

Veronika C. Tiefenthaler

# **Gewohnheit und Verfassung**



**Nomos**

**facultas.wuv**

# Inhalt

Danksagung.....	3
Inhalt.....	5
Abkürzungsverzeichnis.....	11
1. Kapitel: Einleitung.....	17
2. Kapitel: Terminologische Vorbemerkungen.....	21
I. Das gesatzte und nicht-gesatzte Recht.....	21
II. Eigenständigkeitstheorie — Anerkennungstheorie.....	22
III. Entstehungsvoraussetzungen für Gewohnheitsrecht.....	23
1. Allgemeines.....	23
2. <i>Consuetudo</i> .....	24
3. <i>Opinio iuris</i> .....	26
4. Beteiligter Personenkreis.....	27
5. Fazit.....	29
3. Kapitel: Historische Entwicklung.....	31
I. Einführung.....	31
II. Das Recht vorschriftlicher Kulturen - Anfang des Gewohnheitsrechts?.....	32
III. Das Gewohnheitsrecht im römischen Reich.....	33
IV. Das Gewohnheitsrecht im Mittelalter.....	35
V. Die Rezeption des römischen Rechts - Ende des Gewohnheitsrechts?.....	38
1. Gewohnheitsrecht im kontinentaleuropäischen Raum.....	38
2. Gewohnheitsrecht und <i>common law</i> .....	39
VI. Das Gewohnheitsrecht in der Neuzeit - zwischen dem Aufkommen des Naturrechts und der Gegenwart.....	41
4. Kapitel: Theoretische Überlegungen zu möglichen Geltungsgrundlagen von Gewohnheitsrecht.....	46
I. Vorbemerkungen zu Methode und Theorierahmen.....	46
II. Reine Rechtslehre <i>Kelsens</i> .....	47
1. Das Gewohnheitsrecht nach der Reinen Rechtslehre.....	47
2. Verankerung des Gewohnheitsrechts in der Grundnorm.....	48

III. Die normative Kraft des Faktischen <i>Jellineks</i> .....	50
IV. Die Anerkennungstheorie <i>Hans</i> .....	53
V. Der vertragliche Geltungsgrund.....	57
VI. Das Gewohnheitsrecht selbst als Geltungsgrund.....	60
VII. Fazit.....	61
5. Kapitel: Gewohnheitsrecht im Kanon der Rechtsdisziplinen.....	62
I. Einführung.....	62
II. Einteilung nach Rechtsgebieten.....	62
1. Allgemeines.....	62
2. Privatrecht.....	62
3. Öffentliches Recht.....	66
4. Strafrecht.....	67
5. Kirchenrecht.....	68
6. Unionsrecht.....	68
7. Völkerrecht.....	71
III. Einteilung nach dem räumlichen und persönlichen Geltungsbereich.....	75
6. Kapitel: Gewohnheitsrecht im Kanon des Stufenbaus der Rechtsordnung.....	77
I. Einführung.....	77
II. Materielles und formelles Verfassungsgewohnheitsrecht.....	77
III. Gesetzesergänzendes und gesetzesänderndes Gewohnheitsrecht.....	80
1. Allgemeines.....	80
2. Gewohnheitsrecht <i>contra legem</i> .....	80
3. Gewohnheitsrecht <i>praeter legem</i> .....	83
a. Allgemeines.....	83
b. Die Rechtslücke als Voraussetzung für die gesetzesergänzende Wirkung des Gewohnheitsrechts.....	84
c. Die rechtslückenfüllende Funktion des Gewohnheitsrechts als Problem der Rechtssicherheit?.....	85
IV. Gesetzliches und außergesetzliches Gewohnheitsrecht.....	87
V. Starres und bewegliches Verfassungsgewohnheitsrecht.....	88
7. Kapitel: Kategorisierung und Abgrenzung des Gewohnheitsrechts im Kanon möglicher Rechtserscheinungsformen.....	90
I. Einführung.....	90
II. Ungeschriebenes Recht.....	92

III. Rechtsgrundsätze.....	92
IV. Observanz.....	95
V. Herkommen.....	96
VI. Mitgesetztes Verfassungsrecht.....	97
VII. Obsoleszenz.....	98
VIII. Richterrecht.....	100
1. <i>De iure / de facto</i> Wirkung.....	100
2. Richterliches Gewohnheitsrecht durch Gerichtsgebrauch? .....	105
3. Gewohnheitsrecht nur bei Anerkennung eines staatlichen Organs?.....	107
4. Fazit.....	110
IX. Verwaltungsbrauch.....	110
X. Rechtsgewohnheit.....	112
XI. Verfassungspraxis.....	112
XII. Fazit.....	113
8. Kapitel: Interpretation des Gewohnheitsrechts.....	115
I. Einführung.....	115
II. Auslegung nach den herkömmlichen Interpretationsmethoden .....	115
III. Praktische Bedeutung der Interpretation des Gewohnheitsrechts ....	119
9. Kapitel: Gewohnheitsrecht in der österreichischen Rechtsordnung .....	122
I. Einführung.....	122
II. Gewohnheitsrecht als Rechtsbegriff.....	123
III. Gewohnheitsrecht in der Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts.....	126
IV. Die These von der relativen Geschlossenheit des Rechtsquellensystems.....	130
1. Allgemeines.....	130
2. Die Rechtsquellen nach Erzeugungstatbestand und Rechtsschutzregeln.....	131
3. Die „relative“ Geschlossenheit.....	138
4. Rechtstypenzwang.....	139
5. Zwischenresümee.....	141
V. Das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle des B-VG?.....	142
1. Allgemeines.....	142
2. Die „geschriebene“ Bundesverfassung als Anknüpfungspunkt....	142
3. Mögliche Erzeugungstatbestände im B-VG.....	143
a. Allgemeines.....	143

b. Art 1 B-VG.....	144
c. Implizite Verankerung des Gewohnheitsrechts im B-VG? . . .	145
aa. Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle 1920.....	145
bb. Bedenken aus baugesetzlicher Sicht.....	149
a. Demokratisches Prinzip.....	149
ß. Rechtsstaatliches Prinzip.....	151
aa. Rechtsschutz.....	151
ßß. Rechtssicherheit.....	154
4. Exkurs: Verfassungswidrigkeit der Einsetzung von Gewohnheitsrecht durch den einfachen Gesetzgeber.....	155
VI. Einsetzung des Gewohnheitsrechts in der Grundnorm.....	157
VII. Mögliche Beispiele für Verfassungsgewohnheitsrecht.....	157
1. Einstimmigkeitsprinzip der Bundesregierung.....	157
2. Rücktrittserklärung der Bundesregierung.....	163
3. Recht auf die gesetzliche „Behörde“.....	163
VIII. Fazit.....	165
10. Kapitel: Gewohnheitsrecht in der Rechtsordnung des Vereinigten Königreichs.....	167
I. Einführung.....	167
II. Entstehungsvoraussetzungen.....	168
III. Lehrmeinung zum Gewohnheitsrecht.....	171
IV. Beispiele für Verfassungsgewohnheitsrecht.....	171
V. Verfassungsgewohnheitsrecht - Abgrenzung zu den übrigen Verfassungsrechtsquellen.....	172
1. Allgemeines.....	172
2. Die ungeschriebene Verfassung des Vereinigten Königreichs. . . .	172
3. Verfassungsrecht im Sinne von <i>legal rules</i> .....	175
a. <i>Statute law</i> .....	175
b. <i>Orders in Council</i> und delegierte Gesetzgebung.....	176
c. <i>Common law</i> .....	176
d. <i>Law and customs of Parliament</i> .....	177
4. Verfassungsrecht im Sinne von <i>non-legal rules</i> .....	178
a. <i>Constitutional Conventions</i> .....	178
aa. Allgemeines.....	178
bb. Entstehungsvoraussetzungen für <i>Conventions</i> .....	179
cc. Sinn und Zweck von <i>Conventions</i> .....	182
dd. Beispiele für <i>Conventions</i> .....	183
ee. <i>Conventions</i> als <i>non-legal rules</i> .....	184

ff. Übergang einer <i>Convention</i> zu positivem Recht .....	185
gg. Übergang einer politischen zu einer rechtlichen Verfassung?.....	187
b. Gewohnheiten und Übungen.....	190
VI. Der Rang von Gewohnheitsrecht im Stufenbau der Rechtsordnung.....	190
1. Einführung.....	190
2. Parlamentssoveränität.....	191
3. Gewohnheitsrecht als untergeordnete Rechtsquelle.....	193
VII. Fazit.....	193
11. Kapitel: Eine verfassungsvergleichende Betrachtung Österreichs und des Vereinigten Königreichs zum Gewohnheitsrecht .....	195
I. Einführung.....	195
II. Eine zusammenfassende Bestandsaufnahme.....	195
III. Eine Gegenüberstellung der <i>Conventions</i> im Vereinigten Königreich mit der Verfassungspraxis in Österreich.....	197
1. Allgemeines.....	197
2. Beispiele für die Verfassungspraxis in Österreich.....	198
3. Ist die Verfassungspraxis in Österreich mit den <i>Conventions</i> gleichzusetzen?.....	200
4. Der Übergang einer Verfassungskonvention zu positivem Recht.....	202
12. Kapitel: Gewohnheitsrecht - <i>Quo vadis?</i> .....	205
Literaturverzeichnis.....	209