

Die prozessuale Bedeutung des Gewohnheitsrechts: Faktum oder Ius?

**(Die historische Tradition und die Änderung
dieser Tradition im 19. Jahrhundert)**

I Es gehört zu den Gepflogenheiten nahezu aller Referenten, das Thema, über das sie zu sprechen gedenken, dem Publikum, das dieses Thema kennt, nochmals erläuternd darzustellen. Wenn ich dennoch dieser an sich unsinnigen Gepflogenheit folge, so hat das einen besonderen Grund. Das Thema, über das ich sprechen soll und will, lässt sich nur schwer in einem Titel erfassen. Dies hat seinen Grund einerseits in der besonderen, den Teilnehmern des Seminars inzwischen vertrauten Vielfältigkeit des Begriffes Gewohnheitsrecht, vor allem aber in der Verknüpfung dieses an sich schon komplexen Phänomens mit dem Prozessrecht. Um das zu verdeutlichen, werde ich zunächst einige allgemeine Bemerkungen über Funktion und Bedeutung des Prozessrechts machen, auf die ich am Ende zurückkomme. Daraus wird sich zugleich auch ergeben, dass es nicht so sehr um die prozessuale Bedeutung des Gewohnheitsrechts, als um seine *Stellung und Behandlung im Verfahren* geht, aus der dann Schlüsse auf die Bedeutung und Funktion des Gewohnheitsrechts gezogen werden können.

II Durch die auf dem Kontinent eigentlich erst im 19. Jahrhundert sich durchsetzende Trennung von materiellem und Prozessrecht hat auch im Bewusstsein der beteiligten und betroffenen Kreise eine entsprechende Veränderung stattgefunden. Das Prozessrecht wird als eigenständige Disziplin betrachtet und, was wichtiger ist, zunehmend zu einer Randererscheinung des materiellen Rechts. Dadurch ist vielfach das Verständnis für die fundamentale Funktion des Prozessrechts, das in archaischen Rechtsordnungen, in denen prozessuales und materielles Recht miteinander verknüpft eine Einheit bildeten, völlig selbstverständlich war, verloren gegangen. Die Wirkungsweise des Prozessrechts entscheidet schlussendlich über die Wirkungsweise des materiellen Rechts oder anders gewendet: Die Qualität einer Rechtsordnung hängt in ganz massgeblichem Umfang von der Qualität des Prozessrechts ab. Zur Begründung dieser an sich banalen

Feststellung beschränke ich mich auf wenige Beispiele, die ich sämtlich früheren eigenen Untersuchungen entnehme. Dies nicht aus Eitelkeit, sondern deshalb, weil mir diese Entwicklungen besonders vertraut sind.

Im römischen Formularprozess wurde die Durchsetzung materieller Rechte in ganz entscheidender Weise von der Einhaltung bestimmter Regularien abhängig gemacht. Exemplarisch dafür ist das Rechtsinstitut der *plus petitio*. Danach verlor der Kläger den Prozess in vollem Umfang, sofern sein Klagbegehren die tatsächlich geschuldete Summe und sei es auch nur geringfügig, überschritt. Die gleiche Rechtsfolge trat auch dann ein, wenn der Kläger Leistung an einem anderen Ort oder zu einer anderen Zeit verlangte, als sie nach dem Vertrag vereinbart war. Man muss sich die Tragweite dieser Regelung klar machen, um ihre Bedeutung zu verstehen: Der Kläger verlor seinen gesamten materiellen Anspruch aufgrund einer formalen Prozessregel und hatte zudem die **Kosten des Verfahrens** zu tragen.

Bei letzterem Punkt setzen die Autoren des Mittelalters an, die die moderne Kostentheorie des Zivilprozessrechts in Europa entwickelt haben. Ausgehend von Überlegungen französischer Juristen im 13. Jahrhundert hat sich die Überzeugung durchgesetzt, dass die Prozesskosten nach dem Grad des Obsiegens und Unterliegens verteilt werden müssen (*pro rata*). Dies hatte zwei Konsequenzen: Zum einen wurde dadurch endgültig der Weg freigemacht für eine dem wirklichen Recht des Klägers entsprechende Beurteilung seines Anspruchs, zum anderen aber auch für eine rationale Verteilung der Kosten im Verfahren. Dass letztere ganz elementar für die Konzeption eines Rechtssystems ist, mag zwar den genialen Erfindern dieser Doktrin nicht bewusst gewesen sein, wird aber durch eine gerade in jüngster Zeit viel beachtete Diskussion verdeutlicht: In der häufig polemisch geführten Debatte über die Gefahr der Einführung „amerikanischer Verhältnisse“ (so etwa das Bundesgericht) in Europa, erweist sich gerade das Prozesskostensystem als zentral: Das von den französischen Juristen entwickelte *Aufteilen der Kosten nach Obsiegen und Verlieren* macht es europäischen Klägern unmöglich, horrenden Summen, insbesondere Schadenersatzforderungen, geltend zu machen, weil dann im Falle des auch nur teilweisen Obsiegens der Gewinn durch die Prozesskostenverteilung praktisch aufgezehrt würde. So ist es denn kein Wunder, dass amerikanische Juristen als Mittel zur Sanierung des aus den Fugen geratenen Schadenersatzsystems den Rückgriff auf diese Prozesskostenregelung fordern. Für den Historiker ist es dabei eher amüsant, dass sie diese Regel als „German rule“ bezeichnen. Dieser weitläufige Exkurs über Prozesskosten sollte nur zeigen, dass scheinbar auf den Prozess beschränkte

Regelungen weit in das materielle Recht hinwirken, dieses beschränken und darüber hinaus das ganze Rechtssystem prägen können. Dafür gibt es ein weiteres, vielleicht noch zentraleres Beispiel, das zugleich zum eigentlichen Thema führt:

Für die Durchsetzung materieller Ansprüche ist das *Beweisverfahren* von entscheidender Bedeutung, und zwar sämtliche Elemente dieses Verfahrens: Zunächst die Frage der Beweisbedürftigkeit, sodann die Frage, wer die Beweise für die beweisbedürftigen Punkte zu erbringen hat, die Beweismittel und schliesslich die Würdigung der erbrachten Beweise. Auch hier möchte ich mich auf einige exemplarische Hinweise beschränken:

Die Verteilung der **Beweislast** entscheidet in sehr vielen Fällen darüber, ob ein Kläger sein Recht durchsetzen kann: So hat nach ständiger Rechtsprechung und ganz herrschender Auffassung in der Doktrin etwa der geschädigte Patient den Sorgfaltsverstoss des Arztes, den sogenannten Kunstfehler, zu behaupten und zu beweisen. Es ist allgemein anerkannt, dass ein solcher Beweis nur schwer zu führen ist, wenn er überhaupt gelingt. Ein deutscher Patient hat deshalb diese Beweislastverteilung als verfassungswidrig angegriffen, weil dem Geschädigten dadurch die Wahrnehmung seiner Rechte unmöglich gemacht werde. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Stichentscheid des Präsidenten diese Beweislastverteilung für allenfalls noch mit der Verfassung vereinbar gehalten. Das Beispiel macht deutlich, welcher Stellenwert der Beweislastverteilung zukommt, und zwar sowohl im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit materieller Ansprüche als auf die Rechtstellung des Einzelnen.

Ein weiteres Beispiel dafür ist das sogenannte **Discovery-Verfahren**, welches sich in zunehmenden Masse international in Zivilprozessen durchsetzt. Darunter versteht man ein in Amerika entwickeltes System der vorprozessualen Beweismittelerhebung. Den Parteien ist es erlaubt, von der Gegenpartei die Herausgabe sämtlicher Unterlagen zu verlangen, und zwar nicht nur solcher, die für die Durchsetzung des geltend gemachten Anspruchs notwendig sind, was auch nach europäischer Tradition im Wege des Editionsverfahrens grundsätzlich möglich wäre, sondern auch solcher Unterlagen, aus denen sich überhaupt erst ergibt, ob und in welchem Umfang Ansprüche begründet sind. Nach der ganz überwiegend vertretenen Ansicht in den Vereinigten Staaten handelt es sich dabei um ein verfassungsmässiges Recht des Klägers und Geschädigten, ohne dass dieser seine Rechte nicht verwirklichen kann. Aus europäischer Tradition handelt es sich um einen unzulässigen Eingriff in die Sphäre des Beklagten, der nach hiesigem Verständnis ebenfalls als verfassungswidrig qualifiziert werden könnte. Hinzu kommt der Umstand, dass das Discovery-Verfahren Kosten in so enormer Höhe verursachen kann, dass dadurch eine Erpres-

sung des Beklagten möglich werden kann. Auch dieses Beispiel zeigt die weitreichende und tiefgreifende Beeinflussung des materiellen Rechts durch das Beweisverfahren.

Am augenfälligsten ist dieser Einfluss jedoch in der zuallererst zu stellenden Frage, nämlich der Frage danach, was denn überhaupt des Beweises bedarf: Hier folgt die erste und vielleicht folgenreichste Weichenstellung, die in aller Regel auf zwei Ebenen stattfindet:

In einem langwierigen Entwicklungsgang hat man sich in Europa darauf verständigt, dass nur (bestrittene) Tatsachen beweisbedürftig seien, nicht aber das Recht. Dieses in der bekannten Parömie *jura novit curia* zusammengefasste Modell vermittelt indessen nur eine scheinbare Sicherheit. Das wird schon deutlich, wenn man seine letzte Ausprägung im Schweizerischen Gesetz über das Internationale Privatrecht [IPRG] betrachtet, dessen Artikel 16 folgendermassen lautet,

„Der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts ist von Amtes wegen festzustellen. Dazu kann die Mitwirkung der Parteien verlangt werden. Bei vermögensrechtlichen Ansprüchen kann der Nachweis den Parteien überbunden werden“.

Die Vorschrift lässt auf exemplarische Weise erkennen, wie die richterliche Rechtsanwendungspflicht, nachdem sie grundsätzlich anerkannt und postuliert wird, gleich relativiert und modifiziert werden kann. Die Verfasser des IPRG haben dies bewusst getan, weil sie nach einer vernünftigen Grenzziehung zwischen dem Bereich des von Amtes wegen anzuwendenden Rechts und demjenigen, dessen Ermittlung dem Gericht nicht zumutbar oder möglich ist, ziehen wollten. Genau in diesem Grenzbereich ist die *Consuetudo* in derjenigen Phase der Rechtsentwicklung angesiedelt, auf die ich nun dem eigentlichen Thema zuwendend, jetzt näher eingehen will.

III Wenn man sich mit der Stellung des Gewohnheitsrechts im römisch-kanonischen Gerichtsverfahren, dem sogenannten gelehrten Prozess, befassen will, so ist eine Annäherung unter verschiedenen Aspekten erforderlich, um die zeitgenössische Problematik und die darüber geführte Diskussion zu verstehen.

A) Das Positionalverfahren

Das Positionalverfahren ist das eigentliche Charakteristikum des gelehrten Prozesses. Entstanden aus der *interrogatio in iure* hat es sich zu einem System der Gliederung des Prozessstoffes entwickelt, das lange Zeit das prozessuale Denken in Kontinentaleuropa geprägt hat und bis heute Nachwirkungen zeitigt. Zu diesen gehört etwa der Vortrag des Prozessstoffes in Artikeln, wie er noch im Kanton Bern, aber auch in anderen Teilen der Schweiz verbreitet ist. Es handelt sich dabei um nichts anderes als um das Konzept des sogenannten **„artikulierten Libells“**, das in der Reichskammergerichtsordnung und dem folgend in vielen partikularen Prozessgesetzen vorgeschrieben war; danach hatten die Parteien ihre Behauptungen „artickelsweiss“ vorzutragen. Auf diese Positionen hatte der Beklagte und vice versa auf die Positionen des Beklagten, der Kläger bejahend oder verneinend zu antworten. Wurde die Position nicht bestritten, so galt die darin enthaltene Behauptung als zugestanden, wurde sie verneint, stellte sich die Frage nach der Beweislast.

Daneben gab es eine Gruppe von Positionen, die nicht beantwortet werden mussten. Die wichtigste und für unser Thema zentrale, ist die *positio iuris*. Auf eine solche Rechtsbehauptung musste man keine Antwort geben „*quia ius non indiget probatione*“. Hieraus entwickelte sich die Parömie „*positioni iuris non respondetur*“. Hintergrund dieser Doktrin war die Vorstellung, dass der Richter das Recht von Amtes wegen zu kennen und anzuwenden habe. Kam er dieser Verpflichtung nicht nach so wurde in den oberitalienischen Stadtstaaten, in denen die Richter angestellte auswärtigen Juristen waren und *syndicus* genannt wurden, der infolgedessen so genannte ‚Syndikatsprozess‘ gegen den Richter eröffnet, der straf- und zivilrechtliche Folgen haben konnte. Es liegt auf der Hand, dass angesichts dieser Sachlage die Bestimmung des Rechts, das der Richter kennen und von amtswegen berücksichtigen musste, von zentraler Bedeutung war. Vor diesem Hintergrund und in diesem Kontext ist der zweite Ansatz zu sehen, auf den nun einzugehen ist.

B) Generelles und Spezielles zu Recht

Der zweite Ansatzpunkt, von dem aus die gesamte Konzeption der Rechtsanwendung beleuchtet werden muss, ist die **Rechtsquellenlehre**, die - wie sich aus dem bisher Gesagten ohne weiteres ergibt - mit den geschil-

derden prozessualen Ansätzen nicht nur eng verflochten ist, sondern durch diese Verflechtung wechselseitig bedingt ist. Ausgangspunkte für die hier interessierende Problematik ist die Anknüpfung an die schon in der Antike entwickelte, aber erst von der römisch-kanonischen Doktrin des 13. bis 15. Jahrhunderts voll entwickelte und vor allem operational gemachte Unterscheidung von universellem und partikulärem Recht, wobei zwei nicht immer synonyme, aber doch weitgehend kongruente Begriffspaare verwendet werden. Auf der einen Seite: *Ius commune/universale/generale*, demgegenüber steht das *Ius municipale/statutarium/singulare/speciale*.

Es liegt auf der Hand, dass diese Begriffe zunächst an den räumlichen Geltungsbereich anknüpfen. Das mag vor allem bei ihrer Entwicklung in der Antike vielleicht der Fall gewesen sein und dieser Aspekt spielt auch in der mittelalterlichen Theorie eine gewisse Rolle, er ist jedoch nicht der entscheidende. Massgeblich ist vielmehr eine nicht auf den ersten Blick mit dieser Differenzierung verbundene unterschiedliche Qualität dieser Rechte: Das generelle Recht ist dasjenige, das man kennen muss, während das partikuläre Recht nicht notwendigerweise bekannt sein muss. Ausgangspunkt für diese Unterscheidung bildet eine Reihe von Quellenstellen des *Corpus iuris* und des *Liber Sextus*, die die Frage behandeln, welche Gesetze dem *Princeps* und dem Papst bekannt sein müssen und von welchen dieses nicht angenommen werden kann. Bezüglich der letzteren spricht man von einer *probabilis ignorantia*. Diese Differenzierung wird in einem vor allem von Bartolus geprägten Modell schrittweise auf den *Judex* übertragen mit der Konsequenz, dass man auch für diesen dasjenige Recht, das erkennen muss, und solches Recht, bezüglich dessen er eine *probabilis ignorantia* haben kann, voneinander trennt. Dieses Modell hat nun eine Reihe von Konsequenzen, die sich aus der wechselseitigen Verknüpfung von Rechtsquellenlehre und Prozessrecht ergeben. Die Interdependenzen sind derart subtil, dass eine Nachzeichnung nur in einem mit Quellen belegten umfangreichen Text möglich ist. Ich beschränke mich im folgenden deshalb darauf, skizzenartig diese Konsequenzen aufzuzeigen:

Der hier beschriebene Begriff des universellen Rechts ist, wie man ohne weiteres erkennen kann, funktional, d.h. er stellt nicht auf den räumlichen Geltungsbereich ab, sondern darauf, dass dieses Recht allgemein bekannt sei. Infolgedessen setzt sich denn auch zunehmend der Begriff *Ius commune* durch, der diesem Charakteristikum am ehesten entspricht. Synonym wird aber auch *Ius certum* verwandt. Es liegt auf der Hand, dass die Frage, welches Recht diese Qualifikation verdient, eine hochpolitische ist. Ehe darauf näher einzugehen ist, ist eine zweite Konsequenz aufzuzeigen. Wenn es einen Bereich von Recht gibt, der nicht von Amts wegen beachtet wer-

den muss, bei dem der Richter eine *probabilis ignorantia* haben darf, so stellt sich zugleich die Frage, welche prozessuale Konsequenzen das hat. Denn wenn der Richter das Recht nicht von Amtes wegen anwendet, so muss geregelt werden, ob und wenn ja, wie es in den Prozess eingeführt werden kann. Infolgedessen ist diese Rechtsquellentheorie wiederum mit dem zuvor dargelegten prozessualen Konzepten abzustimmen. Das geschieht in einem weiteren Modell, der aus einer Verknüpfung beider bisher aufgezeigten Ansätze hervorgeht.

C) Beweisbedürftiges und nichtbeweisbedürftiges Recht

Nach dem oben geschilderten prozessualen Konzept, bedurfte das Recht keines Beweises. Wenn man dessen ungeachtet erreichen will, dass ein Teil des Rechtes nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, so kann dies nur dadurch geschehen, dass es von dem nichtbeweisbedürftigen Recht abgegrenzt wird. Prozessual bedeutet das aber nichts anderes, als dass dieses Recht dem faktischen Bereich zugerechnet werden muss, der nach der Prozesstheorie allein dem Beweis zugänglich ist. In diesem faktischen Bereich haben die Parteien die Punkte, die bewiesen werden müssen, zu allegieren und im Bestreitungsfalle zu beweisen.

Diese Operation wird nun wiederum in Anknüpfung an dieselben Quellen vorgenommen, die schon für das Positionalverfahren und der Theorie von der *probabilis ignorantia* zugrunde lagen. Diese wurden dem Princep und dem Papst nur bezüglich der Fakten zugebilligt, denn die Unkenntnis wirklichen Rechts war mit dem Verständnis der Rolle des Princeps wie des Papstes unvereinbar. Infolgedessen werden alldiejenigen „Rechte“, bei denen eine Ignoranz akzeptiert werden kann, als solche bezeichnet, die ihre Grundlage im faktischen haben oder wie die zeitgenössischen Quellen sagen, Recht, das „*in facto consistit*“.

Gerade diese Voraussetzung bildet wiederum die Brücke zur Rechtsquellenlehre. Für diese stand nämlich fest, dass die *consuetudo* eine **Doppelnatur** habe, wonach sie zwar als Recht zu betrachten sei, ihre eigentliche Grundlage aber im faktischen liege. Besonders anschaulich wird dies *in facto consistere* in einem Text von Sighard deutlich:

„*Quid ergo dicitur hic consuetudinem, id est, ius esse probandum? Golsse hic, quae communiter tenetur pulchre respondet, dum dicitur ius non esse probandum, intelligi de iure scripto, ut sunt leges, et statuta municipiorum. Quia illa sunt certa et ex inspectione libri apparent: sed consuetudo non est*

certa, quia illa est facti. Possum enim ignorare, licet sim prudentissimus, quae consuetudo sit Reuttingae, cum ea quae sint posita in facto, probabiliter ignorentur. 1.2 ff. de iuris et facti ignorantia".

Sichard, der seine Vorlesungen in Tübingen hielt, verweist auf das Gewohnheitsrecht der benachbarten Stadt Reutlingen, um sicher zu gehen, dass hier die ignorantia eine probabilis sei. Von diesem Ansatz ausgehend, scheinen die beiden nächsten Schritte fast programmiert. Sie führen einerseits zu einer **Erweiterung der probabilis ignorantia und andererseits zu deren Einschränkung.**

Die Erweiterung findet in der Weise statt, dass auch die Statuten zum beweisbedürftigen Recht zugeschlagen werden, wenn es sich nicht um die Statuten desjenigen Ortes handelt, an dem der entscheidende Richter sitzt. Die ortsfremden Statuten werden infolgedessen ebenfalls als Fakten betrachtet und behandelt, wozu sich wiederum die quellenmässige Grundlage in dem für die ganze Lehre von der probabilis ignorantia zentralen Text aus dem liber sextus findet: De constitutionibus cap.1:

„Licet Romanus Pontifex, quia iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere, constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur: quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, quum sint facti et in facto consistant, potest probabiliter ignorare: ipsis, dum tamen sint rationabilia, per constitutionem a se noviter editam, nisi expresse caveatur in pisa, non intelligitur in aliquo derogare“.

Durch diese im „Gesetzestext“ vorgenommene Gleichstellung von Gewohnheitsrecht und Statuten und deren Verankerung im faktischen sind sowohl die prozessualen wie die rechtsquellen-theoretischen Elemente kombiniert. Zugleich aber ergibt sich aus allen bisher dargelegten Konzepten, dass die Beweisbedürftigkeit dann einer Einschränkung bedarf, wenn der Richter das im Faktischen ruhende Recht kennen musste. Dieser Schritt ist – wie bereits angedeutet – in dem Text von Sichard schon sichtbar geworden, denn wenn man den Text genau liest, so lässt sich daraus schliessen, dass die lokalen Gewohnheiten in Tübingen nicht ohne weiteres als Fakten und damit beweisbedürftige Tatsachen betrachtet werden würden. Dieser Ansatz trifft sich nun mit einem weiteren prozessualen Aspekt, der bis heute eine Selbstverständlichkeit ist: **Notorische Tatsachen bedürfen keines Beweises.** Infolgedessen bedurften auch Statuten und Gewohnheiten dann keines Beweises, wenn sie notorisch waren. Dies galt generell für alle Fakten, für die Gewohnheitsrechte und die statutarischen Rechte, aber mit einer besonderen sowohl für das Verfahren wie für die Rechtsquellenlehre typischen Eigenart: Die lokalen Gewohnheiten und Statuten wurden als von Amts wegen bekannt betrachtet. Man brachte

dies allerdings nicht mehr dadurch zum Ausdruck, dass man sie automatisch als notorisch bezeichnete, sondern wechselte wiederum die Perspektive und verwendete zu ihrer Kennzeichnung den Gegenbegriff. Man nennt das lokale Statut und die örtliche Gewohnheit *ius commune in loco*.

Ich verzichte auf eine in weitere Einzelheiten gehende Darlegung dieser Argumentation, die vielfältigen Nuancen und Variationen aufweist, die jedoch im vorliegenden Zusammenhang schlussendlich nicht von Interesse sind. Wichtig ist nur der schon angedeutete rechtspolitische Gesichtspunkt. Es war eine staatspolitische Notwendigkeit für Stadtstaaten und später für kleinere Territorien, dass das lokale Recht von den in den Stadtstaaten angestellten Richtern (*Judex* oder *Syndicus*) oder später von den in die Territorialstaaten gerufenen gelehrten Richtern als von Amts geltendes Recht angewendet werden musste. Dies erreicht man mit der zuvor beschriebenen Theorie ohne grosse Schwierigkeit. Dies gibt Anlass zu einer zusammenfassenden Betrachtung.

D) Beweisbedürftiges und nichtbeweisbedürftiges Recht

Die dargelegte Konzeption teilt das Recht in beweisbedürftiges und nichtbeweisbedürftiges Recht ein. Aus den Mechanismen dieser Konzeption ergibt sich fast selbstverständlich, dass die Zuweisung der *consuetudo* zum einen oder anderen Bereich mit den Methoden, die die Glossatoren und Postglossatoren für das ganze Theorem entwickelt hatten, nahezu beliebig erfolgen konnte. Es stand dem Richter frei, eine *consuetudo* als notorisch zu bezeichnen, wenn er sie unbedingt anwenden wollte, ebenso hatte er die Möglichkeit (von der das Reichskammergericht sehr häufig Gebrauch gemacht hat), eine behauptete Gewohnheit als unbekannt und deshalb beweisbedürftig zu betrachten. Dies alles zeigt nur, dass die Einteilung des Rechts in beweisbedürftiges und nichtbeweisbedürftiges eine auf vielen theoretischen Ansätzen beruhende Konzeption war, die nicht zuletzt, möglicherweise sogar vor allem eine (rechts-) politische Steuerungsfunktion ausgeübt hat. Über die Gründe und Hintergründe, die dafür massgebend waren, wissen wir bis heute wenig, ebenso wenig wissen wir darüber, ob bewusst von diesem Instrumentarium Gebrauch gemacht wurde. Was gewiss ist, ist jedoch, dass die Unterscheidung zwischen beweisbedürftigem und nichtbeweisbedürftigem Recht sich bis heute erhalten hat und auch heute noch als Instrument benutzt wird, wie der oben zitierte Artikel 16. IPRG zeigt.

Infolgedessen ist es nicht verwunderlich, dass im Laufe des 19. Jahrhunderts mit Veränderungen der politischen Situation und der rechtspolitischen Konzeptionen und Voraussetzungen eine Neubesinnung eintrat, die dazu führte, dass das Gewohnheitsrecht zunehmend als Rechtsquelle anerkannt und seine dementsprechende Behandlung gefordert wurde. Die dabei aufgestellten Postulate unterscheiden sich, was den Historiker nicht wundert, sondern eher ein bisschen freut, in der Sache kaum von denjenigen Forderungen, die schon die französischen Juristen im 13. und 14. Jahrhundert aufgestellt hatten, als sie die ungeschränkte Berücksichtigung des Gewohnheitsrechts durch den Richter und damit als Recht gefordert hatten.

Wenn infolge der Entwicklung im 19. Jahrhundert das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle etwa in Art. 1 ZGB heute uneingeschränkt anerkannt ist, so darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich im Grunde nicht sehr viel geändert hat. Der bereits zitierte Artikel 16 des IPRG zeigt noch heute, dass der Gesetzgeber – häufig auch unter Sachzwängen – eine Abgrenzung zwischen beweisbedürftigem und nichtbeweisbedürftigem Recht suchen muss und dass diese nach wie vor ein Politikum ist. Gravierender ist jedoch der Umstand, dass zwar theoretisch der Richter von Amts wegen Gewohnheitsrecht berücksichtigen muss, dass dieses indessen nur der Fall sein wird, wenn die Parteien sich darauf berufen. Damit aber sind wir eigentlich zu derjenigen Position zurückgekehrt, die die Scharfsinnigsten unter den mittelalterlichen Juristen bereits eingenommen hatten: Sie waren der Auffassung, dass das Gewohnheitsrecht wohl rechtlicher Natur sei und zumindest, sofern es in dem beschriebenen Rahmen als *tus commune* betrachtet werden konnte, nicht des Beweises bedurfte. Gleichwohl vertraten sie die Ansicht, dass die Mindestvoraussetzung für die Berücksichtigung einer *consuetudo* wenigstens die sei, dass die Parteien sie allegieren oder wie es im berühmten Richtereid der Reichskammergerichtsordnung von 1495 heisst: [Sie sollen richten] „Nach redlichen, erbern und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewonhaiten der Fürstenthumb, Herrschaften und Gericht, die für sy pracht werden“.

Literaturhinweise

Zu II: Henckel Wolfram: Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.

Wiegand Wolfgang: Plus petitio, München 1974.

Langbein John: The German Advantage in civil Procedure, 52 University of Chicago Law Review 823 ff. (1985).

Olson Walter K.: The Litigation Explosion: What Happened When America Unleashed the Law Suit (1991).

Wiegand Wolfgang: Americanization of Law: Reception or Convergence? Legal Culture and the Legal Profession edited by Lawrence M. Friedman / Harry N. Scheiber (1996).

Zu III: Wiegand Wolfgang: Die privatrechtlichen Rechtsquellen des usus modernus, in: Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages (herausgegeben von Dieter Simon 1987).

Wiegand Wolfgang: Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit (1977).

Artikelprozess, in: HRG Band 1 (G. Buchda).