

§ 1 Einführung in die Thematik und Überblick über den Gang der Untersuchung

	Rdn.
I. Einleitung	1
II. Phänomenologie des Gewohnheitsrechts im Bereich strafprozessualer Grundrechtseingriffe	6
III. Problemstellung	100
IV. Gang der Untersuchung	106

§ 2 Bildung einer Arbeitshypothese für den Begriff Gewohnheitsrecht

I. In der neueren Lehre vertretene Definition für den Begriff Gewohnheitsrecht ..	115
II. In der Rechtsprechung vertretene Definitionen für Gewohnheitsrecht	126
III. Kritische Zusammenfassung im Hinblick auf eine mögliche Arbeitshypothese..	130
IV. Abgrenzung der Arbeitshypothese für den Begriff des Gewohnheitsrecht.....	132

§ 3 Gewohnheitsrecht in rechtshistorischer Sicht

I. Gewohnheitsrecht als Urform des Rechts	188
II. Einige Beispiele für Gewohnheitsrecht in der Rechtsgeschichte	218

§ 4 Zur Entwicklung der Gewohnheitsrechtslehren und der auf Gewohnheitsrecht bezogenen Rechtsgeltungstheorien

I. Gewohnheitsrecht in der historischen Rechtsschule.....	295
II. Die Entwicklung der Gewohnheitsrechtslehre im Anschluß an die historische Rechtsschule	311

III.	Aktuelle Gewohnheitsrechtslehren und auf Gewohnheitsrecht bezogene Rechtsge- itungstheorien	384
------	--	-----

**§ 5 Die Geltung von Gewohnheitsrecht in rechtstheoretischer Sicht und seine
Abgrenzung (Eigener Ansatz).**

I.	Zur Geltung von Gewohnheitsrecht als Volksrecht	456
II.	Die Geltung von Gewohnheitsrecht in entwickelten Rechtssystemen	494
III.	Abgrenzung des Gewohnheitsrechts von richterlicher Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung	531
IV.	Zusammenfassung; Ergänzung der Arbeitshypothese	555
V.	Anwendung des hier vertretenen Modells für die Geltung von Gewohnheitsrecht auf die behandelten Fallgruppen von strafprozessualen Grundrechtseingriffen..	556

**§ 6 Die Geltung von Gewohnheitsrecht im Bereich strafprozessualer Grund-
rechtseingriffe unter be
sonderer Berücksichtigung der Lehre vom Ge
setzesvorbehalt.**

I.	Gewohnheitsrecht versus öffentlichrechtlicher Gesetzesvorbehalt	574
II.	Zur Frage, ob die Kodifikation des Strafverfahrensrechts in der StPO (§6 EG StPO) Gewohnheitsrecht ausschließt	644
§ 7	Zusammenfassung	657

§ 1 Einführung in die Thematik und Überblick über den Gang der Untersuchung

	Rdn.
I. Einleitung	1
II. Phänomenologie des Gewohnheitsrechts im Bereich strafprozessualer Grundrechtseingriffe	6
1. Vorbemerkung: Zum Begriff "strafprozessualer Grundrechtseingriff"	6
2. Erste Fallgruppe: Die Zurückweisung des Strafverteidigers, der sich weigert, in Robe aufzutreten	14
a) Rechtsprechung	15
aa) Die Konzeption des BVerfG	15
bb) BGHSt 27, 34	22
cc) BayVerfGH	24
dd) OLG Karlsruhe	28
ee) OLG Zweibrücken	30
ff) Zusammenfassung	32
b) Die in der Literatur vertretenen Meinungen	34
aa) Autoren, die der Rechtsprechung folgen	34
bb) Kritische Stimmen	40
c) Eigene Stellungnahme	44
3. Zweite Fallgruppe: Die Ausschließung des Verteidigers aufgrund seiner Zeugenstellung	51
a) Die Rechtslage vor Erlass der §§ 138 a StPO ff	54
aa) Vorkonstitutionelle Rechtsprechung	54
bb) Die vorkonstitutionell h.M. in der Literatur	61
cc) Nachkonstitutionelle Rechtsprechung	68
dd) Die nachkonstitutionell h.M. in der Literatur	71
b) Die Rechtslage nach Erlass der §§ 138 a ff StPO	73

c)	Stellungnahme zu der These, §§ 138 aa ff StPO enthalte eine für den Verteidigerausschluß abschließende Regelung	79
4.	Weitere Tatbestände, in denen der Verteidiger aufgrund von Gewohnheitsrecht ausgeschlossen werden kann?	85
5.	Dritte Fallgruppe: Observation/polizeiliche Beobachtung	88
a)	Abgrenzung Observation/polizeiliche Beobachtung	89
b)	Observation als Grundrechtseingriff	90
c)	Ermächtigungsgrundlage	94
aa)	Stimmen in der Literatur, die die Existenz einer Ermächtigungsnorm für die Observation verneinen	94
bb)	§ 163 StPO als Ermächtigungsnorm?	95
cc)	Landespolizeiliche Regelung als Ermächtigungsnorm?	96
dd)	Vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht als Eingriffsermächtigung?	97
III.	Problemstellung	100
1.	Rechtstheoretische Problematik	101
2.	Rechtsdogmatische Problematik	103
a)	Die verfassungsrechtliche Problematik	104
b)	Strafprozeßuale Problematik	105
IV.	Gang der Untersuchung	106
1.	Bildung einer Arbeitshypothese	106
2.	Anthropologische und historische Betrachtung des Gewohnheitsrechts ..	107
3.	Darstellung der Gewohnheitsrechtslehren und der auf Gewohnheitsrecht bezogenen Rechtsgeltungstheorien	110
4.	Eigener rechtstheoretischer Ansatz für die Geltung von Gewohnheitsrecht	112
5.	Verfassungsrechtliche und strafprozeßrechtliche Problematik	113

§ 2 Bildung einer Arbeitshypothese für den Begriff Gewohnheitsrecht

I.	In der neueren Lehre vertretene Definitionen für den Begriff Gewohnheitsrecht	115
1.	Gewohnheitsrecht als Gegensatz zum gesetzten Recht	115
2.	Übung und Rechtsüberzeugung als Kriterien für das Vorliegen von Gewohnheitsrecht	117
3.	Formulierbarkeit als Rechtssatz als Voraussetzung für die Annahme von Gewohnheitsrecht	125
II.	In der Rechtsprechung vertretene Definitionen für Gewohnheitsrecht	126
1.	Die Definition des BVerfG	126
2.	Die Definition des BGH (Zivilsenate)	128
3.	Die Definition des BGH (Strafsenate)	129
III.	Kritische Zusammenfassung im Hinblick auf eine mögliche Arbeitshypothese...	130
IV.	Abgrenzung der Arbeitshypothese für den Begriff des Gewohnheitsrechts	132
1.	Zum Begriff der Norm	133
a)	Normen als Verhaltenserwartung, die einen Sollzustand formulieren	133
b)	Normen als enttäuschungsfeste Verhaltenserwartungen	135
2.	Zum Begriff der Rechtsnorm	140
a)	Ansatz zur Entwicklung eines Modells für den Begriff der Rechtsnorm	140
aa)	Zur Bedeutung des Rechtssatzes für den Begriff der Rechtsnorm	140
bb)	Zwang als Kennzeichen der Rechtsnorm	141
cc)	Rechtsnormen als Bestimmungsnormen	142
dd)	Rechtsnormen als Sanktions- und Beurteilungsnormen	144
ee)	Rechtsnormen als generell - abstrakte Normen	147
ff)	Zwischenergebnis	148
b)	Einwände gegen den hier vertretenen Ansatz	150
aa)	Einwände gegen die Imperativentheorie	150

bb)	Einwände gegen den Zwang als Kennzeichen der Rechtsnorm 156	
3.	Die Arbeitshypothese für den Begriff "Gewohnheitsrecht"	163
a)	Entwicklung der Hypothese.....	163
b)	Gewohnheitsrecht im Bereich strafprozessualer Grundrechtseingriffe unter Berücksichtigung der Arbeitshypothese	172
aa)	Erste Fallgruppe: Zurückweisung des Verteidigers, der sich weigert, vor Gericht in Robe aufzutreten	172
bb)	Zweite Fallgruppe: Ausschluß des Verteidigers aufgrund seiner Zeugenstellung 177	
cc)	Dritte Fallgruppe: Observation.....	181

§ 3 Gewohnheitsrecht in rechtshistorischer Sicht

I.	Gewohnheitsrecht als Urform des Rechts	188
1.	Anthropologische Gesichtspunkte bei der Entstehung von Recht, insbe- sondere von Gewohnheitsrecht	189
a)	Das anthropologische Phänomen der Normativität.....	189
b)	Das Normative des Faktischen	196
2.	Zur Entstehung des Gewohnheitsrechts aus Sitte und Brauch	201
a)	Entstehung von Gewohnheitsrecht in Folge der gesellschaftlichen Evolution	201
b)	Zur Bedeutung der Entstehung von Verfahren für die Entwicklung von Gewohnheitsrecht	210
3.	Zur Entwicklung vom mündlich überlieferten Recht hin zur Kodifikation 214	
II.	Einige Beispiele für Gewohnheitsrecht in der Rechtsgeschichte	218
1.	Friedlosigkeit als Beispiel für kategorisch angeordnete, gewohnheits- rechtliche Sanktionen	218
2.	Rechtsweistümer als Beispiel für frühe, gewohnheitsrechtliche Ver- fahren	224

3.	Gewohnheitsrecht, Kompilation und Kodifikation am Beispiel alter, überlieferter Rechtstexte	230
a)	Zur rechtlichen Natur und Bedeutung der Gesetzesammlung des Hammurapi	230
b)	Zur rechtlichen Natur und Bedeutung des Zwölftafelgesetzes	238
c)	Zur rechtlichen Natur und Bedeutung des Sachsenpiegels	243
d)	Gewohnheitsrecht und die Constitutio Criminalis Carolinae (CCC)	258
e)	Gewohnheitsrecht und Kodifikationsidee am Beispiel des Allgemeinen Preußischen Landrechts (ALR)	277

§ 4 Zur Entwicklung der Gewohnheitsrechtslehren und der auf Gewohnheitsrecht bezogenen Rechtsgeltungstheorien

I.	Gewohnheitsrecht in der historischen Rechtsschule	295
1.	Hauptthesen der Volksgeistlehre	295
2.	Grundlage der Volksgeistlehre	301
3.	Eigene Stellungnahme	308
II.	Die Entwicklung der Gewohnheitsrechtslehre im Anschluß an die historische Rechtsschule	311
1.	Die psychologische Theorie Zitelmanns	311
a)	Die Kritik Zitelmanns an der Gewohnheitsrechtslehre der historischen Rechtsschule	311
b)	Die Theorie Zitelmanns zur Geltung von Gewohnheitsrecht	315
c)	Eigene Stellungnahme	319
2.	Jellineks Rechtsgeltungs- und Gewohnheitsrechtstheorie	324
a)	Hauptthesen	325
b)	Eigene Stellungnahme	331
3.	Andere Entwicklungen	337
a)	Überzeugungstheorien	337
b)	Bindings Gewohnheitsrechtslehre	340

c)	Gewohnheitsrechtslehre in der Interessenjurisprudenz und der Freirechtsschule	347
aa)	Gewohnheitsrecht und Interessenjurisprudenz.....	347
bb)	Gewohnheitsrecht und Freirechtsbewegung	357
d)	Exkurs: Gewohnheitsrecht in der NS Zeit	363
e)	Gewohnheitsrecht in der reinen Rechtslehre Kelsens	367
aa)	Ausgangspunkt der Rechtsgeltungstheorie in der reinen Rechtslehre	368
bb)	Reine Rechtslehre und Gewohnheitsrecht.....	371
cc)	Eigene Stellungnahme	373
f)	Die positivistische Gewohnheitsrechtslehre von Mokre	379
aa)	Hauptthesen	380
bb)	Stellungnahme	381
III.	Aktuelle Gewohnheitsrechtslehren und auf Gewohnheitsrecht bezogene Rechtsgeltungstheorie	384
1.	Vorbemerkung: Zur Krisis der Gewohnheitsrechtslehre in der aktuellen rechtstheoretischen Diskussion	384
2.	Gewohnheitsrecht und analytische Rechtstheorie	387
a)	Das Problem der Rechtsgeltung in der analytischen Rechtstheorie Harts	387
b)	Harts Rechtsgeltungstheorie und Gewohnheitsrecht	393
c)	Die Gewohnheitsrechtstheorie Freitags	397
3.	Gewohnheitsrechtsgeltung und diskurstheoretische Ansätze	407
a)	Grundlage der Diskurstheorien	408
b)	Hauptthesen der Diskurstheorie Alexys	411
c)	Die Lösung des Problems der Geltung von Gewohnheitsrecht nach der Diskurstheorie	423
d)	Stellungnahme	426
4.	Rechtsgeltung und Gewohnheitsrecht in der modernen Rechtssoziologie	428
a)	Rechtsgeltungs- und Gewohnheitsrechtstheorie in der Rechtssoziologie von Max Weber	429
aa)	Der Begriff der Rechtsgeltung bei Max Weber	429

bb)	Gewohnheitsrecht in der Rechtssociologie Max Webers.....	431
h)	Rechtsgeltungs- und Gewohnheitsrechtstheorie in der Rechts-sociologie Theodor Geigers.....	433
aa)	Der Begriff der Rechtsgeltung bei Theodor Geiger	433
bb)	Gewohnheitsrecht in der Rechtssociologie Theodor Geigers	437
c)	Stellungnahme	
aa)	Stellungnahme zu Max Webers Rechtsgeltungs- und Gewohn-heitsrechtstheorie	439
bb)	Stellungnahme zu Geigers Rechtsgeltungs- und Gewohnheits-rechtslehre	442
d)	Rechtsgeltung insbesondere Gewohnheitsrechtsgeltung nach der Sy-stemtheorie Niklas Luhmanns	444
aa)	Hauptthesen Luhmanns zum Problem der Rechtsgeltung....	445
bb)	Anwendung des Rechtsgeltungsbegehrts Luhmanns auf das Pro-blem der Geltung von Gewohnheitsrecht	449
cc)	Stellungnahme	451
5.	Richterrechtliche Deutung des Gewohnheitsrechts	454

§ 5 Geltung und Abgrenzung von Gewohnheitsrecht in rechtstheoretischer Sicht (Eigener Ansatz).

1.	Zur Geltung von Gewohnheitsrecht als Volksrecht	456
1.	Individuelle Anerkennung als Voraussetzung der Rechtsgeltung	457
2.	Von der individuellen Anerkenntnis hin zur gesellschaftlich relevanten Anerkenntnis	463
a)	Kollektive Normbefolgung als Indiz für Rechtsgeltung.....	466
b)	Weiteres Indiz für die Rechtsgeltung: Allgemeine Beurteilung von Normbrüchen als rechtswidriges Ver-halten.....	471
3.	Weitere Differenzierung der Rechtsanerkenntnis	475
a)	Anerkenntnis von Rechtsnormen als Beurteilungsnorm.....	476

b)	Anerkenntnis von Sanktionsnormen bzw. Santionsnormkomplexen 480	
4.	Normative Bindung an das Recht	484
5.	Die Geltung von gesetztem Recht neben dem gewohnheitsrechtlichen Volksrecht	491
II.	Die Geltung von Gewohnheitsrecht in entwickelten Rechtssystemen	494
1.	Zum Wandel der Rechtsanerkenntnis des Normadressaten in entwickelten Rechtssystemen	495
a)	Von der Rechtsanerkenntnis des Normadressaten hin zur richter- lichen Rechtsanerkenntnis	495
b)	Zur Rechtsanerkenntnis anderer Normadressaten in entwickelten Rechtssystemen	502
aa)	Generelle Anerkenntnis der Normadressaten; Übereinstimmung mit gesellschaftlich existenten Wert- und Rechtsvorstellungen 503	
bb)	Beispiele	508
cc)	Reste von volksrechtlichem Gewohnheitsrecht in entwickelten Rechtssystemen	514
2.	Gewohnheitsrecht und Rechtssystem	516
a)	Ausschluß von extrasyntatischem Gewohnheitsrecht	516
b)	Normative Bindung	523
aa)	Art. 20 Abs. 3 als verfassungsrechtliche Bestimmung, die Ge- wohnheitsrecht als bindendes Recht normiert	524
bb)	§§ 2 EGBGB, 7 EGStPO als einfach - gesetzliche Be- stimmungen, die Gewohnheitsrecht als bindendes Recht nor- mieren	527
c)	Exkurs: Gewohnheitsrecht in der ehemaligen DDR und den fünf neuen Bundesländern	528
III.	Abgrenzung des Gewohnheitsrechts von richterlicher Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung	531
1.	Gewohnheitsrecht und Gesetzesauslegung	531
a)	Problemaufriß	531
b)	Auslegung secundum legem als Gewohnheitsrecht?	535
aa)	Entstehung von Gewohnheitsrecht durch Konkretisierung von Generalklauseln	535

bb) Entstehung von Gewohnheitsrecht durch Auslegung unbestimmter und normativer Rechtsbegriffe	543
c) Rechtsfortbildung <i>praeter</i> und <i>contra legem</i> als Gewohnheitsrecht	545
2. Zusammenfassung: Gewohnheitsrecht und Richterrecht.....	550
IV. Zusammenfassung; Ergänzung der Arbeitshypothese	555
V. Anwendung des hier vertretenen Modells für die Geltung von Gewohnheitsrecht auf die behandelten Fallgruppen von strafprozessualen Grundrechtseingriffen ...	556
1. Erste Fallgruppe: Die Zurückweisung des Strafverteidigers, der sich weigert, in Robe aufzutreten	557
a) Rechtsanerkenntnis der Normadressaten bzg. der Bestimmungsnorm	
557	
b) Sanktionsnormen: geschriebene Rechtsnormen	560
2. Zweite Fallgruppe: Die Ausschließung des Verteidigers aufgrund seiner Zeugenstellung ...	561
a) Rechtsanerkenntnis der Normadressaten bzg. der Bestimmungsnorm	
561	
b) Rechtsanerkenntnis bzg. der Sanktionsnorm, die den Ausschluß des Verteidigers in dieser Fallgruppe vorschreibt	565
aa) Rechtsanerkenntnis bis zum Erlaß der §§ 138 a StPO	565
bb) Verlust der Rechtsanerkenntnis seit Inkrafttreten der §§ 138 a StPO.....	566
cc) Normgarantie aufgrund der "Natur der Sache"	568
3. Dritte Fallgruppe: Observation	570
 § 6 Die Geltung von Gewohnheitsrecht im Bereich strafprozessualer Grundrechtseingriffe unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom Gesetzesvorbehalt	
I. Gewohnheitsrecht versus öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt.....	574
1. Zu den historischen Grundlagen der Lehre vom Gesetzesvorbehalt	575

a)	Das Rechtsdenken der Aufklärung als Wurzel der Lehre vom Gesetzesvorbehalt	575
b)	Der öffentlichrechtliche Gesetzesvorbehalt in einigen Verfassungen der Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts	580
2.	Der Gesetzesvorbehalt im Wandel	587
a)	Faktoren, die zur Bedeutungsänderung des Gesetzesvorbehaltess führten	588
b)	Zur "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG	591
aa)	Darlegung	591
bb)	Einwände	595
c)	Der öffentlichrechtliche Gesetzesvorbehalt neben den grundrechtlichen Einschränkungs- und Regelungsvorbehalten	602
aa)	Die Rechtsprechung des BVerfG	602
bb)	Meinungen in der Literatur	604
cc)	Stellungnahme	607
3.	Die Grundprinzipien des öffentlich-rechtlichen Gesetzesvorbehaltess	610
a)	Rechtsstaatsprinzip	611
aa)	Rechtssicherheit	612
bb)	Schutz des Bürgers vor staatlicher Willkür	613
cc)	Gewaltenteilung	614
b)	Demokratieprinzip	615
4.	Spezielle Gesetzesvorhalte, die Gewohnheitsrecht ausschließen	617a
a)	Art 2 Abs. 2 i.v.m. Art. 104 Abs. 1 GG	617b
b)	Der steuerrechtliche Gesetzesvorbehalt	617c
c)	Art. 103 Abs. 2 GG	617d
5.	Gewohnheitsrecht und die Grundprinzipien des Gesetzesvorbehaltess	619
a)	Gewohnheitsrecht und Rechtsstaatsprinzip	619
aa)	Gewohnheitsrecht und Rechtssicherheit	619
bb)	Gewohnheitsrecht und Schutz vor Willkür	621
cc)	Gewohnheitsrecht und Gewaltenteilung	622

b)	Gewohnheitsrecht und Demokratieprinzip	623
6.	Gesetzesvorbehalt und vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht	627
a)	Die herrschende Meinung	627
b)	Die Meinung Rudolphis	632
c)	Eigene Stellungnahme	633
II.	Zur Frage, ob die Kodifikation des Strafverfahrensrechts in der StPO (§ 6 EG StPO) Gewohnheitsrecht ausschließen	644
1.	Schrifttum	644a
2.	Rechtsprechung	644
a)	BGH	644d
b)	BVerfG	645
aa)	BVerfGE 9, 109	645
bb)	Weitere Entscheidungen	647a
3.	Eigene Stellungnahme	648
§ 7	Zusammenfassung	657