

DEROGATION IM ZIVILRECHT

Historische und rechtstheoretische Überlegungen zum
Verhältnis von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht

von

THOMAS HOEREN (Münster)

In Zeiten einer Gesetzesflut rückt das Problem des gesetzesaufhebenden Gewohnheitsrechtes unvermittelt ins Sichtfeld: Je mehr Gesetze verabschiedet werden, desto größer ist die Gefahr, daß der Gesetzgeber den Bedürfnissen und Wünschen der Bürger nicht mehr gerecht wird¹. Schon seit Jahren warnen Rechtssoziologen daher zu Recht vor den immensen Steuerungsproblemen hochentwickelter Industriegesellschaften, die mittels gesetzlicher Regelungen nicht mehr bewältigt werden können². Diese Gefahr hat sich durch die Hypertrophie einer EG-Bürokratie noch verstärkt, die von Brüssel und Luxemburg aus eine Flut von Richtlinien und Verordnungen produziert. 'Von unten her' werden diese Steuerungsprobleme durch ein wachsendes Unbehagen an dem Staat und seinen Rechtsorganen verstärkt: Zunehmend schwindet das Vertrauen der Bürger in die Justiz; der das 19. Jahrhundert prägende Grundkonsens über die Akzeptanzfähigkeit hoheitlicher Entscheidungen hat am Ende des 20. Jahrhunderts seine Gültigkeit verloren³.

Die Frage, ob und wie dieser Vertrauensschwund von unten her durch Gewohnheitsrecht und andere Formen der Selbstregulierung aufgefangen und kompensiert wird, ist bislang noch nicht erforscht. Dies hängt damit zusammen, daß gerade für deutsche Rechtstheoretiker eine Rechtskultur außerhalb von Gesetz und Rechtsprechung nahezu unvorstellbar ist: Weitgehend werden Gesetz und Recht gleichgesetzt und allenfalls noch um naturrechtliche Prinzipien ergänzt. Alles andere wird umschrieben als die 'Regellosigkeit ungeordneter menschlicher Interessen'⁴ oder als 'rechtsfreier Raum'⁵. Wideregesetzliche Normbildungen

1. Mein besonderer Dank gilt Prof. Dr. Hans Kiefner (Münster) und Dr. Stefan Saar (Münster) für manche wertvolle Anregung.

2. So insbesondere Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt 1989, insbes. 61 ff.; ders., *Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, in: *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, hrsg. von Friedrich Kübler, Frankfurt 1985, 289 ff.; Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Neuwied 1981, Band II, 552 ff.

3. Ähnlich auch Diederichsen, *Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht*, Karlsruhe 1974, 9, der die Haltung des 19. Jahrhunderts als 'Gesetzespositivismus' umschreibt.

4. So etwa Diederichsen, *Flucht* (Fußn. 3), 19.

5. Vgl. Comes, *Der rechtsfreie Raum, Zur Frage der normativen Grenzen des Rechts*, Berlin 1975, 19 ff. Die Arbeit von Comes ist typisch insofern für die oben skizzierte Denkweise, als er neben dem Gesetzesrecht nur die naturrechtlichen Gerechtigkeitsideale und die Existenz eines rechtsfreien Raums anerkennt; vgl. ders., *Raum*, 36 f. – Für gewohnheitsrechtliche Normbildung bleibt in diesem System kein Platz; vgl. deshalb auch die wenigen Hinweise auf das Gewohnheitsrecht in ders., *Raum*, 31 Fußn. 45.

werden dementsprechend als Versuch einer partiellen oder totalen 'Revolution'⁶ und als 'schnöde, freche Auflehnung gegen die Verbindlichkeit der bestehenden Rechtsordnung'⁷ angesehen. Die Existenz außergesetzlicher Normen wird dann zum Anlaß genommen, um den Gesetzgeber an seine politische Verantwortung zu erinnern, ihn vor einer 'Flucht' zu warnen und zum Erlaß neuer Gesetze zu ermahnen⁸.

Ein solches Rechtsverständnis läßt keinen Raum für eine originär nicht-staatliche Rechtsetzung 'von unten', wie sie etwa im Gewohnheitsrecht verkörpert ist. Daher kreist die Diskussion um 'Verrechtlichung' und 'Deregulierung' derzeit um die eigene Achse: Selbst die prononciertesten Stimmen in dieser Diskussion identifizieren Recht mit Gesetz und reden von 'Verrechtlichung', wenn sie 'Ver-gesetzlichung' meinen. So unterschiedliche Rechtskritiker wie Teubner⁹ und Habermas¹⁰ gehen aus diesem Grund an keiner Stelle auf das Gewohnheitsrecht ein, sondern diskutieren um Staatsinterventionsmus versus gesellschaftliche Rechtsfreiheit. Sie überlassen das Nachdenken über das Gewohnheitsrecht den Rechtsanthropologen, gilt doch diese Rechtsquelle allgemein als Produkt primitiver Gesellschaften¹¹, als in modernen Kulturen unbedeutend¹² und konservativ-starr¹³.

Im folgenden soll dargelegt werden, daß neben Gesetzespositivismus und Naturrecht, neben 'zuviel Gesetz' und 'zuwenig Gesetz' ein dritter Weg besteht: das Gewohnheitsrecht. Exemplarisch für die Macht des Gewohnheitsrechts und seine verkannte Bedeutung soll die Diskussion um die Derogation, um die gesetzesaufhebende Wirkung des Gewohnheitsrechtes im Zivilrecht untersucht werden¹⁴. Dabei wird nach einer terminologischen Begriffsklärung (A.) zunächst die geschichtliche Entwicklung des Derogationsprinzips unter besonderer

6. So bereits Georg Beseler in einem Diskussionsbeitrag auf dem Fünften Deutschen Juristentag im Jahre 1864; vgl. DJT, 5 (1864), Bd. 2, 94. Ähnlich auch Sonnenberger, *Verkehrssitten im Schuldvertrag*, München 1970, 286 ff.; Enneccerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch*, Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl. Tübingen 1959, § 39 II 1, 266; Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht?*, Heidelberg 1972, 103 und 139.

7. Bülow, *Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft, Beiträge zur Theorie des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts*, Leipzig 1901, 82.

8. So der Gedankengang bei Diederichsen, *Flucht* (Fußn. 5), 60 ff.

9. Etwa in: Kübler (Hg.), *Verrechtlichung* (Fußn. 2), 290 ff.

10. Habermas, *Theorie* (Fußn. 2), Band II, 552 ff.

11. Vgl. hierzu auch den Forschungsüberblick bei Josselin de Jong, *Gewohnheit, Recht und Gewohnheitsrecht*, in: Fikentscher, Wolfgang/Franke, Herbert/Köhler, Oskar (Hg.), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, Freiberg 1980, 121–141.

12. So etwa F. Esser, *Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts*, Berlin 1889, 61 f.; Meyer-Cording, *Die Rechtsnormen*, Tübingen 1971, 72 ff.

13. So spricht etwa Karl Marx in seiner 'Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie' von der gewohnheitsrechtlichen Theorie der historischen Schule als Ausdruck einer 'Schule, welche die Niederträchtigkeit von heute durch die Niederträchtigkeit von gestern legitimiert, eine Schule, die jeden Schrei der Leibeigenen gegen die Knute für rebellisch erklärt, sobald die Knute eine bejahrte, eine angestammte, eine historische Knute ist' (vgl. Marx/Engels, Werke, Bd. I, 1970, 380). Ähnlich auch Adomeit, *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*, München 1969, 54; Welcker, *Gewohnheitsrecht*, in: Rotteck/Welcker, *Das Staatslexikon, Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 3. Aufl. Bd. 6, Leipzig 1862, 568, 575.

14. Zur Lage in anderen Rechtsgebieten vgl. Kruse, StW 1959, Sp. 226 ff. (zum Steuerrecht); Bringewat, ZStW 84 (1972), 593 f. (zum Strafrecht) und Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht* (Fußn. 6), 119 Fußn. 164 (zum Verwaltungsrecht).

Berücksichtigung des 19. Jahrhunderts untersucht (B.). Anschließend soll versucht werden, eine neue Begründung für die Gesetzesaufhebende Wirkung von Gewohnheitsrecht aus Art. 79 Abs. 3 des Grundgesetzes zu entwickeln (C.).

A. – Terminologische Vorüberlegungen

Bevor das Prinzip der Derogation näher erläutert wird, sind einige terminologische Überlegungen vonnöten:

I. – Der Begriff des Gewohnheitsrechts

Eine im 19. Jahrhundert vorherrschende Ansicht bezeichnete mit diesem Begriff 'die längere Zeit hindurch fortgesetzte gleichförmige Bethätigung einer Norm'¹⁵; jede tatsächliche Übung konnte demnach als Gewohnheitsrecht verbindlich eingestuft werden¹⁶.

Diese Auffassung hat sich jedoch nicht durchsetzen können: Heute versteht die herrschende Meinung hierunter das Recht, das 'durch längere tatsächliche Übung entstanden ist, die dauernd und ständig, gleichmäßig und allgemein war und von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wurde'¹⁷. Für die Bildung von Gewohnheitsrecht ist demnach nicht nur eine faktische Übung erforderlich; vielmehr muß die Überzeugung und der Wille der beteiligten Verkehrskreise hinzukommen, daß diese Übung als rechtsverbindlich gelten soll (die sog. *opinio necessitatis*)¹⁸.

Durch das Erfordernis des Rechtsgeltungswillens grenzt sich das Gewohnheitsrecht von der Verkehrssitte, den Handelsbräuchen und der Gewohnheit ab, die allesamt nicht als Rechtsquellen anzusehen sind¹⁹. – Gleichermäßen darf das Gewohnheitsrecht nicht mit dem Richterrecht oder dem Gerichtsgebrauch verwechselt werden²⁰: Zwar kann das Bestehen einer ständigen Rechtsprechung hinsichtlich einer bestimmten Rechtsfrage als Indiz für das Bestehen eines entsprechenden Gewohnheitsrechts gesehen werden²¹. Ein solches 'Richterrecht' ist

15. Regelsberger, *Pandekten*, Bd. 1, Leipzig 1893, 94.

16. So etwa Zitelmann, AcP 66 (1883), 323, 446 ff.

17. BVerfG, Beschluß des Ersten Senats vom 18. Februar 1970 – 1 BvR 226/69 = BVerfGE 28, 21, 28 f.; ähnlich BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 28. Juni 1967 – 2 BvR 143/61 = BVerfGE 22, 114, 121; BVerfG, Beschluß des Ersten Senats vom 13. Mai 1981 – 1 BvR 610/77 = BVerfGE 57, 121, 134 f.

18. In der Literatur ist streitig, ob es auf die Überzeugung oder den Willen der betroffenen Kreise ankommt; vgl. Enneccerus-Lehmann (Fußn. 6), 263 f. Beide Theorien stehen sich aber sehr nahe und sollen daher im folgenden als Einheit dargestellt werden; vgl. hierzu auch M. Rümelin, *Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung*, Tübingen 1929, 38 f.; Kruse, StW 1959, Sp. 221.

19. Vgl. hierzu auch David, *Verkehrsgewohnheit, Gewohnheitsrecht und ergänzendes Satzungsrecht*, Berlin 1940, 36 ff.

20. So auch Taupitz, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, Berlin 1991, 796 Fußn. 28 und 797; Höhn, *Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht*, Bern 1960, 55; Kruse, StW 1959, 209, 236.

21. Ähnlich BAG, Urt. v. 10. Juni 1980 – I AZR 822/79 = BAGE 33, 140, 159; Picker, JZ 1988, 62, 74. – Anderer Ansicht J. Esser, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, 95, 113 f., der diese Möglichkeit generell in Abrede stellt.

aber *eo ipso* weder als eine eigene Rechtsquelle noch als Gewohnheitsrecht anzusehen²².

Im übrigen wird unterschieden zwischen der *consuetudo secundum, praeter* und *contra legem*: Die *consuetudo secundum legem* dient der Ausführung eines Gesetzes, während die *consuetudo praeter legem* Lücken im Gesetz ausfüllt. Die *consuetudo contra legem* hingegen steht im Widerspruch zu Gesetzen; gerade bei der Frage, ob und unter welchen Bedingungen eine solche Form des Gewohnheitsrechts denkbar ist, setzen die folgenden Ausführungen an.

II. – Der Begriff der Derogation

Schwierig ist allerdings bereits eine Klärung des Begriffs ‘Derogation’²³. Traditionellerweise wird zwischen der ‘*desuetudo*’ und der ‘*derogatio*’ unterschieden²⁴. Die *desuetudo* soll die Nichtanwendung einer (zwingenden)²⁵ Gesetzesnorm bezeichnen, während die Derogation auf die Aufhebung einer Gesetzesvorschrift durch Bildung entgegenstehenden Gewohnheitsrechtes verweist.

Diese Abgrenzung ist allerdings wenig sachgerecht²⁶: Wenn eine Gesetzesnorm aus Rechtsüberzeugung nicht angewendet wird, ist damit gleichzeitig auch eine positive Aussage über eine andere gewohnheitsrechtliche Regel verbunden. Wer zum Beispiel die nach dem BGB obligatorische Form eines Testaments ablehnt, trifft gleichzeitig eine positive Aussage darüber, daß Testamente formlos gültig seien. Von daher ist die Trennung von *desuetudo* und *consuetudo contraria* als wenig hilfreich zu verwerfen²⁷.

B. – Rechtshistorische Entwicklung des Derogationsprinzips

Im folgenden soll skizziert werden, wie sich die Lehre von der derogierenden

22. So auch Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 4. Aufl. Heidelberg 1991, 464 ff.; Müller, *Richterrecht*, 1986, 111 ff. Anderer Ansicht aber Ennecerus-Nipperdey (Fußn. 6), 267; Schultze, *Privatrecht und Prozeß*, Freiburg 1883, 104 ff.; Dnistrjansky, AcP 132 (1932), 258. Wie das Beispiel von Bülow, *Betrachtungen* (Fußn. 7), 68 ff. zeigt, kann die Identifizierung von Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht dazu führen, daß die Existenz von Gewohnheitsrecht generell in Abrede gestellt wird.

23. Häufig wird auch der Begriff der ‘*abrogatio*’ als Synonym für die Derogation verwendet. Anders aber Sonnenberger, *Verkehrssitten* (Fußn. 6), 279, wonach mit ‘*derogatio*’ die Abdingung einer Gesetzesnorm im Einzelfall und mit ‘*abrogatio*’ die Aufhebung der Gesetzesvorschrift bezeichnet wird.

24. So bereits das Oberappellationsgericht München in seiner Erkenntnis vom 20. November 1849, SeuffA 3, Nr. 255 S. 273. Ähnlich Germann, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, Bern 1965, 146 f.; Sonnenberger, *Verkehrssitten* (Fußn. 6), 280.

25. Die Subsidiarität dispositiver Vorschriften gegenüber vertraglichen Regelungen hat mit der Frage der Derogation nichts zu tun; so auch Sonnenberger, *Verkehrssitten* (Fußn. 6), 279 Fußn. 263.

26. So bereits Georg Friedrich Puchta in seinem grundlegenden Werk *Das Gewohnheitsrecht*, Band 2, Erlangen 1837, 206.

27. Ähnlich bereits Eppler, *Quellen und Fassung des Codex Iuris Canonici*, Diss. Zürich 1928, 102; Sturm, *Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht unter besonderer Berücksichtigung des neuen deutschen Reichsrechtes*, Leipzig 1900, 224 mit weit. Nachw.

Wirkung des Gewohnheitsrechtes insbesondere im Laufe des 19. Jahrhunderts entwickelt hat.

I. – Die Entwicklung bis zum 19. Jahrhundert

1. – Derogation im römischen Recht

Die Frage nach der Zulässigkeit einer Derogation wird durch einen jahrhundertelangen Streit geprägt, der sich an zwei konträren Quellen des römischen Rechts entzündet hat²⁸.

Auf der einen Seite soll nach einer berühmten Aussage von Salvius Julianus der *desuetudo* derogierende Kraft zukommen:

quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur²⁹.

Auf der anderen Seite steht ein nicht minder berühmtes Reskript Konstantins:

Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem³⁰.

Hier scheint Konstantin der *consuetudo* eine derogatorische Kraft abzuspochen.

Diese zentralen³¹ Quellenzeugnisse stehen sich scheinbar unversöhnlich gegenüber, so daß die Literatur in den darauf folgenden Jahrhunderten 'bis zur Ermüdung'³² große Anstrengungen zur Harmonisierung dieser Belege unternehmen mußte. Hierbei wurden verschiedene Lösungen vertreten, um die Codex-Stelle mit der Julianischen Aussage zu versöhnen³³. Einen besonders erfolgreichen Interpretationsansatz vertrat insofern Savigny³⁴: Das Reskript wolle nur klarstellen, daß partikulares Gewohnheitsrecht kein absolutes, zwingendes Landesgesetz abändern könne. – Puchta sah in dem Reskript keine Aussage über

28. Vgl. zur gewohnheitsrechtlichen Theorie der römischen Juristen auch Steinwenter, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht*, in: Studi in onore di Bonfante 1930, II, 419, 421 ff. sowie die umfassende Studie von Schmiedel, *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht*, Graz 1966.

29. Dig. I, 3, 32, 1.

30. C. 8, 52(53), 2.

31. Neben diesen beiden Belegen finden sich weitere Stellen von geringerer Bedeutung, so etwa der Briefwechsel zwischen dem jüngeren Plinius und Kaiser Trajan sowie das Sammelwerk des Gellius. Zum Aussagewert dieser Quellen vgl. Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Erster Theil: Geschichtliche Grundlegung (Bis zum Ausgang des Mittelalters), Breslau 1899 (Unveränderter Nachdruck Frankfurt 1968), 37 ff. mit weit. Nachw.

32. Puchta, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 26), II 203.

33. Vgl. zum folgenden auch den Überblick bei Puchta, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 26), II 203 ff. und Sturm, *Revision* (Fußn. 27), 224 ff.

34. *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840, Bd. I, 153, 194, 420 ff.; ähnlich auch Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I, 3. Aufl. Düsseldorf 1870, § 18 S. 50; Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, 2. Aufl. 1877, I § 35, 338 f.; Sturm, *Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit*, Kassel 1877, 33 – 37; ders., *Revision* (Fußn. 27), 222 ff.

Gewohnheitsrecht, sondern über eine bloße Gewohnheit³⁵. – Andere legten das *sui momento* in dem Reskript dergestalt aus, daß das Gewohnheitsrecht 'ansich' keine aufhebende Kraft habe, aber durch das Einverständnis des Gesetzgebers erhalten könne³⁶. – Wieder andere wollten die Aussage Konstantins nur auf unvernünftiges Gewohnheitsrecht beziehen³⁷. – Schließlich bejaht ein Teil der Literatur einen Vorrang des Reskripts und beschränkt den Anwendungsbereich der Julianischen Aussage auf die *consuetudo praeter legem*³⁸.

In moderner Zeit lösen einige den Streit dadurch, daß sie die Aussage Julians für gefälscht erachten³⁹ und dementsprechend im Sinne Konstantins jegliche derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts, ja sogar die Existenz eines Gewohnheitsrechts selbst für das klassische römische Recht ablehnen⁴⁰.

2. – Derogation im Kirchenrecht

Neben dem römischen Recht war das katholische Kirchenrecht des Mittelalters für die Entwicklung des Derogationsprinzips von großer Bedeutung⁴¹.

Bis zum 13. Jahrhundert verstand sich das europäische Recht im wesentlichen als gewohnheitsrechtlich verankert und durch mündlich tradierte Bräuche charakterisiert⁴². Erst ab 1220⁴³ nahm die Bedeutung des Gewohnheitsrechts durch die zunehmende Verschriftung und Kodifizierung des Rechts in Form von Gesetzen allmählich ab. In dieser Epoche setzten auch die ersten Versuche ein, eine systematische Theorie des Gewohnheitsrechts und seiner Wirkungen zu entfalten. Diese Versuche sind sämtlichst auf dem Gebiet der mittelalterlichen Kanonistik anzusiedeln, die sich im Zuge der Gregorianischen Wende zum ersten modernen Rechtssystem formierte. Dabei nahmen die Kirchenrechtler von Anfang an eine restriktive Haltung gegenüber der Möglichkeit einer Derogation ein, um jegliche Destabilisierung der Kirchengesetze von innen her zu vermeiden⁴⁴.

35. *Das Gewohnheitsrecht* (Fußn. 26), I, 81 ff., 199 ff.

36. Klötzer, *Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht*, Berlin 1877, 120 ff.; ähnlich auch Esser, *Kraft* (Fußn. 12), 18.

37. Noodt, zit. n. Voet, *Commentarius ad pandectas*, tom. III, Köln 1769, 14.

38. Baron, *Pandekten*, Leipzig 1872, 15.

39. Für die Echtheit Becker, Art. *Gewohnheitsrecht* III, in: Theologische Realenzyklopädie Bd. XIII, 249. Anderer Ansicht Flume, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, Opladen 1975, 20; Schmiedel, *Consuetudo* (Fußn. 28), 42 ff. und 96 ff.

40. So W. Flume, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 39), 17, 21, 37. Anderer Ansicht aber D. Nörr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*, in: Festschrift für Felgen-träger, 1969, 353 ff.

41. So berief sich das Reichsgericht in mehreren Urteilen zum Gewohnheitsrecht auf kanonistische Quellen; vgl. etwa das unten ausführlich dokumentierte Urteil des Reichsgericht vom 5. Juli 1881 = RGZ 5, 134. Vgl. hierzu allgemein auch Wolter, *Ius canonicum in iure civili*, Köln 1975, 175 ff. mit weit. Nachw.

42. Zum Gewohnheitsrecht bis zu diesem Zeitpunkt vgl. Brie, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 31), 202 ff., insbes. 251 ff.; Becker, TRE XIII (Fußn. 39), 250; Köbler, *Zur Frührezeption der Consuetudo in Deutschland*, in: Historisches Jahrbuch 89 (1969), 337 ff.

43. Vgl. Berman, *Recht und Revolution, Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, 2. Aufl. Frankfurt 1991, 144 ff.; Raisch, ZHR 150 (1986), 121.

44. Vgl. zum folgenden auch Berman, *Recht* (Fußn. 43), 238; Ochmann, *Kirchliches Recht in und aus dem Leben der Communio – Zur 'Rezeption' aus kanonistischer Sicht*, in: Wolfgang Beinert (Hg.), *Glaube als Zustimmung, Zur Interpretation kirchlicher Rezeptionsvorgänge*, Freiburg 1991, 123, 133 ff.

Ivo von Chartres (ca. 1040–1116)⁴⁵ und Gratian⁴⁶ wollten etwa jegliche *consuetudo contra legem* ausschließen. Auch Alexander III. (1159–1181)⁴⁷ lehnte die Derogation ab, während sie von Innozenz III. (1198–1216)⁴⁸ nur unter erschwerten Voraussetzungen (Rationabilität und Ablauf einer Frist) ausnahmsweise anerkannt wurde. Die mittelalterliche Kanonistik ging hingegen im Anschluß an Thomas von Aquin⁴⁹ und andere Scholastiker⁵⁰ von einer derogatorischen Wirkung des Gewohnheitsrechts aus, wobei unterschiedliche Bedingungen für die Anerkennung eines solchen Gewohnheitsrechtes aufgestellt wurden⁵¹.

Diese unterschiedlichen Positionen wurden von der Kanonistik im Anschluß an eine Entscheidung von Papst Gregor IX.⁵² zu einer einheitlichen Theorie der Derogation zusammengefaßt: Hiernach soll Gewohnheitsrecht zwar kein göttliches Recht, aber menschliches Recht (*ius humanum*) aufheben können. Voraussetzung sei allerdings, daß die Gewohnheit in sich vernünftig sei; eine *iniusta, mala, perversa consuetudo* sei kein Recht⁵³. Ferner müsse eine Gewohnheit über einen längeren Zeitraum (meist wurde von 40 Jahren gesprochen) eingehalten werden, um rechtsverbindlich zu sein⁵⁴.

Für eine Derogation war allerdings keine Voraussetzung, daß der Gesetzgeber eine solche Kraft des Gewohnheitsrechtes zuläßt. Ganz im Gegenteil mußte die katholische Kirche erleben, daß sich gegen ein ausdrückliches Verbot⁵⁵ rechtsgültige Gewohnheiten im Widerspruch zu den Disziplinardekreten des Tridentinischen Konzils entwickeln konnten⁵⁶. Erst als auch im Kirchenrecht am Ende des 19. Jahrhunderts die Kodifikationsidee um sich griff, wurde – parallel zur Diskussion um das BGB – eine Kompetenz des Gesetzgebers zur Verwerfung gesetzeswidrigen Gewohnheitsrechtes in die kirchlichen Gesetzbücher aufgenommen⁵⁷.

45. Decr. IV, c. 201 ff., PL 161, 309 ff.

46. Dictum post Dist. 11, c. 4; vgl. auch Dictum post Dist. 4, c.3. Vgl. hierzu auch Brie, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 31), 78 ff.

47. Cap. 8 X. de sent. et re iudic. 2, 27: '(...) considerantes, quod, licet usus vel consuetudinis non minima sit auctoritas, numquam tamen veritati aut legi praeiudicat (...)', zit. n. Brie, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 31), 80 Fußn. 16.

48. Vgl. Decr. Gregor IX., lib. I, tit. IV, c. II, in: Friedberg II, Sp. 36. Vgl. auch Brie, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 31), 81 f.

49. *Summa theol.*, II I Qu. 97 art. 3: 'Et secundum hoc consuetudo et habet vim legis et legem abolet, et est legum interpretatrix'.

50. Vgl. die Hinweise von Brie, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 31), 192 ff. insbesondere auf die Überlegungen von Archidiaconus und Albericus de Rosate.

51. Vgl. Brie, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 31), 194 ff.

52. Potthast, Reg. 5939 = X. I, 4, 11.

53. Vgl. Krause, HRG I, Sp. 1677 und 1680.

54. Vgl. Krause, HRG I, Sp. 1680. Ob diese Auslegung zutreffend ist, ist allerdings streitig. Ein Teil der Literatur geht davon aus, daß für eine Derogation keine Verjährungsfrist einzuhalten sei; der Ablauf einer Frist soll nur für den gewohnheitsrechtlichen Erwerb subjektiver Rechte erforderlich sein. Vgl. hierzu Brie, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 31), 83 ff.; Sägmüller, *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts*, 1. Band, 3. Aufl. Freiburg 1914, 113 f.

55. Pius IV., Constitutio Benedictus Deus, C. cum dilectus 8 v. ceterum X. de consuetud. Das Verbot wurde später von der Congregation C. T. *interpretum* bekräftigt; vgl. *Canones et decreta concilii Tridentini* edit Aemil. Lud. Bichter, Lips 1853, S. 480 ff.

56. Vgl. Biederlack, Zeitschrift für katholische Theologie 6 (1882), 438 ff.

57. So etwa in can. 25 des Codex Iuris Canonici 1917 und can. 27 des Codex Iuris

II. – Der Streit um die Derogation im 19. Jahrhundert

Das 19. Jahrhundert ist für die Entfaltung der gewohnheitsrechtlichen Lehre von entscheidender Wichtigkeit. Auf der einen Seite entwickeln Puchta und Savigny erstmals eine systematisierte Theorie des Gewohnheitsrechts; auf der anderen Seite mußte sich der deutsche Gesetzgeber bei der Schaffung reichseinheitlicher Kodifikationen mit der Frage der Derogation und ihrer Zulässigkeit intensiv beschäftigen.

1. – Ideengeschichtlicher Hintergrund

Sowohl bei der Abfassung des ADHGB als auch später bei der Gestaltung des BGB traten zwei unterschiedliche Strömungen zutage, die die Diskussion um das Gewohnheitsrecht im 19. Jahrhundert entscheidend prägen sollten.

a. – Die historische Rechtsschule

Auf der einen Seite vertraten Anhänger der historischen Rechtsschule im Gefolge von Puchta und Savigny die Ansicht, daß dem Gewohnheitsrecht eine starke, wenn nicht die entscheidende Bedeutung gegenüber gesetzlichen Regelungen zukomme⁵⁸. Allerdings erscheint aus heutiger Sicht fraglich, ob Puchta und Savigny⁵⁹ tatsächlich als Befürworter einer derogierenden Wirkung des Gewohnheitsrechtes angesehen werden können.

α. – Derogation bei Puchta

Erstaunlicherweise finden sich in Puchtas grundlegendem Werk zum Gewohnheitsrecht keine ausführlicheren Überlegungen zur Derogation. Die Frage der Gesetzesaufhebenden Wirkung wird in dem zweibändigen und über fünfhundert Seiten starken Opus nur auf dreizehn Seiten behandelt⁶⁰. Auf diesen Seiten beschäftigt sich Puchta ausschließlich mit den Quellen des römischen Rechts und dem Widerspruch zwischen dem Reskript Konstantins und der Julianischen Aussage zur Derogation, wobei er im Ergebnis von einer derogierenden Kraft des Gewohnheitsrechtes ausgeht. Allerdings setzt sich Puchta in einem vorhergehenden Abschnitt⁶¹ selbst zu diesem Ergebnis in Widerspruch: Hier erörtert er die 'Kraft' des Gewohnheitsrechts⁶², wobei er diesen Begriff bereits als abwegig und irreführend ablehnt⁶³. Seiner Ansicht nach begründet die 'Nation'⁶⁴, d.h. der 'Wille zur Gesamtheit'⁶⁵, sowohl Gesetz als auch Gewohnheitsrecht. Dank dieser gemeinsamen Geltungsursache komme beiden Rechtsquellen auch gleiche

Canonicus 1983. Vgl. zur kanonistischen Kritik an diesen Regelungen Socha, in: Münsterischer Kommentar zum CIC, hrsg. v. Klaus Lüdicke, Loseblattausgabe, Stand: April 1992, can. 24 Rdnr. 5.

58. Vgl. hierzu auch Bülow, *Betrachtungen* (Fußn. 7), 109: 'Die ganze Gewohnheitsrechtstheorie ist ein Erzeugnis der romantisch-historischen Phantasie'.

59. Zur zeitlichen und sachlichen Priorität dieser beiden Rechtsdenker vgl. M. Rümelin, *Kraft* (Fußn. 18), 37 Fußn. 1; Ehrlich, *Soziologie des Rechts*, München 1913, 360.

60. Puchta, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 26), Bd. II, 203–215.

61. *Ibid.*, II, 199–203.

62. So die Überschrift des gesamten Kapitels; vgl. Puchta, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 26), II, 199.

63. *Ibid.*, II, 203.

64. *Ibid.*, II, 202.

65. *Ibid.*, II, 201.

Wirkung zu. Demnach gibt es für Puchta auch kein Problem der Derogation:

Ist (. . .) ein Gewohnheitsrecht wirklich vorhanden, so hat auf die Beurtheilung seiner Collission mit gesetzlichem Recht seine Eigenschaft als Gewohnheitsrecht keinen Einfluß, diese Collission ist vielmehr ganz ebenso anzusehen, wie wenn sie zwischen Rechtssätzen derselben Quelle einträte⁶⁶.

Puchta sieht demnach Gewohnheitsrecht und Gesetz als eine einzige Rechtsquelle, wodurch das Gewohnheitsrecht auf eine Stufe mit dem Gesetz gestellt wird. Aufgrund dieser (von Puchta nicht näher begründeten) Prämisse ergibt sich ein Stufenaufbau beider Rechtsformen: Dem partikularen Gewohnheitsrecht gegenüber sollen Gesetze höherer Art (d.h. gemeine Gesetze) Vorrang haben, sofern sie partikulare Abweichungen ausschließen⁶⁷. Ferner dürfen Gewohnheitsrechte nicht der *ratio iuris* widersprechen⁶⁸.

Mit dieser Abstufung von partikularem und gemeinem Recht nimmt Puchta auf der einen Seite eine Differenzierung vor, die später – bei der Diskussion um das ADHGB und das BGB – von großer Bedeutung sein wird. Auf der anderen Seite läßt er damit aber die eigentliche Derogationsfrage offen: Was geschieht, wenn gemeines Gewohnheitsrecht mit gemeinen Gesetzen kollidiert? Puchta geht dieser zentralen Frage aus dem Weg.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß für Puchta das Gewohnheitsrecht nicht auf den Willen des Volkes im politischen Sinne zurückzuführen ist. Deshalb erklärt er eine Theorie, die 'das Gewohnheitsrecht (. . .) als ein von den Unterthanen ausgehendes Recht betrachtet', für einen 'Irrthum, der für sich allein schon fähig ist, die ganze Theorie unserer Rechtsquelle auf den Kopf zu stellen'⁶⁹. Ausgangspunkt für das Gewohnheitsrecht soll vielmehr der natürliche Volksgeist sein⁷⁰. Puchta versteht unter Volk 'ein natürliches, also auf natürlichen Verhältnissen, nämlich auf leiblicher und geistiger Verwandtschaft, Verwandtschaft der Fähigkeiten und Ueberzeugungen beruhendes Ganzes'⁷¹.

Puchta nennt ein solches Volk auch die Nation⁷². Die Nation schafft Recht durch gemeinsame Überzeugung. Diese Überzeugung entsteht aber nicht aufgrund eines Beschlusses oder eines Konsenses⁷³, sondern nur in der Herausbildung gemeinsamer Sitten⁷⁴. Diese Sitten sind Gegenstand von Rechtssätzen, die Puchta wiederum als 'Gewohnheitsrecht' definiert⁷⁵ und dem Gesetz und der Wissenschaft als eine von drei Rechtsquellen gegenüberstellt⁷⁶.

Durch die Trennung von Volk als politischer Größe und 'natürlichem' Volks-

66. *Ibid.*, II, 215.

67. *Ibid.*, II 58 ff. und 214 Fußn. 28.

68. Was Puchta unter *ratio iuris* versteht, bleibt unklar. Vgl. Bohnert, *Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas (1798–1846)*, Karlsruhe 1975, 49 ff.

69. *Ibid.*, I 137.

71. *Ibid.*, I 137.

70. *Ibid.*, I 133 ff. und 151 f.

72. *Ibid.*, I 138, 141, 143 u.a. Zu Recht warnt allerdings Bohnert, *Puchta* (Fußn. 68), 55, davor, den Begriff der 'Nation' mit dem politischen Terminus 'national' in Verbindung zu bringen.

73. *Ibid.*, I 151.

74. *Ibid.*, I 144 f. und 151 f.

75. *Ibid.*, I 144 f. Die Beziehung von Sitte und Gewohnheitsrecht ist bei Puchta sehr dubios und vage dargestellt; fast scheint es, als würde Puchta Sitte und Gewohnheitsrecht für eine einzige Größe halten. In diesem Sinne auch Bohnert, *Puchta* (Fußn. 68), 70: 'Sitte ist Gewohnheit im rechtlichen Sinne, aber von außen betrachtet'.

76. Puchta, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 26), I 145 ff.

geist verliert der Gewohnheitsrechtsbegriff bei Puchta, der rückblickend als 'entschieden monarchisch und konservativ'⁷⁷ beschrieben wird, sein materielles Substrat. Der Volksgeist⁷⁸ verfügt über keine 'reale psychische Existenz'⁷⁹; er hat keinerlei politischen Gehalt⁸⁰. Gewohnheitsrecht kann nicht mehr empirisch an einer bestimmten Volksüberzeugung festgemacht werden; sie entspringt vielmehr einem übergeschichtlichen, romantisch⁸¹ verklärten Ganzen. Zu Recht hat daher bereits Max Weber die gewohnheitsrechtliche Theorie von Puchta in diesem Punkt als Ausdruck eines romantisierenden 'Irrationalismus'⁸² kritisiert und abgelehnt.

β. – Derogation bei Savigny

In seinem Werk 'Vom Beruf unserer Zeit' verweist Savigny darauf, daß 'alles Recht auf die Weise entsteht, welche der herrschende, nicht ganz passende, Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet, d.h. daß es erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers'⁸³.

Auffällig bei diesem vielzitierten Diktum ist die Art und Weise, wie Savigny vom 'Gewohnheitsrecht' spricht. Er versteht darunter 'innere Kräfte' und identifiziert diese Kräfte mit Sitte, Volksglaube und Jurisprudenz⁸⁴. Damit faßt

77. So Stahl in seinem Nachruf aus der Beilage zur Allgemeinen Zeitung vom 5. Februar 1848, zit. n. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt 1986, 207. Ähnlich übrigens auch die Einstufung von Savigny; vgl. die Nachweise zur Diskussion bei Kiefner, *Thibaut und Savigny, Bemerkungen zum Kodifikationsstreit*, in: Festschr. für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1983, 53 ff.

78. Die Deutung dieses Begriffes ist seit Jahrzehnten ungeklärt und umstritten; vgl. hierzu ausführlich Bohnert, *Puchta* (Fußn. 68), 46 ff. mit weit. Nachw. Unbefriedigend ist m.E. auch der Deutungsansatz von Bohnert, der unter 'Volksgeist' einen 'natürlichen Organismus' (56) bzw. die 'dem Einzelbewußtsein vorgängige Subjektivität' (72) versteht. Wer den Begriff so abstrakt und metaphorisch überladen interpretiert, muß zu dem Ergebnis kommen, daß der Volksgeist nicht erkennbar und demonstrierbar sei (so Bohnert, *Puchta*, 72).

79. So aber Brie, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 2 (1908), 200; vgl. zur Kritik an dieser Vorstellung Bohnert, *Puchta*, 48. Ähnlich wie Brie argumentieren auch Böhmer, *ZHR* 112 (1949), 83 und Thieme, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Basel 1947, 19; beide gehen davon aus, daß Puchta im politischen Sinne nationalistisch gedacht habe.

80. Vgl. Bohnert, *Puchta* (Fußn. 60), 50: 'Volk ist kein Aggregat von Mehrheiten, nicht der große Haufen, der laute Schall von Zeitungsartikeln, des Pöbels, der sog. öffentlichen Meinung, darin nur der Zeitgeist wesenlos lärmt'. Ähnlich auch Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht* (Fußn. 6), 98 f.

81. Vgl. zum Zusammenhang zwischen historischer Rechtsschule und Romantik Bohnert, *Puchta* (Fußn. 68), 57 sowie Kiefner, *Ideal wird, was Natur war*, in: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 9 (1980), 515–522 (mit Hinweisen auf einen bislang unentdeckten Text von Savigny, der erstaunliche Parallelen zu Hölderlins *Hyperion* aufweist).

82. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5 Aufl. Tübingen 1985, 497.

83. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. Nachdruck Freiburg 1892, 13 f. Ähnlich bereits Savigny in den Berliner Notizen aus dem Jahre 1812; vgl. Hammen, *Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin 1983, 53.

84. Es finden sich hier erstaunliche Parallelen zwischen Savigny und Puchta, die bis in sprachliche Formulierungen (etwa dem Begriff der 'inneren, stillwirkenden Kräfte')

Savigny den Begriff des Gewohnheitsrechts viel weiter, als dies dem heutigen Sprachgebrauch entspricht; er steht in engem Zusammenhang mit dem unpolitisch-romantischen Begriff des Volksgeistes, wie er von Puchta verwendet wird⁸⁵. Zu Recht bezeichnet Savigny seine eigene Terminologie daher als 'nicht ganz' passenden Sprachgebrauch⁸⁶. Im übrigen zeichnete sich später bei Savigny eine deutliche Kehrtwendung ab⁸⁷: Im *System* stellte er dem Volksrecht, das aus dem 'gemeinsamen Bewußtsein'⁸⁸ des Volkes lebe, gleichberechtigt das Gesetzesrecht gegenüber: 'Das positive Recht, so durch die Sprache verkörpert, und mit absoluter Macht versehen, heißt das Gesetz, und dessen Aufstellung gehört zu den edelsten Rechten der höchsten Gewalt im Staate'⁸⁹.

Savigny hat sich an keiner Stelle ausführlich mit dem Verhältnis von Gesetzgebung und gemeinem Gewohnheitsrecht beschäftigt, auch wenn er dessen derogatorische Wirkung grundsätzlich bejaht. So findet sich in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft aus dem Jahre 1817⁹⁰ eine Kritik Savignys an dem Derogationsverbot im Preußischen Allgemeinen Landrecht⁹¹:

Das Preuß. Landrecht verbietet alle dem Gesetz derogirende Gewohnheiten und insbesondere alle Rücksicht auf den Gerichtsgebrauch, und dennoch, so neu dieses Gesetzbuch auch ist, hat sich durch die Anwendung in den Gerichten so Vieles modificirt, ergänzt, anders gestellt, daß das geschriebene Landrecht mit dem in den Preußischen Gerichten lebenden Recht keineswegs identisch ist. (. . .) Das Schlimmste aber ist, sich über die Unvermeidlichkeit dieses Zustandes zu täuschen, und von der vermeintlichen Vortrefflichkeit irgend eines neuen Gesetzbuches sich zu der Meinung verleiten zu lassen, daß dasselbe in Wahrheit das Recht unmittelbar und ausschließend beherrschen werde.

An anderer Stelle verweist Savigny darauf, daß in monarchischen Regierungsformen das Gewohnheitsrecht als 'eine Art von Opposition der Unterthanen gegen die Regierung, als Anmaßung eines Zweigs der höchsten Gewalt'⁹² angesehen werden könne. Savigny sieht die Gefahr, daß sich Gewohnheitsrecht zu einem Mittel des Umsturzes entfalten könne, und warnt: '. . . ein so gefährliches Unternehmen bedarf einer besonders vorsichtigen Rechtfertigung'⁹³.

hineingehen. Vgl. im übrigen zum Hintergrund für diese Rechtsquellentrias Hammen, *Savigny* (Fußn. 83), 56 und 59 ff.

85. Dies wird besonders bei Savignys Rezension der Abhandlung von Gönner über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit deutlich, in der er jegliche politische Bedeutung seines Gewohnheitsbegriffes ablehnt; vgl. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1 (1815), 373 ff. Vgl. hierzu auch Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht* (Fußn. 6), 99.

86. Erstaunlich ist, daß die meisten Stimmen in der Literatur zu Savigny über diese Wertung hinweggehen und das obige Zitat meist um diese Beurteilung kürzen; vgl. Hammen, *Bedeutung* (Fußn. 83), 55; MünchKomm/Säcker, Einl. vor § 1 BGB, 2. Aufl. München 1984, Rdnr. 68.

87. Vgl. hierzu auch die Darstellung von Hammen, *Bedeutung* (Fußn. 83), 52 ff.

88. *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1840, 14.

89. *System* (Fußn. 88), Bd. I, 39.

90. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 3 (1817), 20.

91. Siehe zur Derogation auch die Ausführungen im *System* (Fußn. 88), Bd. I, 82 f., 151 f. und 194 ff.

92. *System* (Fußn. 88), Bd. I, 169.

93. *System* (Fußn. 88), Bd. I, 169; vgl. hierzu auch die Ausführungen von Ogorek, *Richterkönig* (Fußn. 77), 174 f.

Insgesamt zeigt sich damit, daß Savigny selbst keine systematische Theorie des derogatorischen Gewohnheitsrechts entwickelt hat. Angesichts dessen kann es nicht verwundern, daß bei ihm trotz aller Bejahung der Derogation eine Begründung für dieses Phänomen fehlt.

b. – Der Nationalgedanke und der Positivismus

Auf der anderen Seite drohte die gewohnheitsfreundliche Position der historischen Rechtsschule zu einer großen Gefahr für die Vereinheitlichung des partikularen Landesrechts auf einer neu zu schaffenden Reichsebene zu werden. Beginnend mit der Bildung des Deutschen Bundes (1815) und des Deutschen Zollvereins (1834) sowie im Zuge der Gründung des Norddeutschen Bundes (1866/67) und des Deutschen Reiches (1871) war das Bedürfnis nach reichseinheitlichen Gesetzeswerken immens gewachsen. Sollte es den Ländern weiterhin möglich sein, sich gegenüber Reichsgesetzen auf die Existenz eines partikularen Gewohnheitsrechts zu berufen, wäre das Bestreben nach Schaffung gemeinrechtlicher Gesetze von vornherein unterlaufen und *ad absurdum* geführt worden. Dementsprechend verstärkte sich allmählich der Trend zu einer positivistischen Argumentation, die nach Möglichkeit jegliche Derogation für unzulässig erklärte⁹⁴.

Wie sehr diese positivistische Grundeinstellung unter Juristen gerade in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts Verbreitung gefunden hatte, läßt sich am Beispiel der Verhandlungen des 5. Deutschen Juristentages aus dem Jahre 1864 zeigen. Auf diesem Juristentag wurde unter anderem die Frage diskutiert: 'Soll von der Gesetzgebung das Gewohnheitsrecht als gültige Rechtsquelle anerkannt werden und bejahenden Falls in welchem Umfang?'

Zu dieser Frage, die bereits auf die besondere Spannung von Kodifikation und Gewohnheitsrecht verwies, wurden zwei konträre Gutachten erstellt.

Das eine Gutachten stammte von Oberappellationsgerichtsrat Becker aus Oldenburg⁹⁵. Schon die Herkunft Beckers kann als Indiz für dessen Grundeinstellung gelten; denn das kleine Herzogtum Oldenburg hielt zu dieser Zeit wenig von der Kodifikationsidee und setzte statt dessen in weiten Bereichen auf das Gewohnheitsrecht⁹⁶. Dementsprechend verwies Becker auch in seinem Gutachten auf die besondere Bedeutung jedweden Gewohnheitsrechtes gerade gegenüber den Gesetzen:

94. Als typischer Vertreter dieser Richtung kann Esser gelten, der auf S. 63 seiner Abhandlung zur Derogation (*Kraft* [Fußn. 12]) ausdrücklich erklärt: 'Zu unserer Zeit, da die Fähigkeit des Volkes, die gemeinschaftlichen Bedürfnisse ohne Gesetz zu erkennen, so sehr schwach ist und so ungemein häufig neue Rechtsbedürfnisse entstehen, muß der Gesetzgeber die Vormundschaft übernehmen und desto angestrender für das Wohl seines Mündels sich bemühen'. Vgl. im übrigen Ross, *Theorie der Rechtsquellen, Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig 1929, 430 f.

Im übrigen hat Björne jüngst darauf hingewiesen, daß sich der Streit um die Derogation auch in Dänemark und Norwegen nachweisen läßt; vgl. ders., in: *Die Bedeutung der Wörter*, Festschr. f. Gagner, München 1991, 33 ff.

95. DJT 5 (1864), Bd. 1, 3–13.

96. So auch der Hinweis von Becker; vgl. DJT 5 (1864), Bd. 1, 4.

Ferner können auch bei größter Thätigkeit der Gesetzgebung die gegebenen Gesetze weder die Fälle des Lebens, auch nur der Gegenwart, viel weniger der unberechenbaren Zukunft, erschöpfen, noch durch unzweifelhaften Ausdruck eine bestimmte Anwendung finden⁹⁷.

Becker ging deshalb davon aus, daß einem allgemeinen deutschen Gewohnheitsrecht derogatorische Kraft gegenüber jedem Gesetz zukomme und diese auch nicht durch Gesetz ausgeschlossen werden könne⁹⁸. Angesichts des Wunsches nach reichseinheitlichem Recht sei es allerdings denkbar und sinnvoll, die Bildung partikularen Gewohnheitsrechts im Interesse der Allgemeinheit zu verbieten⁹⁹.

Diese Auffassung fand nicht die Zustimmung der Teilnehmer an dem Juristentag¹⁰⁰. Die meisten votierten für die derogationsfeindlichen Vorschläge von Georg Beseler¹⁰¹ aus Berlin, die dieser in seinem Zweitgutachten¹⁰² erläutert hatte. Beseler, der sich bereits vorher literarisch mit der Frage des Gewohnheitsrechts beschäftigt hatte¹⁰³, ging in seinem Gutachten davon aus, daß Gewohnheitsrecht und Gesetz gleichrangige Rechtsquellen darstellen. Dabei habe das Gewohnheitsrecht bis ins 18. Jahrhundert hinein aufgrund seiner großen praktischen Bedeutung einen Vorrang gegenüber dem Gesetz besessen¹⁰⁴. Dieser Vorrang entfallt aber mit der jetzt herrschenden 'Ansicht von der Omnipotenz des Staates, welche mit der Lehre des Naturrechts über die Entstehung des Rechts durch den Staatswillen zusammen fiel'¹⁰⁵. Aufgrund dieser Überzeugung¹⁰⁶ seien umfassende Kodifikationsvorhaben zur reichsweiten Vereinheitlichung des Rechts eingeleitet worden, die zu der Frage der Derogation nicht schweigen dürfen¹⁰⁷. Der Gesetzgeber müsse vielmehr dem Gewohnheitsrecht die dero-

97. *Ibid.*

98. Vgl. DJT 5 (1864), Bd. 1, 8 f., insbes. 9: 'es bedarf für die allgemeine Deutsche Gesetzgebung keiner Aufhebung oder Beschränkung des allgemeinen Deutschen Gewohnheitsrechts als gültiger Rechtsquelle'. Becker hat diese Auffassung in einem späteren Diskussionsbeitrag noch einmal verschärft: 'Wie ich der Gesetzgebung das Recht zuteile, alle Rechte der Vergangenheit umzugestalten, so muß ich auch dem Gewohnheitsrecht der Zukunft das Recht geben, das Gesetzesrecht der Vergangenheit aufzuheben'; DJT 5 (1864), Bd. 2, 92.

99. Vgl. DJT 5 (1864), 9 ff. und 12: 'nur bei allgemeinen Gesetzen solcher Natur, daß das Interesse der Allgemeinheit die absolute Unterwerfung der Einzelnen fordert, ist die Bildung abändernden partikularen Gewohnheitsrechts nicht zu gestatten'.

100. Vgl. das Abstimmungsergebnis in DJT 5 (1864), Bd. 2, 100. Für Becker setzten sich in der Diskussion nur Obergerichtsrat Vorwerk aus Wolfenbüttel (DJT 5 (1864), Bd. 2, 92 ff.), Prof. Dr. Götz aus Leipzig (DJT 5 (1864), Bd. 2, 97 f.) und Advokat Halle aus Chemnitz (DJT 5 (1864), Bd. 2, 98 f.) ein.

101. Zu Beseler vgl. die Monographie von Kern, *Georg Beseler, Leben und Werk*, Berlin 1982, mit weit. Nachw.

102. DJT 5 (1864), Bd. 1, 102–110. Vgl. hierzu auch Kern, *Beseler* (Fußn. 101), 528 ff.

103. Vgl. *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig 1843, 58 ff und *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Erster Band, Leipzig 1847, 62 f. und 121.

104. Vgl. den rechtsgeschichtlichen Überblick von Beseler DJT 5 (1864), Bd. 1, 103 ff.

105. DJT 5 (1864), Bd. 1, 105.

106. Beseler bezeichnet diese Ansicht als 'die moderne Staatsidee'; vgl. DJT 5 (1864), Bd. 1, 108.

107. Allerdings geht auch Beseler davon aus, daß letztendlich eine gesetzliche Regelung des Gewohnheitsrechtes seine verbindliche Kraft durch weiteres Gewohnheits-

gatorische Kraft versagen¹⁰⁸; denn die Anerkennung eines Gewohnheitsrechts *contra legem* sei 'nichts anderes als Anerkennung eines Rechts der Revolution'¹⁰⁹.

Die 'Majorität' der Versammelten schloß sich dieser Auffassung an¹¹⁰ und stimmt einem Grundsatz zu, wonach 'eine umfassende Gesetzgebung (Kodifikation) . . . die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes nicht anzuerkennen' hat¹¹¹. Dabei wurde von mehreren Teilnehmern auf die besondere Bedeutung der Kodifikation hingewiesen, die alle Rechtsfragen umfassend und einheitlich regelt, so daß jegliches Gewohnheitsrecht *contra legem* nicht mehr auftreten könne¹¹². Die Anerkennung der Derogation ermögliche demgegenüber nur den 'Rückfall in das *ius iniquum* und in den Partikularismus'¹¹³.

2. – Der Streit um die Derogation zwischen Rechtsprechung und Gesetzgeber

Die unterschiedlichen Positionen zur Wirkung des Gewohnheitsrechts kulminierten im Laufe des 19. Jahrhunderts in Auseinandersetzungen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung:

a. – Die Stellung der Rechtsprechung

In der gemeinrechtlichen Rechtsprechung kam man übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß Gewohnheitsrecht gesetzesaufhebende Wirkung zukommen kann. Das Oberappellationsgericht München betonte bereits 1827, daß 'durch eine legale Gewohnheit (. . .) auch ein positives Gesetz aufgehoben oder modificirt werden' könne; diese gesetzesaufhebende Wirkung könne sogar zu einer anderweitigen Regelung der Förmlichkeiten eines Testaments führen¹¹⁴.

In ähnlichem Sinne entschied das Oberappellationsgericht München 1849¹¹⁵, daß Gewohnheitsrecht 'durch auf gleiche Weise dargelegte Aenderung der

recht verlieren kann. So verweist Beseler in seinem Gutachten darauf, daß 'auch künftig die Macht der Geschichte sich stärker beweisen kann, als der bestimmt ausgesprochene Wille des Gesetzgebers'; vgl. DJT 5 (1864), Bd. 1, 108. Ähnlich heißt es in einem Diskussionsbeitrag von Beseler (DJT 5 (1864), Bd. 2, 94): 'Ich will zunächst bemerken, daß ich nicht gezweifelt habe, daß die Macht der Geschichte so auftreten kann, daß man vergeblich darauf seine Kräfte verwendet, eine Rechtsveränderung zu verhindern, und daß Verbote dazu nicht ausreichen'. Wenn Kern, *Beseler* (Fußn. 101), 529 behauptet, daß Beseler die Möglichkeit einer Derogation abgelehnt habe, ist dies eine unzutreffende Interpretation.

108. DJT 5 (1864), Bd. 1, 108 f.

109. So Beseler in einem späteren Diskussionsbeitrag DJT 5 (1864), Bd. 2, 94. Dieses Argument wurde während der Diskussion von Götz vehement zurückgewiesen; vgl. DJT 5 (1864), Bd. 2, 97 f.

110. DJT 5 (1864), Bd. 2, 100. Interessant sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen von Gneist, der zur Begründung eines gesetzlichen Derogationsverbotes auf das Konstantinische Reskript und das Kirchenrecht verweist; vgl. DJT 5 (1864), 87. Wie oben bereits dargelegt, sind solche Argumentationsansätze zumindest einseitig.

111. DJT 5 (1864), Bd. 1, 110; vgl. auch DJT 5 (1864), Bd. 2, 91.

112. So ausführlich Gneist, DJT 5 (1864), 86 ff. Vgl. auch den Hinweis von Gneist auf die besondere Qualität einer Kodifikation: 'Jene wohlthätige Kraft der *desuetudo* wird keine Gelegenheit mehr haben, sich zu äußern; denn unsere sehr fruchtbare Gesetzproduktion wird einer solchen *desuetudo* keinen Spielraum lassen' (DJT 5 (1864), Bd. 2, 98).

113. Gneist, DJT 5 (1864), 90.

114. Erkenntnis vom 17. Mai 1827, *SeuffA* 9, Nr. 3 S. 3.

115. Erkenntnis vom 20. November 1849, *SeuffA* 3, Nr. 255 S. 273.

Ueberzeugung wieder aufgehoben werde, und zwar nicht bloß durch entgegen-gesetzte Handlungen (*consuetudo contraria*), sondern auch durch fortwährende Handlungen (*desuetudo*).¹¹⁶ Ferner wies das Oberappellationsgericht Lübeck im Jahre 1850¹¹⁶ darauf hin, daß es 'eine ausgemachte Sache ist, daß einem Ter-ritorialrechte im ganzen Umfange durch Gewohnheit und Gerichtsgebrauch derogiert und ein anderes substituirt werden kann'¹¹⁷. Hieraus ergebe sich eine derogierende Wirkung des Gewohnheitsrechts auch gegenüber persönlichen Rechten, die auf einem besonderen Privilegium beruhen.

Einige Jahre später erging ein Urteil des Oberappellationsgericht Darmstadt¹¹⁸, das es eine derogierende Wirkung des Gerichtsgebrauches ablehnte. Dabei verwies das Gericht mehrfach darauf, daß gesetzliche Bestimmungen 'nur durch eine unter den betr. Staatsbürgern sich bildende entgegenstehende Gewohnheit aufgehoben' werden könnten.

Allerdings trafen die Gerichte eine Unterscheidung zwischen partikularem und gemeinem Gewohnheitsrecht. Zwingendes gemeines Recht kann danach nur durch gemeines, nicht aber durch partikulares Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt werden. Zwingendes partikulares Recht könne hingegen durch lokales Gewohnheitsrecht aufgehoben werden.

So ging etwa das Obergericht zu Wolfenbüttel unter Berufung auf das oben er-wähnte Konstantinische Reskript davon aus, daß 'ein gemeinrechtlich zwin-gender Rechtssatz durch ein particulares Gewohnheitsrecht nicht aufgehoben werden könne'¹¹⁹. In ähnlicher Weise betonte das Oberappellationsgericht Celle¹²⁰, daß das aus dem römischen Recht stammende Verbot der Zession litigöser Forderungen nur durch 'ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht' aufgehoben werden könne. Schließlich erklärte das Oberappellationsgericht München¹²¹, daß 'durch eine neuere entgegenstehende Observanz ein älteres Statut in rechtlicher Weise aufgehoben werden' könne¹²².

Schließlich erkannte das Reichsgericht 1881¹²³ das Prinzip der Derogation un-ter Berufung auf das kanonische Recht ausdrücklich an: 'Es vermag (. . .) ein Gewohnheitsrecht ebensowohl gegen gebietende und verbietende Gesetze ein neues Rechtsinstitut einzuführen, wie abändernd zu wirken'. Diese Recht-sprechung hat das Reichsgericht kurz vor Inkrafttreten des BGB noch einmal ausdrücklich bekräftigt¹²⁴. Nach Ansicht der Richter sei es 'nicht zu bezweifeln, daß nach gemeinem Rechte auch Gesetze durch Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt werden können'¹²⁵.

b. – Das Verbot der Derogation in den Partikulargesetzen

Demgegenüber sprachen zahlreiche Gesetze aus dieser Zeit dem Gewohnheits-recht jegliche derogierende Kraft ausdrücklich ab:

116. Erkenntnis vom 28. Februar 1850, SeuffA 14, Nr. 111 S. 169.

117. SeuffA 14, Nr. 111 S. 173.

118. Urteil vom 17. November 1857, SeuffA 27, Nr. 86a S. 161.

119. Erkenntnis vom 9. März 1877, SeuffA 33, Nr. 92 S. 129.

120. Erkenntnis vom 30. Januar 1866, SeuffA 21, Nr. 121 S. 206.

121. Erkenntnis vom 1. Juni 1850, SeuffA 3, Nr. 256 S. 274.

122. Vgl. zu dieser Entscheidung auch Crome, JherJb 39 (1898), 335.

123. RG, Urt. v. 5. Juli 1881 – Rep. III 409/81 = RGZ 5, 130, 134.

124. Urt. v. 16. Mai 1895 – Rep. I 42/96 = RGZ 37, 179 ff. = SeuffA 52, Nr. 1 S. 1.

125. RGZ 37, 180. Vgl. hierzu auch Kuhlenbeck, JW 1895, 157 ff.

So heißt es etwa in § 60 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten von 1794:

So wenig durch Gewohnheiten, Meinungen der Rechtslehrer, Erkenntnisse der Richter, oder durch die in einzelnen Fällen ergangenen Verordnungen neue Gesetze eingeführt werden können; eben so wenig können schon vorhandene Gesetze auf dergleichen Art wieder aufgehoben werden¹²⁶.

Auch Art. 7 des Einführungsgesetzes zum Code Civil von 1803 für das linke Rheinufer¹²⁷ wies die Möglichkeit einer Derogation zurück:

à compter du jour où ces lois sont exécutoires, les romaines, les statuts, les réglemens, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont objet des dites lois composant le présent Code.

Schließlich heißt es in § 28 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen aus dem Jahre 1863:

Durch Gewohnheiten können weder Gesetze aufgehoben oder abgeändert, noch neue Vorschriften mit Gesetzeskraft eingeführt werden¹²⁸.

III. – Derogation im Handelsrecht

Das Handelsrecht gilt als klassisches Beispiel für ein Rechtsgebiet, auf dem dem Gewohnheitsrecht eine große Bedeutung zukommt. Seit den Zeiten des Seerechtes von Rhodos (um 300 v. Chr.) sind Handelsusancen und kaufmännische Gepflogenheiten eine bedeutende Rechtsquelle des Handelsrechtes¹²⁹. Es kann daher niemanden verwundern, wenn mit dem Aufkommen der Reichsgesetze gerade auf diesem Sektor auch die Frage der Derogation kontrovers diskutiert wurde.

126. Allerdings wurde die Regelung vom Preußischen Obertribunal im Anschluß an § 7 des Publikationspatentes zum ALR restriktiv ausgelegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Obertribunals hatte eine Observanz Gesetzesaufhebende Wirkung, sofern sie bereits bei Inkrafttreten des ALR bestanden und ein Provinzialgesetzbuch nicht zustande gekommen war oder das ALR selbst auf Observanzen verwies. So etwa die Erkenntnisse des Preuß. Obertribunals vom 16. Juli 1860 und 18. Juni 1868, abgedruckt in *Entscheidungen des Preußischen Obertribunal auf dem Gebiete des Zivilrechts*, Bd. I (1884), Nr. 10, S. 41 ff. mit weit. Nachw. Vgl. hierzu auch das Urteil des VG Minden vom 31. März 1981 – 6 (3) K 737/78 = KirchlE 18, 457, 460.

127. Ähnlich Art. 3 des Einführungsgesetzes für das Großherzogtum Berg.

128. Für weitere Beispiele von gesetzlichen Derogationsverboten siehe etwa § 9 des Josephinischen Gesetzbuchs von 1786 oder § 10 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für die Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, wonach auf 'Gewohnheiten nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden' kann. Vgl. auch die Belege im Gutachten von Beseler für den 5. Deutschen Juristentag, DJT 5 (1864), Bd. 1, 105 ff. und in dem ebenfalls dort gehaltenen Referat von Gneist, DJT 5 (1864), 88 f.

129. Vgl. hierzu auch Berman, *Recht* (Fußn. 43), 536 ff., mit weit. Nachw.

1. – Die Diskussion anläßlich des ADHGB

Schon dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch aus dem Jahre 1857 wurde eine ablehnende Haltung gegenüber jeglicher Derogation entnommen. In Art. 1 des ADHGB hieß es:

In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung¹³⁰.

Der Begriff der 'Handelsgebräuche' galt bereits bei den Vorbereitungen zu Art. 1 als ungenau und vieldeutig, da er neben der Handelsgewohnheit auch faktische Übungen und Verkehrssitten umfasse¹³¹. Der Antrag, nur von 'Handelsgewohnheitsrecht' zu sprechen, wurde jedoch mit 9 gegen 5 Stimmen verworfen¹³². Dennoch blieb der Sinn des Terminus 'Handelsgebrauch' auch nach der Verabschiedung des ADHGB lange Zeit umstritten¹³³.

Nach dem Wortlaut des Art. 1 ist grundsätzlich nur eine Heranziehung des Gewohnheitsrechts *praeter legem* erlaubt. Demgegenüber war ungeklärt, ob daneben auch eine *consuetudo contra legem* mit Art. 1 vereinbar war. Dem ADHGB selbst sind zu dieser Frage keine Bestimmungen zu entnehmen. Allerdings geht aus den Beratungen zu Art. 1 ADHGB hervor, daß dem Handelsgewohnheitsrecht keine derogatorische Wirkung gegenüber dem ADHGB zukommen sollte. So wurde in der ersten Sitzung der Kommission festgestellt: 'Auf die Anregung, ob deutlich genug im Artikel 1 bestimmt sei, daß das Handelsgesetzbuch jedenfalls vor den Handelsbräuchen gelten und durch dieselben nicht abgeändert werden solle, erkannte die Konferenz einstimmig an, daß dies mit dem Gesetze allerdings beabsichtigt werde, hielt aber dafür, daß diese Absicht deutlich genug im Entwurfe ausgedrückt sei'¹³⁴.

Bei der zweiten Lesung wurde allerdings über die Frage der Derogation kon-

130. Ähnlich bereits Art. 1 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten: 'In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die *anerkannten* Handelsgebräuche und in deren Ermangelung die allgemeinen bürgerlichen Gesetze zur Anwendung' (Unterstr. d. Verf.).

131. So die Protokolle der 1. Sitzung vom 21. Januar 1857, zit. n. J. Lutz, Protokolle (Fußn. 134), 1. Teil, 10 f.

132. Vgl. auch Anschütz/Völderndorff, *Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche*, Erster Band, Erlangen 1868, S. 14.

133. Vgl. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, Bd. 1, 3. Aufl. Stuttgart 1891, 252 ff.; Endemann, *Das Deutsche Handelsrecht*, 2. Aufl. Heidelberg 1868, 28; Anschütz, *Kritische Vierteljahresschrift I*, 7 ff.; Auerbach, *Archiv f. Wechselrecht*, Bd. XI, 54; Laband, *ZHR* 17 (1872), 466 f.; Voigtel, *Busch Archiv* Bd. VI, 459 ff. – Das ROHG ging davon aus, daß unter Handelsgebrauch nur das Handelsgewohnheitsrecht zu verstehen sei (Urteil vom 28.6.1872 – Rep. 241/72 = ROHGE 6, 369, 370).

Der Streit dauert insofern bis heute an, als einige Stimmen in der Literatur immer noch eine Einstufung jeden Handelsbrauches als Gewohnheitsrecht befürworten; so etwa Limbach, *Festschr. für Hisch*, 86 ff; Bärmann, *Festschr. für Krause*, 225 ff. Anderer Ansicht aber Capelle/Canaris, *Handelsrecht*, 20. Aufl. München 1985, 165 mit weit. Nachw.

134. Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, hrsg. von J. Lutz, Würzburg 1858, 1. Teil, S. 13.

trär diskutiert¹³⁵. Ein Teil der Konferenzmitglieder stellte den Antrag, im ADHGB ausdrücklich zu verankern, daß dem Gewohnheitsrecht 'im Interesse eines einheitlichen Rechtes keine derogatorische Kraft zukomme'. Demgegenüber schlugen andere vor, die Frage der derogatorischen Wirkung 'im Handelsgesetzbuche gar nicht zu berühren'¹³⁶. Letzterer Vorschlag wurde von der Mehrheit der Konferenzmitglieder aber abgelehnt: Der 'Entwurf müsse mit Rücksicht auf die früheren Verhandlungen auch bei der jetzigen Fassung im Sinne des Antrages verstanden werden'¹³⁷.

Trotz dieser Vorgeschichte gingen einige Stimmen in der Literatur¹³⁸ nach Inkrafttreten des ADHGB davon aus, daß in dem Gesetz nur die derogierende Wirkung älteren Gewohnheitsrechts verneint worden sei; im übrigen enthalte das Gesetz keine Regelung über die Wirkung neu entstehenden Gewohnheitsrechtes. So heißt es etwa in dem handelsrechtlichen Lehrbuch von Thöl, der selbst als Kommissionsmitglied an den Beratungen zum ADHGB teilgenommen hatte: 'Mit Unrecht wird behauptet, die derogatorische Kraft des Handelsgewohnheitsrechtes sei gegenüber dem Handelsgesetzbuche ausgeschlossen. Dies mag im Interesse der Dauer des einheitlichen Rechts wünschenswerth sein, wenn es überhaupt erreichbar ist. Es steht aber nicht in Art. 1. Denn dieser spricht über das Verhältniß zum bisherigen Recht, und keineswegs zweizünftig mit denselben Worten über die bedeutende Frage nach der Möglichkeit eines künftigen widerstreitenden gewohnheitsrechtlichen oder gesetzlichen Rechts'¹³⁹. Demgegenüber ging ein großer Teil der Literatur¹⁴⁰ davon aus, daß das ADHGB älteres entgegenstehendes Gewohnheitsrecht aufgehoben habe und durch neues derogierendes Gewohnheitsrecht nicht außer Kraft gesetzt werden könne.

Dieser Ansicht schloß sich auch das Reichsoberhandelsgericht an¹⁴¹. In mehreren Urteilen¹⁴² ging das Gericht davon aus, daß Handelsgewohnheitsrecht gegenüber Vorschriften des ADHGB zurücktreten müsse, selbst wenn es sich hierbei um dispositive Regelungen handelte. Allerdings nahm das Gericht im übrigen eine sehr derogationsfreundliche Haltung ein, aufgrund derer dem Handelsgewohnheitsrecht gegenüber allen anderen Rechtsnormen (mit Ausnahme des ADHGB) eine gesetzesaufhebende Kraft zugebilligt wurde: So galt ausländisches Handelsgewohnheitsrecht als derogationsfähig, da Art. 1 nur die

135. Vgl. die Beratungen auf der 100. Sitzung im September 1857, abgedruckt in Protokolle (Fußn. 134), 3. Teil, 884 f.

136. *Ibid.*, 3. Teil, 884. 137. *Ibid.*, 3. Teil, 885.

138. Dietzel, Archiv für Wechselrecht, VII, 250 ff.

139. Thöl, *Handelsrecht*, I. Band, Berlin 1860, 67.

140. Makower, *Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*, 7. Aufl. Berlin 1877. ADHGB, 34; Esser, *Kraft* (Fußn. 12), 52; Becker, DJT 5 (1864), Bd. 1, 6 f. mit weit. Nachw. Vgl. auch Krause, HRG I, Sp. 1682.

141. Auch das Reichsgericht hat sich in einem Fall mit der Wirkung von Handelsgewohnheitsrecht befaßt. So prüfte das Reichsgericht in seinem Urteil vom 26. November 1886 – Rep. III. 153/86 = RGZ 17, 5, 15 die Möglichkeit, daß sich gegenüber dem HGB abweichendes Gewohnheitsrecht gebildet habe. Die Richter verneinten dies unter Hinweis darauf, daß sich ein solches Gewohnheitsrecht 'auf dem Gebiete einer so jungen und fortwährend in Fluß gebliebenen Gesetzgebung noch nicht' habe bilden können.

142. So etwa in dem Urteil vom 28.6.1872 – Rep. 241/72 = ROHGE 6, 369, 372; Urteil vom 3.10.1873 – Rep. 500/73 = ROGHE 11, 140, 143; Urteil vom 25.10.1873 – Rep. 691/73 = ROHGE 11, 241, 243; Urt. vom 11.4.1877 – Rep. 326/77 = ROHGE 22, 130, 131.

Rangordnung zwischen einheimischen Rechtsquellen feststelle¹⁴³. Im übrigen wurde eine derogatorische Wirkung des Handelsgewohnheitsrechtes gegenüber Gesetzen des bürgerlichen Rechtes und dem gemeinrechtlichen Gewohnheitsrecht für möglich erachtet¹⁴⁴. Zur Begründung für diese Haltung verwies das Reichsoberhandelsgericht darauf, daß es der Sinn des ADHGB sei, 'dem Handelsgewohnheitsrecht im Interesse des Handelsverkehrs die umfassendste Anerkennung zu sichern, und diese nur insoweit zu versagen, als die durch das Gesetzbuch angestrebte Rechtsgemeinschaft die Versagung durchaus erheischt'¹⁴⁵. Im Ergebnis erwies sich damit das Handelsrecht als überaus gewohnheitsrechtsfreundlich.

2. – Gewohnheitsrecht im HGB

Ende des 19. Jahrhunderts änderte sich die Rechtslage grundlegend mit der Diskussion um das Handelsgesetzbuch. Parallel zur Entwicklung bei den Beratungen des BGB entschloß man sich, Art. 1 ADHGB zu streichen und auf eine Regelung des Handelsgewohnheitsrechtes im neuen Gesetzbuch zu verzichten. In der Denkschrift zum Entwurf eines HGB¹⁴⁶ wird davon ausgegangen, daß partikularem Gewohnheitsrecht ohnehin keine Bedeutung gegenüber dem BGB oder HGB zukommen könne¹⁴⁷. Im übrigen könne man getrost die Derogationsfrage einer Klärung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen¹⁴⁸. Letztendlich sei die 'Frage, inwieweit durch gemeines Handelsgewohnheitsrecht Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder des Handelsgesetzbuchs abgeändert werden können, (. . .) bei den Schwierigkeiten, welche der Bildung eines derartigen Gewohnheitsrechtes der Natur der Sache nach entgegenstehen, ohne erhebliche Bedeutung'; sie entziehe 'sich aber auch der gesetzlichen Regelung'¹⁴⁹.

Wie sich im folgenden zeigen wird, entspricht diese Sichtweise der der Verfasser des BGB.

IV. – Derogation und das BGB

Die Frage der Derogation ist in den verschiedenen Entwürfen und Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch höchst kontrovers diskutiert worden:

1. – Der erste BGB-Entwurf

Nach § 2 des ersten BGB-Entwurfs sollten 'gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen' nur insoweit gelten, 'als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist'¹⁵⁰.

143. Urteil vom 25.6.1872 – Rep. 332/72 = ROHGE 7, 1, 7.

144. Urteil vom 27.6.1871 – Rep. 123/71 = ROHGE 3, 1, 2. Ähnlich auch Esser, *Kraft* (Fußn. 12), 52.

145. Urteil vom 18.11.1873 – Rep. 718/73 = ROHGE 11, 408, 409.

146. Abgedruckt in den *Materialien zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetze*, Berlin 1897, S. 1 ff.

147. *Ibid.*, S. 2.

148. *Ibid.*, S. 2.

149. *Ibid.*, S. 3.

150. Text abgedruckt in Jakobs/Schubert (Hg.), *Allgemeiner Teil: §§ 1–240, 2. Teilband*, Berlin 1985, 1193.

Zwar ist in dieser Regelung die Frage der Derogation ausdrücklich nicht angesprochen. Allerdings ergibt sich aus § 2 mittelbar, daß eine derogatorische Gewohnheit für unzulässig erachtet worden ist: Jegliches Gewohnheitsrecht soll nur kraft Zulassung durch den Gesetzgeber gültig sein; die Wirkung des Gewohnheitsrechts richtet sich nach dem gesetzgeberischen Willen. Der BGB-Entwurf sah darüber hinaus an keiner Stelle eine Derogation vor.

In seiner Entwurfsvorlage versuchte der Redaktor Albert Gerhard diese Entscheidung ausführlich zu rechtfertigen¹⁵¹. Er stützte sich hierbei ausschließlich auf Zweckmäßigkeitserüberlegungen: Es bestehe kein zwingendes Bedürfnis für die Anerkennung einer derogatorischen Wirkung des Gewohnheitsrechts¹⁵². Es sei die Aufgabe und das Recht des Gesetzgebers, bestehende Gesetze mit den wechselnden Lebensverhältnissen in Einklang zu bringen¹⁵³. Im übrigen sei der Fortbestand einer unsachgemäßen Norm immer noch besser als die 'Unzuträglichkeiten, welche mit dem allmählichen Werden eines abweichenden Gewohnheitsrechtes für die Allgemeinheit verbunden sind'¹⁵⁴. Da Gewohnheitsrecht naturgemäß unbestimmt sei¹⁵⁵, sei es auch prozessual schwer, das Bestehen eines solchen Rechtes festzustellen. Daher impliziere das Gewohnheitsrecht eine 'Häufung und Verwicklung der Prozesse, andererseits Ungleichmäßigkeit der Anwendung, je nachdem der Beweis im einzelnen Falle gelingt oder nicht gelingt'¹⁵⁶.

2. – Die Beratungen der ersten Kommission

Die erste Kommission mußte sich mehrfach mit dem Problem der Derogation auseinandersetzen.

In ihrer zweiten Sitzung betonte die Kommission lediglich, daß wegen § 2 der Derogation keine Bedeutung zukommen könne¹⁵⁷. In ihrer dritten Sitzung wurde die Kommission dann deutlicher¹⁵⁸: Auf den Antrag eines Redaktors hin beschloß man, daß 'das derogatorische und abrogatorische Gewohnheitsrecht (. . .), soweit nicht das Gesetzbuch ein Anderes bestimmt, als Quelle von Rechtsnormen nicht anerkannt' werde. § 2 des BGB-Entwurfs wurde nichtsdestotrotz nicht geändert, da das Verbot der Derogation bereits dem sachlichen Inhalt dieser Norm entsprach.

Die Überlegungen der Kommission stießen auf heftigen Widerstand. Nur

151. Abgedruckt in: Schubert (Hg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Allgemeiner Teil, Teil 1, Berlin 1981, 77 ff.

152. Gebhard (Fußn. 151), 83, 84 f.

153. *Ibid.*, 84.

154. *Ibid.*, 84.

155. *Ibid.*, 85 unter Berufung auf Ihering.

156. *Ibid.*, 85.

157. So die Ergebnisse der ersten Kommission in ihrer zweiten Sitzung vom 6. Oktober 1881, Prot. I 8 = Jakobs/Schubert (Fußn. 150), 1193: 'Das Gesetzbuch wird nicht bestimmen, wie Gesetze außer Kraft treten. Die Frage, inwiefern Gesetze durch eine derogatorische Gewohnheit kraftlos werden können, wird durch die Bestimmung über die dem Gewohnheitsrecht zustehende Bedeutung (§ 4 des Entwurfs; = § 2 . . .) sich erledigen; (. . .)'.

158. 3. Sitzung vom 68. Oktober 1881, Prot. I 11 = Jakobs/Schubert (Fußn. 150), 1194.

wenige Stimmen befürworteten die vorgeschlagene Regelung¹⁵⁹. Der größte Teil der Literatur wandte sich hingegen vehement gegen das Verbot der Derogation in § 2 und schlug die ersatzlose Streichung dieser Vorschrift vor¹⁶⁰. Ein solches Verbot werde immer dadurch unterlaufen, daß sich ein Gesetz den Lebensverhältnissen anpassen müsse und gesellschaftliche Veränderungen auch eine Aufhebung überholter Gesetze mit sich bringen könnten. Hartmann zieht hieraus die zynische Konsequenz: 'Uns will es deshalb fast so erscheinen, als ob das nach dem Vorgange anderer neuerer Codificationen ausgesprochene Verbot des § 2 eher ein stilles Lächeln verdiene, als eine ernsthafte Erheiterung'¹⁶¹.

3. – Die Vorkommission des Reichsjustizamtes

Die Vorkommission des Reichsjustizamtes sah § 2 und die dort fixierten Regelungen über das Gewohnheitsrecht als überflüssig an. In den der Kommission vorliegenden Anträgen wurde übereinstimmend gefordert, § 2 gänzlich zu streichen¹⁶². Erstaunlicherweise waren sich die Antragsteller allerdings nicht darüber einig, was eigentlich unter Derogation zu verstehen ist.

Achilles bezog das Prinzip der Derogation auf jegliches Gewohnheitsrecht. Dementsprechend empfahl er, jede gesetzesaufhebende Wirkung des Gewohnheitsrechts kraft Gesetzes zu verbieten¹⁶³.

Börner hingegen unterschied zwischen Gewohnheit und Gewohnheitsrecht, ohne allerdings diese Begriffe zu erläutern. Seiner Ansicht nach sei in Art. 2 EGBGB durch Beifügung eines zweiten Absatzes klarzulegen, daß durch 'Gewohnheiten (. . .) Rechtsnormen nicht erzeugt' würden. Gewohnheitsrecht hingegen kann nach Börner in bestimmten Fällen derogatorische Wirkung entfalten. So wollte Börner Art. 3 EGBGB dergestalt fassen, daß Landesgewohnheitsrecht Reichsgesetze nicht aufheben oder abändern könne¹⁶⁴. Hieraus läßt sich der Umkehrschluß ziehen, daß Börner einem Reichsgewohnheitsrecht durchaus derogatorische Wirkung gegenüber dem künftigen BGB beimaß.

Die Kommission des Reichsjustizamtes löste diesen Widerspruch zwischen den Anträgen salomonisch, indem sie das Problem des derogatorischen Reichsgewohnheitsrechtes einer Klärung durch die Wissenschaft überließ. Dementsprechend wurde in der Sitzung vom 5. Januar 1891 beschlossen, § 2 des BGB-Entwurfs zu streichen; im übrigen habe die Wissenschaft zu prüfen, 'ob sich in Folge der Streichung des § 2 des Entwurfs und nach den Bestimmungen der Artikel 2, 3 und 32 des Entwurfes eines Einführungsgesetzes zukünftig *gemeines* Gewohnheitsrecht bilden könne, daß aber die Entstehung eines partikularen abändernden oder ergänzenden Gewohnheitsrechtes ausgeschlossen sei'¹⁶⁵.

159. Esser, *Kraft* (Fußn. 12), 58 ff.

160. So etwa Hölder, *AcP* 73 (1888), 13 ff.; Hartmann, *AcP* 73 (1888), 325; Gierke, *Schmoller's Jahrbuch* X, 4, 146 ff.; Kloppel, *Rassow und Kuenzel's Beiträge* 1888, 626 ff.

161. Hartmann, *AcP* 73 (1888), 322.

162. So Planck (Nr. 1, 1); Börner (Nr. 3, 2); Struckmann (Nr. 3, 2); Achilles, Nr. 2 I, zit. n. Jakobs/Schubert (Fußn. 150), 1198.

163. Achilles (Nr. 2 I) zit. n. Jakobs/Schubert (Fußn. 150), 1198 f.

164. Nr. 3, 2, zit. n. Jakobs/Schubert (Fußn. 150), 1199.

165. Prot. RJA 1, zit. n. Jakobs/Schubert (Fußn. 150), 1199 (kursiv im Text).

4. – Die zweite Kommission

Auch in der zweiten Kommission konnte kein Konsens über die derogatorische Wirkung des gemeinen Gewohnheitsrechts erzielt werden. Man folgte daher dem Vorschlag des Reichsjustizamtes und strich § 2 des BGB-Entwurfes. Ferner war man sich mit dem Reichsjustizamt dahingehend einig, daß die Zulassung von Landesgewohnheitsrecht gegenüber einem Reichsgesetz undenkbar sei. Allerdings wollte man das Problem der Wirkung eines Reichsgewohnheitsrechts nicht einfach der Wissenschaft überlassen: 'Angesichts der Meinungsverschiedenheiten, welche darüber bestehen, ob und in welchem Umfange dem Gewohnheitsrechte gegenüber dem geschriebenen Reichsprivatrechte und insbes. gegenüber einer Kodifikation des bürgerlichen Rechtes Geltung an und für sich zukomme oder beizulegen sei, erscheine es im Interesse der Rechtssicherheit angezeigt, Bestimmungen zu treffen, welche diese Frage entscheiden'¹⁶⁶. Man beschloß daher, die Frage im Rahmen des EGBGB zu regeln, wobei die Mehrheit in der Diskussion von einer aufhebenden Wirkung des gemeinen Gewohnheitsrechts ausging¹⁶⁷.

Damit mußte die Diskussion um die Derogation aber bei der Beratung des EGBGB wieder entflammen. Tatsächlich lagen der Kommission gleich fünf Anträge zur Regelung der Derogationsfrage in Art. 2 EGBGB vor¹⁶⁸: Drei Vorschläge bejahten die derogatorische Kraft jeglichen gemeinen Gewohnheitsrechtes¹⁶⁹. Der vierte Vorschlag ließ die Frage offen, während der fünfte Antrag eine Einführung des § 2 als Art. 2a EGBGB vorsah.

Die Anträge lösten in der Kommission eine heftige Auseinandersetzung aus. Auf der einen Seite verwiesen die Kritiker der Derogation auf eine zunehmende Auffassung in der Literatur¹⁷⁰, wonach 'bei den Garantien, unter welchen zu jetziger Zeit das geschriebene Recht geschaffen werde, dessen Beseitigung durch ein solcher Garantien entbehrendes Gewohnheitsrecht vom Staate nicht geduldet werden dürfe'¹⁷¹. Dieser Ansicht entsprechend werde auch 'die Lehre der historischen Schule (. . .) keineswegs mehr allgemein anerkannt', wie auch das HGB zeige¹⁷². Schließlich führe das Gewohnheitsrecht in der Gerichtspraxis zu dem Mißstand 'frivoler Behauptungen und langwieriger unnützer Beweiserhebungen'.

Auf der anderen Seite vertrat die Mehrheit der Kommissionsmitglieder die Ansicht, daß in der Praxis zwar die Entstehung von reichsweitem Gewohnheits-

166. Mugdan, *Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Berlin 1899, Bd. I, 568.

167. So der Hinweis in der Diskussion der Anträge zu Art. 2 EGBGB, wonach 'die Ansicht der früheren Mehrheit' dahin ging, 'daß gemeines Gewohnheitsrecht nicht ausgeschlossen werden dürfe'; Mugdan (Fußn. 166), I 569.

168. Vgl. Mugdan (Fußn. 166), I 569.

169. 'Die drei Anträge gehen davon aus, daß die Bildung gemeinen deutschen bzw. eines Reichs-Gewohnheitsrechts tatsächlich möglich sei, und erkennen diesem Rechte, möge es praeter oder contra legem sein, die gleiche Kraft wie dem geschriebenen Reichsrechte zu'; Mugdan (Fußn. 166), I 569.

170. Hiermit dürfte wohl das Votum der Zivilrechtler auf dem 5. Deutschen Juristentag gemeint sein (s.o.).

171. Mugdan (Fußn. 166), I 569.

172. *Ibid.*, I 569.

recht selten, aber durchaus denkbar sei. Insbesondere 'durch die einheitliche Rechtsprechung und die dadurch beeinflusste Anschauung der beteiligten Berufskreise' könne sich in einigen Bereichen 'einheitliches Gewohnheitsrecht bilden'¹⁷³. Auf die Frage der Derogation wollte die Kommission mehrheitlich jedoch nicht eingehen: 'Wie es sich aber, solange es (sc. das Gewohnheitsrecht; Anm. des Verf.) bestehe, zum geschriebenen Gesetzesrecht verhalte, sei eine Frage, die der Macht des Gesetzgebers entrückt sei und nur von der Theorie nach Maßgabe der jeweilig im öff. Leben herrschenden Anschauungen beantwortet werde'¹⁷⁴.

Bei dieser Stellungnahme verblieb es denn auch. Weder in das BGB noch in das EGBGB wurde eine Regelung zur derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts aufgenommen. Statt dessen wurde dieses Problem einer Klärung durch Wissenschaft und Lehre überlassen.

V. – Derogation in Rechtsprechung und Literatur

Rechtsprechung und Literatur mußten nach der Verabschiedung des BGB die ihnen zugedachte Aufgabe wahrnehmen, das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht zu klären.

1. – Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Wie oben bereits dargestellt, ging das Reichsgericht bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1895 von der derogierenden Kraft des Gewohnheitsrechtes aus. Nach Inkrafttreten des BGB war die Haltung des Reichsgerichts allerdings scheinbar widersprüchlich:

Auf der einen Seite ging das Reichsgericht im Anschluß an frühere Entscheidungen von der Möglichkeit einer Derogation aus, ohne dies noch näher zu begründen¹⁷⁵. So wurde in einer Entscheidung zum Gewährleistungsrecht im Kunsthandel unterstellt, daß einem Reichsgewohnheitsrecht 'die Kraft zur Ausserwirkungsetzung eines Reichsgesetzes (...) zukäme'¹⁷⁶. In einem weiteren Urteil¹⁷⁷ ging das Reichsgericht sogar soweit, daß es eine Aufhebung sachenrechtlicher Vorschriften zugunsten eines bestehenden Gewohnheitsrechts bejahte. Schließlich ließ das Reichsgericht im Jahre 1940 eine Aufhebung seehandelsrechtlicher Prinzipien des HGB durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht zu¹⁷⁸.

173. *Ibid.*, I 570.

174. *Ibid.*, I 570. Ähnlich auch die Begründung zu den Anträgen 3 und 4, wonach 'die Frage nach der verbindlichen Kraft des Gewohnheitsrechtes überhaupt von viel weiterer Bedeutung sei und ihre Lösung die Zuständigkeit der Komm. überschreite' (Mugdan, I 570).

175. Unzutreffend sind insofern die Darstellungen von Sonnenberger, *Verkehrssitten* (Fußn. 6), 293 und Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht* (Fußn. 6), 119 Fußn. 164, die keines der derogationsfreundlichen Urteile des Reichsgerichts erwähnen.

176. Urteil vom 11. März 1932 – II 307/31 = RGZ 135, 340, 345.

177. Urteil vom 21. September 1939 – V 10/39 = RGZ 161, 243, 248.

178. Urteil vom 8. November 1940 – I 45/40 = RGZ 165, 166, 185.

Auf der anderen Seite finden sich mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts¹⁷⁹, in denen das Bestehen gesetzlicher Regelungen als Argument gegen die Bildung eines Gewohnheitsrechts ins Feld geführt wird: So lehnte das Reichsgericht das Bestehen eines Handelsgewohnheitsrechts hinsichtlich der Bevollmächtigung für Wechselgeschäfte von Sparkassen mit der Begründung ab, daß ein solches Gewohnheitsrecht sich 'niemals gegen die Satzung einer Sparkasse durchsetzen könne'¹⁸⁰.

In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1927¹⁸¹ hob das Reichsgericht eine Entscheidung des Landgerichts Oldenburg auf, das eine verschuldensunabhängige Haftung der Reichspost aus gewohnheitsrechtlichen Prinzipien ableiten wollte. Nach Ansicht des Reichsgerichts war ein solcher gewohnheitsrechtlicher Grundsatz bislang nicht anerkannt. Darüber hinaus stünden die ins einzelne gehenden Haftpflichtgesetze der Bildung eines solchen Gewohnheitsrechts entgegen. Drei Jahre später¹⁸² lehnte das Reichsgericht die Behauptung eines gewohnheitsrechtlichen Grundsatzes, wonach Liederbücher auch ohne Zustimmung eines Urhebers zusammengestellt und veröffentlicht werden können, als mit dem Leitgedanken des Literatururheberrechtsgesetzes unvereinbar ab¹⁸³.

Diese verschiedenen Entscheidungen des Reichsgerichts treffen scheinbar unterschiedliche Aussagen über das Verhältnis von Gewohnheitsrecht und Gesetz. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß das Reichsgericht in allen Urteilen die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts nie ausdrücklich abgelehnt hat. Sofern das Gericht zum Nachweis eines fehlenden Gewohnheitsrechts auf eine bestehende gesetzliche Regelung verweist, stand das Prinzip der Derogation nicht zur Diskussion. Vielmehr sollte die Existenz detaillierter Gesetze im konkreten Fall als Indiz gegen die Bildung eines Gewohnheitsrechts dienen.

2. – Die Rechtsprechung nach dem zweiten Weltkrieg

Unmittelbar nach dem zweiten Weltkrieg erlebte das Derogationsprinzip eine unerwartete Renaissance. So gingen zahlreiche Gerichte davon aus, daß postmortale Eheschließungen, die unter dem NS-Regime im Widerspruch zum Ehegesetz vom 6. Juli 1938 geschlossen wurden, kraft derogierenden Gewohnheitsrechts Bestand haben¹⁸⁴. Andere Gerichte lehnten zwar eine solche gewohn-

179. Hinzu kommen weitere gesetzgeberische Versuche, die Derogation zu verbieten; vgl. etwa den Hinweis von Düesberg, DJZ 1927, 1552 auf das Gesetz für den Landesteil Lübeck vom 30. März 1927 über die Aufhebung des Gewohnheitsrechts hinsichtlich des Dichtens der Grenzscheiden (Knicks). Vgl. auch die Ausführungen von Freitag, *Gewohnheitsrecht und Rechtssystem. Eine rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Untersuchung zum Gewohnheitsrecht, insbesondere in der Eingriffsverwaltung*, Berlin 1976, 34 ff. zu § 3 des preußischen Gesetzes über Reinigung öffentlicher Wege vom 1. Juli 1912 (Pr. GS NW 36).

180. Urteil vom 1. März 1927 – II 373/26 = RGZ 116, 247, 255.

181. Urteil vom 14. März 1927 – IV 693/26 = RGZ 116, 286, 287.

182. Ur. v. 26. März 1930 – I 260/29 = RGZ 128, 102, 115.

183. Wegen weiterer Entscheidungen zu anderen Rechtsgebieten vgl. etwa RG, Ur. v. 14. März 1939 – III 128/37 = RGZ 162, 129, 144 (zum Verwaltungsrecht). Diese Entscheidung ist allerdings bereits sehr vom nationalsozialistischen Staatsverständnis geprägt.

184. So etwa LG Verden, Ur. v. 8.8.1946, Hann.Rpfl. 1946, 118 ff. = SJZ 1947, 89;

heitsrechtlich gültige Norm ab, gingen aber ebenfalls von der abstrakten Möglichkeit einer Derogation aus¹⁸⁵.

Auch der Bundesgerichtshof hat mehrfach betont, daß 'das Gewohnheitsrecht als gleichwertige Rechtsquelle neben dem Gesetzesrecht' stehe¹⁸⁶. Dabei wurde auch anerkannt, daß Rechtsnormen durch Gewohnheitsrecht aufgehoben werden können: So soll eine gewohnheitsrechtliche Regelung des Inhalts bestanden haben, daß ausgelegte Unterlagen von Patent- und Gebrauchsmusteranmeldungen entgegen § 2 PatG nicht neuheitsschädlich seien. Diese Regelung sei dann später durch neuere gewohnheitsrechtliche Regelungen aufgehoben und verdrängt worden¹⁸⁷. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch der Beschluß des BGH vom 26. Januar 1989¹⁸⁸. Hierbei ging es um die Wirksamkeit einer Anordnung des Reichswirtschaftsministers aus dem Jahre 1941¹⁸⁹, in der die Gewährung von Krediten zum Ankauf von Wertpapieren untersagt war. Der BGH ging davon aus, daß diese Anordnung trotz Fehlens einer förmlichen Aufhebung unwirksam geworden sei. Sie sei in der Praxis nicht mehr angewendet worden, so daß 'zumindest eine gewohnheitsrechtliche Derogierung des Verbotes bejaht' werden müsse¹⁹⁰.

In einem Fall hat der BGH allerdings bewußt auf die Annahme einer Derogation verzichtet, obwohl dies in dem konkreten Fall nahe gelegen hätte. Das Gericht ging 1956 in einer Entscheidung¹⁹¹ davon aus, daß gewohnheitsrechtliche Regelungen zum Anerbenrecht zum 1. Oktober 1933 durch das Reichserbhofgesetz aufgehoben worden seien. Das Gewohnheitsrecht sei dann später im Jahre 1945 durch Kontrollratsgesetze wieder aufgelebt, da eine entsprechende Übung während der NS-Zeit nachweisbar sei.

3. – Die Literatur

Der bereits vor und während der Entstehung des BGB tobende Streit um die Derogation setzte sich nach Inkrafttreten des Gesetzbuches in unverminderter Härte fort. Einig war man sich nur darin, daß partikularem Gewohnheitsrecht keine aufhebende Kraft gegenüber dem BGB zukommen könne¹⁹². Im übrigen

LG Hildesheim, Urt. v. 25.4.1947, MDR 1947, 161; LG Tübingen, Urt. v. 4.11.1947, DRZ 1948, 139. Zustimmung Dölle, DRZ 1947, 39 ff.; ders., JZ 1951, 291 ff.; Böhm, AcP 150 (1949), 235 ff. Anderer Ansicht Sonnenberger, *Verkehrssitte* (Fußn. 6), 290 mit weit. Nachw., wonach die Gerichte die Fälle postmortaler Eheschließungen nicht über die Derogation gelöst haben.

185. So etwa OLG Braunschweig, Urt. v. 15.4.1947, SJZ 1947, 663; LG Rottenthal, Urt. v. 15.11.1947, DRZ 1948, 138; KG, Urt. v. 23.5.1947, SJZ 1947, 665 mit Anm. Küster; ähnlich Fuchs, SJZ 1946, 31; Schätzel, DRZ 1947, 214; Zweigert, DRZ 1948, 113.

186. BGH, Beschl. v. 19. Juni 1962 – I ZB 10/61 = BGHZ 37, 219, 224.

187. BGH, Urt. v. 21. Dezember 1961 – II ZR 74/59 = BGHZ 36, 224 f.; BGH Beschl. v. 25. November 1965 – Ia ZB 28/64 = BGHZ 44, 346; vgl. hierzu auch kritisch Hubmann, JuS 1968, 61 ff.

188. III ZR 46/88 = WM 1989, 675 f. = NJW-RR 1989, 1009 f.

189. Anordnung vom 25. September 1941, RWMBI 1941, 320.

190. WM 1989, 676.

191. Beschluß vom 11. Dezember 1956 – V Blw 30/56 = BGHZ 22, 317, 318 f.

192. So etwa Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*, 2. Aufl. Leipzig 1889, 123 ff.; ders., *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, München 1895,

stand die derogierende Wirkung des Reichsgewohnheitsrechts weiterhin zur Diskussion: Ein Teil der Literatur¹⁹³ lehnte eine solche Wirkung gänzlich ab oder ließ sie nur aufgrund einer ausdrücklichen Zustimmung des Gesetzgebers zu. Die herrschende Meinung¹⁹⁴ hingegen ging (meist ohne nähere Begründung) von der Möglichkeit derogierenden Gewohnheitsrechts aus. Eine Derogation wurde z.B. bejaht bei der Nichtbeachtung von Förmlichkeiten anlässlich der Einberufung einer Hauptversammlung durch die Gesamtheit der Aktionäre¹⁹⁵.

Erstaunlicherweise gingen die meisten Autoren selbst während der Zeit des Nationalsozialismus von einer gesetzesaufhebenden Wirkung des Gewohnheitsrechts aus¹⁹⁶.

Nach dem zweiten Weltkrieg wurde das Prinzip der Derogation allgemein befürwortet¹⁹⁷. In concreto wurde eine solche Wirkung des Gewohnheitsrechts bejaht bei

- postmortalen Eheschließungen¹⁹⁸
- der Durchführung der Wandelung¹⁹⁹
- der Sicherungsübereignung²⁰⁰
- der Anwendung von Vereinsrecht auf nichtrechtsfähige Vereine²⁰¹.

Ein kleiner Teil der Literatur lehnte allerdings die Möglichkeit einer Derogation grundsätzlich ab. So geht Sonnenberger²⁰² davon aus, daß gesetzeswidrige

§ 22 S. 184 N. 6. Anderer Ansicht nur Krückmann, JherJB 38 (1897), 191 ff. und Sturm, *Revision* (Fußn. 27), 227 ff.

193. Endemann, *Einführung in das Studium des B.G.B.*, 3. Aufl., I. Bd., 5. Aufl. Berlin 1899, § 12 S. 52; Knieriem, *Behauptungszwang und Beweislast*, 1896, S. 95; Goldmann/Lilienthal, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, Bd. I: §§ 1–853, 2. Aufl. Berlin 1901/03, S. 30.

194. So etwa Oertmann, *Volksrecht und Gesetzesrecht*, [Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden], 1898, 20 ff.; ders., *Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. Berlin 1908, S. XIII; J. Meisner, *Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Der allgemeine Teil, Breslau 1898, S. XVI; Eck, *Vorträge über das Recht des B.G.B.*, I. Heft, Berlin 1903, 22 f.; H. Rehbein, *Das BGB mit Erläuterungen*, I.Bd.: Allgemeiner Teil, Berlin 1898, S. XI; Crome, JherJB 39 (1898), 334 f.; G. Rümelin, JHerJB 27 (1889), 249.

195. Vgl. Mangold, JW 1927, 1338 f.

196. So etwa David, *Verkehrsgewohnheit* (Fußn. 19), 36.

197. So etwa Staudinger/Coing, 11. Aufl. 1957, Einl. vor § 1, 42; Enneccerus/Nipperdey (Fußn. 6); Larenz, NJW 1951, 497. Offengelassen bei Staudinger/Coing, 12. Aufl., Einl. Rdnr. 235.

198. Siehe hierzu die Rechtsprechungsnachweise in Fußn. 184.

199. Blomeyer, AcP 151 (1950/51), 99 ff. Blomeyer verwechselt hier Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht.

200. Larenz, NJW 1951, 497 f.; Böhmer, AcP 150 (1949), 235; Möhring, BB 1964, 4; Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin 1969, 67. Ähnlich bereits Heck, Sachenrecht, § 107, 3. Dabei wurde darauf verwiesen, daß die Sicherungsübereignung eine Gesetzesumgehung darstelle und daher nach § 134 nichtig sein müßte. Ob diese Argumentation zutrifft, ist meines Erachtens zweifelhaft. Wie Schubert bereits ausführlich nachgewiesen hat, haben sowohl die erste wie die zweite Kommission ein Verbot der Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut ausdrücklich abgelehnt (vgl. die Nachweise in Schubert, *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung*, 1966, 163 sowie Gaul, AcP 168 (1968), 351, 357 ff.). Im übrigen geht § 223 II BGB von der Zulässigkeit der Sicherungsübereignung aus.

201. Vgl. zu dieser – dem § 54 S. 1 BGB widersprechenden – Rechtsentwicklung Flume, ZHR 148 (1984), 512 ff.

202. *Verkehrssitten* (Fußn. 6), 279 ff.

Gewohnheit und Gesetz sich rechtlich neutral gegenüberstünden. Es handle sich insofern um einen 'Bruch zwischen der gelebten und der gesollten Ordnung', wobei die gesetzeswidrigen Handlungen 'im Rahmen der bestehenden Ordnung gesetzeswidrig und damit Unrecht' bleiben²⁰³. Ein Konflikt zwischen Gewohnheit und Gesetz sei daher nur ein 'außerrechtliches und rechtspolitisches Problem'²⁰⁴.

Weitergehend lehnt Adomeit²⁰⁵ jegliche Rechtsverbindlichkeit einer Gewohnheit ab: Entweder lasse man für das Entstehen von Gewohnheitsrecht die faktische Übung ausreichen; dies hätte zur Konsequenz, daß gesellschaftliche Gegebenheiten 'jeglicher Kontrolle durch das Recht entgleiten'²⁰⁶. Oder aber man knüpfe an den erforderlichen Rechtsgeltungswillen so hohe Anforderungen, daß das Gewohnheitsrecht im Richterrecht aufgehe²⁰⁷.

C. – Ein neuer Ansatz zur Derogation – ein neuer Ansatz zum Verständnis des Rechts

Im Ergebnis zeigt sich damit, daß das Prinzip der Derogation seit dem 19. Jahrhundert von der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung befürwortet wird. Es stellt sich daher die Frage, welche rechtstheoretischen Argumente sich für die gesetzesaufhebende Wirkung von Gewohnheitsrecht ins Feld führen lassen und welche Konsequenzen die Annahme einer Derogation für das allgemeine Verständnis von Recht aufwirft.

1. – Der Geltungsgrund der Derogation

Zunächst ist zu klären, aus welchem Grund dem Gewohnheitsrecht eine derogatorische Wirkung zukommen kann. Hierzu wurden bislang zwei verschiedene Theorien vertreten:

a. – Die sog. Gestattungstheorie

Ein großer Teil insbesondere der staatsrechtlichen Literatur sieht den Grund für das Derogationsprinzip darin, daß der Gesetzgeber eine solche Wirkung ausdrücklich oder konkludent gestattet²⁰⁸.

Nur eine Variante dieser sog. Gestattungstheorie stellt die Auffassung dar, wonach die Gerichte der Bildung von Gewohnheitsrecht zustimmen müssen²⁰⁹, da 'Rechtsanschauungen gesellschaftlicher Gruppen zu ihrer Einbeziehung in die

203. *Ibid.*, 286.

204. *Ibid.*, 295.

205. Adomeit, *Rechtsquellenfragen* (Fußn. 13), 53 ff.

206. *Ibid.*, 56.

207. *Ibid.*, 56 ff.

208. So etwa Schmidt, *Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens*, Leipzig 1899, 30 ff.; G. Rümelin, *JherJB* 21 (1889), 186 ff.; Goldmann/Lilienthal (Fußn. 193), I 30 f.; Ross, *Theorie* (Fußn. 94), 435; Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht* (Fußn. 6), 129 ff.; Kirchhof, *Private Rechtsetzung*, Berlin 1987, 57 Fußn. 139.

209. Schultze, *Privatrecht und Prozeß*, Freiburg 1883, 30 ff.; Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig 1885, 44; Adomeit, *Rechtsquellenfragen* (Fußn. 13), 56 ff.; M. Rümelin, *Kraft* (Fußn. 18), 41 f. und 58; Ross, *Theorie* (Fußn. 94), 295, 432; zuletzt Taupitz, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, Berlin 1991, 795 ff.

Rechtsordnung eines affirmativen Aktes durch ein zur Rechtserzeugung legitimes Organ²¹⁰ bedürften.

Die Gestattungstheorie basiert auf einem monistischen Verständnis der Rechtsquellenlehre: Alles Recht leitet sich vom Staat ab. Eine originäre Befugnis gesellschaftlicher Gruppen zur Setzung verbindlichen Rechtes ist demgegenüber undenkbar²¹¹. Privat gesetztes Recht ist nur insofern verbindlich, als der Staat seine Rechtssetzungsbefugnis auf Private überträgt²¹² oder zumindest nachträglich als verbindlich anerkennt²¹³.

Gegen diese Ansicht sprechen mehrere Überlegungen:

– Die Gestattungstheorie wirkt gerade für die Lösung der Derogationsproblematik künstlich. Es sind historisch keine Fälle bekannt, in denen ein Gesetzgeber eine Derogation ausdrücklich zugelassen hätte²¹⁴.

– Die Gestattungstheorie verkennt, daß ein Gesetz keine Aussagen über die Entstehung und Wirkung von Gewohnheitsrecht machen kann. Selbst wenn ein Gesetz etwa derogatorische Wirkungen des Gewohnheitsrechts ausdrücklich verbietet, kann sich gegen ein solches Verbot wiederum derogierendes Gewohnheitsrecht bilden²¹⁵. Ein gesetzliches Derogationsverbot kann daher die Bildung von Gewohnheitsrecht allenfalls erschweren, nicht aber verhindern²¹⁶. So konnten zum Beispiel gesetzliche Verbote über Jahrhunderte nicht verhindern, daß gesetzeswidrige Strandrechte auf der Grundlage lokalen Gewohnheitsrechtes Anwendung fanden²¹⁷.

– Meines Erachtens erklärt sich hieraus auch, warum die Quellen des römischen Rechtes zur Frage der Derogation scheinbar widersprüchliche Aussagen machen. Denn nach dem oben Gesagten läßt sich einem Reskript Konstantins keine bindende Aussage über die Derogation entnehmen.

– Auch der Ansatz, Derogation von einer richterlichen Anerkennung abhängig zu machen, führt auf Abwege. Die Rechtsprechung ist von sich aus nicht befugt, gesetzeswidrige Regeln anzuerkennen. Aufgrund ihrer Bindung an Recht und Gesetz ist sie nicht diejenige Autorität, die einer Gewohnheit gesetzesaufhebende Wirkung zuerkennen kann. Hierzu bedarf es einer anderen Grundnorm, die

210. Taupitz, *Standesordnungen* (Fußn. 209), 796.

211. Vgl. hierzu die zahlreichen Belege bei Taupitz, *Standesordnungen* (Fußn. 209), 594 ff. insbesondere auf die Vertreter der normlogischen Theorie der Wiener Schule (Merkel, Kelsen). Dieser Zusammenhang wurde bereits bei Puchta, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 26), II 13 angedeutet, der darauf verweist, daß die Gestattungstheorie 'wirklich die gesetzgebende Gewalt als die einzige, nur etwa auf verschiedene Art, theils unmittelbar, theils mittelbar thätige Rechtsquelle aufstellt'.

212. So die Lehre von der Befugnisübertragung vgl. die Nachweise bei Kirchhof, *Rechtsetzung* (Fußn. 208), 159 ff.

213. So die von Kirchhof entwickelte Geltungsbefehleslehre, wonach privates Recht zweistufig durch private Rechtssetzung und staatliche Anerkennung zustande kommt; vgl. Kirchhof, *Rechtsetzung* (Fußn. 208), 138 ff., 175 f.

214. Eine Ausnahme gilt allerdings – wie oben bereits skizziert – für das katholische Kirchenrecht.

215. So bereits Wachsmann, *Der Begriff des Gewohnheitsrechts*, Diss. Breslau 1902, 16 ff.

216. So auch Grienke, *Die Kraft der Rechtsgewohnheit, ein älteres entgegenstehendes Gesetz aufzuheben*, Diss. Erlangen 1896, 72 ff.; Dahm, *Zeitschrift für Deutsche Gesetzgebung*, Bd. VI, 583.

217. Vgl. Krause, HRG I, Sp. 1679.

die Rechtsprechung zur Beachtung derogierenden Gewohnheitsrechtes verpflichtet²¹⁸.

b. – Die Lehre von der normativen Kraft des Faktischen

Teilweise wird das Derogationsprinzip auch aufgrund der Annahme einer normativen Kraft des Faktischen²¹⁹ befürwortet. Diese z.T. auch als 'deskriptive Rechtsquellenlehre'²²⁰ bezeichnete Lehre geht davon aus, daß der faktischen Übung Rechtsverbindlichkeit zukommen könne²²¹.

Auch diese Auffassung ist allerdings wenig überzeugend:

– Wer Derogation mit der normativen Kraft des Faktischen erklärt, verkennt das Wesen des Gewohnheitsrechtes. Wie oben bereits skizziert, gehört zum Gewohnheitsrecht nicht nur die faktische Übung, sondern auch die Überzeugung und der Wille zur Bildung von Rechtsnormen. Dieses subjektiv-juristische Element wird von der deskriptiven Rechtsquellenlehre vernachlässigt²²².

– Im übrigen kann ein faktisches Verhältnis keinen Geltungsgrund für eine Rechtsnorm beinhalten²²³. Aus der bloßen Tatsache, daß Menschen eine Norm nicht anwenden und *de facto* anders als normgewollt handeln, ergibt sich nicht, daß diesem abweichenden Verhalten wiederum Normqualität zukommt. Damit dies so ist, wäre eine zusätzliche Grund-Norm erforderlich, die ein faktisches Verhalten unter bestimmten Umständen für verbindlich und gesetzesaufhebend erklärt.

c. – Das Derogationsdilemma

Weder ein Gesetz noch eine gewohnheitsrechtliche Norm können letztendlich das Ob und Wie von Rechtsquellen regeln. Denn hierbei handelt es sich um ein Meta-Problem, das die Ebene einzelner gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Normierung transzendiert²²⁴.

218. Die derzeitige Diskussion hat sich gerade wegen Nichtbeachtung des obigen Gedankens in eine andere Richtung entwickelt. Heutzutage wird nicht mehr nach dem derogatorischen Gewohnheitsrecht, sondern statt dessen nach derogatorischem Richterrecht gefragt; vgl. Gropp, *Die Rechtsfortbildung 'contra legem'*, Diss. Berlin 1974, insbes. 22 ff. und Neuner, *Die Rechtsfindung 'contra legem'*, München 1992, insbes. 139 ff. mit weit. Nachw. Diese Diskussion führt zu kaum lösbaren Aporien, da hierbei um die Legitimation des Richter zur Mißachtung des Gesetzes wegen übergeordneter Prinzipien (Menschenrechte; Naturgesetze etc.) gestritten wird. Der Begriff des Gewohnheitsrechtes taucht hierbei erstaunlicherweise nicht mehr auf.

219. Der Begriff stammt von Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. 1914, 338; vgl. hierzu auch Mokre, *Theorie des Gewohnheitsrechtes, Problementwicklung und System*, Wien 1932, 62 f.

220. So Marburger, *Die Regeln der Technik im Recht*, Köln 1978, 348. Mokre, *Theorie* (Fußn. 219), 54 ff. spricht in diesem Zusammenhang von 'Faktizitätstheorien'.

221. So etwa Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4. Aufl. Neuwied 1987, 205 ff.; Zitelmann, AcP 66 (1883), 361 ff.

222. Konsequenterdings Zitelmann, AcP 66 (1883), 361 ff., der auf der Grundlage der deskriptiven Rechtsquellenlehre den Begriff des Gewohnheitsrechtes uninterpretiert.

223. So auch Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht* (Fußn. 6), 117 und 120 f., der an dieser Stelle zu Recht eine Vermengung von soziologischem und juristischem Geltungsbegriff kritisiert.

224. So bereits Puchta, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 26), II 201. Ähnlich auch Freitag, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 179), 35.

Entgegen der Ansicht von Freitag²²⁵ läßt sich dieses Meta-Problem aber nicht 'anhand einer ranghöheren Norm oder einer rechtstatsächlich wirksamen Entscheidung lösen'. Durch ein solches Vorgehen würde man sich in unlösbare Aporien verwickeln. Denn oben wurde bereits nachgewiesen, daß die Geltung des Derogationsprinzips weder durch Rekurs auf eine gesetzliche Gestattung noch durch Bezugnahme auf tatsächliche Übungen begründbar ist. Damit ist auch die Anwendbarkeit solcher Argumentationsweisen auf der Meta-Ebene ausgeschlossen. Daß Freitags Überlegungen unzutreffend sind, zeigt sich denn auch in seiner Überlegung, daß aus 'verfassungsrechtlichen Gründen (...) derogierendes Gewohnheitsrecht nicht zulässig' sei, 'weil der Grundgesetzgeber rechtsatzmäßig mit dem Anspruch auftritt, allein er könne die Befugnis zur Gesetzgebung verleihen'²²⁶. Freitag kommt hier im Ergebnis auf der Meta-Ebene zur Argumentation der Gestattungstheorie zurück und übernimmt deren Aporien. Wie bereits Kelsen gezeigt hat, kann die Frage des Gewohnheitsrechts nicht durch Rekurs auf eine verfassungsrechtliche Gesetzesnorm begründet werden. Denn auch gegen eine solche Norm könnte sich derogierendes Gewohnheitsrecht bilden²²⁷. Im übrigen würde die Kraft der Gewohnheit dann je nach Ausgestaltung der Verfassung eine unterschiedliche sein und könnte durch Verfassungsänderung beeinflußt werden²²⁸.

2. – Ein neuer Lösungsversuch

Eine Lösung läßt sich m.E. nur über die Suche nach einer sozialetischen, d.h. außer- und vorrechtlichen Grundnorm finden, die einen Vorrang des Gewohnheitsrechts vor dem Gesetz begründet²²⁹.

Dieser Lösungsweg führt aber in ein nächstes Dilemma: Die Frage, welche ethischen Imperative als Grundnorm herangezogen werden, ist in einer pluralistischen Gesellschaft schwer zu lösen. Sie bedürfte einer umfassenden moralphilosophischen Analyse, die angesichts der Vielfalt moderner Wertesysteme zum Scheitern verurteilt wäre²³⁰.

225. Freitag, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 179), 36.

226. *Ibid.*, 159.

227. Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Wien 1960, 238. Siehe hierzu auch die Überlegungen der Verfassungsrechtler zum derogierenden Verfassungsgewohnheitsrecht etwa bei Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 1982, 454 f. und Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht* (Fußn. 6), 71 und 139.

228. So bereits Puchta, *Gewohnheitsrecht* (Fußn. 26), II 202, der darauf hinweist, daß diejenigen, die sich auf eine Verfassungsnorm zur Legitimierung von Gewohnheitsrecht berufen, in Selbstwidersprüche verwickeln. Denn sie müßten dem Gewohnheitsrecht 'in einer republicanischen Verfassung, wo dem Volk die Souveränität zustehe, aber nicht in einer monarchischen eine gleiche Kraft mit dem gesetzlichen einräumen'.

229. So auch G. Rümelin, *JherJB* 27 (1889), 167, wonach nur die Möglichkeit übrig bleibt, 'daß die Grundlage für die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts auf dem Gebiet der Ethik gefunden wird'.

230. Von daher ist auch verständlich, warum Kelsen, *Rechtslehre* (Fußn. 227), 223 den von Kant entwickelten kategorischen Imperativ als Grundnorm heranzieht. Dieser Imperativ ist seit Hegel als inhaltslos und formalistisch beurteilt worden und kann daher nur wenig zur Lösung des Problems beitragen. Vgl. auch Zülich, *Das Verbot von Verfassungsänderungen nach dem Bonner Grundgesetz*, Diss. Marburg 1957, 69 f.; Schreiner, *Die Intersubjektivität von Wertungen*, Berlin 1980, 20 ff.

a. – *Ableitbarkeit aus Art. 79 Abs. 3 GG*

Allerdings ist im Grundgesetz ein Kernbestand ethischer Prinzipien enthalten, der als gesellschaftlich konsensfähig gelten kann und gleichzeitig jeglicher staatlichen Regelung vorgegeben ist: Nach Art. 79 Abs. 3 GG sind die in Artikel 1 und 20 des Grundgesetzes niedergelegten Grundsätze jeglicher staatlichen Regulierung entzogen²³¹. Art. 79 Abs. 3 GG ist insofern Ausdruck einer ethisch fundierten, nicht einseitig positivistischen Demokratie²³², für die elementare Wertvorstellungen jeglicher gesetzlicher Beschränkung entzogen, ja sogar Grundlage jeglicher Gesetzgebung sind. Dabei ist Art. 79 Abs. 3 GG nicht wieder positivistisch begründbar: Selbst wenn Art. 79 Abs. 3 GG gestrichen würde, wäre der Gesetzgeber weiterhin an überpositives Recht gebunden²³³. Anderenfalls könnte Art. 79 Abs. 3 GG (mit zwei Dritteln der Stimmen von Bundestag und Bundesrat) aufgehoben und über diesen Umweg auch Art. 1 und 20 GG einer Verfassungsänderung unterzogen werden.

Insofern führt Art. 79 Abs. 3 GG dazu, daß Art. 1 und 20 des Grundgesetzes nur der Form nach Rechtsnormen darstellen. Inhaltlich beinhalten diese Verfassungsartikel meta-juristische Grundprinzipien unserer Gesellschaftsordnung²³⁴. Damit ermöglicht der Rückgriff auf Art. 1 und 20 GG, das Derogationsprinzip auf eine klare rechtsethische Grundlage zu stellen.

b. – *Die Menschenwürde (Art. 1 GG)*

Zu den elementaren und unantastbaren Prinzipien der Verfassung gehört das Bekenntnis des Grundgesetzes zur Menschenwürde; wie sich aus Art. 1 Abs. GG ergibt, gilt die Würde des Menschen als ethisches Fundament für das 'Deutsche Volk'.

Der Schutz der Menschenwürde bindet auch und gerade den staatlichen Gesetzgeber: Es ist ihm verwehrt, den Menschen zum bloßen Objekt der Staatsgewalt zu machen, d.h. ihn einer Behandlung auszusetzen, 'die seine Subjektivität prinzipiell in Frage stellt'²³⁵. Es ist dem Gesetzgeber damit zwar nicht

231. Das Grundgesetz hat sich damit bewußt von Art. 76 I 1 WRV abgesetzt, der die Verfassung der freien Änderbarkeit durch die Gesetzgebung unterwarf; vgl. zu Art. 76 WRV und dessen Auslegung Zülich, *Verbot* (Fußn. 230), 53 ff.

232. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 17. August 1956 – 1 BvR 2/51 = BVerfGE 5, 85, 204 ff.; BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 27. März 1974 – 2 BvR 38/74 = BVerfGE 37, 57, 65. Ähnlich auch Maunz/Dürig/Herzog, Art. 20 Rdnr. 28 und Art. 79 Rdnr. 29; Peters, Festgabe f. Giacometti, 1953, 230 und 232.

233. Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Dezember 1953 – 1 BvL 106/53 = BVerfGE 3, 225, 232 ff.; Maunz/Dürig/Herzog, Art. 79, Rdnr. 26; Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin 1953, 98 ff. Anderer Ansicht allerdings Zülich, *Verbot* (Fußn. 230), 115 ff.; der Art. 79 Abs. 3 GG nicht als unabänderbar ansieht. Zülich ist aber insofern inkonsequent, als er argumentiert, 'daß die Anerkennung des Volkswillens im Rahmen eines demokratischen Ordnungsdenkens zugleich Unabänderbarkeitsklauseln in einer freiheitlich-demokratischen Verfassung ausschließt' (122; Hervorhebung d. Verf.). Der Verweis auf das Erfordernis einer demokratischen Gesinnung zeigt, daß Zülich selbst von bestimmten unveränderlichen, vorgegebenen Verfassungswerten ausgeht.

234. So auch Peters, Festgabe für Giacometti, 233 f.; Comes, *Raum* (Fußn. 5), 115 f. Im übrigen ähnelt die obige Unterscheidung der von Carl Schmitt zu Art. 76 WRV eingeführten Differenzierung zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz vgl. ders., *Verfassungslehre*, München 1928, 3 ff., 11 ff., 20 f.

235. BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1970 – 2 BvF 1/69 u.a. = BVerfGE 30, 1, 26.

verwehrt, Recht zu schaffen, dem sich der Bürger 'ohne Rücksicht auf seine Interessen (. . .) fügen muß'²³⁶. Es wäre aber mit der Menschenwürde und dem daraus abgeleiteten Postulat der 'Subjektqualität' schwer zu vereinbaren, wenn der Staat Gesetze trotz derogierenden Gewohnheitsrechtes mit aller Gewalt durchsetzen wollte. Ein Gesetz, das von keinem Adressaten mehr beachtet wird, hat keinen Anspruch auf Durchsetzung mehr. Würden der Staat und seine Organe dennoch auf Einhaltung eines solchen Gesetzes pochen, würde damit ein Denken offenbar, das den Bürger ausschließlich als Objekt der Gesetzgebung ansieht. Der Schutz der Menschenwürde gebietet daher einen Verzicht auf den Vollzug von Gesetzen um jeden Preis. Statt dessen muß die Subjektqualität aller Adressaten eines Gesetzes zumindest dann akzeptiert werden, wenn sie die Vorschriften übereinstimmend nicht anwenden oder von sich aus abweichende Regelungen schaffen.

c. – Die Unterscheidung von Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG)

Art. 20 Abs. 3 GG unterscheidet zwischen Recht und Gesetz: Hiernach sind die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung 'an Gesetz und Recht gebunden'²³⁷. Das Bundesverfassungsgericht geht in Übereinstimmung mit der verfassungsrechtlichen Literatur davon aus, daß mit dieser Regelung 'ein enger Gesetzespositivismus' abgelehnt wird²³⁸. Das BVerfG führt in seinem Beschluß vom 14. Februar 1973 hierzu näher aus: 'Die Formel hält das Bewußtsein aufrecht, daß sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken. Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag (. . .)'²³⁹.

Das BVerfG geht hier offensichtlich davon aus, daß es neben dem Gesetz eine andere Rechtsquelle gibt, deren Normen auch derogierende und gesetzliche Regelungen korrigierende Wirkung haben können. Allerdings betont das BVerfG in seinem Beschluß, daß es die Aufgabe der Rechtsprechung sei, solches 'Recht' zu finden; auf gewohnheitsrechtliche Normen geht das BVerfG nicht ein. Dementsprechend versteht das BVerfG unter 'Recht' im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG primär die der verfassungsmäßigen Ordnung immanenten Wertvorstellungen²⁴⁰, nicht aber das Gewohnheitsrecht.

Allerdings verweist die verfassungsrechtliche Kommentarliteratur²⁴¹ darauf,

236. BVerfGE 30, 1, 26.

237. Angesichts des Wortlautes von Art. 20 III GG ist der häufig verwendete Begriff der 'Gesetzmäßigkeit der Verwaltung' unglücklich. Nichtsdestotrotz findet er sich auch im neueren staatsrechtlichen Schrifttum; vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 VI, 32.

238. BVerfG, Beschluß des Ersten Senats vom 14. Februar 1973 – 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 286. Ähnlich auch Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 Rdn. VI, 54; Benda, *Der soziale Rechtsstaat*, in: ders./Maihofer/Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts*, Bd. 1, Berlin 1984, 477, 487.

239. BVerfGE 34, 269, 287.

240. Ähnlich auch BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 14. Februar 1968 – 2 BvR 557/62 – BVerfGE 23, 98, 106 f.

241. So insbesondere Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 VI, 52.

daß der Begriff des 'Rechts' in Art. 20 Abs. 3 GG nicht das Gewohnheitsrecht umfasse. Diese Rechtsquelle sei als 'Gesetz' einzustufen. Denn man könne sich nicht vorstellen, daß das Grundgesetz mit 'Recht' das Gewohnheitsrecht bezeichne, obwohl es sonst nirgendwo auf die Gewohnheit eingehe. Dagegen spricht aber bereits Art. 20 Abs. 3 GG, der von 'Gesetzgebung' und sich hiermit ausschließlich auf (Bundes- oder Landes-)Gesetze, nicht aber auf das Gewohnheitsrecht bezieht. Dementsprechend geht die herrschende Meinung in Rechtsprechung²⁴² und Literatur²⁴³ davon aus, daß sich der Begriff des 'Rechts' in Art. 20 Abs. 3 GG auch auf das Gewohnheitsrecht bezieht.

d. – Der Gedanke der Volkssouveranität (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG)

Nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Mit dieser Aussage ist gleichzeitig der Konflikt zwischen Gesetz und Gesellschaft entschieden: *In dubio pro populo*. Wenn ein Gesetz von allen abgelehnt und von niemandem mehr angewendet wird, hat diese Rechtsnorm keine Existenzberechtigung mehr.

Allerdings könnten sich aufgrund von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG Bedenken an der Richtigkeit dieser Argumentation ergeben. Nach dieser Vorschrift kann die Staatsgewalt vom Volk nur unmittelbar in Wahlen und Abstimmungen sowie mittelbar durch besondere Organe ausgeübt werden. Fraglich ist, ob die Derogation mit diesem Modell einer repräsentativen Demokratie vereinbar ist²⁴⁴.

Hier ist zu beachten, daß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nur die 'normalen' und 'ordentlichen' Ausprägungen des 'pouvoir constituant' umschreibt. Nicht geregelt ist dort die außergewöhnliche Krisensituation, daß ein Gesetz von niemandem angewendet wird bzw. sich von unten her gesetzwidriges Gewohnheitsrecht bildet. Im übrigen läßt sich aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ein Schluß *a minore ad maiorem* ziehen: Wenn das Volk bereits mit einfacher Mehrheit über Wahlen und Abstimmungen seine Souveranität ausüben kann, so kann der übereinstimmende Wille aller nicht ohne Wirkung bleiben. Letztendlich könnte diesem Ergebnis auch durch eine erweiterte Auslegung des Begriffs 'Abstimmung' Rechnung getragen werden, die darunter auch eine gewohnheitsrechtlich verbindliche Interaktion der Bürger subsumiert²⁴⁵.

3. – Rechtstheoretische Konsequenzen

a. – Vorrang der Selbst- gegenüber jedweder Fremdregulierung

So selten derogatorisches Gewohnheitsrecht auch *in praxi* scheinbar vorkommen mag²⁴⁶, so sehr zeigt die bloße Möglichkeit seiner Existenz die Grenzen des

242. BVerwG, Urt. v. 21.9.1966 – VC 155.65 = BVerwGE 25, 72, 76; BSG, Urt. v. 4.12.1959 – 3 RJ 201/56 = BSGE 11, 126, 128 u.a.

243. So etwa Großkomm. zum HGB/Ratz, § 346 Anm. 7; Wieacker, JZ 1961, 342; weitere Nachweise bei Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht* (Fußn. 6), 129 Fußn. 214.

244. Zweifelnd Tomuschat, *Verfassungsgewohnheitsrecht* (Fußn. 6), 105 ff.

245. Allerdings würde eine solche Auslegung nicht der herrschenden Meinung entsprechen, die darunter nur die im Grundgesetz ausdrücklich erwähnten Möglichkeiten für Volksentscheide und Volksbegehren versteht (vgl. Art. 29, 118). Diese Auffassung ist allerdings seit Bestehen des Grundgesetzes immer wieder heftig kritisiert worden; vgl. hierzu Maunz/Dürig/Herzog, Art. 20 II Rdnr. 42 ff.

246. Den Nachweis dafür, daß Derogation bedeutungslos geworden sei, ist die herr-

Gesetzesrechts auf: Fremdbestimmtes Recht verliert seine Wirksamkeit, wenn die Adressaten dieses Rechtes ihm nicht mehr zustimmen und die Anerkennung versagen. Umgekehrt hat im Zweifelsfall das selbst geschaffene Recht der Bürger Vorrang vor jedweden Gesetzesrecht.

Damit kann das bereits von Puchta betonte 'Dogma' der Gleichrangigkeit von Gewohnheitsrecht und Gesetz nicht mehr aufrechterhalten werden: Wenn bei einem Widerstreit beider Rechtsquellen das Gewohnheitsrecht obsiegt, kommt diesem auch der Vorrang zu. Gesetzesrecht steht demnach im Rang unter dem Gewohnheitsrecht²⁴⁷.

Recht entwickelt sich daher auch grundsätzlich 'von unten her'. Die originäre Rechtssetzungsbefugnis steht der Gesellschaft und nicht dem staatlichen Gesetzgeber zu. Dabei ist allerdings zu beachten, daß die Gesellschaft ihre Rechtssetzungsbefugnis in der heutigen Zeit durch Wahlen weitgehend auf den Gesetzgeber delegiert hat. Eine solche 'Delegation' ist aber jederzeit widerruflich; sofern derogierendes Gewohnheitsrecht vorliegt, haben die Bürger selbst wieder ihre ureigene Zuständigkeit für die Schaffung von Recht wahrgenommen und dem Gesetzgeber die (abgeleitete) Kompetenz entzogen.

b. – Verbindung mit der Anerkennungstheorie

Das Prinzip der Derogation hat gleichzeitig eine starke und bislang noch nicht untersuchte Beziehung zur sog. Anerkennungstheorie. Nach dieser Theorie²⁴⁸ bedarf jede Rechtsnorm zu ihrer Geltung der Anerkennung durch ihre Adressaten; ohne diese Anerkennung könne eine Norm nicht rechtsverbindlich werden.

Die Richtigkeit dieser – heftig umstrittenen²⁴⁹ – Theorie wird zumindest partiell durch die obige Argumentation bestätigt: Es bedarf zwar nicht für jede Rechtsnorm einer Anerkennung durch die Betroffenen. Es kann vielmehr in einem demokratischen Rechtsstaat davon ausgegangen werden, daß die Betroffene

schende Meinung noch schuldig. Angesichts der heutigen Möglichkeiten der Rechtstatensachenforschung könnten umfangreiche Untersuchungen durchaus den Nachweis erbringen, daß sich innerhalb der Bevölkerung zumindest partiell ein 'Gegen-Recht' entwickelt hat, das zur Nichtigkeit gesetzlicher Regelungen führen kann. Vgl. hierzu auch Sturm, *Revision* (Fußn. 27), 226 f. sowie für ähnlich gelagerte Probleme im 16. Jahrhundert Diestelkamp, *Das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht im 16. Jahrhundert*, in: *Rechtshistorische Studien*, Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet, Köln 1977, 1 ff. (insbes. 32 f.).

247. Diese Akzentuierung trifft sich mit soziologischen Überlegungen von Fuller, *Law as instrument of social control and Law as a facilitation of human interaction*, in: Beiheft ARSP Nr. 8: Die Funktionen des Rechts, Wiesbaden 1984, 99 ff. Fuller geht davon aus, daß 'custom – in the sense of a pattern of reciprocal expectations arising out of past interactions – is not only an important direct source of law in modern society, but that our conceptions, and misconceptions, of it silently shape in many ways our attitudes toward the meaning of enacted law' (103).

248. Vgl. zu den verschiedenen Varianten der Anerkennungstheorie Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 1976, 284 ff.; Comes, *Raum* (Fußn. 5), 29 ff.; Küpper, *Rechtstheorie* 22 (1991), 76 ff. Den kirchenrechtshistorischen Hintergrund dieser Theorie beschreibt Ochmann, in: Beinert (Hg.), *Glaube* (Fußn. 44), 138 ff. und Potz, *Die Geltung kirchenrechtlicher Normen, Prolegomena zu einer kritisch-hermeneutischen Theorie des Kirchenrechts*, Wien 1978, 124 ff.

249. Siehe etwa Welzel, *An den Grenzen des Rechts, Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Köln 1966, 13, 20 f.; Krawietz, *Sind Zwang und Anerkennung Strukturelemente der Rechtsnorm?*, in: *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, 1988, 315 ff.

nen durch die Wahl einer bestimmten Regierung auch ihre Zustimmung zu deren Gesetzgebungsaktivitäten abgegeben haben. Sofern ein demokratisch legitimierter Gesetzgeber die Vorgaben der Verfassung beachtet, kann er sich auf eine Vermutung des Inhalts stützen, daß die Bürger die von ihm erlassenen Gesetze akzeptieren²⁵⁰.

Diese Vermutung ist jedoch widerlegbar. Sie ist gerade dann entkräftet, wenn sich derogierendes Gewohnheitsrecht bildet. Denn gerade hierdurch machen die Betroffenen deutlich, daß sie das Gesetz nicht als rechtsverbindlich anerkennen. Wenn die Voraussetzungen für eine Derogation vorliegen, ist daher von einer Nichtigkeit einer Rechtsvorschrift mangels Anerkennung auszugehen.

Die bloße Nichtbefolgung von Normen reicht allerdings nicht aus, um eine Gesetzesnorm unwirksam zu machen; denn dieses rein tatsächliche Verhalten kann auch auf der Überzeugung beruhen, daß eine Vorschrift grundsätzlich zu befolgen ist. Zu Recht hat daher Radbruch²⁵¹ bereits darauf hingewiesen, daß ein Verbrecher gerade durch die Begehung einer Straftat die Anerkennung des verletzten Gesetzesrechtes erklären kann.

Von dem Fehlen einer Anerkennung der Norm ist demnach erst dann auszugehen, wenn die Nichtbefolgung von den Betroffenen in der Überzeugung und mit dem Willen erfolgt, daß die Norm nicht mehr verbindlich sei. Das Derogationsprinzip präzisiert insofern die Anerkennungstheorie, in dem es nicht die Geltung jeder Gesetzesnorm von der faktischen Anerkennung oder Nichtanerkennung, sondern von restriktiveren Voraussetzungen abhängig macht.

c. – Plädoyer für das Gewohnheitsrecht

Abschließend sei auf die wichtigste Konsequenz der bisherigen Ausführungen hingewiesen: Das Gewohnheitsrecht ist als Rechtsphänomen ernster zu nehmen. Das bereits anfänglich konstatierte Unbehagen der herrschenden Meinung gegenüber dem Gewohnheitsrecht hat dazu geführt, daß das Nachdenken über Gewohnheitsrecht gerade in den letzten Jahrzehnten zum Stillstand gekommen ist. Der Diskussionsfaden sollte gerade im Zeitalter einer zunehmenden Vergesetzlichung wiederaufgenommen werden und um Beiträge zu rechtstheoretischen, rechtsdogmatischen und rechtstatsächlichen Problemen des Gewohnheitsrechts ergänzt werden. Nur so kann das Verdikt von Rümelin über die gewohnheitsrechtliche Literatur aus der Welt geschafft werden: 'Was man in den Lehrbüchern darüber findet, ist unbefriedigend und zum Teil widersprüchlich'²⁵².

250. Ähnlich auch Comes, *Raum* (Fußn. 5), 31.

251. *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. 1973, 174. Vgl. hierzu auch die Ausführungen bei Küpper, *Rechtstheorie* 22 (1991), 79.

252. M. Rümelin, *Kraft* (Fußn. 18), 7.