

Das Gewohnheitsrecht zeichnet sich durch die zwei Merkmale aus: die «regelmässige lang dauernde (ununterbrochene) Übung» (*consuetudo*), sowie die «Rechtsüberzeugung der Betroffenen» (*opinio juris*).⁵³

Das Erfordernis der «lang dauernden Übung» (*consuetudo*) für die Bildung von Gewohnheitsrecht im öffentlichen Recht wird in der Staats- und Verwaltungsrechtslehre kontrovers diskutiert.⁵⁴

Das zweite Kriterium ist die Überzeugung der Rechtsgemeinschaft, dass eine Regel geltendes (*Verfassungs-*)*Recht* darstellt. Die Rechtsüberzeugung (*opinio juris*) muss sich auch darauf beziehen, dass der gewohnheitsrechtlichen Regelung der Rang von Verfassungsrecht zukommt.⁵⁵ Sie muss sowohl bei den rechtsanwendenden Behörden als auch bei den rechtsunterworfenen Privatpersonen vorliegen.⁵⁶

Es wird in der Lehre auch die Meinung vertreten, Gewohnheitsrecht im öffentlichen Recht könne sich nur bei Vorliegen von Gesetzeslücken herausbilden und dürfe das geschriebene Recht nicht durchbrechen.⁵⁷ Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden, denn dem Gewohnheitsrecht liegt der Gedanke zugrunde, dass die Rechtsgemeinschaft (der Souverän) dazu befugt ist – neben den Rechtsetzungsorganen (v. a. dem Parlament) –, selbst Recht zu setzen.⁵⁸ Diese Rechtsetzungsbefugnis ist umfassend und kann nicht auf bestimmte Sachbereiche (Gesetzeslücken) beschränkt werden. Richtigerweise ist also auch Gewohnheitsrecht – und damit ungeschriebenes Verfassungsrecht – *contra legem* und *contra constitutionem* möglich.⁵⁹ Gewohnheitsrechtliche Verfassungs-

53 Vgl. Kley, Grundriss, S. 74 f. Siehe auch Frick, Gewährleistung, S. 244.

54 Andreas Kley fordert eine «regelmässige lange und ununterbrochene Übung» für die Bildung von Gewohnheitsrecht. Vgl. Kley, Grundriss, S. 74. Siehe ebenso Häfelin/Haller, Rz 12; Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz 196 ff. Ablehnend dagegen Wolff, S. 438 ff.; kritisch im Hinblick auf die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte auch Müller J. P., Elemente, S. 26.

55 Vgl. Wolff, S. 446 ff.

56 Vgl. Kley, Grundriss, S. 74 f.

57 Vgl. Kley, Grundriss, S. 74 f. mit Literaturhinweisen sowie wohl auch Frick, Gewährleistung, S. 244 mit Literaturhinweisen. Aus der deutschen Lehre siehe etwa: Hesse, Grundzüge, Rz 34 und 77; Voigt Alfred, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, in: VVDStRL 10, Berlin 1952, S. 33 ff. (S. 41 und S. 44 f.). Siehe auch die Literaturhinweise bei Wolff, S. 136.

58 Vgl. Wolff, S. 446 ff.

59 Zustimmend bezüglich der Existenz von ungeschriebenem Verfassungsrecht *contra legem* und *contra constitutionem* auch Huber H., Probleme, S. 98; Scheuner Ulrich, Aussprache, in: VVDStRL 10, Berlin 1952, S. 47 f.; Schätzel Walter, Aussprache, in: