

Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts

herausgegeben von

Knut Wolfgang Nörr, Joachim Rückert, Bernd Rühers
und Michael Stolleis

50



Nadia Al-Shamari

Die Verkehrssitte im § 242 BGB:
Konzeption und Anwendung
seit 1900

Mohr Siebeck

Nadia Al-Shamari, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaft in Frankfurt am Main;
2006 Promotion und Zweites Juristisches Staatsexamen.

ISBN 3-16-149150-5

ISBN-13 978-3-16-149150-4 / eISBN 978-3-16-160386-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2022

ISSN 0934-0955 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2006 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Dieses Buch wurde 2001 begonnen und im Sommer 2005 als Dissertation am Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität eingereicht. Danach erschienene Literatur konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Ein besonders herzlicher Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Joachim Rückert, der diese Arbeit angeregt und engagiert gefördert hat. Ich danke ihm für sein großes Interesse an meiner Arbeit. Trotz hoher Arbeitsbelastung hat er sich immer Zeit genommen und mir oft mit wichtigen und wertvollen Ratschlägen entscheidend weitergeholfen.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Albrecht Cordes für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und den Herausgebern der „Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts“ für die freundliche Aufnahme meines Buches in die Reihe.

Besonderer Dank gilt schließlich meinen Eltern, meiner Schwester und meinem Freund Ole. Ihnen widme ich meine Arbeit.

Frankfurt, im Juli 2006

Nadia Al-Shamari

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XII
Das Problem und Lösungswege	1
1. Teil: Die Konzeption des § 242 BGB	5
I. Einleitung	7
A. Fragestellung	7
B. Forschungsstand zur Konzeption des § 242 BGB	7
C. Quellenlage	9
D. Methode der Untersuchung	11
II. Die Regelungsprobleme im Bereich des § 242 BGB und seiner Vorläufernormen	13
A. Wortlaut und Stellung	13
B. Die Beratung der Norm bei Erstellung des BGB	14
1. Die Teilentwürfe	14
2. Die erste Kommission	18
3. Die Vorkommission des Reichsjustizamtes	21
4. Die zweite Kommission	21
5. Der weitere Verlauf der Beratungen	23
6. Ergebnis	25
C. Bemerkungen aus der zeitgenössischen Wissenschaft	25
1. Äußerungen zu den Vorstufen des § 242 BGB	25
2. Beurteilungen zu § 242 BGB	27
a) Anwendung auf das „Ob“ und „Was“ der Leistung	29
b) Beschränkung auf das „Wie“ der Leistung	31
3. Ergebnis	33
D. Regelungen in vorangehenden Kodifikationen und Entwürfen	33
1. Auslegungsnormen	34
a) Im Bürgerlichen Recht	35
b) Im Handelsrecht	39
2. Erfüllungsnormen	41
a) Erfüllungsnormen mit Haftungsmaßstab	43
b) Erfüllungsnormen ohne Haftungsmaßstab	43
c) Erfüllungsnormen mit Treu und Glauben/bona fides	44
3. Ergebnis	47

E. Gemeines Recht	48
F. Ergebnis	53
III. Richter- oder Parteiwille? – die Lösung des Regelungsproblems in 242 BGB	54
A. Zum Merkmal Treu und Glauben	54
1. Der Begriff Treu und Glauben	54
2. Treu und Glauben in den Beratungen zu § 242 BGB	56
3. Vorkommen und Bedeutung von Treu und Glauben in vorangehenden Kodifikationen und Entwürfen	56
4. Ergebnis	58
B. Die Verkehrssitte	58
1. Der Begriff	58
2. Zur Herkunft	61
3. Ergebnis	66
C. Die Funktion der Verkehrssitte im Zusammenspiel mit Treu und Glauben	66
1. Nach den Beratungen zum BGB	67
2. Nach zeitgenössischen Stimmen	69
3. Ergebnis	70
D. Richter- und Parteiwille in entsprechenden Normen vorangehender Kodifikationen und Entwürfe	70
E. Ergebnis	73
IV. Gesamtergebnis zu Teil 1	74
2. Teil: Die Verkehrssitte in der Anwendung des § 242 BGB – eine zahlenmäßige Auswertung	75
1. Abschnitt: Vom Inkrafttreten des BGB bis 1932	77
I. Einleitung	77
II. Auswertungsmaterial	79
A. Die Revisibilität der Verkehrssitte in § 242 BGB	79
1. In der Literatur	80
2. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts	84
a) Beachtung der Verkehrssitte	85
b) Inhalt einer Verkehrssitte	86
c) Verkehrssitte als allgemeiner Erfahrungssatz	89
d) Ergebnis	91
B. Auswahl der Rechtsprechungsquellen	91
1. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen	92
2. Jahrbuch des Deutschen Rechts	93
3. „Das Recht“	93

4. Nachschlagewerk des Reichsgerichts Bürgerliches Gesetzbuch	94
5. Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen	95
6. Anhang	96
C. Methode der Ermittlung der Entscheidungen	97
1. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen	97
2. Jahrbuch des Deutschen Rechts	98
3. „Das Recht“	98
4. Nachschlagewerk des Reichsgerichts Bürgerliches Gesetzbuch	98
5. Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen	99
III. Auswertungskriterien	100
A. Entscheidungen zu § 242 BGB	100
B. Entscheidungen zu § 242 BGB – krisenbereinigt	102
C. Entscheidungen, in denen die Verkehrssitte erwähnt wird	103
D. Entscheidungen, in denen die Verkehrssitte erläutert wird	104
E. Entscheidungen mit „verkehrssitteähnlichen“ Begriffen	104
IV. Ergebnisse der Auswertung	106
A. Einleitung	106
B. Ergebnisse	107
1. Entscheidungen zu § 242 BGB	107
2. Entscheidungen zu § 242 BGB – krisenbereinigt	109
3. Entscheidungen, in denen die Verkehrssitte erwähnt wird	112
4. Entscheidungen, in denen die Verkehrssitte erläutert wird	116
5. Entscheidungen mit „verkehrssitteähnlichen“ Begriffen	119
C. Zusammenfassung	122
V. Die Bedeutung der Verkehrssitte im Spiegel der Kommentarliteratur	123
A. Staudinger	123
B. RGRK	126
C. Soergel	127
D. Planck	128
E. Oertmann	130
F. Warneyer	131
G. Ergebnis	132
VI. Ergebnis zum 1. Abschnitt	133
VII. Anhang: Systematische Übersicht der Entscheidungen	134

2. Abschnitt: Von der Nachkriegszeit bis heute (1945–2003).....	139
I. Einleitung	139
II. Die Revisibilität der Verkehrssitte in § 242 BGB	139
III. Auswertung der BGHZ auf CD-Rom.....	143
IV. Auswertung der Entscheidungen in Juris.....	144
V. Ergebnis zum 2. Abschnitt	145
3. Teil: Die Rolle der Verkehrssitte in § 242 BGB nach 1900 im Vergleich zu ihrer Bedeutung nach der Konzeption der Norm 147	
I. Einleitung	149
II. Das Verhältnis von Treu und Glauben und Verkehrssitte in § 242 BGB	151
A. Beurteilung in der Rechtsprechung von RG und BGH.....	151
1. Verwendung der Formel „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“	151
2. Ausdrückliche Aussagen in den Entscheidungen	152
3. Ergebnis.....	154
B. Beurteilungen in der Literatur	154
1. Kommentarliteratur	154
a) Soergel.....	155
b) RGRK.....	157
c) Münchener Kommentar	158
d) Palandt.....	159
e) Staudinger.....	161
f) Ergebnis.....	163
2. Sonstige Stimmen.....	164
a) Verkehrssitte im Sinn der Konzeption von § 242 BGB	165
b) Verkehrssitte als nur beispielhaftes Moment	166
3. Ergebnis.....	168
III. Die Funktion der Verkehrssitte als Platzhalter für den gewöhnlichen Parteiwillen nach 1900.....	169
A. Der Streit um den Geltungsgrund der Verkehrssitte	169
1. Willentheorie.....	170
2. Gesetzestheorie	171
3. Erklärungstheorie	173
4. Geltungsgrund der Verkehrssitte aus der Sicht der Verfasser des BGB	173
5. Rechtsprechung des RG und des BGH	176
6. Auswirkung auf die Funktion der Verkehrssitte	177
B. Das Verhältnis der Verkehrssitte in § 242 BGB zu dispositivem Recht	180

1. Literatur	180
a) Vorrang des dispositiven Rechts	181
b) Vorrang der Verkehrssitte in § 242 BGB	186
2. Rechtsprechung des RG und des BGH	188
3. Ergebnis	190
C. Kenntnis der Verkehrssitte in § 242 BGB	190
1. Literatur	192
2. Rechtsprechung des RG und des BGH	193
3. Ergebnis	197
D. Anfechtung wegen Irrtums über die Verkehrssitte in § 242 BGB	197
E. Restriktion der Verkehrssitte durch hohe oder unsichere Einzelanforderungen ..	199
1. Dauer, Allgemeinheit und Zustimmung der beteiligten Kreise	200
2. Missbrauch der Verkehrssitte	203
3. Beweis der Verkehrssitte	204
4. Ergebnis	205
IV. Gesamtergebnis zu Teil 3	206
4. Teil: Gesamtergebnis und Ausblick	207
Quellen- und Literaturverzeichnis	215
Personenregister	233
Sachregister	235

Abkürzungsverzeichnis

Abt./Abth	Abteilung/Abtheilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
ALR	Allgemeines Preußisches Landrecht
Anm.	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
E I	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung 1888 (1. Entwurf)
E I-RJA	BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des E I nach den Beschlüssen der Vorkommission des Reichsjustizamtes (1891–1893)
E II	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, Zweite Lesung 1894, 1895 (2. Entwurf)
E III	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1896, Reichstagsvorlage oder 3. Entwurf, Reichstagsdrucksache Nr. 87 der Session 1895/1897)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
Hdb	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Jb.	Jahrbuch
JB1	Juristische Blätter
Jg.	Jahrgang
Jher.Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

KE	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der ersten Beratung der 1. Kommission (1884–1887), so genannter Kommissionsentwurf
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
LZ	Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht
ND	Neudruck/Nachdruck
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Recht	Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand
RG	Reichsgericht
RGRK	Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Sächs. Archiv	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
SeuffA	J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SeuffBl	Blätter für Rechtsanwendung, gegründet von J. A. Seuffert und Chr. C. Glück
Sp.	Spalte
SSE	Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, hrsg. von W. Schubert
TE	Teilentwurf
Urt.	Urteil
Verf.	Verfasserin
WarnE	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist.
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
Zs	Zivilsenat
ZustOR	Zusammenstellung der sachlich beschlossenen Bestimmungen des Obligationenrechts nach den Beschlüssen des Redaktionsausschusses der 1. Kommission (1882–1884)

Das Problem und Lösungswege

„Leistung nach Treu und Glauben“ ist in der Überschrift von § 242 BGB¹ zu lesen. Die Norm, die darunter zu finden ist, hat allerdings einen anderen Inhalt. Dort steht genau genommen *gar nichts* von einer „Leistung“ nach Treu und Glauben. Geregelt ist nach dem Wortlaut vielmehr nur die Art und Weise der *Bewirkung* der Leistung („die Leistung so zu bewirken, wie“). Die Bewirkung der Leistung soll sich auch nicht lediglich nach Treu und Glauben richten, sondern nach dem, was „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ erfordern.

Diese Diskrepanz zwischen Wortlaut und Überschrift ist kein Fehler der Verfasser des BGB. Die zitierte amtliche Überschrift existiert erst seit der Schuldrechtsreform 2002. Sie ist aber auch aus Sicht der Reformer von 2002 nicht „falsch“, denn sie weist auf die *heutige* Bedeutung der Norm hin. Die Bedeutung dieses „königlichen Paragraphen“² ist jedem Juristen bekannt. Zeugnis des Ausmaßes seiner Anwendung sind vor allem die zahlreichen Bemühungen der Rechtswissenschaft, der Anwendung der Norm Konturen zu verleihen.³ Die Frage der Präzisierung des § 242 ist damit tatsächlich zur „Daueraufgabe“ geworden.⁴ Dabei soll die Vorschrift als *Rechtsnorm* mittlerweile sogar obsolet geworden sein.⁵

Nun ist kaum anzunehmen, dass die Verfasser des BGB mit § 242 eine letztlich überflüssige, gefährlich konturenlose Rechtsnorm oder gar eine typischerweise gar nicht subsumtionsfähige Generalklausel⁶ schaffen wollten. Damit stellt sich dann aber die Frage, welche Konzeption dem § 242

¹ Paragraphen im Text ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

² So vor allem *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 6.

³ Z.B. die Beiträge von *Siebert* in *Soergel-Siebert*, § 242, 8. Aufl. 1952 (sog. Funktionskreise-Theorie); *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956; *Bydlinski*, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, in: *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, 1990, S. 189–230. Dort auch der Beitrag von *Schmidt*, Präzisierung des § 242 BGB – eine Daueraufgabe, S. 231–257.

⁴ *Schmidt*, Präzisierung, S. 231–257.

⁵ *Schmidt*, Präzisierung, S. 231–257 (252–253, 257).

⁶ So *Bydlinski*, Präzisierung, S. 189–230 (198). Die Bezeichnung „Generalklausel“ wurde erst seit den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts verwendet, näheres bei *HKK-Rückert*, vor § 1, Fn. 283.

ursprünglich zugrunde lag. Sie soll im ersten Teil der Arbeit beantwortet werden. Eine Schlüsselfunktion für das Verständnis des § 242 kommt dabei dem Zusatz „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ zu, kann dieser Zusatz doch sehr unterschiedliche Bedeutung haben: Denkbar ist, dass „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ lediglich gemeint ist, bei der Bestimmung dessen, was Treu und Glauben entspricht, unter anderem auch die Verkehrssitte mit zu berücksichtigen. In diesem Fall hätte sie bloß eine exemplarartige Bedeutung für die Inhaltsbestimmung des Merkmals Treu und Glauben. Gegen diese Überlegung spricht aber, dass es seltsam erscheint, weshalb dann gerade die Verkehrssitte als „Beispiel“ für die Aspekte, welche für Treu und Glauben maßgeblich sind, in den Wortlaut des § 242 Aufnahme fand. Als einen (von vielen) Anhaltspunkten für die Bestimmung von Treu und Glauben hätte man die Worte „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ schlicht weglassen können. Demnach muss die Bedeutung dieses Zusatzes eine andere, eine wichtige sein. Dies lässt vermuten, dass der Zusatz entscheidenden Einfluss darauf, was unter Treu und Glauben im konkreten Fall zu verstehen ist, haben sollte. § 242 erhält eine völlig andere Bedeutung, je nachdem, ob man von Treu und Glauben und der dabei unter anderem zu berücksichtigenden Verkehrssitte oder von „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ ausgeht. Teil 1 wird zeigen, dass nach der Konzeption der Norm letzteres der Fall sein und die Verkehrssitte dabei im Interesse der Privatautonomie der Verwirklichung von Parteiwillen dienen sollte.

Daran schließt sich die weitere Frage nach der Umsetzung dieser Rolle der Verkehrssitte innerhalb des § 242 an. Um „greifbares“ Material für deren Beantwortung zu gewinnen, erfolgt im zweiten Teil der Arbeit eine zahlenmäßige Untersuchung zur Anwendung der Verkehrssitte in § 242.⁷ Sie dient dazu, eine möglichst repräsentative Grundlage für die Überprüfung der Bedeutung der Verkehrssitte zu schaffen. Auch wenn dieser Zugriff in einer dogmengeschichtlichen Arbeit gewiss ungewöhnlich ist, so erweist er sich doch als unverzichtbar, weil er die einzige Möglichkeit darstellt, allgemein die Verhältnisse der Beachtung der Verkehrssitte bzw. ihrer Vernachlässigung in § 242 zu veranschaulichen. Griffen man lediglich auf einzelne Urteile zurück, bestünde die nicht zu beugnende Gefahr, zufällig Urteile auszuwählen, die für die tatsächlichen Verhältnisse der Anwendung des § 242 nicht repräsentativ sind. Die selektive Überprüfung einzelner Urteile stellt deshalb für die allgemeine Frage nach der Beachtung oder Vernachlässigung des Tatbestandsmerkmals Verkehrssitte keine Alternative dar.

⁷ Eine „Quantifizierung“ findet sich etwa auch bei *Oestmann*, Verkehrssitte, Privatautonomie und spontane Ordnung in Zivilrecht und Prozeß, in: *KritV* 2002, S. 409–437 (410).

Gleichwohl ist die Frage, ob die Verkehrssitte ihrer Konzeption entsprechend angewendet worden ist, auch anhand des Inhalts einzelner Entscheidungen zu beantworten. So wird die Umsetzung der Konzeption im dritten Teil unter Einbeziehung der Literatur weiter untersucht. Dieser Teil behandelt die Rolle der Verkehrssitte in § 242 nach 1900 im Vergleich zu ihrer Bedeutung nach der Konzeption der Norm. Hierfür werden die nach den Ergebnissen des ersten Teils entscheidenden Aspekte weiterverfolgt: Das Verhältnis der Verkehrssitte zu Treu und Glauben und die Funktion der Verkehrssitte.

§ 157 wird in die Untersuchung nicht systematisch einbezogen. Eine vergleichbare Diskrepanz zwischen heutiger Anwendung und ursprünglicher Konzeption ist dort nicht ersichtlich; insbesondere die in den §§ 157, 242 angelegte Bedeutung des Parteiwillens ist in § 157 immer noch maßgebend.⁸

Schließlich ist zu beachten, dass die Klärung der Fragen der Konzeption von § 242 und der späteren Anwendung der Verkehrssitte im Rahmen von § 242 nicht nur für sich interessant ist. Zugleich stellt sie einen Beitrag zur Untersuchung der „großen“ Frage des Umgangs mit dem BGB nach 1900 dar. Hatte etwa *Franz Wieacker* das BGB als spätgeborenes Kind der Pandektenwissenschaft und des (besitzbürgerlichen) Liberalismus gescholten,⁹ so hat sich mittlerweile gezeigt, dass derartige Vorurteile über das BGB revidiert werden müssen.¹⁰ Die vielfach erzählte „gewohnte Geschichte“¹¹ vom manchesterliberalen, unsozialen, ungleichen und formalen Gesetzbuch ist falsch.¹² Das BGB war in Wirklichkeit „ein Gesetzbuch der großen Hoffnungen auf gleiche rechtliche Freiheit und ökonomisch-soziale

⁸ Vgl. nur Palandt-Heinrichs, § 157, 63. Aufl. 2004, Rn. 7, wonach der hypothetische Parteiwille „Grundlage für die Ergänzung des Vertragsinhalts“ sei.

⁹ *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, in: *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, S. 9–35 (15–16); siehe auch *ders.*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., 1967, S. 478–479.

¹⁰ Siehe z.B. die Ausführungen bei *Kroeschell*, Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 1992, S. 20–21. Ausführliches bei *HKK-Rückert*, vor § 1, Rn. 93–101; *ders.*, Das Bürgerliche Gesetzbuch—ein Gesetzbuch ohne Chance, in: *JZ* 2003, S. 749–760; speziell gegen den Vorwurf, das BGB sei unsozial, *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, 2001.

¹¹ *Rückert*, Gesetzbuch ohne Chance, in: *JZ* 2003, S. 749–760 (750).

¹² *HKK-Rückert*, vor § 1, Rn. 93–96.; *ders.*, Gesetzbuch ohne Chance, in: *JZ* 2003, S. 749–760 (750–752); dort auch zur Genese dieser Vorurteile. Nachweise hierzu auch bei *Reppen*, Soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 509–514.

und gesamtrechtliche Fortschritte.“¹³ Als solches setzte es allerdings bestimmte ökonomische und gesellschaftliche Verhältnisse voraus, die in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts wegen Krieg und Krisen so nicht vorhanden waren; insofern kann es mit *Rückert* als „Gesetzbuch ohne Chance“¹⁴ bezeichnet werden.¹⁵ Das BGB ist in seiner „rechtspolitischen Zielsetzung und seinem geistigem Profil“ oft verkannt worden.¹⁶ Auch einzelne Bestimmungen sind „nicht selten“ missverstanden worden.¹⁷ Fraglich ist, ob das auch für § 242 und die Bedeutung der Verkehrssitte gilt. War die Verkehrssitte also ein Tatbestandsmerkmal „ohne Chance“?

¹³ *HKK-Rückert*, vor § 1, Rn. 96; *ders.*, Gesetzbuch ohne Chance, in: *JZ* 2003, S. 749–760 (751).

¹⁴ *Rückert*, Gesetzbuch ohne Chance, in: *JZ* 2003, S. 749–760.

¹⁵ *HKK-Rückert*, vor § 1, Rn. 97. Der Sache nach bereits *ders.*, *Zeitgeschichte des Rechts: Aufgaben und Leistungen zwischen Geschichte, Rechtswissenschaft, Sozialwissenschaften und Soziologie*, in: *ZRG (GA)* 115 (1998), S. 1–85 (73–75).

¹⁶ *Kroeschell*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 3: Seit 1650, 2005, S. 180.

¹⁷ *Kroeschell*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 3, S. 180.

1. Teil

Die Konzeption des § 242 BGB

I. Einleitung

A. Fragestellung

Im ersten Teil der Arbeit wird die Konzeption des § 242 dargestellt. „Konzeption“ wird dabei als „klar umrissene Grundvorstellung“ verstanden.¹ Es geht darum zu ermitteln, welche Funktion der Norm und insbesondere dem Merkmal Verkehrssitte zugeordnet wurde, als man die Norm geschaffen hat.

B. Forschungsstand zur Konzeption des § 242 BGB

Die Auseinandersetzung mit dem „königlichen Paragraphen“² hat mittlerweile ein ebenfalls „königliches“ Ausmaß angenommen.³ Die aktuellen Kommentare schenken den historischen Materialien zum § 242 nur knappen Raum.⁴ Lediglich die Kommentierung von *Jürgen Schmidt* in *Staudingers* Kommentar macht eine Ausnahme.⁵ Die Monographien, die sich mit aktuellen, speziellen Aspekten des § 242 befassen, enthalten naturgemäß, wenn überhaupt, nur knappe Bemerkungen zur ursprünglichen Konzeption des § 242, sind also für die Zwecke dieser Untersuchung nicht von Belang. Allerdings gibt es auch einige Monographien aus rechtshistorischer Perspektive, die das Thema § 242 berühren. Aber dabei geht es meist nicht speziell um § 242, sondern um Treu und Glauben oder *bona fides* allge-

¹ „Konzeption“ nach Duden, Fremdwörterbuch.

² *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 6.

³ Das Literaturverzeichnis in *Staudinger-Schmidt*, § 242, 13. Aufl. 1995, umfasst zu § 242 z.B. 173 Titel, vgl. auch das Literaturverzeichnis vor *MünchKomm-Roth*, § 242, 4. Aufl. 2001 mit rund 390 Titeln; besonders eindrucksvoll auch schon die Kommentierung von *Weber* in *Staudingers* Kommentar von 1961 (11. Aufl.). Dort umfasst der § 242 bekanntlich einen eigenen, 8 cm dicken Band mit 1553 Seiten.

⁴ Knappes bei *MünchKomm-Roth*, § 242, Rn. 17–19, 4. Aufl. 2001, oder *Soergel-Teichmann*, § 242, Rn. 1–4, 12. Aufl. 1990. Nichts dazu bei *Erman-Werner*, § 242, 10. Aufl. 2000; *RGRK-Alff*, § 242, 12. Aufl. 1976; *AK-Teubner*, § 242, 1980.

⁵ *Staudinger-Schmidt*, § 242, 13. Aufl. 1995, Rn. 1–113.

mein.⁶ Wenn diese Arbeiten so manchen nützlichen Hinweis liefern, so können sie doch die hier angestellten Untersuchungen nicht ersetzen.

Im Gegensatz zu der Fülle zum Thema Treu und Glauben ist die Literatur zur Verkehrssitte relativ „dünn“. Offensichtlich handelt es sich um ein wenig beliebtes Thema, dessen dogmatische Bearbeitung, wie *Oestmann* neuerdings bemerkt hat, noch immer zu wünschen übrig lässt.⁷ Die zitierte Literatur und Rechtsprechung ist dabei auffallend alt.⁸ Viel davon stammt aus der Zeit vor 1945.⁹ Besonders gern zitiert wird immer noch das Werk von *Oertmann* über „Rechtsordnung und Verkehrssitte“ von 1914, das allerdings nur knappe rechtshistorische Anmerkungen enthält. Nur einige wenige ausführliche Abhandlungen widmen sich dem Thema „Verkehrssitte“, neben einigen Dissertationen vor allem die Habilitationsschrift von

⁶ *Bürgi*, Ursprung und Bedeutung der Begriffe „Treu und Glauben“ und „Billigkeit“ im schweizerischen Zivilrecht, (Bern) 1939; *Betti*, Der Grundsatz von Treu und Glauben in rechtsgeschichtlicher- und vergleichender Betrachtung, in Studien zum kausalen Rechtsdenken, Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Müller-Erbach, 1954, S. 7–33; *Beck*, Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im römischen Vertragsrecht, in: *Aequitas* und *Bona fides*, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, 1955, S. 9–27; *Nesemann*, Herkunft, Sinngehalt und Anwendungsbereich der Formel „Treu und Glauben“ in Gesetz und Rechtsprechung, Dissertation, 1959; *Strätz*, Treu und Glauben, I., Beiträge und Materialien zur Entwicklung von „Treu und Glauben“ in deutschen Privatrechtsquellen vom 13. bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts, 1974 (Teil 2 dazu ist nicht erschienen); *Schermaier*, Bona fides in Roman contract law, in: *Good Faith in European Contract Law*, hrsg. von Reinhard Zimmermann und Simon Whittaker, (Cambridge) 2000, S. 63–92.

⁷ Dazu die Analyse von *Oestmann*, Verkehrssitte, Privatautonomie und spontane Ordnung in Zivilrecht und Prozeß, in: *KritV* 2002, S. 409–437 (409).

⁸ *Gallois*, Die wachsende Bedeutung der Verkehrssitte und ihre Einwirkung auf nachgiebiges Recht, in: *NJW* 1954, S. 293–295; *Brüning*, Die Bedeutung von Gewohnheitsrecht, Handelsbrauch und Verkehrssitte für die Anwendung der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen, 1963; *Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970; *Rummel*, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, (Wien) 1972; *Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970; *Lanzi*, Die Verkehrssitte und ihre zivilprozessuale Behandlung, (Zürich) 1982. Für die „Rechtsprechung des RG und des BGH“ vergleiche etwa die Nachweise in den gleichnamigen Abschnitte zu wichtigen Einzelfragen der Verkehrssitte in Teil 3, III. A. 5., S. 176–177; B. 2, S. 188–190; C. 2., S. 193–197.

⁹ *Laband*, Die Handels-Usancen, in: *ZHR* 17 (1872), S. 466–511; *Hagen*, Die Usance und Treu und Glauben im Verkehr, 1894; *Riesenfeld*, Breslauer Handelsgebräuche, 1900; *Hölder*, Gesetz und Verkehrssitte, in: *Das Recht* 1901, S. 216–219; *Schneider*, Abänderliches Recht und Verkehrssitte, in *Jher. Jb.* 59 (1911), S. 383–392; *Oertmann*, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914, ND 1971; *Turck*, Verkehrssitte und Vertragsauslegung (§ 157 B.G.B., 346 H.G.B.), 1926; *Sachse*, Welche Bedeutung hat die Verkehrssitte für die Auslegung der Verträge, in *AcP* 127 (1927), 288–317; *Hageböck*, Die normative Bedeutung der Verkehrssitte in § 242 BGB und ihr Verhältnis zu den ergänzenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, 1933.

Sonnenberger über „Verkehrssitten im Schuldvertrag“¹⁰ und die Wiener Habilitationsschrift von *Rummel* über „Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte“.¹¹ Erstere ist als rechtsvergleichende Arbeit konzipiert, letztere auf das österreichische Recht ausgerichtet. Rechtshistorisch gesehen ist dem Schicksal der Verkehrssitte in § 242 noch wenig Beachtung geschenkt worden.

Letztlich mangelt es also an einer Gesamtdarstellung, die sich eingehend mit der ursprünglichen Idee des § 242 und dem Element Verkehrssitte beschäftigt.

C. Quellenlage

Die wichtigste Erkenntnisquelle für die angestellten Untersuchungen stellen die Materialien zum BGB dar. Die Quellenlage wurde in den letzten Jahrzehnten wesentlich verbessert. Mit der Edition von *Jakobs/Schubert* über die Beratung des BGB sind nunmehr die wirklich vollständigen Materialien zum BGB greifbar.¹² Sie sind hier umso wichtiger, weil der spätere § 242 während der verschiedenen Textstufen noch stark verändert worden ist.¹³ Auch die ebenfalls von *Schubert* herausgegebene Reihe mit den Vorlagen der Redaktoren ermöglicht heute eine eingehendere Betrachtung der „Planung“ hinter § 242.¹⁴

Neben den Materialien zur Entstehung des BGB gehören zu den Quellen, die für die Untersuchung der Konzeption auf jeden Fall herangezogen werden müssen, die Kommentierungen der Norm durch die Stimmen der zeitgenössischen Rechtswissenschaft.

Zudem wird auch den entsprechenden Regelungen in vorangehenden Kodifikationen Aufmerksamkeit zu schenken sein. Man mag sich fragen, ob ihre Einbeziehung in einer Arbeit, die sich mit § 242 beschäftigt, noch gerechtfertigt ist, aber sie ist aus zwei Gesichtspunkten notwendig. Der erste liegt in der allgemeinen Motivation, die der Erstellung des BGB zu Grunde lag: Der Wunsch nach Vereinheitlichung des Rechts. Die Rechts-

¹⁰ *Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970.

¹¹ *Rummel*, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, (Wien) 1972.

¹² Näheres dazu in der Einleitung von *Schubert* in: *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, 1978, S. 16.

¹³ Siehe *Jakobs/Schubert*, Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241–432, 1978, zu § 242: S. 46–49.

¹⁴ Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, hier der Band: Recht der Schuldverhältnisse, Teil I, Allgemeiner Teil, Verfasser: *Franz Philipp von Kübel*, hrsg. von *Schubert*, 1980.

einheit sollte die bestehende Rechtszersplitterung beseitigen und „Element der nationalen Einheit“¹⁵ sein. In *diesem* Sinne war das neue bürgerliche Gesetzbuch eine „Neuschöpfung“.¹⁶ Das bedeutet aber nicht, dass es darum gegangen wäre, inhaltlich neues Recht zu schaffen, sondern dass eine für das ganze Reich geltende Kodifikation des bürgerlichen Rechts entstehen sollte, die es so vorher nicht gegeben hatte.¹⁷ Inhaltlich hielt man sich an das Vorhandene, das in einheitliche Form gebracht werden sollte. Dieses Ansinnen geht ausdrücklich aus dem Gutachten der sog. Vorkommission vom 15.4.1874 hervor. Dort heißt es in den angehängten Vorschlägen unter Nr. II.:

„Der Entwurf soll unter Berücksichtigung der geltenden Gesetzbücher und der von den Einzelstaaten sowie im Auftrage des ehemaligen Deutschen Bundes über einzelne Rechtsteile ausgearbeiteten Gesetzentwürfe, das den *Gesamttzuständen*¹⁸ des Deutschen Reichs entsprechende bürgerliche Recht in einer den Anforderungen der heutigen Wissenschaft gemäßen Form kodifizierend zusammenfassen.“¹⁹

Der Gesamtzustand bestand also neben dem vielfach noch geltenden gemeinen Recht aus den geltenden Gesetzbüchern und den ausgearbeiteten Entwürfen der Einzelstaaten und des Deutschen Bundes. Diese Materialien sollten nach Ansicht der Vorkommission die „Bausteine des deutschen Gesetzbuches“ bilden.²⁰ Die Redaktoren und Referenten hatten die gesamte zivilistische Tradition „in einer staunenswerten Qualität und Selbstver-

¹⁵ Statt vieler: Staudinger-*Coing*, Einleitung zur 12. Aufl. 1980, Rn. 19.

¹⁶ So das Gutachten der Vorkommission vom 15.4.1874 in *Jakobs/Schubert*, Beratung, Materialien, S. 180. Bezeichnenderweise wird das Wort „Neuschöpfung“ in einem Satz gebraucht, in dem gesagt wird, dass im Handelsrecht nur eine Revision und Ergänzung anstehe. Das Wort Neuschöpfung wird hier also im Gegensatz zur Änderung und damit nur formal gebraucht.

¹⁷ Überblick bei *Coing-Dölemeyer*, Hdb. III/2, S. 1601.

¹⁸ Das Wort ist im Original so hervorgehoben.

¹⁹ Anlage mit Vorschlägen zum Gutachten der Vorkommission vom 15.4.1874 in *Jakobs/Schubert*, Beratung, Materialien, S. 182.

²⁰ Gutachten der Vorkommission vom 15.4.1874 in *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, Materialien, S. 172. So werden folgende Materialien ausdrücklich erwähnt: Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, das Preußische Allgemeine Landrecht, der Code Napoleon, der Entwurf eines Civil-Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen, das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, „der im Sachenrecht und Obligationenrecht vollendete Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern“ und „der auf Anlaß der ehemaligen deutschen Bundesversammlung abgefasste Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse“ (=Dresdener Entwurf). Schließlich zieht man auch in Betracht, an die „verwandten legislativen Arbeiten Oesterreichs, der Schweiz und anderer auswärtiger Staaten“ anzuknüpfen. Die Berücksichtigung entsprechender Normen aus anderen Entwürfen oder geltenden Gesetzbüchern war eine im 19. Jahrhundert übliche Vorgehensweise, *Coing-Dölemeyer*, Hdb. III/2, S. 1606.

ständigkeit präsent.“²¹ Für die Konzeption des § 242 muss somit angenommen werden, dass man sich auch hier nicht mit gänzlich Neuem beschäftigte. Mag dieser Annahme auch entgegenhalten werden, dass sie im Einzelfall des § 242 unzutreffend sein könne, so ergibt sich die Notwendigkeit einer Auseinandersetzung mit Früherem doch vollends daraus – und das ist der zweite Gesichtspunkt –, dass sich in den Materialien zur Entstehung des BGB etliche ausdrückliche Bezugnahmen auf die oben genannten Gesetze und Entwürfe finden, und das bereits ganz zu Beginn der Entstehungsgeschichte der Norm, nämlich in den Begründungen zum Teilentwurf des Obligationenrechts. Dort führt der Redaktor *von Kübel* bei der Begründung zur einzelnen Norm konkrete Parallelfundstellen aus anderen Gesetzen und Entwürfen an.²² Dies stützt die Vermutung *Schuberts*, dass auch *von Kübel* „es nur in sehr beschränktem Maße als seine Aufgabe angesehen hat, grundlegend neue Konzeptionen zu entwickeln“²³. Vor allem aber kann man ganz konkret nachweisen, dass *von Kübel* diese „Vorgängernormen“ verarbeitete und sie so eine Rolle auch bei der Konzeption des § 242 spielten.

D. Methode der Untersuchung

Um aus den Quellen die Konzeption des § 242 herauszuarbeiten, erwies es sich als zweckmäßig, das genannte Material in zwei Schritten zu untersuchen.

Im ersten Schritt wird die Frage gestellt, welcher Regelungsgehalt der Norm und ihren Vorgängern zugeordnet war, d.h. es stellt sich die Frage, welche Probleme mit der Norm geregelt werden sollten und um was für eine Art von Norm es sich folglich handeln sollte. Geht es bei § 242 nur um Auslegung und/oder Erfüllung, und/oder handelt es sich dabei um eine als solche geplante Grundsatznorm. Aufschlussreich wird hierbei der Blick auf die „Verwandtschaft“ zu vorangehenden Regelungen sein. § 242 hat viele „Wurzeln“. Dabei trifft man auf Normen, nach denen die eben gestellte Frage unterschiedlich beantwortet werden müsste, so regelt z.B. Art. 150 Dresdener Entwurf Auslegungsprobleme, § 858 Sächsisches BGB befasst sich mit Erfüllung und der ebenfalls als Vorbild erwähnte Art. 140 aus dem Hessischen Entwurf regelt Haftungsfragen.²⁴

²¹ HKK-Rückert, vor § 1, Rn. 90.

²² *von Kübel*, Schuldverhältnisse AT, in: Vorlagen der Redaktoren, S. 380 und 737.

²³ *Schubert* in der Einleitung zu Schuldverhältnisse AT, in: Vorlagen der Redaktoren, S. XVIII.

²⁴ Siehe die entsprechenden Aufzählungen bei *von Kübel*, Schuldverhältnisse AT, in: Vorlagen der Redaktoren, S. 380, 737.