



# Kontinuitätsargumente

- I. Gewohnheitsrecht
- II. Ständige Rechtsprechung
- III. Lateinische Prinzipien
- IV. Neues Recht im bewährten System
- V. Altes Recht in neuem (Gesetzes)Gewand
- VI. Wahre Zwecke eines Rechtsinstituts

# Was ist heute Gewohnheitsrecht?

- Im Zivilrecht (Sammlung aus Lit. u. Rsp)
  - Kaufmännisches Bestätigungsschreiben (BGHZ 188, 128)
  - Auskunftsansprüche, z.B. im Urheberrecht, Verfestigung eines Gedankens aus § 242 BGB
  - Provisionsanspruch des Versicherungsvermittlers (BGH NJW 2014, 3360)
  - FIS-Regeln (?)
  - Unterlassensanspruch bei Rechtsverletzung (?)
  - Ausgleichsanspruch bei Verletzung des APR
  - Sicherungsübereignung (?)
  - Anwartschaftsrecht (?)
  - Freigabepflicht bei revolvingierenden Globalsicherheiten (?)
  - Auf den Todesfall aufgeschoben bedingte Schenkung als Rechtsgeschäft unter Lebenden (?)
  - Recht auf Totenfürsorge der nahen Angehörigen

# Was ist heute Gewohnheitsrecht?

- Weitere Beispiele
  - Beweis des ersten Anscheins
  - Pflicht als Anwalt vor Gericht eine Krawatte zu tragen
  - Staatenimmunität (Völkergewohnheitsrecht; relevant bei Klagen von Anlegern)

# Theorie

- Als Voraussetzungen gelten traditionell
  - lange Übung (*longa consuetudo*)
  - allgemein verbreitete Überzeugung der Gültigkeit (*opinio necessitatis*)
  - Ggf: Formulierung in Form eines Rechtssatzes
  - Ggf. Absicherung in grundlegenden Rechtssätzen (so Puchta)

# Beispiel aus der Rechtsprechung

Lange Übung?

Dem Grundsatz, dass im Handelsverkehr der Empfänger eines **kaufmännischen Bestätigungsschreibens** unverzüglich widersprechen muss, wenn er den Inhalt nicht gegen sich gelten lassen will, liegt ein Handelsbrauch zugrunde, der zwischenzeitlich zu Gewohnheitsrecht geworden ist und im persönlichen Anwendungsbereich nicht mehr auf Kaufleute beschränkt ist (**Erman/Armbrüster, BGB, 12. Aufl., § 147 Rn. 5 f.; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 38. Aufl., § 346 Rn. 120; BGH, Urteil vom 27. Oktober 1953 - I ZR 111/52, BGHZ 11, 1, 4**). Die Pflicht zum sofortigen Widerspruch **wird** aus im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen und auch aus den Grundsätzen von Treu und Glauben **abgeleitet** (RGZ 54, 176; 95, 96; 129, 347, 349). **Innere Rechtfertigung** erlangt die Dogmatik vom Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben im Wesentlichen über die Argumentation von Vertrauensschutz bzw. Verkehrsschutz innerhalb der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre (vgl. dazu MünchKommBGB/Kramer, 5. Aufl., § 151 Rn. 19 ff.). (BGH, Urteil vom 27. Januar 2011 – VII ZR 186/09 –, BGHZ 188, 128-149, Rn. 22)

Allgemeine  
Überzeugung von  
der Gültigkeit?

# Beispiel aus der Rechtsprechung

Dem Grundsatz, dass im Handelsverkehr der Empfänger eines **kaufmännischen Bestätigungsschreibens** unverzüglich widersprechen muss, wenn er den Inhalt nicht gegen sich gelten lassen will, liegt ein

„Wenn ein Strafverteidiger vor einer Großen Strafkammer eines bayerischen Landgerichts mit weißem T-Shirt unter der offenen Robe erscheint, kann er für den Termin zurückgewiesen werden. Der Rechtsanwalt hat damit gegen seine **Verpflichtung, vor Gericht Amtstracht zu tragen** verstoßen, die beinhaltet, dass er **unter seiner Robe jedenfalls Hemd und Krawatte** zu tragen hat. Dies ergibt sich in Bayern, wo eine gesetzliche Regelung insofern fehlt, **aus bundeseinheitlichem Gewohnheitsrecht**. Ein Auftritt mit T-Shirt vor einer Großen Strafkammer ist mit der **Stellung des Verteidigers** nicht zu vereinbaren“  
(OLG München, Beschluss vom 14. Juli 2006 – 2 Ws 679/06 –, juris)

zeitlich zu Gewohnheitsrecht  
wendungsbereich nicht mehr auf  
üster, BGB, 12. Aufl., § 147 Rn. 5 f.;  
ufl., § 346 Rn. 120; BGH, Urteil  
GHZ 11, 1, 4). Die Pflicht zum  
ndelsverkehr geltenden  
uch aus den Grundsätzen von Treu  
95, 96; 129, 347, 349). Innere  
m Schweigen auf kaufmännische  
n über die Argumentation von  
innerhalb der allgemeinen  
nKommBGB/Kramer, 5. Aufl., § 151

ZR 186/09 –, BGHZ 188, 128-149,

# Beispiel aus der Kommentarliteratur

„Wer unter Verstoß gegen ein Schutzgesetz ein fremdes Rechtsgut beeinträchtigt, ist analog § 1004 verpflichtet, die fortwirkende Beeinträchtigung zu beseitigen. Das ist seit RG 60, 6, 7 stRspr und **heute Gewohnheitsrecht** (BGH 30, 7, 14; LM Nr 6 zu § 812 BGB; LM Nr 132 zu § 1004 BGB; RG 116, 151, 153; 148, 114, 119; 163, 210, 214ff; Brehm/Berger § 7 Rn 10; Baur/Stürner § 12 Rn 3).“  
(Ebbing in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1004 BGB, Rn. 10)

Lange  
Übung?

Allgemeine  
Überzeugung  
der Geltung?

Ständige Rechtsprechung als Anzeichen für  
Gewohnheitsrecht?

Gelegentlich ausführliche Diskussion mit Rückgriff auf die  
klassischen Kategorien (zB Registereintrag mit Dokortitel)

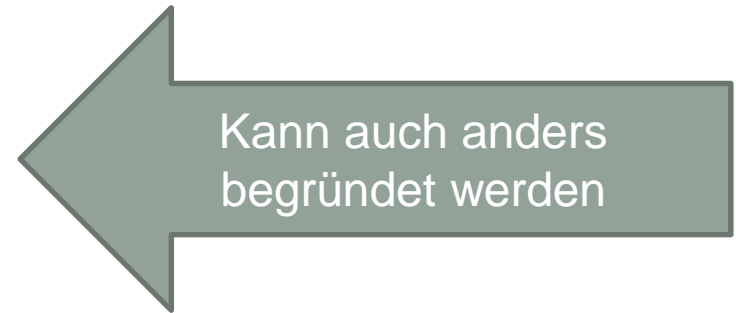


# Noch Platz für Gewohnheitsrecht?

- Partikulares Gewohnheitsrecht gefährdet die Rechtseinheit
  - Kodifikationsidee
- Gewohnheitsrecht ist heute in Wahrheit Richterrecht
  - Leugnen der Existenz, enge Definition
- Art. 2 EGBGB
- Art. 20 III GG

# Beispiel aus der theoretischen Literatur

„Grundsätzlich wird das Verhältnis von Gewohnheitsrecht und Gesetz dahin bestimmt, dass beides gleichrangig sein soll. Es gibt also **derogierendes Gewohnheitsrecht**. Das **wichtigste Beispiel** ist die im Widerspruch zum BGB entstandene **Sicherungsübereignung**.“  
(Röhl, Allgemeine Rechtslehre, <sup>2</sup>2001, § 66 I, S. 526)



Auch wenn man an diese antiquierten Erfordernisse keine zu hohen Anforderungen stellt, wird man **kaum Beispiele für Gewohnheitsrecht** finden. Gewohnheitsrecht gehört nicht nur zu den frühen Stufen der Rechtsentwicklung; es bildet sich vor allem in kleinen und übersichtlichen, räumlichen und personellen Verhältnissen  
(Staudinger/Heinrich Honsell (2013) Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rn. 234)

# Ist das schon/noch Gewohnheitsrecht?

- Tatsächlich geübte Praxis?
  - Eintragung von Dokortitel in Partnerschaftsregister u. Handelsregister (+)
  - Eintragung in Personenstandsregister (-)
- Ggf. Änderungsabsicht des Gesetzgebers bei früher festgestelltem Gewohnheitsrecht
- Bloße Auslegung einer Norm bzw. Konkretisierung einer Generalklausel

# Konsequenzen der Anerkennung als Gewohnheitsrecht

- Bindungswirkung (zB nicht bei der Düsseldorfer Tabelle)
  - Anders als bloße Auslegung
- Braucht keine gesetzliche Grundlage (mehr)
- § 293 ZPO – Gewohnheitsrecht ist dem Beweis zugänglich (kein generelles *iura novit curia*)
  - Ermittlungsfehler sind Verfahrensfehler!

# Gewohnheit und Wegerechte

Die Anerkennung von Gewohnheitsrecht stammt aus der Zeit **vor schriftlicher Festsetzung** geltender Normen (dazu Raisch, ZHR 150, 121). Gewohnheitsrecht entfällt, sobald und soweit **entgegenstehendes gesetztes Recht** in Kraft tritt (BGHZ 1, 369 = NJW 1951, 800; BGHZ 37, 219, 224 = NJW 1962, 2054). Für den Fall der Wegerechte ergibt sich aus § 873 I BGB, dass diese seit dem 1. 1. 1900 **nur durch Eintragung** im Grundbuch begründet werden können. Im Übrigen bedürfte es zumindest eines schuldrechtlichen Vertrags der Parteien (§ 311 I BGB). Für unregelte Zwangslagen sieht das BGB seit 1900 ein Notwegerecht vor (§ 917 I BGB). In diesem System ist für das Gewohnheitsrecht als Anspruchsgrundlage **kein Raum mehr** eröffnet.  
AG Neuruppin, Urt. v. 29. 4. 2005 - 42 C 37/04

- aus der Zeit gefallen
- Vorrang des Gesetzes
- Ggf.: *numerus clausus* der Sachenrechte
- Keine Regelungslücke

# Gewohnheit und Wegerechte

Beispiel für “klassisches”  
Gewohnheitsrecht

Bevölkerung hat einen  
Brauch, betrachtet dies als  
Recht

Änderung durch Gesetz  
denkbar, nicht erfolgt

Das Berufungsgericht meint, nach der **erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme** sei davon auszugehen, dass sich im Fehngebiet um Rhauderfehn eine bis heute **von den betroffenen Kreisen der Bevölkerung allgemein befolgte Regel** herausgebildet habe, wonach jeder Eigentümer oder Nutzer eines an einer Inwieke gelegenen Grundstücks berechtigt sei, von der Hauptwieke aus entlang der Inwieke den über die Grundstücke der jeweils anderen Anlieger führenden Weg zu benutzen, um zu den dahinter liegenden Grundstücken zu gelangen. Das **Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs** habe an der Geltung des spätestens seit Mitte des 19. Jahrhunderts bestehenden Gewohnheitsrechts nichts geändert.

BGH NZM 2009, 175

# Gewohnheit und Wegerechte

- OLG München, Urt. v. 17.2.2016 – 15 U 3001/14
  - Erlöschen einer altrechtlichen, nicht im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit wegen Nichtausübung (abgelehnt, da seit 1876)
- OLG München, Urt.I v. 17. Dezember 2014 – 3 U 1362/14
  - Entstehung eines gewohnheitsrechtlichen Wegerechts auch nach 1900 möglich
- BGH NZM 2009, 175
  - bei lokalem Gewohnheitsrecht keine Revision zum BGH
- AG Neuruppin, Urt. v. 29. 4. 2005 - 42 C 37/04:
  - Keine Entstehen von Wegerecht durch Gewohnheit nach 1900
- OLG Hamm NJW-RR 1987, 137
  - Ersitzung eines Wegerechts nach ALR

# Ausblick

- Vertiefung
  - Krebs/Becker, JuS 2013, 97 (allgemein zum Gewohnheitsrecht, Anlass: Beschneidung)
  - Serik, BB 1998, 801-810 (Freigabe von Sicherheiten)
- Beispiel für Urteilskritik
  - Selk, NJW 2017, 521 (Rechtsprechungsänderung)
- Nächste Woche: Ständige Rechtsprechung
  - U.a.: Änderung der ständigen Rechtsprechung (BGHZ 132, 6-13 – Rechtsprechungsänderung, AGB-Klausel nun unzulässig (Ausdehnung der Bürgschaft))
  - Zur Einführung: Grotkamp, JJZ 2014, 223-237