

## Modernes Gewohnheitsrecht

Martin Klose\*

A. Einführung.....	370	I. Kurationsakt.....	381
B. Abgrenzung.....	372	II. Objektives Element.....	382
I. Gesetzesrecht.....	372	III. Subjektives Element.....	385
II. Richterrecht.....	373	1. Verkehrsgewohnheitsrecht.....	386
III. Juristenrecht.....	374	2. Justizgewohnheitsrecht.....	387
C. Geltungsgrund.....	375	IV. Identifikationsproblem.....	390
I. Gestattungstheorie.....	375	1. Normidentifikation.....	390
1. Gestattung des Gesetzgebers.....	376	2. Richterliche Rechtsetzung?.....	391
2. Gestattungskompetenz des Gesetzgebers.....	377	E. Abänderung und Aufhebung.....	393
II. Willentheorie.....	378	F. Gewohnheitsrecht und Grundgesetz...	394
1. Verkehrsgewohnheitsrecht.....	379	I. Gesetzesvorbehalt.....	394
2. Justizgewohnheitsrecht.....	379	II. Verfassungsgewohnheitsrecht.....	398
D. Entstehung.....	381	G. Schlussbetrachtung.....	400

*Im Verfassungsstaat wird das Rechtssystem maßgeblich durch die Gesetzgebung geprägt. Für Gewohnheitsrecht bleibt scheinbar wenig Raum. Doch auch unter dem Grundgesetz ist Gewohnheitsrecht eine legitime und notwendige Rechtsquelle. Der Beitrag zeigt sowohl die aktuelle Bedeutung als auch die theoretischen Grundlagen des Gewohnheitsrechts auf.*

### A. Einführung

Gewohnheitsrecht gilt als *älteste* Rechtsquelle.<sup>1</sup> War die Rechtsetzung durch Übung „ursprünglich bei jedem Volke die praktisch wichtigere“, <sup>2</sup> wurde sie zunehmend durch die Gesetzgebung verdrängt. Heute regelt das Gesetzesrecht nahezu jeden Lebensbereich. Sogar Farbe und Größe der zu verwendenden Parkscheibe sind vorgeschrieben.<sup>3</sup> Gesetzesrecht ist zur *bedeutendsten* Rechtsquelle geworden. Die Kodifizierung der *cic*<sup>4</sup> und *pVV*<sup>5</sup> wie auch die Gleichstellung der unechten Unterlassungsdelikte mit den Begehungsdelikten in § 13 StGB<sup>6</sup> haben die praktische Be-

\* Dr. Martin Klose ist Akademischer Rat a. Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Jörg Neuner) in Augsburg.

1 G. F. Puchta, Das Gewohnheitsrecht, Erster Theil, Erlangen 1828, S. 214; M. Frühauf, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, Berlin 2006, S. 9 mwN.

2 B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, Düsseldorf 1862, S. 38; A. Schmidt, Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht, Leipzig 1881, S. 9.

3 § 13 Abs. 2 S. 1 iVm Bild 318 der Anlage 3 zu § 42 Abs. 2 StVO; siehe dazu etwa H.-P. Freymann, in: R. Geigel, Haftpflichtprozess, 27. Aufl., München 2015, 27. Kapitel, Rn. 378 sowie OLG Brandenburg NZV 2012, S. 97: „Die Verwendung einer Parkscheibe, die um ein Vielfaches kleiner ist als gemäß Bild 318 (...) vorgeschrieben, ist unzulässig (...)“ (Hervorhebung nicht im Original).

4 Zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung zB BGH NJW 1979, S. 1983 (1983).

5 Zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung zB W. Richter, Tatsächliche Einwirkungen auf das Kaufgrundstück und Vormerkungsschutz, Berlin 1999, S. 85.

6 Siehe etwa A. Eser/B. Hecker, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., München 2014, § 1 Rn. 14.

deutung gewohnheitsrechtlicher Normen weiter verringert. Mittlerweile wird deshalb sogar „die Erforderlichkeit der Rechtsquelle ‚Gewohnheitsrecht‘“ angezweifelt.<sup>7</sup>

Das Gewohnheitsrecht als Relikt vergangener Tage zu betrachten, würde jedoch zu weit gehen. Erst kürzlich entschied der BGH, dass „für das Partnerschaftsregister (...) von der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Eintragungsfähigkeit von Dokortiteln auszugehen (ist).“<sup>8</sup> Für das Zivilrecht lassen sich unzählige weitere Institute oder Maximen finden, die als Gewohnheitsrecht eingeordnet werden. Zu nennen sind etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht,<sup>9</sup> das kaufmännische Bestätigungsschreiben,<sup>10</sup> die Sicherungsübereignung,<sup>11</sup> die *actio pro socio*,<sup>12</sup> im Kern der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter,<sup>13</sup> die Drittschadensliquidation im Falle mittelbarer Stellvertretung,<sup>14</sup> der Umstand, dass die Mitglieder eines nicht eingetragenen Vereins nicht persönlich haften,<sup>15</sup> die Verwirkung,<sup>16</sup> der extensive Namensschutz gemäß § 12 BGB zugunsten der Firma eines Kaufmanns<sup>17</sup> und das Recht zur Totenfürsorge.<sup>18</sup> Im Öffentlichen Recht werden beispielsweise der Auf-

7 B. Rütters/C. Fischer/A. Birk, Rechtstheorie, 9. Aufl., München 2016, Rn. 233; T. M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, München 2017, § 3 Rn. 25 ff.; P. Raisch, Zur Abgrenzung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Zivil- und Handelsrecht, ZHR 150 (1986), S. 117 (118: „Sinnentleerung“).

8 NZG 2017, S. 734 (735).

9 K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 433; K. Riesenhuber, Kein Fragerecht des Arbeitgebers, NZA 2012, S. 771 (774); J. Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1999, S. 212.

10 BGHZ 188, 128 (134); K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl., Köln 2014, § 19 Rn. 66 ff.; J. Hopt, Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsrecht, AcP 183 (1983), S. 608 (691); K. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln 2008, S. 554; R. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016, Rn. 20.

11 K. Larenz, Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs?, NJW 1951, S. 497 (497 f.); N. Reich, Die Sicherungsübereignung, Bad Homburg 1970, S. 18; H. Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 41. Aufl., München 2017, § 1 Rn. 8; aA C. Berger, in: O. Jauernig, BGB, 16. Aufl., München 2015, § 930 Rn. 20.

12 C. Thomale, Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht, AcP 212 (2012), S. 920 (929).

13 J. Basedow/W. Wurmnest, Die Dritthaftung von Klassifikationsgesellschaften, Tübingen 2004, S. 37; D. König, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, Tübingen 2015, S. 261 mwN; kritisch S. Klumpp, in: J. v. Staudinger, BGB, Berlin 2015, § 328 Rn. 104.

14 BGHZ 133, 36 (41); G. Schiemann, in: J. v. Staudinger, BGB, Berlin 2017, Vorbemerkungen zu §§ 249–254 Rn. 69; aA M. Wolf/J. Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., München 2016, § 4 Rn. 8.

15 Wolf/Neuner, BGB AT (Fn. 14), § 17 Rn. 138 mwN.

16 A. Menzel, Grundfragen der Verwirkung, Frankfurt am Main 1987, S. 32 f.; M. Klose, Das Eigentum als *nudum ius* im Bürgerlichen Recht, Tübingen 2016, S. 82.

17 I. Heinrich, in: H. T. Soergel, BGB, 13. Aufl., Stuttgart 2000, § 12 Rn. 114.

18 BGH NJW-RR 1992, S. 834 (834); LG Saarbrücken NJW 2014, S. 1395 (1397) mwN.

opferungsgrundsatz<sup>19</sup> und das behördliche Hausrecht,<sup>20</sup> im Strafrecht das Kausalitätserfordernis und die *actio libera in causa*<sup>21</sup> als Gewohnheitsrecht bezeichnet. Diese Beispiele zeigen bereits, dass die Rechtsquelle Gewohnheitsrecht auch im heutigen Verfassungsstaat keineswegs bedeutungslos ist.

## B. Abgrenzung

Bevor das Gewohnheitsrecht näher betrachtet werden kann, ist eine Abgrenzung von anderen (potentiellen) Rechtsquellen notwendig. Der Begriff „Rechtsquelle“ wird hier im engen Sinne verwendet und erfasst daher nur, „was für den Rechtsanwender verbindliche Rechtssätze erzeugt.“<sup>22</sup>

### I. Gesetzesrecht

Bei Gesetzesrecht handelt es sich um Verhaltensanordnungen, die der Gemeinschaft typischerweise von einer übergeordneten Instanz auferlegt werden.<sup>23</sup> Diese Vorschriften beanspruchen im Grundsatz ab dem Moment ihres Inkrafttretens normative Geltung. Ob sie faktisch gelten werden, zeigt die Zukunft, wenngleich die Normativität faktische Geltung prinzipiell verlangt. Gewohnheitsrecht ist demgegenüber „nach verbreiteter Auffassung dasjenige Recht, welches gleichsam spontan von unten herauf aus der Gesellschaft wächst.“<sup>24</sup> Gewohnheitsrechtlichen Normen geht also geltungstheoretisch Faktizität voraus. Die Verhaltensanordnung findet zunächst Anwendung, weil und sofern die Beteiligten von ihrer Richtigkeit überzeugt sind. Eine künftige Geltung vorhersagen zu wollen, ist daher allenfalls Prognose, wenn nicht gar bloße Spekulation, da sich die Anschauungen der Rechtsgemeinschaft grundsätzlich jederzeit verändern können. Ist die Verhaltensanordnung zu Gewohnheitsrecht erstarkt, gilt sie fortan normativ;<sup>25</sup> sie wird Teil des positiven Rechts<sup>26</sup> und entfaltet damit Bindungswirkung gegenüber den Rechtsunterworfenen ebenso wie den Rechtsanwendern. Gesetzes- und Gewohnheitsrecht sind mithin durch Normativität charakterisiert.

19 H.-J. Papier, in: T. Maunz/G. Dürig, Grundgesetz, 81. EL, München 2017, Art. 14 Rn. 671 sowie Art. 34 Rn. 55; F. Schack, NJW 1959, S. 310 (Anmerkung zu BVerwG NJW 1959, S. 306); siehe auch BGHZ 9, 83 (88); 16, 366 (374).

20 T. Knoke, Betriebliche Ordnungsgewalt in Räumlichkeiten des Verwaltungsvermögens, AöR 94 (1969), S. 388 (401 ff.); E.-J. Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Heidelberg 2014, Rn. 161.

21 Eser/Hecker (Fn. 6), § 1 Rn. 14.

22 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie (Fn. 7), Rn. 217; Möllers, Methodenlehre (Fn. 7), § 2 Rn. 4; ähnlich Röhl/Röhl, Rechtslehre (Fn. 10), S. 519.

23 Vgl. S. Meder, *Ius non scriptum* – Traditionen privater Rechtsetzung, 2. Aufl., Tübingen 2009, S. VII (Aus dem Vorwort zur 1. Auflage).

24 Meder, aaO.

25 L. Enneccerus/H. C. Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959, S. 206 ff., 261 f.; Larenz, Methodenlehre (Fn. 9), S. 433; Wolf/Neuner, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 5 f.

26 Siehe nur etwa Windscheid, Pandektenrecht (Fn. 2), S. 37; Röhl/Röhl, Rechtslehre (Fn. 10), S. 291.

## II. Richterrecht

Bei Richterrecht handelt es sich um die von Richterinnen und Richtern rechtsfortbildend hervorgebrachten Regeln. Das Richterrecht hat keine Rechtsnormqualität.<sup>27</sup> Anders als der Gesetzgeber fällt der Richter stets eine konkret-individuelle Entscheidung, die grundsätzlich nur zwischen den am Verfahren beteiligten Parteien wirkt.<sup>28</sup> Die richterliche Rechtsfortbildung bringt keine „fertige Regel oder gar eine detaillierte Regelung“ hervor.<sup>29</sup> Der Richter „hat sich immer mit einem bestimmten Fall zu beschäftigen und ist auf die Fälle angewiesen, die ihm zur Entscheidung vorgelegt werden; (er) kann nicht sogleich übersehen, welche Auswirkungen ein von ihm angenommener Grundsatz in vergleichbaren, aber doch wieder anders gelagerten Fällen haben wird, welche Einschränkungen, Differenzierungen oder sonstige Korrekturen daher notwendig werden können.“<sup>30</sup> Richterrechtliche Regeln unterscheiden sich demnach inhaltlich-strukturell deutlich von Rechtsnormen und können daher als „unfertige“ Regeln keine gesetzesgleiche Bindung entfalten. Zudem kann der Richter aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips und der damit verbundenen verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisung keine abstrakt-generellen Rechtsregeln aufstellen.<sup>31</sup> Richterrecht kann allerdings nach ganz hM zu Gewohnheitsrecht erstarken, wenn und soweit dessen Entstehungsvoraussetzungen erfüllt sind;<sup>32</sup> vollzieht sich dieser Schritt nicht, bleibt die richterrechtliche Regel normativ unverbindlich und beansprucht allenfalls faktische Geltung, wenn die Richterinnen und Richter nachfolgender Verfahren sie rezipieren und die Sozietät sich an ihr orientiert.<sup>33</sup>

27 HM, vgl. BVerfGE 84, 212 (227); 122, 248 (277); E. Picker, Richterrecht oder Rechtsdogmatik, JZ 1988, S. 62 (72 f.); Röhl/Röhl, Rechtslehre (Fn. 10), S. 562 ff.; Larenz, Methodenlehre (Fn. 9), S. 429 ff.; E. Schlüchter, Mittlerfunktion der Präjudizien, Berlin 1986, insbes. S. 113 ff.; K. Larenz/C.-W. Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995, S. 252 ff.; Wolff/Neuner, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 9 ff.; aa Rütters/Fischer/Birk, Rechtslehre (Fn. 7), Rn. 239; O. A. Germann, Präjudizien als Rechtsquelle, Stockholm 1960, S. 9 ff. (Präjudizienbindung); siehe außerdem Möllers, Methodenlehre (Fn. 7), § 3 Rn. 12 ff. („sekundäre Rechtsquelle“).

28 Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 27), S. 252; Wolff/Neuner, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 9.

29 Larenz, Methodenlehre (Fn. 9), S. 431.

30 Larenz, aaO; ähnlich W. Schlüter, Das Obiter dictum, München 1973, S. 30 f.

31 K. Schmidt, Gesetzgebung und Rechtsfortbildung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften, JZ 2009, S. 10 (12); ausführlich J. Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl., München 2005, S. 52 ff.

32 Näher dazu unten bei Fn. 82 ff. Dass Richterrecht *per se* kein Gewohnheitsrecht ist, wird ausführlich dargelegt von Raisch, Abgrenzung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht (Fn. 7).

33 Larenz, Methodenlehre (Fn. 9), S. 431 f.; Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 27), S. 255.

### III. Juristenrecht

Die historische Rechtsschule erkannte das Juristenrecht als eigene Rechtsquelle an.<sup>34</sup> Es handelte sich dabei um „aus der Wissenschaft hervorgegangenes Recht“.<sup>35</sup> Man erachtete „die Volksüberzeugung als die eigentliche Quelle alles Rechts“<sup>36</sup> und die Juristen lediglich als „Repräsentanten“ des Volks.<sup>37</sup> Auf diese Weise konnte auch das Juristenrecht auf die Volksüberzeugung zurückgeführt werden. Daneben gab es nach *Georg Friedrich Puchta* eine zweite Erscheinungsform des Juristenrechts, die nicht durch die „äußere Autorität“ der Volksüberzeugung festgesetzt wurde. So habe „der Richter (...) auch das als Rechtssatz anzuerkennen, was sich als solcher aus inneren Gründen (mit Berücksichtigung der Natur der Sache, durch juristische Konsequenz und Analogie) ergibt.“<sup>38</sup> Dieses Juristenrecht gründe „sich nicht auf eine äußere Autorität, sondern lediglich auf die innere der wissenschaftlichen Wahrheit (...).“<sup>39</sup> Unumstritten waren *Puchtas* Lehren schon damals freilich nicht.<sup>40</sup>

Mit der Etablierung des voluntaristischen Rechtsbegriffs wurde die Volksgeistlehre der historischen Rechtsschule sowie damit einhergehend deren Differenzierung zwischen (Volks-)Gewohnheitsrecht und Juristenrecht zunehmend verdrängt.<sup>41</sup> Demgemäß begegnet der Begriff „Juristenrecht“ in der aktuellen Literatur nur selten, wird dann aber entsprechend seiner ursprünglichen Bedeutung für die produkte rechtswissenschaftlicher Tätigkeit verwendet.<sup>42</sup> Als Rechtsquelle im engeren Sinne wird das Juristenrecht dabei nicht anerkannt.<sup>43</sup> Im Fokus steht heute zumeist, ob *herrschende Meinungen* (gesetzesgleiche) Bindungswirkung entfalten.<sup>44</sup> Um eine solche herrschende Meinung handelt es sich, wenn „eine Rechtsprechung von zahl-

34 *Puchta*, *Gewohnheitsrecht I* (Fn. 1), S. 165 f.; *F. C. v. Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, Berlin 1840, S. 45 ff.; näher *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, 2. Aufl., München 2012, S. 198 ff.

35 *Puchta*, *Gewohnheitsrecht I* (Fn. 1), S. 161.

36 *Puchta*, *Gewohnheitsrecht I* (Fn. 1), S. 143; *F. C. v. Savigny*, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, S. 11 f.

37 *Puchta*, *Gewohnheitsrecht I* (Fn. 1), S. 166; *Savigny*, *System* (Fn. 34), S. 46.

38 *G. F. Puchta*, *Das Gewohnheitsrecht*, Zweiter Theil, Erlangen 1837, S. 15 f.

39 *Puchta*, *Gewohnheitsrecht II* (Fn. 38), S. 16.

40 Kritisch etwa *G. Beseler*, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig 1843, S. 88 ff.; näher *Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 34), S. 198 ff.

41 *Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 34), S. 300 f.

42 Verwendung findet er zB bei *Röhl/Röhl*, *Rechtslehre* (Fn. 10), S. 570 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie* (Fn. 7), Rn. 217; *Raisch*, *Abgrenzung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht* (Fn. 7).

43 *Röhl/Röhl*, *Rechtslehre* (Fn. 10), S. 570 f. sprechen von „Rechtsinhaltsquelle“; im Ergebnis ebenso *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie* (Fn. 7), Rn. 217; aA offenbar *R. Richardi*, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 3. Aufl., München 2009, § 6 Rn. 34 („Rechtsquelle ist insoweit die in theoretischer und praktischer Arbeit sich betätigende Wissenschaft.“).

44 Siehe etwa *Wolf/Neuner*, *BGB AT* (Fn. 14), § 4 Rn. 17; *H.-M. Paulowski*, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Aufl., Heidelberg 1999, S. 188; monographisch *T. Drosdeck*, *Die herrschende Meinung – Autorität als Rechtsquelle*, Berlin 1989; siehe außerdem *J. Vogel*, *Juristische Methodik*, Berlin 1998, S. 106 ff. (mit methodischem Schwerpunkt).

reichen und gewichtigen Stimmen aus der Lehre geteilt (wird).“<sup>45</sup> Dass eine herrschende Meinung zu berücksichtigen ist, scheint einhellig angenommen zu werden;<sup>46</sup> umstritten ist dagegen, wie dies zu geschehen hat. *Hans-Martin Pawlowski* etwa spricht sich für eine Bindung an die herrschende Meinung aus, „weil man damit jedenfalls dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung trägt.“<sup>47</sup> Anerkannt wird auch, „dass die herrschende Ansicht den von Präjudizien ausgehenden Vertrauenstatbestand stärken oder schwächen kann.“<sup>48</sup> Rechtsnormqualität haben herrschende Meinungen aber nach zutreffender Ansicht nicht.<sup>49</sup>

### C. Geltungsgrund

Der Geltungsgrund gibt an, warum Gewohnheitsrecht normative Verbindlichkeit beansprucht. Die Entstehungsvoraussetzungen bestimmen hingegen, ob ein konkreter Rechtssatz gewohnheitsrechtlich gilt. Beides ist daher strikt zu trennen, wenngleich Interdependenzen bestehen. Zum Geltungsgrund gewohnheitsrechtlicher Normen existieren zahlreiche – teils grundverschiedene, teils aufeinander aufbauende – Theorien und Ansätze, die sich vornehmlich mit der Geltung von Recht überhaupt befassen und das Gewohnheitsrecht zumeist nur am Rande thematisieren. Im Wesentlichen konkurrieren heute zwei Ansätze.<sup>50</sup>

#### I. Gestattungstheorie

Die Gestattungstheorie<sup>51</sup> nimmt an, dass „die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts (...) durch den Gesetzgeber angeordnet oder gestattet sei.“<sup>52</sup> Die Grundlage dieser Auffassung findet sich bereits bei den Glossatoren, wo teilweise zumindest für die Aufhebung eines Gesetzes durch Gewohnheitsrecht die „stillschweigende Zustimmung des Kaisers“ als notwendig erachtet worden war.<sup>53</sup> Im 17. und 18. Jahrhundert entwickelte sich die Gestattungstheorie zur herrschenden Lehre. Über-

45 *Wolf/Neuner*, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 17.

46 Siehe die Nachweise in Fn. 44; kritisch aber *Drosdeck*, Herrschende Meinung (Fn. 44), insbes. S. 118 ff.

47 Methodenlehre (Fn. 44), S. 188.

48 *Wolf/Neuner*, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 17.

49 *R. Zimmermann*, Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, Berlin 1983, S. 86 ff. (mit Einschränkungen); *Wolf/Neuner*, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 17; *Drosdeck*, Herrschende Meinung (Fn. 44), insbes. S. 118 ff.

50 Ausführlich zu den unterschiedlichen Theorien *H. O. Freitag*, Gewohnheitsrecht und Rechtssystem, Berlin 1976, S. 38 ff.; *Frühauß*, Gewohnheitsrecht im Zivilrecht (Fn. 1), S. 33 ff.

51 Der Begriff stammt wohl von *E. Zitelmann*, Gewohnheitsrecht und Irrthum, AcP 66 (1883), S. 323 (362).

52 So *Zitelmann*, Gewohnheitsrecht und Irrthum (Fn. 51), S. 361 f. über den Ansatz der Gestattungstheorie, die er selbst allerdings ablehnt; aktuell wird diese Theorie vertreten von *Meder*, *Ius non scriptum* (Fn. 23), S. 119 und wohl auch *E. Hilgendorf/J. C. Joerden*, Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2017, S. 25.

53 Siehe dazu *S. Brie*, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, Erster Theil, Geschichtliche Grundlegung, Breslau 1899, S. 121.

wiegend nahm man jedoch an, dass eine generelle Zustimmung genügt.<sup>54</sup> Noch bis in das 20. Jahrhundert hinein war die Lehre weit verbreitet.<sup>55</sup> Bezeichnend ist, dass es sich hierbei überwiegend um Epochen handelt, in denen die Gesetzgebungsgewalt nicht beim Volk, sondern bei monarchischen Herrschern lag.<sup>56</sup> Wo die Untertanen mehr oder minder der Willkür eines Monarchen ausgesetzt sind, erscheint es plausibel, für eine Rechtsetzung durch das Volk obrigkeitliche Zustimmung zu fordern. Heute sind die Prämissen andere. Fraglich ist daher, ob eine gesetzliche Gestattung vorliegt und notwendig ist.

### 1. Gestattung des Gesetzgebers

Nach Teilen der Literatur soll Art. 2 EGBGB eine „legislatorische Autorisation“ enthalten.<sup>57</sup> Problematisch daran ist zunächst, dass diese Vorschrift nach ihrem Wortlaut eine existente Rechtsnorm vorfinden muss; sie kann mithin Gewohnheitsrecht nicht zur Rechtsnorm erheben.<sup>58</sup> Der Gehalt des Art. 2 EGBGB erschöpft sich schlichtweg in der Anordnung, dass Gesetz iSd BGB und EGBGB jede Rechtsnorm ist; was Rechtsnorm ist, statuiert die Vorschrift nicht. Darüber hinaus ließe sich die Geltung gewohnheitsrechtlicher Normen allenfalls für das Bürgerliche Recht begründen. Dass Gewohnheitsrecht auch im sonstigen Zivilrecht, im Öffentlichen Recht und im Strafrecht normativ gilt, ist mit Art. 2 EGBGB schwerlich erklärbar.<sup>59</sup>

Art. 20 Abs. 3 GG scheidet ebenfalls als Gestattung des *Gesetzgebers* aus. Unter die „verfassungsmäßige Ordnung“ und die Formel „Gesetz und Recht“ ist das Gewohnheitsrecht gewiss subsumierbar.<sup>60</sup> Eine Anerkennung des Gewohnheitsrechts durch den Gesetzgeber lässt sich daraus indessen nicht ableiten. Ganz im Gegenteil enthält Art. 20 Abs. 3 GG eine Bindungsanordnung und damit eine Begrenzung staatlicher Macht zur Vermeidung rein willkürlicher Akte.<sup>61</sup> Möglich erscheint dagegen, die Regelung des Art. 20 Abs. 3 GG nicht als Gestattung des *Gesetzgebers*, sondern allgemeiner als Regelung zu interpretieren, die „die verbindende Kraft des

54 Siehe dazu *Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 34), S. 108 f.

55 Vertreter waren etwa *G. Rümelin*, Das Gewohnheitsrecht, JherJb 27 (1889), S. 153 (186 ff.); *B. Schmidt*, Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens, Leipzig 1899, S. 29 f.; *H. Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl., Tübingen 1923, S. 100 f.

56 Vgl. *Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 34), S. 16; *Raisch*, Abgrenzung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht (Fn. 7), S. 122.

57 Vgl. *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 10), S. 555; siehe außerdem *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT (Fn. 25), S. 262 f., die in Art. 2 EGBGB ebenfalls eine legislatorische Anerkennung sehen, die Gestattungstheorie allerdings ablehnen.

58 So auch *Frühauß*, Gewohnheitsrecht im Zivilrecht (Fn. 1), S. 23 ff.

59 Vgl. *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT (Fn. 25), S. 263.

60 Nach *Hilgendorf/Joerden*, Rechtsphilosophie (Fn. 52), S. 26 ist Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle „u. a. in Artikel 20 Abs. 3 GG (Gesetz und Recht) anerkannt (...)“; kritisch *Frühauß*, Gewohnheitsrecht im Zivilrecht (Fn. 1), S. 16 ff.

61 Vgl. *S. Huster/J. Rux*, in: BeckOK GG, 35. Edition, Art. 20 Rn. 164 ff.; *B. Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz (Fn. 19), Art. 20 VI. Rn. 1 ff.

Gewohnheitsrechts“<sup>62</sup> anordnet. Dann handelt es sich aber gerade nicht um eine „Zustimmung durch die Obrigkeit“,<sup>63</sup> die von der Gestattungstheorie verlangt wird. Hat „sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben“,<sup>64</sup> ist eine Gestattung gewohnheitsrechtlicher Normen in Art. 20 Abs. 3 GG eine Zustimmung durch das Volk, nicht durch den Gesetzgeber.

## 2. Gestattungskompetenz des Gesetzgebers

In einem Verfassungsstaat, in dem alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, ist bereits dem Grunde nach fraglich, ob eine Gestattung des Gesetzgebers überhaupt notwendig ist.<sup>65</sup> Die Kompetenzen der Legislative sind in der Verfassung geregelt. In Betracht kommt daher allenfalls, dass das Volk als Inhaber der Staatsgewalt seinem „Rechtsetzungsvertreter“ im Grundgesetz die Befugnis zur Gestattung und Untersagung gewohnheitsrechtlicher Normen verliehen hat.

Das Grundgesetz bekennt sich in Art. 20 Abs. 2 zur Gewaltenteilung. Es handelt sich dabei um eine klare Kompetenzzuweisung *innerhalb des staatlichen Machtapparates* zur Ausübung der vom Volke ausgehenden Staatsgewalt: Der Erlass von Gesetzen obliegt der Legislative; Exekutive und Judikative sind prinzipiell von der Gesetzgebung ausgeschlossen.<sup>66</sup> Dass Art. 20 Abs. 2 GG eine Rechtsetzung durch andere, nicht staatliche „Einrichtungen“ ebenfalls exkludieren möchte, lässt sich jedenfalls dem Wortlaut nicht entnehmen. Entsprechendes gilt für die übrigen Regelungen des Grundgesetzes.<sup>67</sup> Dort finden sich nur Vorschriften zu den Modalitäten *mittelbarer* Rechtsetzung durch staatliche Organe. Mit der unmittelbaren Rechtsetzung durch das Volk befasst sich das Grundgesetz verständlicherweise nicht. Denn das Volk in seiner Gesamtheit ist Inhaber der Staatsgewalt und bedarf keiner Kompetenzverleihung durch die Verfassung. Im Übrigen wäre es paradox, würde der Volkssouverän sich gleichsam selbst von der Rechtsetzung ausschließen. Es erscheint wenig plausibel, dass das Volk seine Macht auf diese Weise pauschal beschränkt.

Die Bundesrepublik Deutschland ist freilich als repräsentative Demokratie organisiert; die Gesetze werden von Vertretern ohne unmittelbare Beteiligung des Volkes erlassen. Daraus lässt sich gewiss auch folgern, dass der Gesetzgeber alleine zuständig ist und das Volk von der *Gesetzgebung* insgesamt ausgeschlossen sein soll (abgesehen vom Volksentscheid iSd Art. 29 Abs. 2 GG).<sup>68</sup> Das Gewohnheitsrecht

62 Siehe dazu den Nachweis oben in Fn. 52.

63 *Meder, Ius non scriptum* (Fn. 23), S. 119.

64 Auszug aus der Präambel des Grundgesetzes.

65 Vgl. dazu *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 10), S. 555 f.

66 Näher etwa *Grzeszick* (Fn. 61), Art. 20 V. Rn. 97 ff.

67 *F. Ossenbühl*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 100 Rn. 38: „Der Wortlaut des Grundgesetzes sieht ein ausdrückliches staatliches Rechtsetzungsmonopol nicht vor.“

68 Vgl. etwa *P. Badura*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 25 Rn. 5.



ist aber gerade kein Produkt einer hoheitlichen Gesetzgebung, sondern wächst „von unten herauf aus der Gesellschaft“. <sup>69</sup> Ein Ausschluss von der Gesetzgebung ist nicht gleichzusetzen mit einem Ausschluss von jeder Rechtsetzung. Zumal das Prinzip der Volkssouveränität nach einer Rechtfertigung staatlicher Herrschaft verlangt, während es eine Legitimation der Herrschaft des Volkes in sich trägt.

Richtigerweise enthält also die Verfassung keine „Gestattungsbefugnis“ des Gesetzgebers. Gewohnheitsrecht führt ein „Eigenleben“ neben der staatlichen Rechtsetzung und hängt daher nicht von einer legislativen Anerkennung ab. <sup>70</sup>

## II. Willentheorie

Vor diesem Hintergrund ist die Willentheorie tragfähiger. Sie erblickt den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts in der Überzeugung und dem Willen des Volkes. <sup>71</sup> Maßgeblich kann dabei freilich nicht der Wille eines jeden Einzelnen, sondern nur ein (potentieller) Gesamtwille sein. <sup>72</sup> Ihren Ursprung findet diese Lehre bereits im klassischen römischen Recht, wo der Volkswille als Grund der Bindung des Gesetzes und der Gewohnheit anerkannt worden war: „(...) Althergebrachte Gewohnheit wird mit gutem Grund wie ein Gesetz befolgt (...). Denn wenn selbst die Gesetze aus keinem anderen Grund für uns bindend sind, als deswegen, weil sie durch die Entscheidung des Volkes angenommen sind, dann bindet zu Recht auch das alle Bürger, was das Volk ohne jede Schriftform gebilligt hat. Denn welchen Unterschied macht es, ob das Volk seinen Willen durch Abstimmung kundtut oder durch ein der sachlichen Regelung entsprechendes Verhalten? (...)“. <sup>73</sup>

<sup>69</sup> Siehe dazu den Nachweis oben in Fn. 24.

<sup>70</sup> Vgl. R. Pfeffer, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Tübingen 2009, S. 73. Nach Pfeffer (S. 72) spricht gegen die Gestattungstheorie außerdem „die Anerkennung von Gewohnheitsrecht als Quelle des Völkerrechts; denn im Völkerrecht gibt es keine zentrale Autorität, von deren Gestattung die Geltung des Gewohnheitsrechts abhängen könnte, (...)“.

<sup>71</sup> Vertreten wurde und wird diese Theorie etwa von Schmidt, Lehre vom Gewohnheitsrecht (Fn. 2), S. 5 ff.; M. Rümelin, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung, Tübingen 1929, S. 38 ff.; S. Plaumann, Auslegungshierarchie des HGB, Wiesbaden 2013, S. 127; H. Schumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, Wiesbaden 1959, S. 63 und wohl auch Pfeffer, Völkerrecht (Fn. 70), S. 72; näher zur Willentheorie Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum (Fn. 51), S. 364 f.

<sup>72</sup> Schmidt, Lehre vom Gewohnheitsrecht (Fn. 2), S. 5 ff.; siehe außerdem Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum (Fn. 51), S. 367.

<sup>73</sup> Auszug der Digestenstelle 1.3.32 in der Übersetzung von O. Behrens/R. Knütel/B. Kupisch/H. H. Seiler, Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Band II, Heidelberg 1995, S. 115. Streitig ist heute, ob die Digestenstelle von dem Klassiker Julian stammt oder später hinzugefügt wurde. Infolgedessen ist unter Rechtshistorikern auch generell umstritten, ob das Gewohnheitsrecht im klassischen römischen Recht neben dem Gesetz als Rechtsquelle anerkannt war. Siehe dazu näher W. Flume, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 201, Opladen 1975 (verneinend); M. Kaser, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Aufl., München 1971, S. 196 mwN zu den divergierenden Ansichten in Fn. 21 (selbst bejahend).

Die Etablierung des voluntaristischen Rechtsbegriffs Ende des 19. Jahrhunderts<sup>74</sup> wird man als Fundament für eine Verbreitung der Willenstheorie begreifen können. Das Gewohnheitsrecht beansprucht danach also normative Geltung, weil das Volk es so will. Insoweit steht die Ansicht in Einklang mit dem Prinzip der Volkssouveränität: Die Normativität beruht nicht auf einer Gestattung des „Rechtssetzungsvertreeters“, sondern auf dem Willen des Inhabers der Staatsgewalt. Damit die Willenstheorie die Geltung gewohnheitsrechtlicher Normen plausibel zu begründen vermag, muss das Gewohnheitsrecht in seiner konkreten Ausprägung allerdings auf das Volk rückführbar sein.

### 1. Verkehrsgewohnheitsrecht

Als „Verkehrsgewohnheitsrecht“ werden die Rechtssätze bezeichnet, die den Rechtsunterworfenen entstammen (zB das – heute nicht mehr geltende – Züchtigungsrecht des Lehrers<sup>75</sup>).<sup>76</sup> Der Begriff begegnet selten, eignet sich aber gut, um diese Erscheinungsform des Gewohnheitsrechts vom sog. Justizgewohnheitsrecht zu unterscheiden.<sup>77</sup> Sind die Rechtsunterworfenen selbst Urheber des Verkehrsgewohnheitsrechts, so wird die Verhaltensanordnung unmittelbar von Teilen des Volks hervorgebracht. Es handelt sich dabei um die ursprüngliche Form des Gewohnheitsrechts, die heute allerdings „nur mehr eine marginale Rolle (spielt).“<sup>78</sup> Schon Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts rückte die Bedeutung der Rechtsprechung für die Entstehung von Gewohnheitsrecht mehr und mehr in den Fokus.<sup>79</sup>

### 2. Justizgewohnheitsrecht

Unter „Justizgewohnheitsrecht“ versteht man die Rechtssätze, die ursprünglich aus einer justiziellen Rechtsfortbildung hervorgehen (zB der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter<sup>80</sup>).<sup>81</sup> *Katja Langenbucher*<sup>82</sup> lehnt die normative Geltung von Justizgewohnheitsrecht ab, weil „dessen Geltungsgrund nicht in der autonomen Überzeugung des Volkes liegt.“<sup>83</sup> Vielmehr gebe die „gerichtliche Entscheidung

74 Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 34), S. 281 ff.

75 Siehe dazu BGHSt 11, 241; Vogel, Juristische Methodik (Fn. 44), S. 39; Frühauf, Gewohnheitsrecht im Zivilrecht (Fn. 1), S. 167 f. (Frühauf verwendet den Begriff „Volksgewohnheitsrecht“).

76 Wolf/Neuner, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 5 f.

77 Neben Wolf/Neuner, aaO, verwenden zB A. Vonkilch, Das intertemporale Privatrecht, Wien 1999, S. 317; E.-M. Keck, Das Beschlussverfahren in der strafprozessualen Revision, Münster 2016, S. 325 und J. Esser, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: J. Esser/H. Thiene (Hrsg.), Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 95 (101) diese Terminologie.

78 Wolf/Neuner, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 6.

79 Siehe dazu Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 34), S. 297 ff.

80 Näher dazu unten im Text bei Fn. 115 ff.

81 Vgl. Wolf/Neuner, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 7.

82 Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, München 1996, S. 115 f.

83 Langenbucher, Richterrecht (Fn. 82), S. 115; jedenfalls im Ergebnis ebenso Esser, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht (Fn. 77), S. 95 ff.

(...) selbst Regeln vor, die sodann von den betroffenen Kreisen aufgenommen und angewandt werden“.<sup>84</sup> Diese Ansicht ist wohl zu restriktiv.

Verkehrs- und Justizgewohnheitsrecht unterscheiden sich primär durch den jeweiligen „Urheber“ voneinander. Während das Verkehrsgewohnheitsrecht seinen Ursprung bei den Rechtsunterworfenen findet, entstammt die Regel des Justizgewohnheitsrechts den Rechtsanwenderkreisen. Beide Personengruppen sind aber Teil *einer* Sozietät, wenngleich die Angehörigen der Justiz über besondere (hoheitliche) Kompetenzen verfügen. Rechtssoziologisch könnte man dagegen zwar einwenden, dass der Richter der „oberen Klasse“ angehört, kraft seines Amtes staatliche Macht ausübt und aufgrund dessen nicht als (typisches) Mitglied der Gesellschaft agiert.<sup>85</sup> Es mag daher etwas idealistisch anmuten, den Richter als „Bürger in Robe“<sup>86</sup> zu beschreiben, doch bleibt er neben dem Amt Staatsbürger mit sozialen Kontakten.

Ungeachtet dieser soziologischen Erwägungen beruht die Befugnis zur Rechtsprechung auf der Kompetenzzuteilung der Verfassung und folglich auf einem Akt des Volkssouveräns; das Volk als Inhaber der Staatsgewalt hat die Richterinnen und Richter mit der Rechtsprechung betraut (vgl. Art. 92 GG). Demgemäß ordnet auch das einfache Recht zB in § 311 Abs. 1 ZPO, § 268 Abs. 1 StPO oder § 117 Abs. 1 S. 1 VwGO an, dass „das Urteil (...) im Namen des Volkes (ergeht)“. Die Rechtsprechung übt gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG den ihr übertragenen Teil der Staatsgewalt für das Volk aus. Die vom Richter im Rahmen seiner Tätigkeit formulierte Regel ist daher verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich auf das Volk rückführbar und hat infolgedessen *per se* keine geringere Geltungsberechtigung als eine solche, die von den Rechtsunterworfenen selbst formuliert wird. An diesen Prämissen ändert sich nichts, wenn die Regel später einmal die Entstehungsvoraussetzungen erfüllt, die generell für gewohnheitsrechtliche Normen gelten.<sup>87</sup> Justizgewohnheitsrecht lässt sich demnach auf den Willen des Volkes zurückführen.<sup>88</sup> Damit ist freilich nicht entschieden, ob die vom Richter formulierte Regel im Einzelfall zu Gewohnheitsrecht erstarken kann und wird; das bleibt eine Frage der notwendigen

84 *Langenbucher*, aaO.

85 Vgl. *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen 2013, S. 315: „In Deutschland sind Richter Staatsbeamte, die in eine hierarchisch und bürokratisch geordnete Justiz eingegliedert sind, hoheitlich tätig werden (...) und deren Urteile mit Hilfe der Staatsgewalt durchgesetzt werden. In dieser Lage können sie leicht zu Dienern der Politik werden.“ Siehe zur „Klassenjustiz“ auch *K. F. Röhl*, Rechtssoziologie, Köln 1987, S. 357 ff.; *S. Baer*, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 167 ff.

86 Vgl. das Leitbild der Bundeswehr vom Soldaten als Bürger in Uniform.

87 Näher zu den Entstehungsvoraussetzungen unten im Text bei Fn. 89 ff.

88 Nach hM kann sich aus einer ständigen Rechtsprechung Gewohnheitsrecht bilden, vgl. nur *C. Bittner*, Höchststrichterliche Ankündigungsrechtsprechung – Rechtsfortbildung ins Ungewisse?, JZ 2013, S. 645 (646); *Wolf/Neuner*, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 6 ff.; *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 9), S. 357; *Vogel*, Juristische Methodik (Fn. 44), S. 41, 84.

Entstehungsvoraussetzungen, die den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts zwar berücksichtigen müssen, von diesem jedoch zu unterscheiden sind.

## D. Entstehung

Das BVerfG definiert Gewohnheitsrecht als „Recht, das nicht durch förmliche Setzung, sondern durch längere tatsächliche Übung entstanden ist, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine sein muß und von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird.“<sup>89</sup> Ähnliche Definitionen finden sich in der Rechtsprechung des BGH,<sup>90</sup> des BVerwG<sup>91</sup> und im Schrifttum.<sup>92</sup> Diesen Begriffsbestimmungen lässt sich entnehmen, welche Voraussetzungen heute vorliegen müssen, damit eine Verhaltensanordnung gewohnheitsrechtlich gilt. Es finden sich dabei bemerkenswerte Parallelen zu den Theorien der Glossatoren, die „gerade in der Lehre vom Gewohnheitsrecht (...) verhältnismäßig Bedeutendes geleistet haben.“<sup>93</sup> Spätere Einflüsse sind allerdings ebenfalls erkennbar.

## I. Kreative Akt

Die Frage, ob eine Verhaltensanordnung gewohnheitsrechtliche Geltung erlangt hat, verlangt stets einen Blick auf Vergangenes. Anders lässt sich eine „Gewohnheit“ nicht ermitteln. Damit es zu einer „längere(n) tatsächlichen Übung“<sup>94</sup> kommen kann, muss zunächst jedoch von den Rechtsunterworfenen oder -anwendern eine Verhaltensanordnung hervorgebracht werden: „Wisse se, so a Gewohnheitsrecht muß au amol anfangen.“<sup>95</sup> Es muss demnach entweder eine Person oder Personengruppe geben, die erstmals ein bestimmtes Verhalten zeigt, oder einen Rechtsanwender, der vor allen anderen eine Verhaltensanordnung formuliert. Durch Wiederholung und Übernahme des Verhaltens oder Rezeption der Verhaltensanordnung kann sich dann eine Gewohnheit entwickeln. Zwischen Verkehrs- und Justizgewohnheitsrecht besteht insoweit ein Unterschied, als die justizielle Findung eine zwar unfertige,<sup>96</sup> aber konkret formulierte Regel hervorbringt, während die in dem tatsächlichen Verhalten „zutage tretende Rechtsregel (...) zunächst einmal der sprachlichen Formulierung (bedarf).“<sup>97</sup> Die Formulierbarkeit als Rechts-

89 BVerfGE 22, 114 (121).

90 BGHZ 37, 219 (222).

91 BVerwGE 8, 317 (321 f.); BVerwG DVBl. 1961, S. 593 (596).

92 ZB Bork, BGB AT (Fn. 10), Rn. 14; R. Schmitz, in: MünchKommStGB, Bd. 1, 3. Aufl., München 2017, § 1 Rn. 28; Vogel, Juristische Methodik (Fn. 44), S. 39.

93 Brie, Lehre vom Gewohnheitsrecht (Fn. 53), S. 98.

94 Siehe den Nachweis oben in Fn. 89.

95 Rümelin, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts (Fn. 71), S. 14, der die Worte „von einem alten schwäbischen Praktikus“ wiedergibt.

96 Siehe dazu oben im Text bei Fn. 29 f.

97 Larenz, Methodenlehre (Fn. 9), S. 356 f.

satz wird heute überwiegend zu den Voraussetzungen gewohnheitsrechtlicher Normen gezählt.<sup>98</sup> Dadurch wird gewährleistet, dass künftige Sachverhalte präzise unter die dann als Gewohnheitsrecht verbindliche Norm subsumiert werden können.

Ein solcher Kurationsakt<sup>99</sup> liegt nicht vor, wenn eine gesetzliche Regelung schlicht angewendet wird. Bereits der Gesetzgeber hat hier eine allgemeingültige Norm erlassen, die von der Rechtsgemeinschaft zur Konfliktlösung herangezogen wird. Die erneute Formulierung einer identischen Direktive ist dann sinnlos. Um einen Kurationsakt der Rechtsunterworfenen oder -anwender handelt es sich nur, wenn eine Gesetzesergänzung oder -korrektur erfolgt, also eine Gesetzeslücke vorliegt, die etwa durch Präzisierung von Prinzipien geschlossen werden soll.<sup>100</sup> So handelt es sich zB bei dem richterrechtlich entwickelten und heute gewohnheitsrechtlich geltenden<sup>101</sup> Institut der Verwirkung um eine Ausprägung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben.<sup>102</sup> Entsprechendes gilt für den aus § 242 BGB hergeleiteten allgemeinen Auskunftsanspruch, der mittlerweile ebenfalls zu Gewohnheitsrecht erstarkt ist.<sup>103</sup>

## II. Objektives Element

Die Glossatoren verlangten einheitlich eine *consuetudo*. Diese musste gleichmäßig sein und über einen Zeitraum von zehn bis zwanzig Jahren bestehen. Dabei sollten lediglich zwei Übungsakte genügen.<sup>104</sup> Bei den Postglossatoren verringerte sich die Bedeutung der Gewohnheit; eine gewisse Dauer und eine bestimmte Anzahl von Übungsakten waren erforderlich, „weil in ihnen der für Entstehung eines Gewohnheitsrechts erforderliche consensus tacitus in geeigneter Weise sich bekunde.“<sup>105</sup> Für die historische Rechtsschule spielte die Gewohnheit sodann eine völlig untergeordnete Rolle. Sie hatte „die Volksüberzeugung als die eigentliche Quelle alles Rechts“ identifiziert.<sup>106</sup> Daher war die Gewohnheit „kein Moment in der Entste-

98 Vgl. P. Krebs/M. Becker, Entstehung und Abänderbarkeit von Gewohnheitsrecht, JuS 2013, S. 97 (98); Ossenbühl (Fn. 67), § 100 Rn. 57; Larenz, Methodenlehre (Fn. 9), S. 356 f.; kritisch dazu T. I. Schmidt, Abschied vom Verwaltungsgewohnheitsrecht, NVwZ 2004, S. 930 (931).

99 Der Begriff wird hier in Anlehnung an die – heute wohl nicht mehr vertretene – wertpapierrechtliche Kreationstheorie verwendet, wonach das verbrieft Recht durch die Ausstellung der Urkunde geschaffen wird; siehe dazu etwa B. Müller-Christmann/E. Schnauder, Grundfälle zum Wertpapierrecht, JuS 1991, S. 117 (119).

100 Ausführlich zur „Ergänzung und Berichtigung von Gesetzen“ etwa R. Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012, S. 52 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 27), S. 187 ff.

101 Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 16.

102 Ausführlich zur Entstehung des Instituts A. Piekenbrock, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, Tübingen 2006, S. 148 ff.; siehe außerdem Klose, Eigentum als *nudum ius* (Fn. 16), S. 80 ff.

103 J. Neuner, Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, JZ 2016, S. 435 (438) mwN.

104 Brie, Lehre vom Gewohnheitsrecht (Fn. 53), S. 105 ff.

105 Brie, aaO, S. 142 ff.

106 Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 36.

hung des Gewohnheitsrechts, aber eine wesentliche Form seiner Erscheinung (...).“<sup>107</sup> Die Gewohnheit wurde zum bloßen Erkenntnismittel degradiert, das ersetzt werden konnte zB durch „Aussagen von Personen, welche über die Existenz eines Gewohnheitsrechts vernommen werden (...).“<sup>108</sup> Langfristig konnte sich diese Lehre allerdings nicht etablieren.<sup>109</sup> Schon Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts, hatte die Gewohnheit wieder (überwiegend) einen festen Platz bei den Entstehungsvoraussetzungen.<sup>110</sup>

Heute ist unstreitig, dass die Entstehung von Gewohnheitsrecht eine „längere tatsächliche Übung“ voraussetzt, „die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine sein muß (...).“<sup>111</sup> Das durch den Kurationsakt Hervorgebrachte muss demnach über einen längeren Zeitraum wiederholt bzw. rezipiert werden. Dauer und Häufigkeit der Übung lassen sich nicht allgemeingültig bestimmen. Erforderlich ist jedenfalls, dass die Verhaltensanordnung in einer hinreichenden Anzahl von Fällen über einen längeren Zeitraum einheitlich angewendet wird.<sup>112</sup>

Entgegen der Ansicht der historischen Rechtsschule handelt es sich bei der Übung um eine unverzichtbare Voraussetzung für die Entstehung von Gewohnheitsrecht.<sup>113</sup> Gewohnheitsrechtliche Normen werden nicht in einem förmlichen Verfahren erlassen und sodann öffentlich bekannt gemacht. Dieses Defizit im Vergleich zu gesetzlichen Regelungen wird durch die Übung zumindest partiell kompensiert. Denn die permanente Rezeption der vom Richter formulierten oder in einem tatsächlichen Verhalten zutage tretenden Regel sorgt für deren Verbreitung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise. Dabei handelt es sich um die Personen, die typischerweise vom Anwendungsbereich der Norm erfasst werden (können). Soll etwa eine Regel auf dem Gebiet des Handelsrechts als Gewohnheitsrecht normative Verbindlichkeit erlangen, müssen wenigstens alle potentiell betroffenen Kaufleute in der Lage gewesen sein, die Gewohnheit kennen zu lernen. Wer später ein Handelsgewerbe aufnimmt, hat sich indessen ohnehin mit den speziellen Regelungen für Kaufleute vertraut zu machen. Auf die Kenntnis von Personen, die vom Anwendungsbereich einer Norm niemals erfasst sind, kann es dagegen insgesamt nicht ankommen.

107 Puchta, Gewohnheitsrecht II (Fn. 38), S. 121; Savigny, System (Fn. 34), S. 35.

108 Puchta, aaO, S. 121 f.

109 Siehe dazu Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 34), S. 196 f.

110 Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 34), S. 297 ff.

111 BVerfGE 22, 114 (121); ähnlich Wolf/Neuner, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 5; näher Krebs/Becker, Gewohnheitsrecht (Fn. 98), S. 98 ff.; Hilgendorf/Joerden, Rechtsphilosophie (Fn. 52), S. 26; Ossenhöhl (Fn. 67), § 100 Rn. 57; Vogel, Juristische Methodik (Fn. 44), S. 41.

112 Siehe zu dem Ganzen Krebs/Becker, Gewohnheitsrecht (Fn. 98), S. 98 ff.; Hilgendorf/Joerden, Rechtsphilosophie (Fn. 52), S. 26; Freitag, Gewohnheitsrecht und Rechtssystem (Fn. 50), S. 41 f.

113 So auch explizit A. Leisner, Kontinuität als Verfassungsprinzip, Tübingen 2002, S. 133.

Darüber hinaus belegt die stete Anwendung der Verhaltensanordnung deren Erforderlichkeit und Tauglichkeit für die sachgerechte Lösung von Konflikten innerhalb der Rechtsgemeinschaft. Anders als das Gesetz wird die gewohnheitsrechtliche Norm nicht von einer übergeordneten Autorität erlassen; Gewohnheitsrecht wird geltendes Recht, weil und sofern die Sozietät überzeugt ist, dass es sich um ein Gebot des Rechts handelt.<sup>114</sup> Die beteiligten Verkehrskreise können aber keine hinreichende Überzeugung von der Verbindlichkeit der Regel für künftige Fälle entwickeln, wenn diese lediglich einer einzigen Entscheidung zugrunde gelegt wurde. So nahm etwa das RG zunächst nur hinsichtlich eines Mietvertrages an, dieser entfalte Schutzwirkungen auch zugunsten der mit dem Mieter zusammenlebenden Angehörigen, die selbst nicht Partei des Vertrages wurden.<sup>115</sup> Damit war weder dargelegt noch etabliert, dass Verträge generell Schutzwirkungen zugunsten Dritter entfalten können. Erst nachdem das RG entsprechende Wirkungen bei einem Dienstvertrag<sup>116</sup> und einem Werkvertrag<sup>117</sup> bejaht, der BGH diese Rechtsprechung fortgesetzt und weiterentwickelt<sup>118</sup> und schließlich auch die Wissenschaft die richterrechtliche Konstruktion akzeptiert hatte,<sup>119</sup> etablierte sich der – heute gewohnheitsrechtlich geltende<sup>120</sup> – Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter.<sup>121</sup> Die Übung trägt demnach wesentlich zur Festigung der Direktive in der Rechtsgemeinschaft bei.

Wo sich die Gewohnheit zeigt bzw. welche Teile der Rechtsgemeinschaft das durch den Kurationsakt Hervorgebrachte wiederholen oder rezipieren, ist prinzipiell irrelevant.<sup>122</sup> Für eine „längere tatsächliche Übung (...), die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine sein muß“,<sup>123</sup> kommt es nur darauf an, dass die Verhaltensanordnung in relevanten Sachverhalten einheitlich herangezogen wird. Im Zivilrecht könnte danach eine dauernde Übung ohne Beteiligung der Gerichte stattfinden. Für eine Sicherungsübereignung etwa bedarf es keiner Mitwirkung eines Richters. Dieser wird nur beteiligt, wenn es zu Konflikten zwischen den Rechtsunterworfenen kommt. Anderes gilt für das Strafrecht und weite Teile des

114 Siehe zum Erfordernis der Rechtsüberzeugung sogleich bei Fn. 126 ff.

115 RGZ 91, 21.

116 RGZ 98, 210.

117 RGZ 127, 218.

118 So etwa BGHZ 5, 378 (384); 24, 325 (327).

119 Grundlegend etwa K. Larenz, NJW 1956, S. 1194 (Anmerkung zu BGH NJW 1956, S. 1193), der auch die Terminologie prägte.

120 Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 13.

121 Ausführlich zur Historie S. Krings, Die Vorgeschichte des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter im Mietrecht, Tübingen 2012; M. Plötner, Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung, Berlin 2003, S. 24 ff.

122 Die Gegenansicht, nach der sich Gewohnheitsrecht nur durch eine ständige Rechtsprechung bilden kann, etablierte sich richtigerweise nicht; siehe dazu Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 34), S. 304 f.

123 Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 111.

Öffentlichen Rechts. Beide Rechtsgebiete enthalten Normen, die die Beziehungen zwischen dem Staat und seinen Bürgern regeln. Vertreter staatlicher Organe sind infolgedessen zwangsläufig involviert. Daher kann zB ein Straftatbestand durch Gewohnheitsrecht nur derogiert werden,<sup>124</sup> wenn die Gerichte von seiner Anwendung absehen; dass die Rechtsunterworfenen die Norm nicht befolgen, kann ohne staatliche Tolerierung nicht genügen. Man wird aufgrund dessen zumindest für das Strafrecht und das Öffentliche Recht konstatieren können, dass „die praktische Übung einer Regel (...) den juristischen Fachkreisen, also den Rechtsanwendungskreisen vorbehalten (ist).“<sup>125</sup>

### III. Subjektives Element

Bei den Glossatoren musste die *consuetudo* auf *consensus* beruhen, einer „stillschweigende(n) Willensäußerung der Gesamtheit des populus“, der der Wille zugrunde lag, „dem geübten Satz für die Zukunft rechtliche Geltung zu verleihen (...).“<sup>126</sup> Die Postglossatoren übernahmen dieses subjektive Moment; auch sie verlangten einen „tacitus consensus populi“. <sup>127</sup> Für die historische Rechtsschule war das subjektive Moment – die Rechtsüberzeugung – alleine maßgeblich. Immerhin identifizierte man die *Volksüberzeugung* als Quelle eines jeden Rechts.<sup>128</sup> Erforderlich war die Vorstellung, dass es sich bei der geübten Verhaltensanordnung um Recht handelt.<sup>129</sup> „Nur eine solche Handlung (kann) als Erkenntnisinstrument eines Gewohnheitsrechtssatzes gebraucht werden (...).“<sup>130</sup>

Obwohl sich die Lehren der historischen Rechtsschule signifikant von den heutigen unterscheiden, konnte sich das Erfordernis einer „Rechtsüberzeugung“ dem Grunde nach behaupten.<sup>131</sup> Demgemäß muss die Übung auf der Überzeugung beruhen, ein „Gebot des Rechts“<sup>132</sup> zu befolgen.<sup>133</sup> Das bedeutet freilich nicht, dass die beteiligten Verkehrskreise die Direktive als *Gewohnheitsrecht* qualifizieren und in

124 Siehe zur Zulässigkeit der Derogation von Straftatbeständen *Eser/Hecker* (Fn. 6), § 1 Rn. 10; *Schmitz* (Fn. 92), § 1 Rn. 31; aA *W. Hassemer/W. Kargl*, in: NK-StGB, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, § 1 Rn. 65.

125 *Krebs/Becker*, Gewohnheitsrecht (Fn. 98), S. 99; restriktiver *Schmitz* (Fn. 92), § 1 Rn. 28: Gewohnheitsrecht „kann im Bereich des Strafrechts nur durch die Gerichte geschaffen werden.“

126 *Brie*, Lehre vom Gewohnheitsrecht (Fn. 53), S. 111 f.

127 *Brie*, aaO, S. 146 f.

128 Siehe dazu bereits oben im Text bei Fn. 36.

129 Vgl. *Puchta*, Gewohnheitsrecht II (Fn. 38), S. 33 sowie näher *Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 34), S. 196 f.

130 *Puchta*, aaO.

131 Siehe zur Entwicklung nach der historischen Rechtsschule *Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 34), S. 298 ff.

132 *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 9), S. 356.

133 *Wolf/Neuner*, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 5; *Ossenbühl* (Fn. 67), § 100 Rn. 57; *Krebs/Becker*, Gewohnheitsrecht (Fn. 98), S. 100 f.; *Hilgendorf/Joerden*, Rechtsphilosophie (Fn. 52), S. 26; *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 10), S. 554; *Vogel*, Juristische Methodik (Fn. 44), S. 39.



diesem Bewusstsein über einen längeren Zeitraum anwenden müssen. Umgekehrt genügt es nicht, wenn die Beteiligten meinen, dass es sich bei der Verhaltensvorgabe lediglich um einen unverbindlichen Brauch handelt, dessen Anwendung *ad libitum* erfolgt.<sup>134</sup> Erforderlich ist die Überzeugung, sich nach einer *verbindlichen* Verhaltensanordnung zu richten.<sup>135</sup> Die Rechtsüberzeugung stellt eine Art Korrektiv dar; sie gewährleistet, dass nicht jede Gewohnheit oder gar Unsitte eines Tages geltendes Recht wird. Anderenfalls ist eine Abgrenzung zwischen Sitte oder Brauch und normativ verbindlichem Gewohnheitsrecht kaum möglich.<sup>136</sup> Daher konnte sich die Ansicht, die auf das subjektive Element verzichten wollte,<sup>137</sup> richtigerweise nicht durchsetzen. Fraglich ist jedoch, ob sich eine hinreichende Rechtsüberzeugung bei Verkehrs- und Justizgewohnheitsrecht gleichermaßen bilden kann.

### 1. Verkehrsgewohnheitsrecht

Grundlage des Verkehrsgewohnheitsrechts ist typischerweise ein Verhalten einer Person oder Personengruppe. Dieses Verhalten wird ständig wiederholt und von anderen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft übernommen. Dabei ist nicht erforderlich, dass die Beteiligten von Beginn an davon überzeugt sind, es handele sich um eine *rechtliche* Notwendigkeit.<sup>138</sup> Ebenso kann es nicht auf einen „Rechtsetzungswillen“ der Akteure ankommen.<sup>139</sup> Bloße Zweckmäßigkeitserwägungen oder dergleichen genügen zunächst. Mit fortschreitender Zeit und der ständigen Übung muss sich dann allerdings die Überzeugung entwickeln, dass nur *rechtmäßig* agiert, wer das frühere Verhalten wiederholt bzw. übernimmt; Personen oder Personengruppen, die sich in einer vergleichbaren Situation abweichend verhalten, handeln nach der Vorstellung der Beteiligten nunmehr rechtswidrig und nicht lediglich unzweckmäßig oder unüblich.<sup>140</sup> Die Beteiligten müssen schließlich überzeugt sein, „das ist Recht, das wird nicht nur, sondern muß jetzt weiter so gehandhabt werden.“<sup>141</sup>

134 Ähnlich bereits *Puchta*, Gewohnheitsrecht II (Fn. 38), S. 33.

135 Vgl. BVerfGE 22, 114 (121); siehe auch *Wolf/Neuner*, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 6.

136 Vgl. dazu etwa *Rümelin*, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts (Fn. 71), S. 59 sowie C.-W. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006, § 22 Rn. 12 (speziell zu den Handelsbräuchen).

137 So etwa *Zitelmann*, Gewohnheitsrecht und Irrthum (Fn. 51), S. 445.

138 *Rümelin*, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts (Fn. 71), S. 61 f.

139 A. *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, Erster Band, 2. Aufl., Erlangen 1873, S. 114 etwa verlangte die Überzeugung, „daß Rechtens sein solle, was man thut (...), nicht daß es schon Rechtens sei und darum gethan werden müsse (...).“

140 Vgl. G. *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., nach dem Tode des Verfassers besorgt von Konrad Zweigert, Stuttgart 1969, S. 47: „Die Rechtssetzung kann (...) auch von der Gesellschaft, der unorganisierten Volksgemeinschaft, ausgehen, die den tatsächlichen Brauch allmählich mit der Überzeugung der Rechtsnotwendigkeit umkleidet und so zum Gewohnheitsrecht verdichtet (...).“

141 *Rümelin*, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts (Fn. 71), S. 59.

Zeigt sich das Verhalten der Rechtsunterworfenen in einem gesetzlich nicht näher geregelten Bereich, ist die Entwicklung einer einheitlichen Rechtsüberzeugung prinzipiell möglich und unbedenklich. Die in dem Verhalten zutage tretende Rechtsregel widerspricht dem Gesetzesrecht nicht, sodass die Rechtsgenossen keine gegensätzliche Anordnung verletzen. Für die Entstehung gesetzesderogierenden Gewohnheitsrechts sind die Hürden hingegen höher. Zum einen muss das Gesetz, das derogiert werden soll, vor längerer Zeit in Kraft getreten sein. Sonst lässt sich nicht annehmen, es bestehe eine einheitliche Überzeugung innerhalb der Rechtsgemeinschaft. Zum anderen bedarf es einer besonderen Rechtsüberzeugung der Verkehrskreise. Sie müssen zunächst die gesetzliche Regel als unverbindlich qualifizieren, um diese sodann durch eine eigene zu ersetzen. Maßstab müssen hierbei höherrangiges Recht und tragende Rechtsprinzipien sein.<sup>142</sup> So könnten beispielsweise die Regelungen des AGG nicht derogiert werden, selbst wenn Diskriminierungen verbreitet als rechtens erachtet würden.

Angesichts dieser besonderen Erfordernisse kann sich *gesetzesderogierendes* Gewohnheitsrecht nur unter Beteiligung der Justiz bilden. Man wird darüber hinaus sogar *generell* eine justizielle Mitwirkung für die Bildung von Gewohnheitsrecht fordern müssen.<sup>143</sup> Das beruht allerdings nicht auf einer „Anerkennungskompetenz“ oder dergleichen. Der Grund liegt vielmehr darin, dass die Justizorgane Teil der *Rechtsgemeinschaft* sind und eine allgemeine Rechtsüberzeugung infolgedessen nur vorliegt, wenn die Verhaltensanordnung auch von ihnen anerkannt wurde.<sup>144</sup> Zu weit geht indessen die Ansicht, wonach „Gewohnheitsrecht (...) letzten Endes nur das (ist), was das zuständige höchste Gericht dazu erklärt.“<sup>145</sup> Gewohnheitsrecht entsteht nicht durch Verleihung des Status seitens des BGH oder des BVerwG, sondern durch die von einer Rechtsüberzeugung getragene Übung der beteiligten Verkehrskreise, zumal die Entscheidung des „zuständigen höchsten Gerichts“ auch falsch sein kann.

## 2. Justizgewohnheitsrecht

Verkehrsgewohnheitsrecht kann sich demnach nicht ohne Anerkennung durch Rechtsanwender entwickeln. Umgekehrt kann Justizgewohnheitsrecht nicht entstehen, ohne dass sich eine einheitliche Rechtsüberzeugung auch bei den Rechtsunterworfenen gebildet hat. Die Justiz alleine vermag daher kein Gewohnheitsrecht zu schaffen. Denn Gewohnheitsrecht dient *per se* nicht dazu, den Produkten justizieller Tätigkeit – unter Umgehung der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisung –

142 Vgl. bereits *Windscheid*, Pandektenrecht (Fn. 2), S. 40.

143 So auch *Krebs/Becker*, Gewohnheitsrecht (Fn. 98), S. 98; siehe außerdem *Esser*, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht (Fn. 77), S. 124f. sowie bereits *Brinz*, Pandekten (Fn. 139), S. 116 und *Rümelin*, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts (Fn. 71), S. 42, 58.

144 Vgl. *Esser*, aaO.

145 So etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie (Fn. 7), Rn. 233.

normative Verbindlichkeit zu verleihen. Nach der Willenstheorie beruht die Geltung des Gewohnheitsrechts auf dem Willen des Volkes.<sup>146</sup> Dass sich die vom Richter formulierte Regel verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich darauf zurückführen lässt, wurde bereits dargelegt.<sup>147</sup> Für eine vom Volkswillen getragene Rechtsetzungsmacht der Justiz existieren indessen keine Anhaltspunkte. Ganz im Gegenteil ist der Erlass allgemeinverbindlicher Normen prinzipiell alleine dem Gesetzgeber anvertraut. Die richterrechtliche Regel bleibt normativ unverbindliches Richterrecht, wenn sich keine Rechtsüberzeugung innerhalb der Rechtsgemeinschaft bildet.<sup>148</sup> Damit die spätere Norm auf den Willen des Volkes rückführbar ist, müssen zumindest die Teile des Volkes, die von der Norm potentiell betroffen sind, überzeugt sein, dass mit der Anwendung der Verhaltensanordnung ein Gebot des Rechts befolgt wird. Die Übung kann dann durchaus eine rein justizielle sein.<sup>149</sup>

Fraglich ist allerdings, ob sich bei den Rechtsunterworfenen eine hinreichende Rechtsüberzeugung entwickeln kann, wenn ihnen eine Regel vom Richter vorgegeben wird.<sup>150</sup> *Katja Langenbucher* ist der Ansicht, in einem solchen Fall könne sich keine autonome Überzeugung des Volkes bilden.<sup>151</sup> Diese Auffassung würde überzeugen, wenn die Sozietät nicht frei über die richterrechtliche Regel urteilen könnte. Aufgrund der besonderen Kompetenz des Richters spricht gewiss eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit der von ihm formulierten Verhaltensanordnung. Doch dabei handelt es sich nicht um ein absolutes Diktat, das jedwedem Diskurs entzogen ist. Die Rechtsgemeinschaft kann und wird die Regel kritisch hinterfragen.<sup>152</sup> Nachfolgende Gerichte sind an das Präjudiz nicht gebunden; sie werden die Regel daher nur rezipieren, wenn und soweit sie von ihr überzeugt sind. Die Situation der Rechtsunterworfenen ist indessen ungleich schlechter: Sie werden im Zweifel gemäß der Verhaltensanordnung agieren, da sie anderenfalls befürchten müssen, in einem Rechtsstreit zu unterliegen. Bleibt dies aber ihre einzige Motivation, kann die richterrechtliche Regel nicht zu Gewohnheitsrecht metamorphosieren; es mag dann zwar eine Gewohnheit geben, doch fehlt die Rechtsüberzeugung der Verkehrskreise. Der Richter kann den involvierten Teilen des Volkes nicht letztverbindlich befehlen, die von ihm formulierte Regel als ein Gebot des Rechts zu qualifizieren. Insoweit stellt das Erfordernis einer allgemeinen Rechtsüberzeugung (wie-

146 Siehe dazu oben im Text bei Fn. 71 ff.

147 Siehe dazu oben im Text bei Fn. 87.

148 Siehe näher zum Richterrecht oben im Text bei Fn. 27 ff.

149 Vgl. BGH NZG 2017, S. 734 (735): „Bezugspunkt für die Geltung von Gewohnheitsrecht kann grundsätzlich auch eine ständige Übung der Verwaltung sein.“

150 Siehe dazu auch bereits oben im Text nach Fn. 88.

151 *Langenbucher*, Richterrecht (Fn. 82), S. 115.

152 Vgl. *Krebs/Becker*, Gewohnheitsrecht (Fn. 98), S. 99: „Die Gemeinschaft kann aber widersprechen (...)“; ähnlich *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT (Fn. 25), S. 265 f.

derum)<sup>153</sup> eine Art Korrektiv dar, damit nicht jedes Judikat früher oder später zum Gewohnheitsrecht erstarkt. Erforderlich ist, dass die „Übung von der Überzeugung getragen wird, mit ihrer Anwendung geltendes Recht zu befolgen.“<sup>154</sup>

Die Komplexität richterrechtlicher Konstruktionen kann freilich die Bildung einer solchen einheitlichen Rechtsüberzeugung erschweren. Wenn die Gemeinschaft die Regel nicht nachzuvollziehen vermag, wird sie sich kein Urteil bilden. Zumeist enthalten allerdings selbst die komplexesten Konstruktionen eine Kernaussage, die die Sozietät verstehen und bewerten kann. Die Erwägungen zur persönlichen Haftung der Mitglieder eines nicht eingetragenen Vereins sind beispielsweise durchaus vielschichtig, doch ist im Ergebnis unstreitig, dass eine solche Haftung nicht besteht.<sup>155</sup> Für die Entstehung von Gewohnheitsrecht kommt es dann nicht darauf an, ob die Gemeinschaft die divergierenden Begründungen und dabei etwa den Gedanken eines „institutionellen Haftungsausschlusses“<sup>156</sup> nachvollziehen kann. Erforderlich und ausreichend ist, dass die Sozietät das Resultat des Diskurses begreift und als rechtens erachtet. In Bezug auf die Kernaussage, wonach Mitglieder eines Idealvereins für dessen Verbindlichkeiten nicht persönlich haften, lässt sich dies annehmen.<sup>157</sup> Denn eine persönliche Haftung „widerspricht der typischen Absicht eines Menschen, der in einen Verein eintritt, ebenso wie den normalen Erwartungen des Rechtsverkehrs.“<sup>158</sup>

Die Rechtsunterworfenen sind demnach zwar nicht völlig frei in der Befolgung der richterrechtlichen Regel, doch kann ihnen niemand die Bildung einer Rechtsüberzeugung vorschreiben. Wird die Übung von einer Rechtsüberzeugung der beteiligten Verkehrskreise getragen, legitimiert der Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts eine normative Verbindlichkeit des vom Richter formulierten Rechtssatzes. Entsprechendes gilt im Übrigen auch für das sonstige Juristenrecht:<sup>159</sup> Rechtswissenschaftler entwickeln im Rahmen ihrer Forschung „Rechtsentwürfe“, die die Gemeinschaft annehmen oder ablehnen kann. Etablieren wird sich nur eine Verhaltensanordnung, von der eine große Mehrheit überzeugt ist.<sup>160</sup>

153 Siehe dazu auch bereits oben im Text bei Fn. 136.

154 BGH NZG 2017, S. 734 (735) mwN aus der Rechtsprechung.

155 Näher dazu etwa G. Weick, in: J. v. Staudinger, BGB, Berlin 2005, § 54 Rn. 48 ff.; A. Arnold, in: MünchKommBGB, Bd. 1, 7. Aufl., München 2015, § 54 Rn. 41 f.

156 M. Schöpflin, in: BeckOK BGB, 44. Edition, § 54 Rn. 33.

157 Zur gewohnheitsrechtlichen Geltung siehe den Nachweis oben in Fn. 15.

158 Weick (Fn. 155), § 54 Rn. 48; ähnlich Wolf/Neuner, BGB AT (Fn. 14), § 17 Rn. 138.

159 Siehe zu diesem Begriff oben im Text bei Fn. 34 ff.

160 Vgl. Zippelius, Methodenlehre (Fn. 100), S. 8.

#### IV. Identifikationsproblem

Für die Rechtsunterworfenen und Rechtsanwender ist mit den genannten Entstehungsvoraussetzungen ein hohes Maß an Unsicherheit verbunden.<sup>161</sup> Durch empirische Studien lassen sich Dauer und Häufigkeit der Anwendung einer Regel wie auch die Rechtsüberzeugung der beteiligten Verkehrskreise oftmals zwar einigermaßen exakt ermitteln. Ob der Zeitraum, die Anzahl der Fälle und die Rechtsüberzeugung der Beteiligten hinreichend für die Entstehung von Gewohnheitsrecht sind, wird demgegenüber zumeist fraglich bleiben. In der Folge ist für den Richter oftmals ungewiss, ob er sich mit einer normativ unverbindlichen Verhaltensanordnung konfrontiert sieht, deren Nichtbeachtung allenfalls einer besonderen Begründung bedarf, oder ob es sich um eine gewohnheitsrechtliche Norm handelt, die er anzuwenden verpflichtet ist.

##### 1. Normidentifikation

Das strafrechtliche Institut der fortgesetzten Handlung wurde über Jahrzehnte hinweg in zahlreichen Fällen weitestgehend unwidersprochen angewendet; seine grundsätzliche Geltung war in Rechtsprechung und Lehre anerkannt.<sup>162</sup> Die Annahme, das Institut sei zu Gewohnheitsrecht erstarkt, erschien daher zumindest nicht fernliegend.<sup>163</sup> Dessen ungeachtet beschloss der BGH im Jahr 1994 das Ende des Fortsetzungszusammenhangs.<sup>164</sup> Recht beiläufig bemerkt er dabei, dass es sich bei dem Institut nicht um Gewohnheitsrecht handelt, da sich „allgemeine Anerkennung und dauernde Übung (...) nur auf ein begriffliches Gerüst der fortgesetzten Handlung ohne einen in der gesamten Rechtsprechung überwiegend einheitlich vollzogenen Inhalt“ beziehen.<sup>165</sup>

Unabhängig davon, ob man die Entscheidung gutheißen mag oder nicht,<sup>166</sup> dürfte sie das Problem der Entstehung gewohnheitsrechtlicher Normen deutlich vor Augen führen. Der Abschluss der Metamorphose entscheidet über die Geltung *als* Gewohnheitsrecht,<sup>167</sup> lässt sich aber regelmäßig nicht zweifelsfrei anhand konkreter Direktiven bestimmen; im Unterschied zu einem formellen Gesetz oder einer Ver-

161 Siehe auch die Kritik von *Schmidt*, Verwaltungsgewohnheitsrecht (Fn. 98), S. 932 und *Möllers*, Methodenlehre (Fn. 7), § 3 Rn. 25.

162 Ausführlich *P. Bringewat*, Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht, ZStW 84 (1972), S. 585.

163 Siehe dazu *Eser/Hecker* (Fn. 6), § 1 Rn. 11; *M. Aden*, Ständige Rechtsprechung und Gewohnheitsrecht, JZ 1994, S. 1109; *Bringewat*, Gewohnheitsrecht im Strafrecht (Fn. 162), S. 590 ff.

164 NJW 1994, S. 1663 (es handelt sich – immerhin – um einen Beschluss des Großen Senats für Strafsachen).

165 BGH NJW 1994, S. 1663 (1670).

166 Kritisch etwa *Aden*, Ständige Rechtsprechung (Fn. 163), S. 1109, während *R. Hamm*, Das Ende der fortgesetzten Handlung, NJW 1994, S. 1636 die Entscheidung insgesamt wohl begrüßt.

167 Vgl. dazu die weiteren Ausführungen in BGH NJW 1994, S. 1663 (1670): „Es handelt sich um (...) ‚Richterrecht‘ (...), das grundsätzlich eine Änderung und Fortentwicklung der (weiteren) Rechtsprechung nicht ausschließt (...).“

ordnung gibt es kein formales Verfahren mit präzisen Voraussetzungen und insbesondere keinen Tag des Inkrafttretens. Der Richter hat hier stets eine sorgfältige Prüfung vorzunehmen und gleichsam als „Vorfrage“ darüber zu befinden, ob ein ihn prinzipiell bindendes Gewohnheitsrecht existiert.<sup>168</sup>

Die rechtsquellentheoretische Qualifizierung – normativ unverbindliche Verhaltensanordnung oder Gewohnheitsrecht – wird für den Richter allerdings nur relevant, wenn er entgegen der bisherigen Übung entscheiden möchte. Darüber hinaus hat er generell die Aufgabe, möglicherweise entscheidungserhebliche Normen zu suchen und deren Anwendbarkeit zu prüfen.<sup>169</sup> So muss zB das Verwaltungsgericht im Rahmen einer Klage gegen einen Verwaltungsakt, der auf die Rechtsverordnung einer Gemeinde gestützt wird, vorab die Wirksamkeit der Verordnung prüfen.<sup>170</sup> Bejaht der Richter die formelle und materielle Rechtmäßigkeit, ist er an die Verordnung als Teil des positiven Rechts gebunden und hat sie seiner Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes zugrunde zu legen.<sup>171</sup> Schließlich kann der Richter seine Entscheidung im Zweifel davon abhängig machen, ob eine Derogation zulässig wäre, wenn es sich bei der Direktive bereits um Gewohnheitsrecht handelt. Ist dies nicht der Fall, sollte er ohnehin davon absehen, entgegen der etablierten Verhaltensanordnung zu judizieren. Das Problem der Normidentifikation hat insoweit also nur eine geringe Tragweite.

## 2. Richterliche Rechtsetzung?

Der Richter muss zunächst prüfen, ob eine gewohnheitsrechtliche Norm existiert, die auf den zu entscheidenden Sachverhalt anwendbar ist. Wenn er im Rahmen dieser Identifikation allgemeingültig die Existenz eines Gewohnheitsrechts feststellen kann, würde er eine gesetzgeberähnliche Funktion ausüben und damit gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstoßen. Drei Konstellationen sind zu unterscheiden:

Die erste Konstellation betrifft das Problem einer judikativen Rechtsetzung in den Fällen, in denen die Regel bereits zu Gewohnheitsrecht metamorphosiert ist. Hier ist der Beitrag des entscheidenden Richters allerdings darauf beschränkt, einen tatsächlich existierenden gewohnheitsrechtlichen Rechtssatz zu identifizieren. Dabei setzt er kein Recht, weil die Norm bereits vorhanden ist. Dass dieser Rechtssatz auch in künftigen Verfahren von anderen Richtern anzuwenden ist, beruht auf der Richtigkeit der Entscheidung des erkennenden Richters. Das Gewohnheitsrecht

168 Vgl. *Aden*, Ständige Rechtsprechung (Fn. 163), S. 1109, der den BGH (in NJW 1994, S. 1663) für dessen Systematik scharf kritisiert, weil dieser nicht vorab erörtert, ob ein Gewohnheitsrecht besteht.

169 Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 27), S. 102 f.

170 Vgl. BVerwGE 80, 355 (358 f.); *F. Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl., München 2016, § 25 Rn. 15.

171 Vgl. BVerfGE 78, 214 (227); *H. Sodan*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V (Fn. 67), § 113 Rn. 29.

verlangt die Anwendung, nicht jedoch die (zutreffende) Normidentifikation des Richters.

Denkbar ist auch, dass bereits eine längere tatsächliche Übung der Rechtsunterworfenen besteht, die von der notwendigen Rechtsüberzeugung getragen wird. Es fehlt dann lediglich eine Anerkennung der Direktive durch die Justiz.<sup>172</sup> In einem solchen Fall führen die rechtsquellentheoretische Qualifizierung des Richters und dabei insbesondere die (implizite) Anerkennung der Verhaltensanordnung den Abschluss des Entstehungsprozesses der gewohnheitsrechtlichen Norm herbei.<sup>173</sup> Der Richter scheint damit Recht setzen zu können, da die Verhaltensanordnung fortan als Gewohnheitsrecht normativ verbindlich ist; in künftigen Verfahren haben die Gerichte den Rechtssatz anzuwenden. Es gilt jedoch zu beachten, dass der Richter nicht alleine die Direktive zu Gewohnheitsrecht erheben kann. Vielmehr leistet er nur einen Beitrag zur Entstehung; die Gemeinschaft muss die Verhaltensanordnung bereits geübt und eine Rechtsüberzeugung gebildet haben. Anderenfalls genügt die Entscheidung des Richters nicht, um die Metamorphose zu vollenden; isoliert betrachtet ist und bleibt sein Judikat normativ unverbindlich. Um eine richterliche Rechtsetzung handelt es sich daher auch in dieser Konstellation nicht.

Schließlich kommt in Betracht, dass der Richter fälschlicherweise annimmt, die Verhaltensanordnung sei bereits zu Gewohnheitsrecht erstarkt. Ein solches fehlerhaftes Urteil kann künftige Entscheider nicht binden. Insoweit unterscheidet sich das Urteil nicht von anderen Judikaten, denen richtigerweise eine normative Verbindlichkeit versagt wird.<sup>174</sup> Der Richter kann also auch hier kein Recht setzen. Gänzlich ohne Bedeutung für künftige Prozesse bleibt seine Entscheidung allerdings nicht. Präjudizien binden zwar nicht, doch bilden sie grundsätzlich einen Vertrauenstatbestand.<sup>175</sup> Die Rechtsunterworfenen dürfen prinzipiell annehmen, dass die rechtskräftige Entscheidung des Richters richtig war und infolgedessen auch andere Gerichte entsprechend judizieren werden.<sup>176</sup> Aufgrund der fehlenden Bindungswirkung ist der Vertrauenstatbestand allerdings *a priori* darauf beschränkt, dass das Gericht nicht „ohne hinreichende Sachgründe“<sup>177</sup> von der früheren Entscheidung abweichen wird. Qualifiziert der Richter in seinem Urteil die Regel nun fälschlicherweise als Gewohnheitsrecht, vermag er dadurch kein Recht

172 Siehe zu diesem Erfordernis bereits oben im Text bei Fn. 143.

173 Vgl. *Krebs/Becker*, Gewohnheitsrecht (Fn. 98), S. 98: „Umgekehrt kann eine Regel (...) über ihre Anerkennung in gerichtlichen Entscheidungen den letzten Schritt zur Entstehung echten Gewohnheitsrechts vollziehen.“

174 Siehe dazu bereits oben im Text bei Fn. 27 ff.

175 BVerfGE 122, 248 (277 f.); BVerfG NVwZ 2012, S. 876 (878); näher zum Vertrauen auf ein Präjudiz *Langenbacher*, Richterrecht (Fn. 82), S. 121 ff.; *dies.*, Rechtsprechung mit Wirkung für die Zukunft, JZ 2003, S. 1132 (1133 ff.).

176 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 9), S. 429.

177 So *Wolff/Neuner*, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 13 zur Frage der Präjudizienbindung; siehe auch BVerfGE 122, 248 (277).

zu setzen,<sup>178</sup> schafft aber einen *besonderen* Vertrauenstatbestand. Denn in einem solchen Fall postuliert er nicht nur die Richtigkeit der von ihm angewendeten Regel, sondern zugleich die Existenz einer bindenden Rechtsnorm. Die Rechtsunterworfenen, die auch hier im Grundsatz von einer korrekten Entscheidung des Richters ausgehen dürfen, werden fortan nicht lediglich auf ein (unverbindliches) Präjudiz vertrauen. Vielmehr werden sie annehmen, dass die Gerichte und andere Rechtsanwender an das (vermeintliche) Gewohnheitsrecht gebunden sind.<sup>179</sup> Diesen *qualifizierten* Vertrauenstatbestand haben die Gerichte zu berücksichtigen, was regelmäßig dazu führen wird, dass sie zunächst am „Präjudiz“ festhalten müssen und allenfalls Zweifel an der Richtigkeit äußern sowie für die Zukunft eine Änderung der Rechtsprechung andeuten können.<sup>180</sup> Unproblematisch ist das freilich nicht.<sup>181</sup> Der erkennende Richter, der die Verhaltensanordnung rechtsquellentheoretisch als Gewohnheitsrecht einordnet, legt seinen Kolleginnen und Kollegen somit eine schwere Last auf.

## E. Abänderung und Aufhebung

Ist die Verhaltensanordnung zu Gewohnheitsrecht erstarkt, beansprucht sie normative Geltung und zwar unabhängig davon, ob sie Anwendung findet oder nicht. Wird die Übung in diesem Stadium abgebrochen, mag die *faktische* Geltung der Norm enden. Die *normative* Verbindlichkeit bleibt dessen ungeachtet bestehen, da diese nicht mehr zur kurzfristigen Disposition der Rechtsgemeinschaft steht. Aus dem gleichen Grund vermag eine schlichte Änderung der Richtigkeitsüberzeugung der gewohnheitsrechtlichen Norm ihren Status nicht zu nehmen.<sup>182</sup>

Gesetzes- und Gewohnheitsrecht sind nach wohl allgemeiner Ansicht gleichwertige Rechtsquellen.<sup>183</sup> Das ist insofern überzeugend, als beide auf das Volk als Inhaber der Staatsgewalt rückführbar sind. Darüber hinaus können die Funktionen, die

178 Vorauszusetzen ist, dass die in der Einordnung enthaltene Anerkennung der Regel den Abschluss des Entstehungsprozesses nicht herbeizuführen vermag. Anderenfalls gilt das oben im Text bei Fn. 173 Gesagte.

179 Nach der Vorstellung der Beteiligten könnten sonach allein die hohen Voraussetzungen einer Gesetzesderogation das Abweichen von der Regel legitimieren.

180 Näher zur „höchstrichterlichen Ankündigungsrechtsprechung“ Bittner, Ankündigungsrechtsprechung (Fn. 88), S. 645 ff.

181 Kritisch etwa F. Bydliński, Gegen die „Zeitzündertheorien“ bei der Rechtsprechungsänderung nach staatlichem und europäischem Recht, JbL 2001, S. 2.

182 Krebs/Becker, Gewohnheitsrecht (Fn. 98), S. 102; siehe auch bereits Schmidt, Lehre vom Gewohnheitsrecht (Fn. 2), S. 8: „(...) die spätere Erkenntnis der Vernunftwidrigkeit dessen, was man ursprünglich für vernünftig hielt, macht den durch Gewohnheit entstandenen Rechtssatz ebenso wenig ungültig, wie den auf Gesetz beruhenden.“; aA offenbar Vogel, Juristische Methodik (Fn. 44), S. 39: Das Gewohnheitsrecht „tritt außer Kraft, wenn eine dieser beiden Voraussetzungen (gemeint sind Gewohnheit und Rechtsüberzeugung) wegfällt.“

183 Windscheid, Pandektenrecht (Fn. 2), S. 44; Enneccerus/Nipperdey, BGB AT (Fn. 25), S. 271; Lorenz, Gerichtsgebrauch (Fn. 11), S. 497; Krebs/Becker, Gewohnheitsrecht (Fn. 98), S. 97; Röhl/Röhl, Rechtslehre (Fn. 10), S. 556.



dem Recht zukommen, durch das Gewohnheitsrecht im Wesentlichen ebenso gut erfüllt werden wie durch das Gesetzesrecht.<sup>184</sup> Infolge der Gleichwertigkeit kann nicht nur Gewohnheitsrecht gesetzliche Regelungen derogieren,<sup>185</sup> sondern auch umgekehrt eine gewohnheitsrechtliche Norm durch ein Gesetz geändert oder aufgehoben werden. Es gilt hier der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori*.<sup>186</sup> Typischerweise übernimmt der Gesetzgeber allerdings das Gewohnheitsrecht, sofern er sich für eine Kodifizierung entscheidet (zB der *cic* und *pVV*).<sup>187</sup>

Außerdem kommt eine Änderung oder Aufhebung des Gewohnheitsrechts durch *desuetudo*, also eine von der Regel abweichende Übung, in Betracht.<sup>188</sup> Ist das Gewohnheitsrecht nicht aufgehoben, ergeht eine der Regel widersprechende Entscheidung entgegen dem positiven Recht. Das kann beispielsweise zulässig sein, wenn sich die gemeinsame Rechtsüberzeugung der Beteiligten signifikant gewandelt hat, ist dann aber aus Gründen der Methodentransparenz als Entscheidung gegen das Gewohnheitsrecht zu benennen. So könnte etwa ein gesellschaftlicher Wandel, mit dem eine wesentliche Änderung der Rechtsüberzeugung einhergeht, eine Entscheidung gegen das gewohnheitsrechtlich geltende Recht zur Totenfürsorge<sup>189</sup> legitimieren.

## F. Gewohnheitsrecht und Grundgesetz

In verfassungsrechtlichem Kontext stellt sich zum einen die Frage, ob es sich bei gewohnheitsrechtlichen Normen um eine hinreichende Grundlage für staatliches Agieren handelt, wenn ein Gesetzesvorbehalt gilt. Zum anderen ist problematisch, ob Gewohnheitsrecht normhierarchisch auf Ebene des Grundgesetzes als Verfassungsgewohnheitsrecht entstehen kann.

### I. Gesetzesvorbehalt

Gewohnheitsrechtliche Normen sind keine *formellen* Gesetze. Infolgedessen scheidet Gewohnheitsrecht definitiv als Ermächtigungsgrundlage aus, wenn die Verfassung explizit ein formelles Gesetz verlangt. So enthält etwa Art. 104 Abs. 1 GG die Anordnung, dass „die Freiheit der Person (...) nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes (...) beschränkt werden (kann).“ Als Grundlage einer Freiheitsstrafe kom-

184 Siehe zur Erfüllung der Funktionen des Rechts durch Gewohnheitsrecht *Frühauß*, Gewohnheitsrecht im Zivilrecht (Fn. 1), S. 102 ff.

185 BVerwGE 8, 317 (321); *Larenz*, Gerichtsgebrauch (Fn. 11), S. 497 f.; *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT (Fn. 25), S. 271; *D. Merten*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, DVBl. 1975, S. 677 (678); *Ossenbühl* (Fn. 67), § 100 Rn. 59; *Krebs/Becker*, Gewohnheitsrecht (Fn. 98), S. 98.

186 Vgl. *Schmidt*, Lehre vom Gewohnheitsrecht (Fn. 2), S. 8.

187 Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 4 und 5.

188 Näher zur „Abänderung von Gewohnheitsrecht“ *Krebs/Becker*, Gewohnheitsrecht (Fn. 98), S. 101 ff.

189 Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 18.

men somit *expressis verbis* nur die in einem förmlichen Verfahren erlassenen Gesetze in Betracht.<sup>190</sup>

Der Begriff „Gesetz“ umfasst richtigerweise aber nicht nur formelle, sondern auch materielle Gesetze und damit alle Rechtsnormen.<sup>191</sup> Unter dieser Prämisse ist Gewohnheitsrecht unter den Gesetzesbegriff subsumierbar. Konsequenz wäre, dass gewohnheitsrechtliche Normen jedenfalls dann eine zulässige Eingriffsgrundlage darstellen, wenn ein materielles Gesetz genügt. Die Verfassungsautoren waren indessen (mehrheitlich) anderer Ansicht. So sollte beispielsweise Art. 2 Abs. 3 GG in der Fassung, die das Redaktionskomitee zur vierten Sitzung des Grundsatzausschusses vorlegte, folgenden Wortlaut haben: „In diese Freiheit darf die Verwaltung nur im Rahmen der *Rechtsordnung* eingreifen.“ Der Abgeordnete *Schmid* schlug daraufhin eine Änderung vor, wonach es heißen sollte: „In diese Freiheit darf die Verwaltung nur innerhalb der Schranken des für alle gleichen *Gesetzes* eingreifen.“ Sein Vorschlag beruhte ua darauf, dass ihm die „Einbeziehung des Gewohnheitsrechts“ bedenklich erschien. „Er wollte die Notwendigkeit klarstellen, daß die Exekutive zu einem Eingriff einer demokratisch zustande gekommenen gesetzlichen Ermächtigung bedürfe.“<sup>192</sup> Diese Variante „wurde fallengelassen, da sie das Gewohnheitsrecht nicht umfasse.“<sup>193</sup> Auch die Entwicklung des heutigen Art. 123 GG zeigt, dass der Begriff „Gesetz“ nach Ansicht der Verfassungsautoren prinzipiell nicht das Gewohnheitsrecht erfasst. Art. 123 Abs. 1 GG sollte zunächst lauten: „*Gesetze* und Verordnungen aus der Zeit (...)“. Der Allgemeine Redaktionsausschuss formulierte sodann: „*Recht* aus der Zeit (...)“. Bezüglich der Änderung wies der Abgeordnete *Dehler* darauf hin, „daß damit alles Recht umfaßt werden solle, sowohl das Gesetzesrecht als auch das Gewohnheitsrecht. Deshalb müsse man so allgemein formulieren.“<sup>194</sup>

Wo die Verfassung von „Gesetz“ spricht, ist also das Gewohnheitsrecht in der Regel nicht gemeint. Daraus lässt sich *e contrario* zunächst ableiten, dass Gewohnheitsrecht unter den Wortlaut einer Norm des Grundgesetzes subsumiert werden kann, wenn dieser allgemein gehalten ist. Das gilt zB für Art. 2 Abs. 1 („verfassungsmäßige Ordnung“), Art. 20 Abs. 3 („Recht“) und Art. 123 Abs. 1 GG („Recht“). Verlangt die Verfassung hingegen ein „Gesetz“, kommen gewohnheitsrechtliche Normen grundsätzlich nicht in Betracht. Daher besteht zB für Gewohn-

190 BVerfGE 14, 174 (186 f.); *Eser/Hecker* (Fn. 6), § 1 Rn. 8.

191 *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 10), S. 544 f.; *Wolf/Neuner*, BGB AT (Fn. 14), § 4 Rn. 2 mwN.

192 Siehe zu dem Ganzen JöR 1 (1951), S. 54 f.

193 JöR 1 (1951), S. 57; aA war offenbar nur der Abgeordnete *Zinn*, vgl. JöR 1 (1951), S. 55.

194 Siehe zu dem Ganzen JöR 1 (1951), S. 840 f.; abweichend lediglich die Materialien zu Art. 97 GG, wo es heißt, „dass unter Gesetz (...) ‚Gesetz im höheren Sinne‘ zu verstehen sei“, JöR 1 (1951), S. 717.

heitsrecht keine Vorlagepflicht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG.<sup>195</sup> Außerdem scheidet Gewohnheitsrecht als Ermächtigungsgrundlage aus, wenn ein expliziter Gesetzesvorbehalt gilt. Für nachkonstitutionelles Gewohnheitsrecht entspricht das ganz hM.<sup>196</sup> Solche Normen sind mithin keine zulässige Grundlage für Eingriffe etwa in Art. 2 Abs. 2,<sup>197</sup> Art. 12 Abs. 1<sup>198</sup> und Art. 14 Abs. 1 GG.<sup>199</sup> Gleiches gilt wegen Art. 103 Abs. 2 GG für die Bestrafung einer Tat.<sup>200</sup> Im Übrigen dürfte die Entstehung nachkonstitutionellen Gewohnheitsrechts ohnehin ausgeschlossen sein, wenn ein Gesetzesvorbehalt gilt.<sup>201</sup> Dieser Ausschluss von Gewohnheitsrecht stellt freilich eine Restriktion der „basidemokratischen“ Rechtsetzung unmittelbar durch das Volk dar. Es handelt sich dabei allerdings um eine punktuelle *Selbstbeschränkung*, die „sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt“<sup>202</sup> auferlegt hat. Im Unterschied zu einem generellen Ausschluss gewohnheitsrechtlicher Normen<sup>203</sup> erscheint ein solches partielles Verbot auch durchaus plausibel. Betroffen ist ein Bereich, in dem das Recht staatliche Organe zu Eingriffen in besonders bedeutende Rechte der Bürger ermächtigt. Das Gesetz bietet hier einen entscheidenden Vorteil gegenüber dem Gewohnheitsrecht. Die schriftliche Fixierung des Normtextes durch den Gesetzgeber erleichtert den Rechtsunterworfenen und -anwendern nachzuvollziehen, welche Verhaltensweisen gestattet oder untersagt sind. Damit garantiert das Gesetz ein Maß an Rechtssicherheit, dem das Gewohnheitsrecht nicht entsprechen kann.<sup>204</sup> Selbstbeschränkung impliziert hier Selbstschutz.

195 G. Morgenthaler, in: BeckOK GG (Fn. 61), Art. 100 Rn. 10; B. Pieroth, in: H. D. Jarass/B. Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl., München 2016, Art. 100 Rn. 10.

196 Freitag, Gewohnheitsrecht und Rechtssystem (Fn. 50), insbes. S. 170; H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 195), Vorb. vor Art. 1 Rn. 43; V. Krey, Parallelitäten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt, in: H.-D. Schwind (Hrsg.), Festschrift für Günter Blau, Berlin 1986, S. 123 (144); Giegerich, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz (Fn. 19), Art. 123 Rn. 44; M. Sachs, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., München 2018, Vor Art. 1 Rn. 113.

197 H. Lang, in: BeckOK GG (Fn. 61), Art. 2 Rn. 68 (implizit); C. Starck, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., München 2010, Art. 2 Rn. 198 f.

198 BVerfGE 22, 114 (121); M. Ruffert, in: BeckOK GG (Fn. 61), Art. 12 Rn. 77; J. Wieland, in: H. Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 12 Rn. 85; G. Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz (Fn. 197), Art. 12 Rn. 108.

199 P. Auer, in: BeckOK GG (Fn. 61), Art. 14 Rn. 82 (ohne Differenzierung).

200 B. v. Heintschel-Heinegg, in: BeckOK StGB, 36. Edition, § 1 Rn. 11; Möllers, Methodenlehre (Fn. 7), § 4 Rn. 81; Eser/Hecker (Fn. 6), § 1 Rn. 9 mwN; siehe dazu auch H. Satzger, Dreimal »in causa« – actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa, Jura 2006, S. 513 (515), der wegen Art. 103 Abs. 2 GG von „kaum überwindbare(n) dogmatische(n) Hürden“ spricht, wenn man die *actio libera in causa* über eine „gewohnheits- und richterrechtlich(e) Anerkennung“ zu begründen versucht.

201 L. Renck, Res sacrae und Gewohnheitsrecht, JZ 2001, S. 375 (378); Sachs (Fn. 196), Art. 20 Rn. 106.

202 Siehe den Nachweis oben in Fn. 64.

203 Siehe dazu oben im Text nach Fn. 67.

204 Vgl. Krey, Gesetzesvorbehalt (Fn. 196), S. 130.

Nachkonstitutionelles Gewohnheitsrecht kommt demnach nicht als Eingriffsgrundlage in Frage. Ob vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht den Erfordernissen des Gesetzesvorbehalts genügt, ist indessen umstritten. Dagegen spricht auch hier vor allem das Weniger an Rechtssicherheit, das durch das ungeschriebene Gewohnheitsrecht vermittelt wird.<sup>205</sup> Die Autoren der Verfassung haben jedoch die allgemeine Formulierung des Art. 123 Abs. 1 GG, wonach „Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages (...) fort(gilt), soweit es dem Grundgesetze nicht widerspricht“, bewusst gewählt, um gewohnheitsrechtliche Normen zu erfassen.<sup>206</sup> Zutreffend judizierte auch das BVerfG, „daß das in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG enthaltene Gebot formeller Gesetzgebung das vorkonstitutionelle Recht nicht berührt. Insoweit bewendet es bei dem Grundsatz des Art. 123 Abs. 1 GG.“<sup>207</sup> Die Verfassung selbst ordnet demnach die Fortgeltung vorkonstitutionellen Gewohnheitsrechts an. Dann müssen entsprechende Normen auch geeignet sein, als Grundlage staatlicher Eingriffe zu dienen. Anderenfalls wird die Anordnung des Art. 123 Abs. 1 GG weitgehend konterkariert. Daher sind zB Eingriffe in Art. 12 Abs. 1<sup>208</sup> und Art. 14 Abs. 1 GG<sup>209</sup> zulässig, wenn sie sich auf vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht stützen lassen. Die Verfassung wird dadurch nicht geändert, sondern umfassend verwirklicht.<sup>210</sup> Ihre Autoren haben wissend, dass gewohnheitsrechtliche Normen mit grundrechtsbeschränkender Wirkung existieren, deren Fortgeltung in Art. 123 Abs. 1 GG angeordnet und auf diese Weise vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht als Eingriffsgrundlage zugelassen.

Im Bereich der Leistungsverwaltung ist Gewohnheitsrecht demgegenüber keine hinreichende Handlungsgrundlage. Da die Begünstigung Einzelner, etwa durch Subventionen, zu einer Benachteiligung anderer Marktteilnehmer oder Organisationen führen kann, bedürfen staatliche Leistungen nach überzeugender hM einer parlamentsgesetzlichen Grundlage, wenn sie zugleich die verfassungsrechtlich garantierte Freiheit entweder des Empfängers oder eines Dritten tangieren.<sup>211</sup> Im Üb-

205 Krey, Gesetzesvorbehalt (Fn. 196), S. 146; insgesamt gegen die Zulässigkeit vorkonstitutionellen Gewohnheitsrechts sind außerdem Renck, Res sacrae (Fn. 201), S. 378; Jarass (Fn. 196), Vorb. vor Art. 1 Rn. 43; C. Hillgruber, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR IX, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 201 Rn. 32.

206 Siehe dazu bereits oben im Text bei Fn. 194.

207 BVerfGE 34, 293 (303).

208 BVerfGE 22, 114 (121); 34, 293 (303); R. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz (Fn. 19), Art. 12 Rn. 332; Manssen (Fn. 198), Art. 12 Rn. 108; aA Wieland (Fn. 198), Art. 12 Rn. 85; Ruffert (Fn. 198), Art. 12 Rn. 77.

209 BVerfG NVwZ 2009, S. 1158 (1160); Papier (Fn. 19), Art. 14 Rn. 339 (ohne Differenzierung); Klose, Eigentum als nudum ius (Fn. 16), S. 82 f.; aA Wieland (Fn. 198), Art. 14 Rn. 103 (ohne Differenzierung); Jarass (Fn. 196), Art. 14 Rn. 35 mwN.

210 AA Wieland (Fn. 198), Art. 14 Rn. 103.

211 BVerfGE 80, 124 (131); P. M. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Tübingen 1991, S. 494; Grzeszick (Fn. 61), Art. 20 VI. Rn. 119 mwN; restriktiver D. Jesch, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., Tübingen 1968, S. 175 ff., der einen „totalen Gesetzesvorbehalt“ postuliert.

rigen soll es genügen, wenn die Mittel in einem entsprechenden Haushaltsplan vorgesehen sind; die konkrete Vergabe kann die Verwaltung in Eigenregie bestimmen.<sup>212</sup> Konsequenterweise müsste demnach das zu den staatlichen Eingriffen Gesagte für Leistungen staatlicher Organe entsprechend gelten. Vor einer willkürlichen Leistungserbringung kann (vorkonstitutionelles) Gewohnheitsrecht ebenso schützen wie eine gesetzliche Regelung. Im Bereich der Leistungsverwaltung dient der Gesetzesvorbehalt aber nicht alleine dem Schutz der Bürger. Vielmehr werden Rechte des Staates gewahrt. Ein prägendes Element des Staatshaushaltsrechts ist die Budgethoheit des Parlaments.<sup>213</sup> Danach haben die Parlamente die Entscheidungskompetenz über die Verwendung der staatlichen Einnahmen.<sup>214</sup> Eine gewohnheitsrechtliche Norm, die einen Anspruch auf staatliche Leistungen zugunsten des Bürgers begründet, verpflichtet umgekehrt den Staat, die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen. Diese Mittel wären dem Staatshaushalt entzogen, ohne dass das Parlament über deren Verwendung entscheiden könnte. Konsequenz wäre eine Verletzung der verfassungsrechtlich garantierten Budgethoheit des Parlaments. Ein solches Gewohnheitsrecht würde also der Verfassung widersprechen und kann aufgrund dessen nicht gemäß Art. 123 Abs. 1 GG fortgelten.<sup>215</sup>

## II. Verfassungsgewohnheitsrecht

Normhierarchisch steht Gewohnheitsrecht auf der Stufe, auf der es sich entwickelt, und könnte somit prinzipiell auch als Verfassungsgewohnheitsrecht erscheinen. Dagegen wird vor allem vorgebracht, dass „das ungeschriebene Verfassungsrecht (...) das Verfassungsrecht“ lediglich ergänzt und „deshalb nur als Entfaltung, Vervollständigung oder Fortbildung der Prinzipien des geschriebenen Verfassungsrechts und immer nur im Einklang mit diesen Prinzipien entstehen“ könne. Diese „Flexibilität und Effektivität der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes“ lasse Verfassungsgewohnheitsrecht praktisch keinen Raum.<sup>216</sup>

Die Verfassung weist insgesamt freilich einen besonders hohen Abstraktionsgrad auf, sodass sich Entscheidungen in der Regel unter den abstrakten Normtext subsumieren lassen. Angesichts dessen mag die methodologische Grenze zur Rechtsfortbildung nur selten überschritten sein, doch kann auch eine bestimmte Interpretation verfassungsrechtlicher Normen eine Verfestigung zum Gewohnheitsrecht er-

212 BVerwGE 58, 45 (48); 104, 220 (222); Grzeszick (Fn. 61), Art. 20 VI. Rn. 117 f. mwN.

213 M. Heintzen, in: Isensee/Kirchhof, HStR V (Fn. 67), § 120 Rn. 1.

214 Vgl. K. Vogel, in: Isensee/Kirchhof, HStR II (Fn. 68), § 30 Rn. 47 ff., wonach sogar „der Vorbehalt parlamentarischer Ermächtigung für staatliche Ausgaben (...) dem Vorbehalt des Gesetzes für Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger voraus (ging).“

215 Im Ergebnis ebenso H.-D. Grosser, Die Spannungslage zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit bei Vergabe von staatlichen Wirtschaftssubventionen durch die öffentliche Hand, Berlin 1983, S. 138 ff., der primär das Gewaltenteilungsprinzip bemüht.

216 Zu dem Ganzen P. Badura, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR VII, Heidelberg 1992, § 160 Rn. 9 f.; ähnlich P. Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, Tübingen 2002, S. 431.

langen, wenn und soweit sie von der Rechtsgemeinschaft dauernd geübt und als richtig angesehen wird. Nach *Heinrich Amadeus Wolff*<sup>217</sup> handelt es sich zB bei dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung um Verfassungsgewohnheitsrecht. Dieses Recht ist nicht im Grundgesetz normiert – jedenfalls nicht explizit. Nun kann man durchaus der Ansicht sein, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch eine (extensive) Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG richterrechtlich entwickelt wurde. Das ändert aber nichts daran, dass das Recht heute in der Gemeinschaft etabliert ist, die Interpretation also allgemein als richtig anerkannt wurde. Die regelmäßige „Übung“ des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hat darüber hinaus zu einer Verfestigung in der Sozietät geführt, die eine abweichende Interpretation für die Zukunft grundsätzlich ausschließt. Davon abgesehen besteht die Möglichkeit, dass Gewohnheitsrecht von Verfassungsrang auch ohne Bezug zum Normtext entsteht. So gilt beispielsweise das Deutschlandlied verfassungsgewohnheitsrechtlich als Nationalhymne,<sup>218</sup> obwohl grundgesetzliche Regelungen, auf die sich die Nationalhymne stützen ließe, nicht zu finden sind.

Die Entstehung verfassungsgewohnheitsrechtlicher Normen ist demzufolge durchaus möglich. Damit stellt sich aber zwangsläufig die Frage nach deren Zulässigkeit. Einig ist sich das Schrifttum offenbar dahingehend, dass derogierendes Verfassungsgewohnheitsrecht unzulässig ist.<sup>219</sup> Umstritten ist demgegenüber die Zulässigkeit verfassungsgewohnheitsrechtlicher Normen *praeter constitutionem*. Kritiker argumentieren, die Rahmenfunktion der Verfassung sei darauf ausgelegt, Interpretationsspielräume zu eröffnen. Daher „dürfte es unzulässig sein, den vom Verfassungstext gestalteten Rahmen *praeter constitutionem* einzuengen.“<sup>220</sup> Darüber hinaus verbiete Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG Verfassungsgewohnheitsrecht (implizit), da für eine Änderung des Grundgesetzes eine Änderung des Wortlauts erforderlich sei.<sup>221</sup> Diese Einwände vermögen insgesamt nicht zu überzeugen. Zunächst einmal verlangt Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG eine Wortlautänderung oder -ergänzung nur im Falle einer *Änderung des Grundgesetzes*. Eine solche Änderung des Grundgesetzes findet aber nicht statt, wenn sich Verfassungsgewohnheitsrecht *neben* dem Grundgesetz entwickelt; von Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG wäre daher allenfalls derogierendes Verfassungsgewohnheitsrecht erfasst.<sup>222</sup> Dass Verfassungsgewohnheitsrecht den

217 Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Tübingen 2000, S. 465. Zudem meint *Wolff* (S. 416), dass „man mit den Voraussetzungen des Verfassungsgewohnheitsrechts beim Vorbehalt des Gesetzes kaum Schwierigkeiten haben (wird).“

218 *W. Klein*, „Einigkeit und Recht und Freiheit“ ins Grundgesetz?, ZRP 2016, S. 12 (14); siehe auch bereits *E. Allgaier*, Ist das Deutschlandlied geltende Nationalhymne?, MDR 1988, S. 1022.

219 *M. Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz (Fn. 19), Art. 79 Rn. 30; *Unruh*, Verfassungsbegriff (Fn. 216), S. 431 mwN.

220 *Unruh*, Verfassungsbegriff (Fn. 216), S. 431.

221 *Unruh*, Verfassungsbegriff (Fn. 216), S. 431 mwN; ähnlich *Grzeszick* (Fn. 61), Art. 20 VI. Rn. 31.

222 So auch *C. Tomuschat*, Verfassungsgewohnheitsrecht?, Heidelberg 1972, S. 88 ff. zum Gehalt des Art. 79 Abs. 1 GG.

durch das Grundgesetz gegebenen Interpretationsrahmen einzuengen vermag, ist zwar richtig, doch kann eine solche Einengung geboten sein, wenn sich eine bestimmte Interpretation etabliert hat. Man stelle sich nur vor, das BVerfG könnte die Existenz eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung negieren, weil es nun Art. 2 Abs. 1 GG schlicht anders interpretiert. Die Verfassung „entspringt einem historisch konkreten Akt der verfassunggebenden Gewalt, kraft ideologischer Zurechnung dem ‚Willen‘ des Volkes (...).“<sup>223</sup> Das Grundgesetz geht demnach ebenso wie das Gewohnheitsrecht insgesamt auf den Willen des Volkes als Inhaber der Staatsgewalt zurück. Dann muss eine vom Volk getragene Ergänzung des (lückenhaften) Verfassungstextes durch Verfassungsgewohnheitsrecht möglich sein.<sup>224</sup> Da Gewohnheitsrecht ein Eigenleben neben dem Gesetzesrecht führt,<sup>225</sup> wird man darüber hinaus sogar derogierendes Verfassungsgewohnheitsrecht theoretisch zulassen müssen, will man das Prinzip der Volkssouveränität konsequent umsetzen. Praktisch scheidet eine Entstehung solcher Normen aber wohl aus; immerhin wäre eine langandauernde Übung einer *verfassungswidrigen* Verhaltensanordnung erforderlich.

## G. Schlussbetrachtung

Gesetzes- und Gewohnheitsrecht sind zwei prinzipiell gleichwertige Rechtsquellen. Während sich das Gesetzesrecht durch seine Förmlichkeit und dabei insbesondere die schriftliche Fixierung des Normtextes auszeichnet, handelt es sich bei Gewohnheitsrecht um eine basisdemokratische Rechtsquelle,<sup>226</sup> die ihre Legitimation unmittelbar aus dem Willen des Volkes bezieht.

Die Geltung einer Norm als Gewohnheitsrecht setzt – neben der langandauernden Übung – voraus, dass die Direktive von einer Mehrheit der Rechtsgemeinschaft als ein Gebot des Rechts erachtet wird. Infolgedessen handelt es sich beispielsweise bei der Anscheinsvollmacht nicht um Gewohnheitsrecht, da diese nach wie vor heftig kritisiert wird.<sup>227</sup> Von einer einheitlichen Rechtsüberzeugung kann angesichts dessen keine Rede sein. Auf den Urheber der Verhaltensanordnung kommt es hingegen nicht an. Deshalb können auch von der Justiz hervorgebrachte Regeln zu Ge-

223 *Badura*, HStR VII (Fn. 216), § 160 Rn. 7.

224 Im Ergebnis ebenso *Herdegen* (Fn. 219), Art. 79 Rn. 30; *Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht (Fn. 217), S. 427 ff.; implizit *T. Barczak*, Die parteipolitische Äußerungsbefugnis von Amtsträgern, NVwZ 2015, S. 1014 (1018) und *Ossenbühl* (Fn. 67), § 102 Rn. 43; aA wohl *Unruh*, Verfassungsbegriff (Fn. 216), S. 432; *C. Tomuschat*, Verfassungsgewohnheitsrecht? (Fn. 222), insbes. S. 138 ff.; *Grzeszick* (Fn. 61), Art. 20 VI. Rn. 31.

225 Siehe dazu bereits oben bei Fn. 70.

226 So auch *R. Dreier*, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Zweiter Band, 7. Aufl., Freiburg im Breisgau 1986, Sp. 1062; ähnlich bereits *Schmidt*, Lehre vom Gewohnheitsrecht (Fn. 2), S. 8 f. („Dem Gewohnheitsrecht nämlich, als dem unmittelbaren Ausdrucke des Volkswillens...“).

227 *C. Schubert*, in: MünchKommBGB (Fn. 155), § 167 Rn. 92; *Wolf/Neuner*, BGB AT (Fn. 14), § 50 Rn. 98, Fn. 186; aA BAG NZA 2013, S. 524 (526); *D. Leipold*, BGB I, 9. Aufl., Tübingen 2017, § 24 Rn. 36.

wohnheitsrecht erstarken, sofern die vorgenannten Entstehungsvoraussetzungen erfüllt sind; anderenfalls bleiben die Produkte justizieller Tätigkeit normativ unverbindlich.

Die Identifikation einer gewohnheitsrechtlichen Norm erfordert stets eine sorgfältige Prüfung. Das Gewohnheitsrecht darf nicht unreflektiert als „Totschlagargument“ bemüht werden. Dies gilt nicht nur, aber insbesondere für den Richter, der mit einer falschen rechtsquellentheoretischen Einordnung der Verhaltensanordnung einen qualifizierten Vertrauenstatbestand schaffen und mit diesem nachfolgenden Gerichten eine schwere Last auferlegen kann. Eine vorschnelle Identifikation (vermeintlicher) gewohnheitsrechtlicher Normen zur Begründung der eigenen Entscheidung lässt das Gewohnheitsrecht zu einer höchst unsicheren Rechtsquelle werden. Eine restriktive Haltung wird indessen langfristig zu einer Stärkung der ältesten Rechtsquelle führen.