

Dietrich Ostertun

# Gewohnheitsrecht in der Europäischen Union

Eine Untersuchung der normativen Geltung  
und der Funktion von Gewohnheitsrecht  
im Recht der Europäischen Union



PETER LANG

Europäischer Verlag der Wissenschaften

**EM**

# INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis.....	17
<b>A. Einleitung.....</b>	<b>25</b>
<b>B. Der Begriff des Gewohnheitsrechts</b>	
<b>Etymologie und Geltungslehren.....</b>	<b>29</b>
I. Der Begriff des 'Gewohnheitsrechts' im deutschen Sprachgebrauch.....	29
1. 'Gewohnheitsrecht' in der Etymologie.....	29
2. 'Gewohnheitsrecht' im deutschen Recht.....	30
a) Dichotomie in der deutschen Begrifflichkeit.....	30
b) Gewohnheitsrecht im weiten Sinne.....	31
c) Gewohnheitsrecht im engen Sinne.....	32
aa) Übung.....	34
bb) Gestattung.....	37
cc) Subjektives Element.....	40
(1) Übungstheorien.....	40
(2) Überzeugungstheorien.....	41
(3) Willenstheorien.....	43
(4) Phasenmodelle.....	44
dd) Personenkreis.....	45
ee) Mitwirkung der Gerichte.....	48
(1) Konstitutive Wirkung.....	49
(2) Deklaratorische Wirkung.....	51
ff) Rationabilität.....	54
gg) Formulierbarkeit.....	56
hh) Zwischenergebnis.....	57
II. Der Begriff des Gewohnheitsrechts im Völkerrecht.....	57
1. Eigenständige völkerrechtliche Begriffsbildung.....	57
a) Übung.....	58
b) Subjektives Element.....	61
aa) Objektiver Ansatz.....	62
bb) Rechtsschöpfungstheorien.....	63
(1) Vertragstheorie.....	64
(2) Vereinbarungslehre.....	65
(3) Selbstverpflichtungstheorie.....	66
(4) Gemeinsame Aspekte.....	67
cc) Rechtsanerkennungstheorien.....	67

	(1) Naturrechtliche Theorie.....	68
	(2) Psychologisch-phänomenologische Theorie .....	68
	(3) Grundnormtheorien.....	69
	(4) Vertrauensschutztheorie.....	70
	(5) Soziologische Theorie.....	70
	(6) Theorie des spontanen Gewohnheitsrechts.....	71
	(7) Gemeinsame Aspekte.....	72
	c) Träger des subjektiven Elements.....	73
	d) Umsetzung in innerstaatliches Recht.....	74
2.	Zwischenergebnis.....	75
III.	Übersicht und Festlegung des Untersuchungsgegenstandes.....	76
1.	Ausgangslage und Anforderungen.....	76
2.	Eignung eines weiten Gewohnheitsrechtsbegriffs.....	76
3.	Eignung einer einzelnen Gewohnheitsrechtslehre.....	77
4.	Eignung des vorherrschenden Gewohnheitsrechtsbegriffs.....	78
5.	Eignung einer Oberbegriffsdefinition des Gewohnheitsrechts.....	78
<b>C.</b>	<b>Geltung, Funktion und Voraussetzungen von Gewohnheitsrecht in der EU.....</b>	<b>83</b>
<b>I.</b>	<b>Übersicht der Aspekte und Kriterien.....</b>	<b>83</b>
II.	Einzelkriterien zur Funktion und Geltung.....	84
1.	Kriterien aus expliziten Vertragsbestimmungen der EU.....	84
a)	Relevanz.....	84
b)	Gewohnheitsrecht als unmittelbarer Regelungsinhalt.....	85
aa)	Begriffliche Erwähnung?.....	85
bb)	Vertragliche Rechtshandlungen der Organe als 'Gewohnheitsrecht'?.....	85
cc)	Rechtsprechung des EuGH als 'Gewohnheitsrecht' <sup>1</sup> ?.....	86
c)	Gewohnheitsrecht als mittelbarer Regelungsinhalt.....	88
aa)	Regelungen bezüglich der Normeigenschaft.....	88
(1)	Fehlen eines ausdrücklich abschließenden Normenkanons.....	88
(2)	Auslegung der Regelungen zu den Normarten.....	89
(a)	Art. NEUV.....	89
(b)	Enumeration von Normarten.....	92
(c)	Rechtsvergleichende Aspekte.....	93
(3)	Fazit.....	94
bb)	Regelungen bezüglich der Form.....	94
(1)	Formfreiheit unregelter Normtypen.....	94
(a)	Fehlen genereller Formvorschriften.....	94
(b)	Umgehung vertraglicher Formen.....	95

(2)	Gewohnheitsrecht anstelle vertraglicher Formen .....	96
(a)	Zweckwahrung bei der Veröffentlichung und Bekanntgabe .....	96
(b)	Zweckumgehung bei der Begründung .....	97
(c)	Zweckumgehung bei der Mitwirkung .....	99
(3)	Folgen der Vertragsumgehung für das Gewohnheitsrecht .....	102
(a)	Entstehung von vertragswidrigem Gewohnheitsrecht .....	102
(b)	Fortgeltung von vertragswidrigem Gewohnheitsrecht .....	104
(4)	Zwischenergebnis .....	106
cc)	Regelungen bezüglich der Übung .....	107
(1)	Relevanz .....	107
(2)	Prinzip der begrenzten Ermächtigung .....	107
(3)	Formale Ermächtigungsbegrenzung .....	108
(4)	Modale Ermächtigungsbegrenzung .....	108
(a)	Art. 189 EGV, 161 EAGV, 14EGKSV .....	108
(b)	Gemeinschaftsverträge insgesamt .....	109
(c)	Unregelte Handlungsformen .....	109
(d)	Kanon potentieller Handlungsformen .....	110
(e)	Kanon jeweilig zugewiesener Handlungsformen .....	111
(f)	Verhältnis des Gewohnheitsrechts zum Einzelermächtigungsprinzip .....	112
(5)	Inhaltliche Ermächtigungsbegrenzung .....	114
(6)	Fazit .....	115
d)	Zwischenergebnis .....	115
	Kriterien aus Zielen und Strukturprinzipien der EU .....	116
a)	Aspekte der Integration .....	117
aa)	Begriff und Regelung der Integration .....	117
bb)	Verhältnis des Gewohnheitsrechts zur Integration .....	118
(1)	Verfestigung von Entwicklungsvorgängen .....	118
(2)	Bindung von Neumitgliedern .....	119
(3)	Integrationsinhalte .....	121
(4)	Integrationspraxis .....	122
cc)	Fazit .....	124
b)	Aspekte der Dynamik und Flexibilität in der Weiterentwicklung .....	124
aa)	Begriff und Regelung der Dynamik .....	124

bb)	Verhältnis des Gewohnheitsrechts zur Dynamik.....	125
(1)	Gegensätzliche Wirkungen.....	125
(2)	Voraussetzungen eines Einklangs.....	125
(3)	"Positive" und "negative" Integration.....	127
cc)	Fazit.....	127
c)	Aspekte des Rechtsprinzips.....	127
aa)	Begriff und Regelung des Rechtsprinzips.....	127
bb)	Verhältnis des Gewohnheitsrechts zum Rechtsprinzip.....	128
(1)	Kontrollfunktion des Rechts.....	128
(2)	Justitiabilität des Gewohnheitsrechts.....	129
(3)	Anforderungen der allgemeinen Rechtsgrundsätze.....	130
cc)	Fazit.....	131
d)	Aspekte der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft.....	132
aa)	Begriff und Regelung.....	132
bb)	Funktionssicherung durch Gewohnheitsrecht.....	132
(1)	Bindungswirkung.....	132
(2)	Durchgriffswirkung.....	133
(3)	Vorrang des Gemeinschaftsrechts.....	134
(4)	Mehrheitsprinzip.....	135
cc)	Fazit.....	135
e)	Aspekte des Demokratieprinzips.....	136
aa)	Begriff und Regelung des Demokratieprinzips.....	136
bb)	Demokratische Legitimation des Gewohnheitsrechts.....	136
(1)	Parlamentarische Gestattung.....	136
(2)	Legitimation aus der Rechtsordnung.....	138
(3)	Legitimation durch die handelnden Organe.....	138
(4)	Materielle Legitimation.....	139
(5)	Unmittelbare Demokratie.....	139
cc)	Quorum.....	140
dd)	Fazit.....	140
f)	Aspekte des Prinzips der Gewaltenteilung.....	140
g)	Zwischenergebnis.....	141
aa)	Zusammenfassung.....	141
bb)	Folgen für die Geltung des Gewohnheitsrechts.....	142
3.	Sonstige Kriterien und Argumente.....	144
a)	EU-Recht als Spezialfall des Völkerrechts.....	144
b)	Keine Rechtsordnung ohne Gewohnheitsrecht.....	148
c)	Korrektivfunktion des Gewohnheitsrechts.....	150
d)	Vollständigkeit der Rechtsquellenlehre.....	152

aa)	Begriff der Rechtsquelle.....	152
bb)	Fehlen einer Legitimationswirkung.....	152
cc)	Deskription des Gewohnheitsrechts.....	153
(1)	Gewohnheiten "intralegem".....	153
(2)	Gewohnheiten "praeter"/" contra legem".....	154
dd)	Fazit.....	156
e)	Verdrängung im Bereich der Auslegung.....	157
aa)	Bereich der "doppelten Legitimierung".....	157
bb)	Usualinterpretationen.....	157
cc)	Sonstige Gewohnheiten bei der Auslegung.....	159
dd)	Fazit.....	159
f)	Aspekte der Geltung im philosophischen Sinn.....	160
g)	Zwischenergebnis.....	163
<b>III.</b>	<b>Ergebnisse und Schlußfolgerungen.....</b>	<b>165</b>
1.	Ergebnis für die normative Geltung eines europarechtlichen Gewohnheitsrechts.....	165
2.	Folgen für die Voraussetzungen eines europarechtlichen Gewohnheitsrechts.....	168
3.	Folgen für das Anwendungsspektrum eines europarechtlichen Gewohnheitsrechts.....	168
4.	Funktionen des europarechtlichen Gewohnheitsrechts.....	171
<b>D.</b>	<b>Eigener Ansatz.....</b>	<b>173</b>
<b>I.</b>	<b>Stellungnahme zur Geltung von Gewohnheitsrecht in der EU.....</b>	<b>173</b>
<b>II.</b>	<b>Stellungnahme zu den Voraussetzungen eines normativ geltende Gewohnheitsrechts in der EU.....</b>	<b>175</b>
<b>III.</b>	<b>Darstellung einer praktischen Gewohnheitsrechtstheorie.....</b>	<b>175</b>
1.	Zielsetzung.....	175
2.	Element der Übung.....	176
3.	Subjektives Element.....	177
4.	Element der Judikatur.....	178
5.	Formale Elemente.....	179
6.	Resultate.....	180
<b>IV.</b>	<b>Vergleich mit englischen und französischen Gewohnheitsrechts- theorien.....</b>	<b>181</b>
1.	Übersicht.....	181
2.	Englische Gewohnheitsrechtstheorien.....	182
a)	Grenzen der Rechtsvergleichung.....	182
b)	Rechtsquellen im englischen Recht.....	183
c)	Common law als Gewohnheitsrecht.....	185

	aa)	Begriff des 'Common law' <sup>1</sup> .....	185
	bb)	Normeigenschaft.....	187
	cc)	Form.....	189
	dd)	Konstitutionsmerkmale.....	190
	ee)	Zwischenergebnis.....	191
	d)	Customary law als Gewohnheitsrecht.....	192
	aa)	Begriff des 'Customary law'.....	192
	bb)	Normeigenschaft, Form und Konstitution.....	192
	cc)	Judikatur.....	196
		(1) "Judge-made-law"-Theorie.....	196
		(2) Kritik der "Modification"-Theorie.....	197
		(3) Fazit.....	200
	dd)	Vergleich mit der praktischen europarechtlichen Gewohnheitsrechtstheorie.....	201
3.		Französische Gewohnheitsrechtstheorien.....	202
	a)	Rechtsquellen im französischen Recht.....	202
	b)	Droh coutumier als Gewohnheitsrecht.....	203
	aa)	Begriff und Geschichte des 'Droit coutumier'.....	203
	bb)	Konstitutionsmerkmale.....	207
	cc)	Vergleich mit der praktischen europarechtlichen Gewohnheitsrechtstheorie.....	210
V.		Beispielhafte Anwendungen.....	211
	1.	Staatssekretäre als Vertreter von Ratsmitgliedern.....	212
	2.	Allgemeine Rechtsgrundsätze und Grundrechte.....	216
	a)	Normeigenschaft.....	216
	b)	Ungesetztheit.....	217
	c)	Verfestigte Verhaltensstruktur.....	218
	d)	Beimessung eines Rechtscharakters.....	218
	e)	Fazit.....	221
	3.	Implied powers.....	222
	a)	Begriff der Implied powers.....	222
	b)	Normeigenschaft.....	224
	c)	Ungesetztheit.....	224
	d)	Verfestigte Verhaltensstruktur.....	226
	e)	Beimessung eines Rechtscharakters.....	228
	4.	Zwischenergebnis.....	228
VI.		Fazit und Ausblick.....	229

<b>E. Zusammenfassung.....</b>	<b>231</b>
<b>Summary.....</b>	<b>233</b>
<b>Resume.....</b>	<b>235</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>237</b>