen Epochen der Geschichte und bis auf den heutigen Tag zur Gesetzgebung unterhalten hat.

Der Einstieg über das geltende Recht: Erleichterung oder Hindernis?

Gewohnheitsrecht ist immer noch ein Element der *heutigen* Rechtsquellenlehre, wie auch die einleitende Vorschrift des ZGB betont. Sein Begriff wird in Kommentaren des geltenden Rechts erörtert, taucht in Urteilen des Bundesge-

⁷ Dazu etwa Johannes RENGER, *Noch einmal: Was war der „Kodex“ Hammurapi – ein erlassenes Gesetz oder ein Rechtsbuch?*, in Hans-Joachim GEHRKE (Hrsg.), *Rechtskodifizierung und soziale Normen im interkulturellen Vergleich*, Tübingen 1994, S. 27–53. Auch andere Beiträge dieses wichtigen (und in der Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 21, 1999, S. 252–253 kurz besprochenen) Sammelbandes sind für unsere Fragestellung von Bedeutung.

richts auf, kommt mit anderen Worten auch dort vor, wo die geschichtliche Dimension sonst eher unberücksichtigt bleibt. Soll man sich darüber freuen ? Kann es generell als Erleichterung gelten, wenn der Einstieg in die Vergangenheit über den vermittelnden Schutz des positiven Rechts erfolgt ? Man mag diese Frage mit guten Gründen bejahen, etwa mit dem Hinweis, dass in einem solchen Falle präliminäre Erläuterungen, begriffliche Abklärungen und weitläufige Tatbestandsschilderungen entbehrlich werden können. Selbst sehe ich die Dinge allerdings etwas anders und betrachte die festgestellte „Überlappung“ eher als *schwere Hypothek*, deren Last man sich nur durch besondere Vorsichtsmassnahmen entziehen kann.

a) Fatal wäre es gewiss, ginge man bei der historischen Analyse unemerkt von heutigen Begriffen aus – die bekanntlich alle dem Gesetzespositivismus ihre Reverenz erwiesen haben. Man würde bald einmal frühere Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechts (wie übrigens auch die mittelalterlichen Redaktionen des Statutarrechts) als Vorformen, *scil.* Präfigurationen heutiger Kodifikationen zu erkennen vermeinen und oft auch entsprechend verurteilen⁸. Generell kann dazu festgestellt werden, dass die Initiative zu derartigen rechtsdogmatisch suggerierten Entstellungen der Vergangenheit zuerst von Rechtshistorikern ergriffen, später allerdings von Allgemeinhistorikern mit seltener Begeisterung weitergetragen wurde. Heute werden jedenfalls nirgends im deutschsprachigen Schrifttum italienische mittelalterliche Rechtsaufzeichnungen so konsequent als „Gesetzbücher“ oder „Kodifikationen“ bezeichnet, wie im bedeutenden Werk des Münsteraner Mediävisten Hagen Keller⁹.

b) Nicht weniger deplatziert wäre es zudem, liesse man sich dabei von der heutigen praktischen Relevanz des Gewohnheitsrechts beeinflussen, die notorisch höchst bescheiden ist. Leicht zu erzielende erste Beobachtungen würden bald deren Unhaltbarkeit entlarven. Wobei meine Bedenken hier eigentlich nicht so sehr der Tatsache gelten, dass diese vorsortierende Sicht eine zufällig „minimalistische“ ist. Weit schwerer wiegt der Umstand, dass

⁸ Dazu Pio CARONI, *Lo sguardo deformante – ossia dell'imbarazzo che prova lo storico del diritto quando si imbatte nello statuto* (bisher unveröffentlichter Vortrag anlässlich eines Seminars des Centro di Studi sulla Civiltà del Tardo Medioevo, San Miniato, 10. September 1996).

⁹ Ein Verzeichnis der entsprechenden Schriften dieses Mediävisten ist zu finden in: Thomas SCHARFF – Thomas BEHRMANN (Herausgeber), *Bene vivere in communitate – Beiträge zum italienischen und deutschen Mittelalter* – Hagen Keller zum 60. Geburtstag überreicht von seinen Schülerinnen und Schülern, Münster/New York/München/Berlin 1997, S. 311–319. Mit dem Werk dieses Historikers hat sich zudem in ihrer Lizentiatsarbeit Riccarda RACINE befasst (*Verschrißlichung des Rechts – Verrechlichung des Lebens – Mittelalterliche Rechtsaufzeichnungen aus der Sicht Hagen Kellers*, Bern 1999).

sie (gleich ob minimalistisch oder maximalistisch) *der Gegenwart entstammt*, daher der Deutung der Vergangenheit nur *mutatis mutandis* gerecht werden kann.

Die semantische Überlegenheit des Gewohnheitsrechts

Stellt sich weiter, in welchem Zusammenhang auch immer, die Frage nach der *tatsächlichen Rechtsgeltung*, so könnte die Gegensätzlichkeit der Antworten nicht auffallender sein.

Ein Rechtsquellensystem, das – meist in der Form der Kodifikation – ein Primat der Gesetzgebung vorsieht, schaut instinktiv nach vorne und trägt daher einen *programmatischen Charakter*. Es erfasst immer auch Normen, die zwar formell in Geltung sind, aus denen aber faktisch nichts geworden ist, weil sie möglicherweise während Jahrzehnten unangewendet geblieben, unter Umständen durch *desuetudo* bereits materiell obsolet geworden sind. Darum wird auch innerhalb dieser Systeme zwischen rechtlicher und tatsächlicher Geltung unterschieden, in unbewusster Anlehnung an jene mittelalterliche Lehre, die statutarische Bestimmungen erst dann als gültig und konkret anwendbar bezeichnete, wenn der zusätzliche Beweis erbracht wurde, sie stünden *in viridi observantia*¹⁰. Man könnte auch etwa sagen, dass sich bei Kodifikationen die Beziehung der primären Rechtsquelle (d.h. des Gesetzbuches) zu ihrer Vergangenheit als praktisch irrelevant, eigentlich inexistent erweist. Kodifikationen leugnen bekanntlich ihre Geschichte und sind daher strukturell nicht rückwärtsgewandt. Ihr Erlass wirkt sozusagen novatorisch, allenfalls übernommene historische Materialien werden zu Bestandteilen einer neuen formellen Ordnung werden, die sie nach Massgabe des vorhin erwähnten, zukunftsgerichteten Planes möglicherweise mit neuen Valenzen ausstattet. Daran denkt, wer behauptet, Kodifikationen würden überlieferte Rechtsbestände in einem Käfig einsperren, somit einem neuen System unterwerfen, bzw. neuen Interdependenzen zuführen¹¹.

Ganz anders das Gewohnheitsrecht, dem die positivistische Unterscheidung zwischen formeller und effektiver Geltung fremd ist, weil es vom Konsens der Rechtsadressaten lebt. Es offenbart daher die Dynamik zwischen Recht und Gesellschaft viel transparenter als das Gesetz, es betrachtet sich

¹⁰ Zu diesem Begriff vgl. die Beiträge von Claudia STORTI-STORCHI und Ettore DEZZA in: Pio CARONI (Hrsg.), *Dal dedalo statuario* – Atti dell'incontro di studio dedicato agli Statuti (11–13 novembre 1993), Archivio Storico Ticinese XXXII, 1995, S. 127–288, insbesondere S. 193, 213, 217 (C.S.S.) und 246–247 ff. (E.D.).

¹¹ Diesbezügliche nähere Überlegungen Pio CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, S. 165–199.

nicht als Neubeginn, sondern als Ergebnis vergangener Rechtserfahrungen. Jedenfalls müssen diese, um die Geltung dieses Rechts bestimmen zu können, herangezogen und verwertet werden. Während nämlich die formelle Geltung eines Gesetzes auf Grund abstrakter Kriterien (z.B. der korrekten Durchführung des Promulgationsverfahrens) festgestellt werden kann, bleiben demjenigen, der allfälliges Gewohnheitsrecht entdecken und belegen möchte, ein konkreter Gang durch die Gesellschaft und eine Auseinandersetzung mit deren Rechtsanschauungen nicht erspart. Nicht zuletzt damit hängt die *semantische Überlegenheit* des Gewohnheitsrechts zusammen, der gegenüber gerade Rechtshistoriker alles andere als indifferent sind¹².

Wenn man sich in der Vergangenheit verliert

Ein solcher Gang durch die Gesellschaft führt allerdings nicht immer zum gewünschten Ziel, d.h. zum Auffinden einer immer noch befolgten *consuetudo*. Oft endet er in einer Sackgasse, und zwar meist dann, wenn aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht auf eine mündliche Überlieferung verweist, die nicht mehr rekonstruiert werden kann. Als Kinder einer Wissenschaft, die sich seit 2000 Jahren primär als *Textwissenschaft* versteht, stehen wir dann ratlos da, weil das Schweigen der Quellen plötzlich unser Wissen relativiert. Zwar wissen wir bestimmt um die Existenz anderer Rechtsregeln und versuchen auch immer wieder, ihnen durch andere Einstiege (Anthropologie, Ethnografie)¹³ auf die Spur zu kommen. Allerdings entsprechen die Ergebnisse selten der Intensität der Bemühungen. Denn das Magmatische, das jenseits der schriftlichen Überlieferung haust, entzieht sich meist unserem Blick, bleibt unfassbar und unbestimmt, erobert gelegentlich sogar Gebiete zurück, die wir uns voreilig und rücksichtslos angeeignet hatten. Auch jene Gebiete – um es deutlicher zu sagen – ,deren Quellen längst erschlossen sind, sogar in gedruckter Form vorliegen. Überlegen wir nämlich, vor welchem Hintergrund wir sie lesen, auslegen und verwerten, ist es offenkundig, dass wir selten genug in der Lage sind, ihnen zeitgerecht zu begegnen. Unser Vorverständnis, unsere Rechtskultur, unsere positivistische Sichtweise stehen uns dabei im Wege, haben uns längst unumkehrbar geprägt. Wir sind dadurch zwangsläufig und unwiderruf-

¹² Andeutungen in diese Richtung bei Gianfranco GARANCINI, *Consuetudo et statutum ambulans pari passu: La consuetudine nei diritti italiani del Basso Medio Evo*, in *Rivista di storia del diritto italiano* 58, 1985, S. 19–55, namentlich 22–24; Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, S. 6–7.

¹³ Weiterführend hier Gerhard DILCHER, *Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem*, im Sammelband: *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*, Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Band 6, Berlin 1992, S. 21–65.

lich anders geworden. Und diese Andersartigkeit prägt uns selbst dann, wenn wir mit Äusserungen der Vergangenheit konfrontiert werden, die sich heute scheinbar unverändert wiederholen: Gesänge mittelalterlicher Mönche hören wir heute als Kinder der Polyphonie und der Zwölftonmusik; den Himmel schauen wir heute als Erben der kopernikanischen Wende sowie der dadurch möglich gewordenen Entzauberung. Sogar die „letzte Sonnenfinsternis des Millenniums“ haben wir als Träger eines rationalen Wissens und als Empfänger einer unbeschreiblichen Menge praktischer Auskünfte, mit einer derartigen Gelassenheit über uns ergehen lassen, die früher unvorstellbar gewesen wäre.

Warum sollte dasselbe nicht auch für das Recht der Vergangenheit gelten? Es entspringt einer Zeit und einer Welt, denen wir definitiv den Rücken gekehrt haben: *darum* wird es uns meist unzugänglich, bzw. rätselhaft bleiben. Das hat mit dem Schweigen der Quellen, bzw. mit dem Zufallscharakter der Überlieferung, nichts zu tun, obwohl wir das gern behaupten und unsere Ratlosigkeit oft damit zu erklären versuchen. Würden Quellen und Überlieferung auch reichlicher fließen, bliebe uns ihr tatsächlicher einstmaliger Sinngehalt dennoch meist verschlossen. Denn, sogar „wenn ein Löwe sprechen könnte, könnten wir ihn nicht verstehen“¹⁴.

¹⁴ Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Oxford 1953, S. 223. Empfehlenswerte (und unaufhörlich weiterbohrende) Variationen zu diesem berühmten Spruch bei Davide SPARTI, *Se un leone potesse parlare – Indagine sul comprendere e lo spiegare*, Firenze 1992.