

MÜNCHENER  
UNIVERSITÄTSSCHRIFTEN

Reihe der Juristischen Fakultät

Herausgegeben  
im Auftrag der Juristischen Fakultät  
von

REINHART MAURACH  
HANS SPANNER  
ERNST STEINDORFF

Band 12



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG  
MÜNCHEN MCMLXX

# VERKEHRSSITTEN IM SCHULDVERTRAG

Rechtsvergleichender Beitrag zur Vertragsauslegung  
und zur Rechtsquellenlehre

von

DR. HANS JÜRGEN SONNENBERGER  
Universitätsdozent in München



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG  
MÜNCHEN MCMLXX



P 201 1986

ISBN 3 406 02902 7

© 1969 C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck) München  
Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität München  
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft  
Satz und Druck: Passavia Druckerei AG Passau  
Printed in Germany

## Vorwort

Die Schrift hat im Sommersemester 1969 der Juristischen Fakultät der Universität München als Habilitationsarbeit vorgelegen. Rechtsprechung und Schrifttum wurden bis Juni 1969 noch berücksichtigt. Da die Literatur zur Auslegungs- und Rechtsquellenlehre besonders umfangreich ist, war eine kritische Auswahl und Beschränkung jedoch unumgänglich.

Um den Zugang zu erleichtern, wurde die Arbeit ausführlich in Topoi – Ziffern unterteilt und dafür auf ein zusätzliches Sachregister verzichtet. Textverweisungen beziehen sich auf Ziffern, nicht auf Seiten. Fußnoten sind kapitelweise durchnummeriert. Abkürzungen zitierter Titel sind im Literaturverzeichnis jeweils in Klammern angegeben. Abkürzungen für Periodika sind dem allgemeinen Abkürzungsverzeichnis zu entnehmen.

Meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Murad Ferid danke ich für die wissenschaftliche und persönliche Förderung, die ich stets von ihm erfuhr. Auch dem Korreferenten der Arbeit, Herrn Prof. Dr. Karl Larenz und Herrn Prof. Dr. Ernst Steindorff, der die Veröffentlichung betreute, gilt mein Dank. Den Mitgliedern der Münchner Fakultät und der Juristischen Fakultäten von Pavia, Aix-en-Provence, Liège und Leiden, die mir ihre freundliche Hilfe gewährten, bleibe ich verpflichtet. Nicht zuletzt danke ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die die Vorarbeiten und Veröffentlichung der Arbeit ermöglicht hat.

München, im Herbst 1969

Hans Jürgen Sonnenberger



## Inhaltsübersicht

Einleitung .....	1
Teil A. Übersicht der ausländischen Rechte .....	9
I. Kapitel · Der französische Code Civil und die Nachfolgerechte in Belgien und Holland .....	11
II. Kapitel · Der italienische Codice Civile .....	33
III. Kapitel · Das österreichische und schweizerische Recht .....	49
Teil B. Systematische Darstellung .....	59
IV. Kapitel · Entstehung und Inhalt von Verkehrssitten .....	61
V. Kapitel · Verkehrssitten in der gesetzlichen Ordnung des Schuldvertragsrechts	109
VI. Kapitel · Verkehrssitten bei Auslegung von Schuldverträgen .....	132
VII. Kapitel · Schweigen und Verkehrssitten .....	205
VIII. Kapitel · Gewohnheitsrecht und Verkehrssitten .....	227



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XIX

## Einleitung

1. Soziologische und rechtliche Fragestellung .....	1
2. Staatliche und außerstaatliche Wirtschaftsregelung und ihr Einfluß auf Verkehrssitten .....	2
3. Staatliche und gesellschaftliche Verdrängung des Individualwillens und die Auswirkungen auf Vertragsrecht und Verkehrssitten .....	6
4. Ausblick .....	8

## Teil A. Übersicht der ausländischen Rechte

### *I. Kapitel. Der französische Code Civil und die Nachfolgerechte in Belgien und den Niederlanden*

§ 1. Einführung .....	11
5. Die grundlegenden Verweisungen des Cc., BW und der AB auf usage und coutume im Allgemeinen .....	11
6. Begriffswahl .....	12
7. Das Zusammenwirken der gesetzlichen Vorschriften über Gebräuche .....	13
8. Grundsätzliche Richtungen in den Lösungsversuchen der Rechtslehre .....	14
§ 2. Auslegung unklarer Vertragsklauseln nach usages de pays .....	16
I. Aufgabe der usages .....	16
9. Auslegung unklarer Vertragsklauseln und konkludenten Handelns .....	16
10. silence circonstancié .....	17
II. Eigenschaften und Anwendungsgrund der usages .....	18
11. Willensvermutung und Willensfiktion .....	18
12. Einwendungen gegen die Willenstheorien .....	20
13. Auslegender usage als Rechtsnorm .....	20
14. Auslegung mit Hilfe des usage als Folge allgemeiner vertragsrechtlicher Prinzipien .....	22
§ 3. Ergänzung von Vertragsabsprachen durch clauses d'usage .....	23
I. Aufgabe der clauses d'usage .....	23
15. Auslegung konkludenter Erklärungen .....	23
16. Auslegung des silence circonstancié .....	24
17. Ergänzung von Vertragslücken .....	24
II. Eigenschaften und Anwendungsgrund der clauses d'usage .....	25
18. Willensvermutungen als Voraussetzung von Vertragsergänzungen .....	25
19. Gewohnheitsrecht und Vertragsergänzung, Einflüsse der Rechtsprechung zum Handels-, Seehandels- und Arbeitsrecht .....	27

20. Gewohnheitsrecht und Vertragsergänzung, Stellungnahmen in der Rechtslehre .....	28
21. Vertragsergänzung durch clauses d'usage als Folge vertragsrechtlicher Prinzipien und des Vertragsbegriffes .....	29
§ 4. Vertragliche Verpflichtungen kraft usages .....	31
22. Vertragsergänzung und Bestimmung von Rechtsfolgen .....	31
23. coutume statt usage .....	31
<i>II. Kapitel. Der italienische Codice Civile</i>	
§ 1. Einführung .....	33
24. Die allgemeinen Verweisungen des Cc. und der Disp. prel. auf den uso .....	33
25. Begriffswahl .....	34
26. Das Zusammenwirken der gesetzlichen Vorschriften über die Gebräuche .....	34
27. Lösungsversuche unter dem Einfluß der allgemeinen Rechtsquellenlehre .....	34
28. Lösungsversuche auf der Grundlage des positiven Rechts .....	36
29. Auswirkungen auf den Streitstand .....	37
§ 2. Auslegung unklarer Vertragsklauseln nach pratische generali .....	37
30. Die den pratische generali nach Art. 1368 Cc. zufallende Aufgabe .....	37
31. Geltungsgrund und Rechtsnatur der pratische generali nach der Rechtsprechung .....	39
32. Geltungsgrund und Rechtsnatur der pratische generali nach der Literatur .....	39
§ 3. Vertragsverpflichtungen kraft usi .....	41
33. Die den usi nach Art. 1374 Cc. zufallende Aufgabe .....	41
34. Geltungsgrund und Rechtsnatur der usi .....	42
35. Usi als einseitige Rechtsakte und Rechtstatsachen .....	43
§ 4. Ergänzung vertraglicher Verpflichtung durch clauseole d'uso .....	44
I. Vertragsrechtliche Rolle der clauseole d'uso .....	44
36. Willensauslegung .....	44
37. Normative Vertragsergänzung .....	44
38. Objektiv vertragsrechtliche Begründungen der ergänzenden Aufgabe von clauseole d'uso .....	45
39. Änderung des traditionellen Vertragsbegriffes als Voraussetzung für eine Einordnung der clauseole d'uso .....	46
40. Positivistisch-formale Begründungen der Vertragsergänzung durch clauseole d'uso .....	46
II. Natur der clauseole d'uso .....	47
41. Clauseole d'uso als individuell übliche Geschäftspraxis .....	47
42. Clauseole d'uso als allgemein übliche Klauseln .....	48
43. Clauseole d'uso als zweiseitige vertragliche Übungen .....	48

*III. Kapitel. Das österreichische und schweizerische Recht*

§ 1. Einführung .....	49
44. Verweisungsvorschriften des österreichischen Rechts .....	49
45. Verweisungsvorschriften des schweizerischen Rechts .....	49
46. Einleitende Bemerkung zur dogmatischen Behandlung der Verkehrssitten und der Interpretationslehre .....	49
§ 2. Die Natur der Verkehrssitten .....	50
47. Begriff der Verkehrssitten nach österreichischer Auffassung .....	50
48. Begriff der Verkehrssitten nach schweizerischer Auffassung .....	51
§ 3. Auslegung und Ergänzung von Verträgen .....	52
49. Verkehrssitten und Auslegung .....	52
50. Einführung in die Vertragsergänzung .....	55
51. Ergänzung als Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung .....	55
52. Ergänzung als Auslegung .....	57

**Teil B. Systematische Darstellung***IV. Kapitel. Entstehung und Inhalt von Verkehrssitten*

53. Einführung .....	61
§ 1. Der juristische Begriff der Verkehrssitten .....	61
54. Verkehrssitte als Übung, Regel oder Norm .....	61
55. Verkehrssitten als Normen oder Regeln .....	62
56. Übung und Verkehrsanschauung .....	65
57. Individuelle und allgemeine Übung .....	69
§ 2. Entstehung von Verkehrssitten aus allgemeinen Übungen .....	72
I. Eigenschaften der Übung .....	72
58. Gesetzliche Begriffsunterschiede und tatsächliche Erscheinungsform der Übung .....	72
59. Übung als Wiederholung gleichartiger Vorgänge .....	74
II. Übung und kollektive Absprache .....	75
60. Entstehungsvorgang, dargestellt an den Wiener Richtlinien und Gebräuchen für Dokumentenakkreditive und den österreichischen Holzhandelsusancen .....	75
61. Charakter der Regelungen, dargestellt an den <i>usi cotonieri</i> und <i>Tradeterms</i> .....	78
III. Übung, Kautelarpraxis und Expertenbrauch .....	81
62. Vorbemerkungen .....	81
63. Notarieller Stil .....	81
64. Expertenbrauch .....	83
IV. Übung und Eintritt äußerer Umstände .....	84
65. Äußere Umstände als Entstehungs- oder Wirkungsgrund einer Übung .....	84
V. Freiheit der Übung .....	84
66. Erzwungenes Handeln .....	84
67. Rechtszwang .....	85
68. Tatsächlicher Zwang und Monopolzwang .....	88
69. Einflüsse der Rechtsprechung und des Verwaltungshandelns .....	90

VI. Allgemeinheit der Übung .....	91
70. Allgemeinheit der Übung und Gruppenbegriff .....	91
71. Allgemeinheit als Gegensatz zum individuellen Verhalten .....	92
72. Allgemeinheit als Gruppenverhalten .....	92
73. Örtliche Gruppen als kleinste faßbare Einheiten .....	96
74. Gruppenverhalten und Einstimmigkeit .....	96
75. Gruppenverhalten und individuelles Verhalten insbesondere Geschäftsbedingungen und Betriebsübungen .....	97
§ 3. Inhalt von Verkehrssitten .....	99
I. Rechtsbezogene und technische Übungen .....	99
76. Vorbemerkungen .....	99
77. Allgemeine Unterscheidung rechtsbezogener und technischer Übung .....	100
II. Rechtsbezogene Übungen oder Verkehrssitten .....	101
78. Übliche Vertragsklauseln und vertragsdurchführende Übungen .....	101
79. Übliche Verweisungsklauseln .....	103
III. Verhältnis rechtsbezogener und technischer Übungen .....	104
80. Umwandlung technischer in rechtsbezogene Übungen .....	104
81. Übliche Verweisungen auf technisches Verhalten .....	106
§ 4. Zusammenfassung .....	107
<i>V. Kapitel. Verkehrssitten in der gesetzlichen Ordnung des Schuldvertragsrechts</i>	
§ 1. Einführung .....	109
82. Verkehrssitten außerhalb des Schuldvertragsrechts .....	109
83. Die vertragsrechtliche Verweisung auf Verkehrssitten in §§ 157 und 242 BGB, § 346 HGB .....	110
§ 2. Wirkungsbereich von § 242 BGB besonders hinsichtlich Verkehrssitten .....	110
84. Die Bedeutung des § 242 BGB .....	110
85. Eingreifende Korrekturen .....	111
86. Festlegung der Leistungsart und ergänzende Korrekturen .....	111
87. Die Vorstellungen der Gesetzesverfasser .....	111
88. Beschränkbarkeit des § 242 BGB auf die Leistungsart .....	112
89. Funktionslosigkeit des § 242 BGB bei einer Beschränkung auf die Leistungsart und seine Anwendung bei ergänzenden Korrekturen .....	113
§ 3. Stellung und Aufgabe von Verkehrssitten .....	115
I. Die Stellung der Verkehrssitten im gesetzlichen System .....	115
90. Vorbemerkungen .....	115
91. Das Verhältnis von usage und Gesetz in Art. 1135 und 1160 Cc. ..	116
92. Das Verhältnis von Verkehrssitten und Gesetz in §§ 157 und 242 BGB .....	117
II. Aufgabe von Verkehrssitten .....	120
93. Vertragsauslegung und Bestimmung von Rechtsfolgen .....	120
94. Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung .....	123
III. Vorstellungen der Gesetzesverfasser .....	127
95. Systembruch im Cc. .....	127
96. Systembruch im BGB .....	129
§ 4. Zusammenfassung und Ausblick .....	130

## VI. Kapitel. Verkehrssitten bei Auslegung von Schuldverträgen

97. Vorbemerkung .....	132
§ 1. Wille und Auslegung .....	132
I. Einführung .....	132
98. Willens- und Erklärungstheorie oder individuelle und typisierende Auslegung .....	132
99. Willens- und Erklärungstheorie im heutigen Vertragsrecht .....	133
II. Die Entwicklung des Willensproblems seit dem Code Civil .....	134
100. Die klassische Willentheorie als Lehre vom Geltungsgrund .....	134
101. Willensvermutungen und Willensfiktionen in der klassischen Willentheorie .....	135
102. Der wirkliche Wille als Existenzgrund der Rechtsgeschäfte .....	136
103. Verknüpfung von Auslegung, Geltungsgrund und Existenzgrund der Rechtsgeschäfte: die Willentheorie als Interpretationslehre ....	137
III. Der wirkliche Wille beim schuldrechtlichen Rechtsgeschäft .....	138
104. Zurechnung des rechtsgeschäftlichen Erklärungswillens durch Auslegung .....	138
105. Der Erklärungswille als Rechts- und Tatfrage .....	142
106. Der wirkliche Wille als Geschäftsvorstellung und der Grundsatz der Privatautonomie .....	146
107. hermeneutische und vertragsrechtliche Bedeutung der Parteivorstellungen .....	147
IV. Abschließende Beurteilung des Willensproblems im Hinblick auf Verkehrssitten .....	150
§ 2. Erklärung und Auslegung .....	151
I. Inhalt und Wirkung der gesetzlichen Regelung .....	151
108. Auslegungsgegenstände der Interpretationsvorschriften des BGB .....	151
109. Voraussetzungen der gesetzlichen Regelung und ihre praktische Verwertbarkeit .....	151
110. Auslegungsgegenstände der Interpretationsvorschriften des Cc und der Nachfolgerechte .....	152
111. Neuformulierung der Auslegungsgegenstände nach dem BGB .....	153
112. Auswirkungen auf das Verhältnis von Erklärungsauslegung und ergänzender Auslegung .....	154
II. Erklärungstatbestand und Auslegung in der Vertragspraxis .....	157
113. Übersicht der praktischen Bedeutung des Erklärungstatbestandes .....	157
114. objektiver Verständigungsmangel .....	157
115. widersprüchliche Klauseln .....	158
116. Erklärung und konkludentes Handeln .....	158
III. Vertragsauslegung in Ergänzung des Erklärungstatbestandes .....	159
117. Erklärungsergänzung im Allgemeinen .....	159
118. Untere Grenzen ergänzender Auslegung .....	159
119. Obere Grenzen ergänzender Auslegung .....	164
IV. Abschließende Beurteilung des Erklärungsproblems im Hinblick auf Verkehrssitten .....	166
§ 3. Verkehrssitten als Auslegungsmaßstäbe .....	167
I. Einführung .....	167
120. Problemstellung: Das Wertungs- und Methodenproblem .....	167

121. Verkennung des Wertungsproblems durch die reine Erklärungstheorie .....	168
122. Verkennung des Methodenproblems durch die Rechtsnormtheorie .....	168
123. Verkehrssitten und positivrechtliche Wertung des Vertrags .....	169
124. Ausblick auf die hermeneutische Rolle der Verkehrssitten .....	169
II. Anwendung von Verkehrssitten nach dem Vertrauensprinzip .....	170
125. Die Ausbreitung des Vertrauensgrundsatzes in der Auslegungslehre .....	170
126. individuelle und gemeinschaftsbezogene Richtungen des Vertrauensgrundsatzes .....	170
127. Hermeneutische Unzulänglichkeit des Vertrauensgrundsatzes im Allgemeinen .....	171
128. Unzulänglichkeit des gemeinschaftsbezogenen Vertrauensgrundsatzes bei Erklärungsauslegung .....	172
129. Unzulänglichkeit des individuell bezogenen Vertrauensgrundsatzes bei Erklärungsauslegung .....	173
130. Unzulänglichkeit des Vertrauensgrundsatzes bei ergänzender Auslegung .....	174
131. Rückwirkungen auf die Erklärungsauslegung .....	175
III. Anwendung von Verkehrssitten durch vergleichende Auslegung .....	175
132. Präzisierung des Auslegungsproblems .....	175
133. Vertragsauslegung nach individuell-vergleichender Methode und ihre sachlichen Voraussetzungen .....	176
134. Vertragsauslegung nach typisierend-vergleichender Methode und ihre sachlichen Voraussetzungen .....	178
IV. Zusammenfassung .....	180
§ 4. Einzelfragen der Anwendung von Verkehrssitten .....	181
135. Vorbemerkung .....	181
I. Individuelle und typisierende Auslegung .....	181
136. Der Vorrang individueller Auslegung im Allgemeinen und der Sonderfall Allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	181
137. Abdingung von Verkehrssitten als Ausschluß typisierender Auslegung .....	184
138. Vertragsauslegung und Auslegung der Verkehrssitte .....	186
II. Verkehrssitten, Treu und Glauben und Billigkeit .....	188
139. Problemstellung .....	188
140. Individuelle Gutgläubigkeit und Verkehrssitten, Ausnutzung von Unkenntnis des Partners .....	189
141. Sozialethische Überlieferung und Verkehrssitten .....	190
III. Vertragsanfechtung und Verkehrssitten .....	191
142. Das Irrtumsproblem im Allgemeinen .....	191
143. Besonderheiten bei ergänzender Auslegung .....	192
IV. Räumlicher und personeller Anwendungsbereich von Verkehrssitten ...	194
144. Problemstellung .....	194
145. Der räumliche Anwendungsbereich als kollisionsrechtsähnliches Problem .....	195
146. Der personelle Anwendungsbereich als hermeneutisches Problem ..	196
147. Kritik der Lehre an der kollisionsrechtsähnlichen Lösung des räumlichen Anwendungsbereichs in Art. 1159 Cc. fr, 1368 Cc. it. ....	197
148. Der räumliche Anwendungsbereich als hermeneutisches Problem ...	198

V. Zeitlicher Anwendungsbereich von Verkehrssitten .....	200
149. Problemstellung .....	200
150. Stellungnahme der Lehre .....	200
151. Der zeitliche Anwendungsbereich als hermeneutisches Problem ....	202

### VII. Kapitel. Schweigen und Verkehrssitten

152. Einführung .....	205
§ 1. Problemstellung und Abgrenzungen .....	205
I. Abgrenzungen .....	205
153. Duldungs- und Anscheinsvollmacht .....	205
154. Ergänzende Auslegung oder Zurechnung des Schweigens .....	205
155. Schweigen und verkehrübliche allgemeine Geschäftsbedingungen	207
II. Das Schweigensproblem und seine Behandlung in der deutschen Rechtsprechung .....	208
156. Fallgruppen des Schweigensproblems .....	208
157. Handelsbrauch und Verkehrssitte in der deutschen Rechtsprechung zum Schweigen .....	209
§ 2. Auslegung des Schweigens .....	211
158. Allgemeine Übersicht .....	211
159. Schweigen als negative gewollte Erklärungshandlung .....	212
160. Ersetzung des Erklärungstatbestandes durch Beweisregeln .....	215
161. positivrechtliche Grenzen der Auslegung .....	215
§ 3. Zurechnung des Schweigens kraft normativer Verkehrssitte .....	216
I. Das Bestehen der Verkehrssitten .....	216
162. Vorbemerkungen .....	216
163. Handelsbrauch des Schweigens auf Bestätigungsschreiben .....	216
164. usage des mandat tacite domestique .....	217
II. Die normativen Grundlagen der Verkehrssitten .....	218
165. Vorbemerkungen .....	218
166. Verbindlichkeit des Bestätigungsschreibens als vertragliches Nebenrecht .....	219
167. Stillschweigen als Verletzung außer- und vorvertraglicher Verhaltenspflichten .....	219
168. Vertrauensschutz .....	220
III. Richterliche Rechtsfortbildung statt Vertrauensschutz nach Verkehrssitten .....	222
169. Vorbemerkungen .....	222
170. Schweigen auf Bestätigungsschreiben .....	223
171. stillschweigende Wirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen ..	224
172. Anscheinsvollmacht .....	225

### VIII. Kapitel. Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte

§ 1. Thematische Abgrenzung .....	227
I. Einführung .....	227
173. Verkehrssitten als Entstehungsstadium von Gewohnheitsrecht ...	227
174. Begriffliche Beschränkung der gewohnheitsrechtlichen Tatbestände	228

II. Die coutume des anciens droit français .....	229
175. altrechtliche coutumes als geschriebenes Recht .....	229
176. Entstehung der coutumes .....	230
177. Anwendung der coutumes und Volksgewohnheit .....	231
178. Abschließende Bemerkungen .....	231
III. Gewohnheitsrecht, Gerichtsgebrauch, Richterrecht .....	232
179. Historische Voraussetzungen des richterlichen Gewohnheitsrechts	232
180. Unterschiede bei Entstehung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht	234
181. Richterrecht in der Praxis .....	235
182. Der Richter als staatliches Organ .....	237
183. Begründungszwang, Rechtsbindung, Entscheidungsauftrag .....	238
184. Verfassungsrecht und Präjudizienbindung .....	240
§ 2. Gewohnheitsrecht als qualifizierte Verkehrssitte .....	243
185. Vorbemerkungen .....	243
I. Ideelle Merkmale .....	243
186. Objektive Wertmaßstäbe .....	243
187. Einflüsse des Wertrelativismus und Subjektivismus .....	244
II. opinio iuris seu necessitatis .....	246
188. historische Entwicklung der opinio iuris seu necessitatis und des tacitus consensus populi .....	246
189. Folgen der historischen Entwicklung .....	250
190. Gewohnheit als Willensäußerung .....	250
191. Rechtsüberzeugung oder Rechtsgeltungswille .....	251
192. opinio iuris als Rechtsüberzeugung .....	252
193. irriige Rechtsüberzeugung und die Maxime error communis facit ius	254
194. opinio iuris als Rechtsgeltungswille .....	256
195. Volkswille, juristische Praxis und Lehre .....	259
§ 3. Normbegriff, Normgeltung und Gewohnheitsrecht .....	260
196. Vorbemerkungen .....	260
197. Gewohnheitsrechtsnormen als Sollensnormen .....	261
198. Gewohnheitsrechtsnormen als heteronome Sollensnormen .....	265
199. Rechtfertigung und Geltung von Gewohnheitsrechtsnormen .....	267
200. Geltung des Gewohnheitsrechts als Zuordnungsfrage .....	268
201. Die Zuordnung als normativer Akt der positiven Rechtsordnung	272
§ 4. Gewohnheitsrecht insbesondere im Schuldvertragsrecht .....	275
202. Vorbemerkungen .....	275
I. Zwingendes Gewohnheitsrecht .....	276
203. Zwingendes Gewohnheitsrecht in Lehre und Praxis .....	276
204. Strukturelle Unmöglichkeit zwingenden Gewohnheitsrechts, Folge- rungen für das Schuldvertragsrecht .....	278
II. Gesetzesaufhebendes Gewohnheitsrecht und zwingendes Gesetz .....	279
205. Problemanalyse .....	279
206. Gewohnheit und zwingendes Gesetz als organisationsrechtliches Problem .....	282
207. Lösungsversuche durch eine sogenannte Grundnorm .....	284
208. Lösungsversuche durch vorrechtliche dialektische Synthese .....	286

209. Positivrechtliche Organisationsnorm und gesetzeswidrige Gewohnheit .....	288
210. Gesetzeswidriges Gewohnheitsrecht als Tatsache des positiven Rechts .....	289
211. Gewohnheitsrecht und zwingendes Gesetz im Schuldvertragsrecht .....	293
§ 5. Zusammenfassung .....	294
Literaturverzeichnis .....	297
Gesetzesregister mit Anhang Privatkodifikationen ... ..	319



## Abkürzungsverzeichnis

Periodika, Zeitschriften, Entscheidungs- und Gesetzessammlungen  
und die sonst gebräuchlichen Abkürzungen.

AB .....	Wet van 15 mei 1829 houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk
ABGB .....	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (österreichisches)
AcP .....	Archiv für die civilistische Praxis
ADSpB .....	Allgemeine Deutsche Spediteursbedingungen
AGB .....	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHGB .....	Allgemeines Handelsgesetzbuch (deutsches, österreichisches)
Ann. dr. comm. ....	Annales de droit commercial
Ann. dr. sc. pol. ....	Annales de droit et de sciences politiques
Ann. fac. dr. Toulouse ..	Annales de la Faculté de droit de Toulouse
Ann. Poitiers .....	Annales de l'université de Poitiers
AÖSpB .....	Allgemeine Österreichische Speditionsbedingungen
AP .....	Arbeitsrechtliche Praxis
App. ....	Cour d'Appel
AR .....	Arbitrale Rechtspraak
ArchbürgR .....	Archiv für bürgerliches Recht
Arch. phil. dr. soc. jur. ..	Archivio di ricerche giuridiche
Arch. giur. ....	Archivio di ricerche giuridiche
Arch. phil. dr. ....	Archives de la philosophie du droit
ArchRSPhil. ....	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ArchRWPhil. ....	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
Arch. ric. giur. ....	Archivio di ricerche giuridiche
Arr. ....	Arrêté
ARS .....	Arbeitsrechtssammlung
AWD .....	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
B .....	Betrieb
Banca borsa .....	Banca, borsa e titoli di credito
BB .....	Der Betriebsberater
Belg. jud. ....	Belgique judiciaire
BG .....	schweizerisches Bundesgericht
BGB .....	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. ....	Bundesgesetzblatt
BGE .....	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtshofs, Amtliche Sammlung
BGHZ .....	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bull. Cass. ....	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation en matière civile
Bull. soc. ét. lég. ....	Bulletin de la société d'études législatives
BV .....	schweizerische Bundesverfassung
BW .....	Nederlands Burgerlijk Wetboek
Cah. dr. comp. ....	Cahiers de droit comparé
Cass. (fr. it. belge) ....	Cour de cassation (française, belge), Corte die Cassazione (italiana)
Cic. ....	Codex iuris canonici

Clunet .....	Journal de droit international privé
Cc. (fr. belge, it.) .....	Code Civil (français, belge), Codice Civile (italiano)
Ccomm. (fr. belge, it.) ..	Code de Commerce (français, belge), Codice di Commercio (italiano)
Cpc. (fr., belge, it.) .....	Code de procedure civile (français, belge), Codice di procedura civile (italiano)
C. rur. ....	Code rural et forestier
C. trav. ....	Code de travail
Cons. d'ét. fr. ....	Conseil d'État français
Cons. Prud'h. ....	Conseil de Prud'hommes
Corr. amm. ....	Il corriere amministrativo
Corte ass. ....	La corte d'assise
D .....	Recueil Dalloz
D. A. ....	Recueil analytique de jurisprudence et de législation, Dalloz
D. C. ....	Recueil critique de jurisprudence et de législation, Dalloz
Décr. ....	Décret
DGWR .....	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
D. H. ....	Recueil hebdomadaire de jurisprudence, Dalloz
Dir. giur. ....	Diritto e giurisprudenza
Dir. int. ....	Diritto internazionale
Dir. maritt. ....	Il diritto marittimo
Dr. soc. ....	Droit social
Dir. lav. ....	Il diritto del lavoro
Disp. prel. ....	Disposizioni sulla legge in generale
DIHT .....	Deutscher Industrie- und Handelstag
DJZ .....	Deutsche Juristenzeitung
D. P. ....	Recueil périodique et critique mensuel, Dalloz
DR .....	Deutsches Recht
Dr. marit. ....	Droit maritime français
DRZ .....	Deutsche Rechtszeitschrift
ECE .....	Europäische Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen
Encicl. dir. ....	Enciclopedia del diritto
EVBl .....	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (in östJZ)
EVO .....	Einführungsverordnung
Foro it. ....	Il foro italiano
Foro it. mass. ....	Il foro italiano (Massimario)
Foro it. rep. ....	Il foro italiano (Repertorio)
Foro pad. ....	Il foro padano
GAOR .....	General Assembly UN., Official Records
Giur. Cass. Tor. ....	Giurisprudenza di Torino (Cassazione)
Giur. compl. ....	Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione (sezioni civili)
Giur. sic. ....	Giurisprudenza siciliana
Giur. it. ....	Giurisprudenza italiana
Giur. tosc. ....	Giurisprudenza toscana
Giust. civ. ....	Giustizia civile
GIU .....	Glaser-Unger, Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des KK OGH

Gnomon .....	Gnomon, Kritische Zeitschrift für die gesamte klassische Altertumswissenschaft
G. P. ....	Gazette du Palais
Gruch. Beitr. ....	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GrW .....	Grundwet
HansGZ .....	Hanseatische Gerichtszeitschrift
HansRZ .....	Hanseatische Rechtszeitschrift
HGB .....	Handelsgesetzbuch
Hof .....	Gerechthof
HR .....	Hoger Raad
HS .....	Handelsrechtliche Entscheidungen (Österreich)
ICC .....	Internationale Handelskammer
Ind. t. v. h. r. ....	Indisch tijdschrift van het recht
intGültigkG .....	loi uniforme über die materielle Gültigkeit internationaler Kaufverträge
intKaufG .....	loi uniforme des internationalen Kaufvertrags über bewegliche Sachen
JBl. ....	Juristische Blätter
JbwissKrit. ....	Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik
JC (Civ. Int. Comm) ...	Juris-Classeur (Civil, International, Commercial)
JCP .....	Juris-Classeur périodique
JCP, éd. N. ....	Juris-Classeur périodique, édition notaires
JherJb. ....	Jherings Jahrbücher
JN .....	österreichische Jurisdiktionsnorm
JO .....	Journal officiel
Journ. j. p. ....	Journal des juges de paix
Journ. trib. ....	Journal des tribunaux (Belgien)
JR .....	Juristische Rundschau
JT .....	Journal des tribunaux (Schweiz)
Jur. civ. ....	Les grands arrêts de la jurisprudence civile (siehe im Autorenregister unter Capitant)
Jur. comm. ....	Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale (siehe im Autorenregister unter Pedamon)
Jur. comm. Bruxelles ...	Jurisprudence commerciale de Bruxelles
Jur. comm. Fl. ....	Jurisprudence commerciale de Flandre
Jur. d'Anvers .....	Jurisprudence du Port d'Anvers
Jur. Liège .....	Jurisprudence de la Cour d'Appel de Liège
Jur. trav. ....	La jurisprudence en droit du travail (siehe im Autorenregister unter Brun)
JuS .....	Juristische Schulung
Jus .....	Jus
JW .....	Juristische Wochenschrift
JZ .....	Juristenzeitung
OGHbriZ .....	Oberste Gerichtshof für die britische Zone
OLG .....	Oberlandesgericht
(bay) ObLG .....	Bayerisches Oberstes Landesgericht
OR .....	schweizerisches Obligationenrecht
östJZ .....	österreichische Juristenzeitung

östOGH .....	österreichischer Oberster Gerichtshof
östRGBl. ....	österreichisches Reichsgesetzblatt
PandB .....	Pandectes belges
PB .....	Pasicrisie belge
Pret. ....	Pretura
Prot. ....	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB
RabelsZ .....	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG .....	Reichsarbeitsgericht
Rass. dir. pubbl. ....	Rassegna di diritto pubblico
RdA .....	Recht der Arbeit
Recht .....	Das Recht
Rec. ac. lég. Toulouse ...	Recueil de l'Académie de législation Toulouse
Rec. cours la Haye ....	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye
Rép. dr. civ. ....	Répertoire de droit civil (vgl. im Literaturverzeichnis Dalloz)
Rép. dr. comm. ....	Répertoire de droit commercial (vgl. im Literaturverzeichnis Dalloz)
Rép. univ. ....	Répertoire universel et raisonné de jurisprudence (vgl. im Literaturverzeichnis Merlin)
Rev. crit. jur. belge ....	Revue critique de jurisprudence belge
Rev. crit. lég. jur. ....	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. crit. dr. int. priv. ..	Revue critique de droit international privé
Rev. crit. jur. belge ....	Revue critique de jurisprudence belge
Rev. dr. publ. sc. pol. ...	Revue du droit public et de la science politique
Rev. dr. int. lég. comp. ..	Revue de droit international et de législation comparé
Rev. gén. dr. lég. jur. ...	Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence
Rev. trim. comm. ....	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev. trim. civ. ....	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. int. dr. comp. ....	Revue internationale de droit comparé
RGBl. ....	Reichsgesetzblatt
RGZ .....	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv. dir. civ. ....	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm. ....	Rivista del diritto commerciale
Riv. dir. nav. ....	Rivista del diritto della navigazione
Riv. dir. priv. ....	Rivista di diritto privato
Riv. dir. proc. civ. ....	Rivista di diritto processuale civile
Riv. dir. proc. ....	Rivista di diritto processuale
Riv. dir. int. ....	Rivista di diritto internazionale
Riv. dir. agr. ....	Rivista di diritto agrario
Riv. banc. ....	Rivista bancaria
Riv. giur. umbro-abruz. ...	Rivista Giuridica umbro-abruzzese
Riv. it. sc. giur. ....	Rivista italiana per le scienze giuridiche
Riv. int. fil. dir. ....	Rivista internazionale di filosofia del diritto
Riv. not. ....	Rivista del notariato
RPfl. ....	Der deutsche Rechtspfleger
Riv. trim. dir. pubbl. ...	Rivista trimestrale di diritto pubblico
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile

S .....	Sirey, recueil général des lois et des arrêts
schwJZ .....	Schweizerische Juristenzeitung
Sett. cass. ....	Settimana della cassazione
Seuff. ....	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
SJZ .....	Süddeutsche Juristenzeitung
Stato dir. ....	Stato e diritto
SZ .....	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen
Temi .....	Temi
Temi gen. ....	Temi genovese
Temi rom. ....	Temi romana
Trib (civ., comm.) .....	Tribunal, Tribunale (civil, commercial, civile, commerciale)
VertragsabschlG .....	loi uniforme über den Abschluß internationaler Kaufverträge
Vita not. ....	Vita notarile
W .....	Weekblad van het Recht
Warn. ....	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WiGBL. ....	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WM .....	Wertpapier Mitteilungen
WPNR .....	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie
WvK .....	Wetboek van Koophandel
ZBJV .....	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZfRvgl. ....	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfVR .....	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZGB .....	schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR .....	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZöfFR .....	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZRGR .....	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZSR (NF) .....	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Neu Folge)





## Einleitung

1. Als der Plan zu dieser Arbeit entstand, war zuerst an die Rechtsgeschäftslehre und dabei die Interpretationslehre gedacht. Aber bald zeigte sich, daß eine solche Beschränkung unmöglich ist. Verzweigungen führen gerade beim Thema Verkehrssitten in die Rechtsquellenlehre und in die Rechtssoziologie. Gibt es doch kaum einen Gegenstand, bei dem theoretisches und praktisches Denken, rechtliches Sollen und geschäftliche Wirklichkeit so dicht aufeinandertreffen. Vor allem die Rechtssoziologie ist von wesentlicher Bedeutung, denn Verkehrssitten entwickeln sich im Kreis der Verkehrsteilnehmer durch tatsächlichen Gebrauch entsprechend wirtschaftlichen Erfordernissen und Machtverhältnissen. Andererseits ist es dringend erforderlich, die verschiedenen Wissenschaftsbereiche auseinanderzuhalten, denn wie bei allen Grenzgebieten entstehen durch ihre Vermengung allzuleicht begriffliche Fehldeutungen. So kann mit dem Begriff der *Verkehrssitte* der vom Soziologen erarbeitete Tatsachenstoff gemeint sein, der Begriff also *soziologischen Gehalt* haben; er kann aber auch die Bezeichnung der rechtlichen Behandlung und Bedeutung des vorgelegten Tatsachenstoffes ausdrücken und *juristischen Aussagewert* besitzen. Dabei zeigen sich trotz der klar abgegrenzten Aufgabenteilung zwischen Rechtswissenschaft und Soziologie drei deutlich erkennbare Fehlerquellen.

Erstens neigen die Gerichte oft zur Anwendung eines seines ursprünglichen Sinns entkleideten Gesetzestextes und verbergen damit den Rückgriff auf eine außergesetzliche Regel.<sup>1</sup> Ähnlich verhält es sich mit der Heranziehung eines angeblichen rechtsgeschäftlichen Parteiwillens.<sup>2</sup> Das Verständnis für die außergesetzliche Regel, ihre Entstehung und ihre Aufgabe wird dabei erschwert oder unmöglich gemacht.

Zweitens sind Juristen versucht, die soziologisch erheblichen Tatsachen ihren rechtsdogmatischen Vorstellungen anzupassen, statt sorgfältig soziologische und rechtsdogmatische Fragestellung zu trennen. So werden unzulässigerweise an gesellschaftliche Vorgänge Anforderungen herangetragen, die im soziologischen Sinne nicht bzw. nur mangelhaft erfaßbar oder widersprüchlich sind. Da sich das gesellschaftliche Sein theoretischen Prinzipien nicht anpaßt, muß der Jurist seine Zuflucht bei Fiktionen suchen und gerade auf dem Gebiet der Verkehrssitten und des benachbarten Gewohnheitsrechts findet man sie häufig.

Drittens verfallen andere gern in die entgegengesetzte Neigung, rechtliche Begriffe vom soziologischen Tatbestand her zu bestimmen. Teils führt das zu ungerichtfertiger Verengung, teils zu schrankenloser Erweiterung des rechtlichen

---

<sup>1</sup> PEDAMON, Rev. trim. comm. 1959, 356; vgl. auch THALLER-PERCEROU S. 45, der darin sogar die einzige zulässige coutume sieht.

<sup>2</sup> BOULANGER, Travaux Capitants, Bd. V, S. 65; LARENZ, NJW 1965, 6; v. TUHR, Bd. II, 1, S. 547.

Begriffes der Verkehrssitten. Vor allem wird leicht ein einzelner soziologischer Vorgang auch rechtlich für das Ganze angesehen. So werden beispielsweise als Verkehrssitten nur Regeln bezeichnet, die aus spontaner Übung entstehen, während die planmäßig beschlossene Anpassung einer Wirtschaftsgruppe an bestimmte Interessenlagen ausgeklammert wird. Häufiger ist jedoch die Gefahr einer schrankenlosen Erweiterung des Themas Verkehrssitten. Von einem soziologischen Rechtsverständnis aus werden etwa alle effektiven und aus Verkehrsbedürfnissen anerkannten außerstaatlich entstandenen Verkehrsregeln zu Rechtsregeln erklärt.<sup>3</sup>

2. Die Bedeutung des rechtlichen Themas der Verkehrssitte umschrieb OERTMANN 1914 im Vorwort seines Werkes über Verkehrssitten so: „Es handelt sich bei dem Verhältnis von Rechtsordnung und Verkehrssitte um keine belanglose Einzelfrage, sondern um eine *actio finium regundorum* zwischen den beiden Gegenpolen des menschlichen Gemeinlebens: dem Staat und der Gesellschaft“.

Betrachtet man Staat und Gesellschaft als Gegenpole, so besteht auch heute noch ein Spannungsverhältnis. In Folge der seitherigen Änderungen des Wirtschaftsstiles haben nichtstaatliche Verkehrsregeln sogar zugenommen. Die interessierten Kreise versuchen in den Bereich zwingenden Rechts einzudringen.<sup>4</sup>

Polarität kann aber nur bestehen, wo entgegengesetzte Kräfte gleichzeitig wirken. Wenn der Staat als Gesetzgeber unfähig ist oder verzichtet, wird sie gegenstandslos und das gilt vor allem für zwei Bereiche: den internationalen Handel und die interne organisierte Wirtschaft.

Im Bereich des *internationalen Handels* verläuft der Prozeß auf mehreren Ebenen. Da sind zunächst die bekanntesten unter Leitung der *ECE* erarbeiteten Bedingungen und *Vertragsformulare für den Export* bestimmter Güter, die hier nicht weiter interessieren.<sup>5</sup> Darüber hinaus spricht man heute ohne Rücksicht auf staatliche Ordnungen vom Wiedererstehen einer Art Zunftverfassung<sup>6</sup> und eines allgemeinen die nationalen Grenzen sprengenden *Welthandelsgewohnheitsrechts*.<sup>7</sup> Es soll ein Recht sein, das seine Entstehung ausschließlich dem Willen und der Praxis der Beteiligten verdankt. Ein Konflikt mit staatlichen Rechtsordnungen wird verneint, denn das überstaatliche Recht habe seinen eigenen Wirkungsbereich und seine eigenen Organe.

---

<sup>3</sup> Insgesamt zur Verschiebung soziologischer Argumente auf die juristische Ebene BOBBIO, ArchRSPhil. 1958, 307 ff.

<sup>4</sup> RIPERT, *Les forces créatrices* S. 400 f. Verbindet sich der Vorgang noch mit dem Aufbau einer umfassenden Schiedsgerichtsorganisation, so tritt, wie RAISER, AGB S. 89 bildhaft feststellt, eine vollständige Entfremdung des Geschäftsverkehrs von der Privatrechtsordnung des Staates ein.

<sup>5</sup> Vgl. dazu LORENZ, ZHR 1964, 148 und FERID, AEB S. 39 ff. Näheres im Report UN-Generalsekretär A 6396 GAOR 21. Sess. Annexes Bd. III Agenda Item 88 Nr. 67.

<sup>6</sup> GROSSMANN-DOERTH, JW 1927, 3447.

<sup>7</sup> Etwa SCHMITTHOFF, *RebelsZ.* 1964, 47 ff.; vgl. auch LÉAUTÉ, *Rev. trim. civ.* 1953, 435; GROSSMANN-DOERTH, *HansRZ* 1925, 101 ff., allgemeine Übersicht im Report UN-Generalsekretär A 6396, GAOR 21. Sess. Annexes Bd. III Agenda Item 88 Nr. 147 ff.

Wird dort von Seiten der Wirtschaft die Kompetenz der staatlichen Gesetzgeber bestritten, so weicht im *intern organisierten Wirtschaftssektor* der Staat von selbst. Hier bedient sich der Gesetzgeber, weil er das Tempo technischer und wirtschaftlicher Entwicklung nicht einhalten kann<sup>8</sup> oder es gesellschaftspolitisch für zweckmäßig hält, zunehmend gesellschaftlicher Kräfte. Läßt man den beratenden mittelbaren Einfluß derselben außer Betracht, so geschieht das entweder in Gestalt einer Delegation von *Gesetzgebungsbefugnissen an Berufsorganisationen* oder durch Gestattung *kollektivvertraglicher Selbstordnung* mit staatlicher Verbindlichkeitsverleihung.

Zwei zeitliche Etappen sind in diesem Prozeß zu unterscheiden. Die erste faschistische, die freilich nicht so sehr sachlich orientiert war, sondern unter dem Einfluß völkischständischer Prinzipien stand;<sup>9</sup> die zweite, die von den wirtschaftlichen Erfordernissen der modernen Industriegesellschaft und der Herstellung eines erträglichen Kräftegleichgewichts geprägt ist.

In der faschistischen Zeit stehen beide Formen der Beteiligung autonomer oder scheinbar autonomer Selbstverwaltungsorgane der Wirtschaft an der staatlichen Gesetzgebung nebeneinander. Mit dem Zusammenbruch der faschistischen Diktaturen wird ihr normativer Charakter jedoch allenthalben beseitigt. Dieser Vorgang wird, den politischen Verhältnissen entsprechend, besonders in *Deutschland* aktuell.<sup>10</sup> Er vollzieht sich aber auch in *Frankreich*.<sup>11</sup> Dort hatten zwar die auf Grund L. v. 16. 8. 1940 erlassenen Vorschriften der *chambres syndicales* oder *groupements syndicaux* von Anfang an nur intern für die Mitglieder verbindlichen Charakter. Die Beziehungen dieser zu verbandsfremden Dritten beurteilten sich weiter nach allgemeinem bürgerlichen und Handelsrecht.<sup>12</sup> L. v. 26. 4. 1946 und 7. 10. 1946 (Art. 168) beseitigten die autonomen Verbandsnormen aber auch verbandsintern und ließen sie nur noch als *droit conventionnel*, gegebenenfalls als Verkehrsitten fortwirken.<sup>13</sup>

Eine eindeutige Lösung von der faschistischen Vergangenheit vollzog schließlich *Italien*. Die am 21. 4. 1942 in Kraft getretenen Art. 1 Ziff. 3 und Art. 5 der Disp. prel. verfügten den Rechtsquellencharakter aller wirtschafts- und arbeitsrechtlichen Normenverträge. Nach dem Aufstand vom 25. 7. 1943 wurde diese

<sup>8</sup> DE SEMO, Dir. Lav. 1941, I, S. 391 (zit. nach BALOSSINI, consuetudini S. 78); PAVONE LA ROSA, Encicl. dir. Bd. IX, consuetudine Ziff. f. S. 514; allgemein dazu KRÜGER, NJW 1966, 617 ff.; HERSCHEL, NJW 1968, 619.

<sup>9</sup> Z. B. W. DAVID S. 50; HAUPT S. 205 ff.

<sup>10</sup> Beispiele: Beseitigung der normativen Absatzbedingungen für landwirtschaftliche Erzeugnisse, erlassen vom Reichsnährstand auf Grund der in § 2 des Reichsgesetzes v. 13. 9. 1934, RGBl. 1934, I, 626 enthaltenen Ermächtigung, Gesetz v. 21. 1. 1943 WiGBL 1943, 21; Fortfall der normativen Wirkung der vom Reichsverkehrsminister für verbindlich erklärten ADSpB. sowie der KVO, vgl. einerseits MDR 1949, 610, andererseits BGH v. 19. 1. 1951 = BGHZ 1, 84. Im übrigen vgl. SCHLEGELBERGER, Rdz. 72 zu § 346 HGB.

<sup>11</sup> Dazu allgemein TUNC, Mélanges Ripert Bd. II, S. 151.

<sup>12</sup> Vgl. Cons. d'Ét. fr. v. 30. 4. 1948 = D. 1948 J. 410 ff. (concl. Lefas).

<sup>13</sup> TUNC, Mélanges Ripert Bd. II, S. 157.

Anordnung beseitigt.<sup>14</sup> Auch verbandsrechtlich entstandene Vertragsmuster, etwa allgemeine Bankbedingungen, erhalten selbst durch staatliche Mitwirkung keinen Verbindlichkeitswert mehr<sup>15</sup> und spielen bestenfalls als *practica* oder *uso* noch eine Rolle.

Diese Fälle führen schon zur Bedeutung des Verbandsrechts in der zweiten, gegenwärtigen Etappe. Sie drücken einen erheblichen Vorbehalt gegen die Einschaltung der Wirtschaftsgruppen in die Rechtssetzungsapparatur aus. Die Einschaltung der Guppen und Verbände in die Normsetzung brachte ja zugleich staatliche Einflußnahme auf das Wirtschaftsleben mit sich und mediatisierte den Einzelnen. Insofern ist der Vorwurf eines besonders sublimen staatlichen Dirigismus nicht zu Unrecht erhoben worden.<sup>16</sup>

Trotz der Bedenken liegt in der Einbeziehung von Wirtschaftsgruppen in die Normsetzungstätigkeit auch ein fruchtbares Moment, das gerade in Deutschland schon vor 1933 in Einzelfällen erkannt worden war und bis in neueste Zeit wirksam blieb.<sup>17</sup>

Heute macht VASSEUR<sup>18</sup> darauf aufmerksam, daß die Vorstellung vom Staat als einseitig reglementierendem Normsetzer in Frankreich zunehmend abgelöst wird. An die Stelle der staatlich diktierten tritt für verschiedene Wirtschaftsbereiche eine neue vereinbarte Rechtsordnung, die der Staat mit den interessierten Verkehrskreisen aushandelt oder unter seiner Aufsicht aushandeln läßt: normsetzende Kollektivverträge auch außerhalb des Arbeitsrechts, etwa zwischen den Verbänden der Landwirtschaft und der Veredelungsindustrie; fakultative oder verbindliche Vertragsmuster, *contrat-types*, etwa für den Landpachtvertrag; Tarifverträge zwischen Ärzten und Krankenkassen, die von Spezialkommissionen erarbeitet und durch behördliche Zustimmung verpflichtend werden.<sup>19</sup>

Merkmale dieser Entwicklung finden sich auch in Belgien. DEL MARMOL erwähnt die *conditions générales types d'achat et de vente de froments indigènes*, die unter Aufsicht des Landwirtschafts- und Wirtschaftsministeriums von Vertretern der Erzeuger-Müllerei- und Handelsverbände aufgestellt wurden.<sup>20</sup> Das bezeichnendste Beispiel stellt eine Regelung der Brauereien, Importeure und Gast-

<sup>14</sup> Cc. it. Ausgabe BORGHESE 1964, Fußn. zu Art. 5 aaO.

<sup>15</sup> Vgl. Cass. it. v. 5. 7. 1956 Nr. 2451 = Foro it. 1956. I. 1448 und v. 26. 10. 1968 Nr. 3572 = Giur. it. 1969, I, 1, 1102 ff.; entsprechend hat sich für das holländische Recht Hof Arnhem v. 20. 10. 1964 = NJ 1966 Nr. 56 geäußert.

<sup>16</sup> LARENZ, SchR. Bd. I, S. 56; TUNC, *Mélanges Ripert* Bd. II, S. 151; STAUDINGER-BRÄNDL, Einl. Rdz. 28.

<sup>17</sup> Vgl. für Weimarer Zeit, HUECK, *JherJb.* 1923, 33 ff.; HAUPT S. 204. Zum heutigen Recht vgl. ESSER, SchR (3) Bd. I, S. 91; KRÜGER, NJW 1966, 621 f.; ZWEIGERT, *Rheinstein-Festschr.* Bd. II, S. 504; warnend GÖTZ S. 199.

<sup>18</sup> Rev. trim. civ. 1964, 6 ff.; vgl. schon RIVÉRO, Dr. soc. 1952, 657.

<sup>19</sup> RIVÉRO, Dr. soc. 1952, 656 ff.; LÉAUTÉ, Rev. trim. civ. 1953, 445 ff., 456 ff.; vgl. Art. 809 C. rur. und dazu CARBONNIER, Dr. civ. Bd. II, S. 344.

<sup>20</sup> *Mélanges Frédéricq* Bd. I, S. 313.

wirte über den Bierlieferungsvertrag dar, dessen wesentliche Bestandteile teilweise durch Arrêté royal vom 25. 9. 1964 geschützt werden.<sup>21</sup> In Holland ist im Reformwerk des BW eine Regelung vorgesehen, die eine Mitwirkung der Interessenten an der Aufstellung derartiger Vertragstypen, standardregelungen, ermöglicht.<sup>22</sup>

Bisher ist dieses *droit négocié* auf Einzelgebiete beschränkt, und der Mangel an sozialen „Gesetzgebungsorganen“ läßt an seiner allgemeinen Ausbreitung zweifeln. Dennoch ist wichtig, daß das Parlament als staatlicher Gesetzgeber auf Teilgebieten der Rechtssetzung verdrängt wird und Verbände, Organisationen und Wirtschaftseinheiten selbst Elemente der staatlichen Gesetzgebungsmaschinerie werden. Die teilweise Aufhebung der Polarität von Staat und Gesellschaft, die sich darin ausdrückt<sup>23</sup> und die damit verbundene Verschiebung der Rollen staatlicher und gesellschaftlicher Organe ist für die Stellung der allgemeinen Übungen des Wirtschaftsverkehrs im Gesamtgefüge der Rechtsordnung von maßgeblicher Wirkung. Nicht selten haben ja diese ihre Wurzeln im Formularwesen und in verbandsrechtlichen Entscheidungen.<sup>24</sup> Die *Verkehrssitten geraten* deshalb zunehmend *in ein Mittelfeld zwischen staatlicher und autonomer oder lizenziierter gesellschaftlicher Gesetzgebungstätigkeit*.

Trotz dieser Rollenverschiebung hat merkwürdigerweise seit OERTMANN, abgesehen von einigen im Hintergrund gebliebenen Dissertationen, eine umfassende Untersuchung der Verkehrssitte in Deutschland nicht mehr stattgefunden. Dabei werden unter den gegenwärtigen sozialen Gegebenheiten Abgrenzungen nötig, die OERTMANN überhaupt nicht oder nur in Ansätzen erkennbar waren: etwa von allgemeinen Geschäftsbedingungen, von verbandsmäßig vorgeformten Vertragsmustern, von Normen der ICC, von Betriebspraktiken.<sup>25</sup> Darüber hinaus ist auch zu beachten, daß die Veränderung der Rolle des staatlichen Gesetzgebers den Eigenregeln der Wirtschaftskreise neue Bereiche und neue Aufgaben erschlossen hat, für die 1914 die Voraussetzungen fehlten. Die Verschiebung der Rollen bewirkt ja nicht nur ein quantitatives Vordringen außergesetzlicher Regeln.

Solange der kontinentaleuropäische Jurist mit Anspruch auf Glaubhaftigkeit von der inhaltlichen Vollkommenheit der positiven Gesetzesordnung sprechen konnte, war die Einordnung nichtgesetzlicher Regeln relativ einfach. Wurden

---

<sup>21</sup> *Moniteur Belge* v. 21. 10. 1964, 11127.

<sup>22</sup> *Handelingen Staten Generaal 2<sup>e</sup> Kamer, 1952–1953 II. 2865, Conclusie 24*: „De mogelijkheid worde geopend, dat vor bepaalde contracten de toepasselijke regels door de Kroon of een andere Overheidsinstantie onder medewerking of na raadpleging van belanghebbenden worden vastgesteld (standaardregelingen). De standaardregelingen zullen slechts bepalingen van aanvullendrecht mogen bevatten.“ Zur Fassung des Entwurfs vgl. WESTERMANN, *NJW* 1963, 1586 f. Vgl. auch GÖRTZ S. 200 kritisch wegen zu befürchtender Starre der Branchengesetzgebung.

<sup>23</sup> Vgl. SAVATIER, *Métamorphoses* S. 58/59 Nr. 50.

<sup>24</sup> Dazu FISCHER, *Handelsusanz* S. 31.

<sup>25</sup> Vgl. TUNC, *Mélanges Ripert* Bd. II, S. 150 f.

sie vom Gesetz berufen, so konnten sie als Tatsachenmaterial herangezogen werden, ohne daß sich ernsthaft eine Frage nach ihrem Rechtswert stellte. Ob auch die nichtgesetzlichen Regeln Rechtsnormen darstellten, war im Wesentlichen ein Problem theoretischer Art und wurde aus Mangel an Anschauungsmaterial vielfach oberflächlich und mittels einer Reihe unbesehen übernommener Prämissen abgehandelt. Wenn der heutige Gesetzgeber sich der Regelung von Spezialmaterien des Handels- und Wirtschaftsverkehrs enthält und die nichtgesetzlichen Regeln in den leeren Raum treten, gewinnt die Frage nach ihrem Rechtswert eine ganz andere Bedeutung. Diese Regeln treten jetzt neben das Gesetz und sind unter Umständen selbst Bestandteil der objektiven Rechtsordnung. Es ist auffallend, in welchem Ausmaß die Rechtslehre unter diesem Blickwinkel die Tätigkeit der Rechtsprechung untersucht hat. Hinsichtlich der Eigenregeln der Wirtschaft ist dagegen die Untersuchung kaum fortgeschritten. Die alte Frage etwa nach dem Unterschied der Verkehrssitte als soziologischer Tatsache und dem Gewohnheitsrecht wird überwiegend weiterhin nach Denkmodellen beantwortet, die im demokratischen Romantizismus und Rechtshistorismus des frühen 19. Jahrhunderts wurzeln: so als habe man von den geistvollen Angriffen BESELERS, BÜLOWs, ZITELMANNs, EHRLICHs, NUSSBAUMs und anderer, gleichgültig wie man zu ihren Ergebnissen steht, niemals gehört.

3. Noch auf einen anderen Punkt ist hinzuweisen. Je umfassender die Wirtschaft von Verkehrsformen beherrscht wird, die einzelne Unternehmer, Interessenverbände oder sonstige Institutionen ausgearbeitet und in Umlauf gebracht haben, um so geringer wird der tatsächliche Einfluß des Einzelnen. Verträge werden nicht mehr ausgehandelt. Der Konsument muß sich auf Zustimmung oder Ablehnung vorgefertigter Verträge beschränken. Die einzelnen Vertragsklauseln bleiben ihm häufig fremd, jedenfalls hat er auf ihre Abfassung keinen Einfluß.

Daneben tritt seit dem Ende des Ersten Weltkrieges ein weiterer Faktor. Die soziale Umschichtung, Hand in Hand mit wirtschaftlichen, politischen und kriegerischen Krisen setzt einen großen Teil der Bevölkerung den Schwankungen des Tages in besonderem Maße aus. Wohnungsnot in den Städten, Mangel an Verbrauchsgütern, Bedürfnis verschiedenster Dienstleistungen schaffen ein neues Vertragsklima. Der Übergang bürgerlich-bäuerlicher Gesellschaftsform zur Industriegesellschaft hat aber nicht nur die tatsächlichen Möglichkeiten und Bedürfnisse der Einzelnen und der Gruppen verschoben. Auch der juristische Grundsatz der *Privatautonomie als vertragsrechtliches Konstruktionsprinzip* hat dadurch nach Auffassung vieler und bedeutender Rechtsgelehrter Einbußen erlitten.<sup>26</sup> DE PAGE und JOSSERAND<sup>27</sup> weisen darauf hin, daß Privatautonomie die Gleichheit der Vertragspartner voraussetzt. Diese Gleichheit, in der französischen Revo-

<sup>26</sup> Nicht etwa des Rechtsgeschäfts, wie LEHMANN-HÜBNER S. 144 irrig meinen.

<sup>27</sup> DE PAGE, Bd. II, S. 446; JOSSERAND, Rev. trim. civ. 1937, 4; GOUNOT S. 433; RIVÉRO, Dr. soc. 1952, 657 f.; LARENZ, AT S. 94; PATRY, ZBJV 1955 bis, 368; RAISER, JT-Festschr. Bd. I, S. 106; ZWEIGERT, Rheinlein-Festschr. Bd. II, S. 503; RICHARDI S. 38.

lution als rechtlicher Leitsatz proklamiert, entsprach wenigstens annähernd der damaligen Lage der Gesellschaft. Diese Gesellschaft und die ihr eigentümlichen Geschäftsformen erlaubten ohne Schwierigkeiten, die Privatautonomie als juristisches Konstruktionsprinzip vom römischen Recht zu übernehmen.<sup>28</sup> Verträge sind das Ergebnis individueller Willensvereinbarung, lautet bis in dieses Jahrhundert hinein die übliche Formulierung. *Typisierende Elemente*, die freilich immer eine gewisse Rolle besonders *bei der Auslegung* gespielt haben, sind *stets auf den Parteiwillen bezogen* worden.<sup>29</sup> Was aber, so fragen heute viele, ist von der Privatautonomie noch übrig geblieben, wenn die Rechtsgenossen nicht mehr in der Lage sind, von ihr Gebrauch zu machen?

Die gesellschaftlichen Veränderungen zwangen zunächst dazu, den Arbeitsvertrag aus dem allgemeinen Schuldvertragsrecht herauszunehmen und privatautonomer Regelung weitgehend zu entziehen. Hier haben sich seither auch hinsichtlich der Verkehrssitten zahlreiche Sonderprobleme ergeben.<sup>30</sup> Aber auch im bürgerlichen Recht und im Handelsrecht wurde man aufmerksam. Einerseits wurde versucht, die Wirksamkeit des Rechtsprinzips der Privatautonomie in der Vertragslehre dogmatisch einzuschränken. Man betrachtete es nicht mehr als juristische Anerkennung des privaten Willens, sondern als Mittel, richtiges Recht zu setzen.<sup>31</sup> Der Willensakt wurde so zu einem von mehreren gleichwertigen Faktoren richtigen Rechts relativiert und auch andere tatsächliche Umstände als Kriterien für Entstehung und Inhalt vertraglicher Verbindlichkeiten anerkannt. Unter diesen spielen Sozialtypik oder verkehrübliches Verhalten eine gewichtige Rolle, denn sie vor allem schaffen Vertrauenstatbestände, denen man glaubt, Schutz gewähren zu müssen.<sup>32</sup>

Andererseits hielt man es für erforderlich, gewisse rechtsgeschäftliche Vorgänge aus der Rechtsgeschäftslehre herauszunehmen und besonderen Normen zu unterwerfen. Vor allem gilt das für Verträge auf der Basis allgemeiner Geschäftsbedingungen,<sup>33</sup> bei denen der Vertragsinhalt nicht diskutiert wird. Viele Autoren unterschieden hier nicht zwischen Abschluß- und Inhaltsfreiheit oder betrachteten die Begriffe Vertrag, Privatautonomie und Parteiwille als untrennbare Ein-

---

<sup>28</sup> Vgl. SEUFFERT S. 166 ff.; für den franz. Bereich SAVATIER, *Métamorphoses* 28 Nr. 20.

<sup>29</sup> VERGA, S. 222 für das französische und italienische Recht.

<sup>30</sup> Arbeitsrechtliche Fälle werden künftig nur soweit berücksichtigt, als sie auch für das allgemeine Vertragsrecht interessante Gesichtspunkte enthalten.

<sup>31</sup> SCHMIDT-RIMPLER, AcP 1941, 149 ff.; ders. Nipperdey-Festschr. S. 5 ff. (*de lege ferenda!*); vgl. auch ZWEIGERT, Rheinsteinst-Festschr. Bd. II, S. 504.

<sup>32</sup> SCHMIDT-RIMPLER, AcP 1941, 133 (*de lege ferenda*).

<sup>33</sup> In der Wirtschaftspraxis beginnt die Verbreitung der allgemeinen Geschäftsbedingungen in großem Stil nach 1850. Ganz vereinzelt tauchen sie freilich schon im 17. Jahrhundert auf, vgl. bei HOETINK, Ind. t. v. h. r. 1933, 954 den Hinweis auf POTHIER'S *Traité du contrat d'assurance* Nr. 103 betreffend allgemeine Bedingungen im franz. Seeversicherungsrecht.

heit.<sup>34</sup> Sie glaubten daher AGB-Verträge seien keine Verträge mehr.<sup>35</sup> In Deutschland vor allem ist trotz zunehmender Kritik noch heute die Auffassung verbreitet, daß allgemeine Geschäftsbedingungen normähnliche generelle Ordnungen sind. Sie sollen unabhängig von einer individuellen Inkorporation<sup>36</sup> in einen Einzelvertrag gelten.<sup>37</sup> Hier entsteht bei branchenüblichen Geschäftsbedingungen die Lehre, daß sie kraft normierender Verkehrssitte Vertragsbestandteil werden.

Die Praxis der *allgemeinen Geschäftsbedingungen* hat wesentlich dazu beigetragen, die Bedeutung des *Parteiwillens bei der Auslegung* der Rechtsgeschäfte zurückzudrängen. Es ist eben ein Unterschied, ob ein Gericht nur gewollte rechtsgeschäftliche Äußerungen der Partner anlässlich eines Vertragsschlusses auszulegen hat, oder ob es den Inhalt hundertfach wiederholter, häufig von der Hand Dritter vorgefertigter Bedingungen ermitteln muß. Es ist auch ein Unterschied, ob die Bedeutung von Willensmängeln bei bis in Einzelheiten ausgehandelten Verträgen oder bei einseitig auferlegten Bedingungen zu bewerten ist. Werden bei Vertragsabschlüssen Formulare verwendet, dann drängt sich eine vom Parteiwillen gelöste Behandlung des Vertrages geradezu auf<sup>38</sup>: Wieder treten *Verkehrstypik* und *Vertrauensschutz* an den leergewordenen Platz der *Privatautonomie*.

4. In der Bilanz dieses summarischen Überblicks stehen wenigstens zwei Größen fest. Die Allmacht des Gesetzes ist ein überholter Traum vergangener Generationen. Die Privatautonomie ist auf vielen Gebieten mächtigen sozialen Kräften gewichen. All dies aber ist nur die tatsächliche Wirklichkeit. Das juristische Problem ihrer Anerkennung besteht weiter und da die Verkehrssitten von der Entwicklung nicht unberührt geblieben sind, erklärt sich die bis heute nicht beseitigte Unsicherheit in zahlreichen Einzelfragen. Zweifelhaft ist das Verhältnis der Verkehrssitten zum Gesetz; zweifelhaft ihre Beziehungen zum Parteiwillen; zweifelhaft ihre Stellung gegenüber den neuen Ausdrucksformen eines kollektivierte Geschäftsverkehrs. Damit wird es notwendig, Umfang und Grenzen ihrer Verwendung neu zu bestimmen; zu prüfen, welche Anforderungen an ihren Inhalt und ihre Entstehung zu stellen sind; welche Voraussetzungen für ihre Heranziehung im einzelnen Fall erforderlich sind; welche sachrechtlichen und kollisionsrechtlichen Grenzen sich daraus ergeben und in welchem Verhältnis sie zum Gewohnheitsrecht und Verbandsrecht stehen.

<sup>34</sup> Vgl. KOOPMANS S. 11.

<sup>35</sup> Darstellung der Auseinandersetzung in der franz. Literatur bei JOSSEAND, *Mélanges Gény* Bd. II, S. 337 und DOMERGUE S. 53 ff.; eine kurze Einführung geben auch RAISER, AGB S. 149 f. und PATRY, ZBVJ 1955, bis 375 f.

<sup>36</sup> Kennzeichnend HAUPT S. 191 f.

<sup>37</sup> Vgl. dazu BRANDNER, AcP 1963, 237 ff. (besonders 249 f.) und die kritischen Bemerkungen bei SCHLEGELBERGER Rdz. 73 zu § 346 HGB.

<sup>38</sup> Vgl. die ausführliche Darstellung der Problematik bei ZEYLEMAKER, NJV 1948, 88 ff.; RAISER, AGB S. 156; SCHMIDT-SALZER, AcP 1967, 511 f. und BRANDNER, AcP 1963, 237 ff.

## **Teil A.**

### **Übersicht der ausländischen Rechte**



# I. Kapitel. Der französische Code Civil und die Nachfolgerechte in Belgien und den Niederlanden

## § 1. Einführung

5. In einer thèse aus dem Jahre 1912 heißt es: „L'interprétation des actes juridiques privés, disait un jour un jurisconsulte, c'est un sujet qu'il faut traiter en dix volumes ou en trois lignes. À en juger par l'immense étendue de la bibliographie allemande, les dix volumes ne sont pas pour effrayer les juristes d'Outre-Rhin. Les Français se contentent plus volontiers de trois lignes.“<sup>1</sup> Es ist stets der Wille auf den die Auslegung zurückgeführt wird, sei es auch, daß der gleichen Klausel einer Versicherungspolice<sup>2</sup> verschiedener Inhalt gegeben wird: „Au lieu de vous scandaliser d'une apparante contrariété de jugements, admirez plutôt jusqu'ou va le respect des tribunaux pour la volonté individuelle.“<sup>3</sup>

Wenn diese spöttelnde Kritik an der Rechtsprechung und den theoretischen Abhandlungen in gewissem Umfang gerechtfertigt ist, gegenüber dem Gesetzgeber gilt sie nicht. Die französischen Auslegungsregeln gehen weiter in Einzelheiten als die deutschen, auch hinsichtlich der usages.

Mit der allgemeinen schuldvertraglichen Bedeutung der Gebräuche befaßt sich der Cc.fr. in den Abschnitten über Auslegung und Wirkung von Verträgen. Es handelt sich um Art. 1135, 1159 und 1160, die als droit commun auch im Handelsrecht gelten.<sup>4</sup>

Ohne Änderungen in Inhalt und systematischer Anordnung finden sich diese Vorschriften im belgischen<sup>5</sup> und holländischen<sup>6</sup> bürgerlichen Gesetzbuch. Außerdem sind zahlreiche Spezialverweisungen vorhanden, die aus Vereinfachungsgründen beiseitegelassen werden.<sup>7</sup>

Nach Art. 1135 Cc.fr. verpflichten Verträge nicht nur, soweit sie ausdrückliche

---

<sup>1</sup> GOUNOT S. 172.

<sup>2</sup> Cass. fr. v. 12. 2. 1877 = D. P. 1877, I, 342 und 10. 11. 1879 = D. P. 1880, I, 175. Zwei arrêts der Cass. fr. v. 28. 1. 1907 = D. P. 1907, I, 97 bestätigen Instanzentscheidungen, die einer clause de style eines Notariatsformulars über einen contrat de mariage verschiedenen Inhalt gaben. LINDON berichtet in JCP 1967 Ed. N, Nr. 2081 von zwei Fällen, in denen Trib. civ. Nice der gleichen üblichen Klausel eines cahier de charges im Wege der Auslegung verschiedenen Inhalt gegeben hat: Cass. fr. v. 30. 10. 1963 bzw. 12. 4. 1967 bestätigte beide Entscheidungen, weil das Instanzgericht in der Auslegung des Parteiwillens souverän sei.

<sup>3</sup> GOUNOT S. 179.

<sup>4</sup> LYON-CAEN-RENAULT, Bd. I, S. 82; vgl. auch Art. 18 Ccomm. fr. der einen allgemeinen Grundsatz enthält; Art. 1 WvK.

<sup>5</sup> Ebenfalls in Art. 1135, 1159 und 1160 Cc. belge.

<sup>6</sup> Art. 1375, 1382 und 1383 BW.

<sup>7</sup> Vgl. die Zusammenstellung bei PERRENET, Rev. crit. lég. jur. 1906, 368 f.

Regelungen enthalten. Sie lösen vielmehr alle Wirkungen aus, die Billigkeit, Brauch oder Gesetz mit ihrer Natur verbinden. Der Brauch wird in diesem Zusammenhang als *usage*, im holländischen Text des Art. 1375 BW als *gebruik* bezeichnet.

Art. 1159 Cc.fr. und 1382 BW betreffen die Auslegung zweifelhafter Vertragspunkte. Was im Vertrag unklar ist wird nach dem am Vertragsabschlußort üblichen *d'usage*, *gebruikelijken* bestimmt.

Art. 1160 Cc.fr. und 1383 BW berufen gebräuchliche Klauseln zur Ergänzung eines Vertrages. Der französische Text bezeichnet diese Klauseln als *clauses d'usage*, der holländische als *gebruikelijke bedingen*.

Vorschriften über die Bedeutung von Bräuchen im Gesamtverband der Rechtsordnung kennen das französische und belgische Recht nicht. Nur Art. 7 des L.30 *ventôse an XII* regelt das Außerkrafttreten der Gewohnheiten, *coutumes*, aus der Zeit vor der Kodifikation. Weitere ursprünglich im *Titre Préliminaire* des Cc.fr. vorgesehene Vorschriften über das Verhältnis von *coutume*, *usage* und *loi* wurden fallengelassen.

Einen anderen Weg ist der holländische Gesetzgeber gegangen. Art. 3 AB bestimmt, daß Gewohnheit kein Recht ergibt, wenn nicht das Gesetz auf sie verweist. Die Bestimmung spricht aber nicht von *gebruik*, sondern verwendet den Ausdruck *gewoonte*. Daneben ist mittelbar Art. 5 AB interessant. Nach dieser Vorschrift kann ein Gesetz nur durch ein anderes Gesetz außer Kraft gesetzt werden.

6. Als Erstes fällt auf, daß im Gegensatz zum BGB die Begriffe stärker differenziert sind. In der Literatur finden sich darüber hinaus weitere Bezeichnungen. Für Gewohnheitsrecht ist der Ausdruck *coutume* üblich. Mitunter wird er allerdings auf das alte Recht beschränkt, das in der Zeit vor der Kodifikation in Gestalt der *coutume* von Paris, Brüssel usw. vorlag.<sup>8</sup> Meint man geltendes Gewohnheitsrecht, wird heute häufig die Formulierung „*usage de droit*“,<sup>9</sup> „*usage juridique*“<sup>10</sup> oder „*usage legal*“<sup>11</sup> vorgezogen.

Für Bräuche, die als rechtserhebliche Tatsachen bei der Auslegung von Verträgen oder als Tatbestandselemente gesetzlicher Vorschriften verwendet werden, herrscht der Ausdruck *usage conventionnel*<sup>12</sup> vor, mitunter wird „*usage interprétatif*“<sup>13</sup> oder „*usage de fait*“<sup>14</sup> verwendet. Auch die bloße Bezeichnung als *usage*

<sup>8</sup> Dazu vgl. PERRENET, *Rev. crit. lég. jur.* 1906, 366 f.; TOULLIER-DUVERGIER, Bd. I, S. 119.

<sup>9</sup> *Rép. dr. civ.* Bd. V *usage* Nr. 1/2.

<sup>10</sup> *Rép. dr. civ.* aaO.

<sup>11</sup> *Rép. dr. comm.* Bd. II *usages comm.* Nr. 1, 8, 9.

<sup>12</sup> *Rep. dr. comm.* aaO; CARBONNIER, *Dr. civ.* Bd. I, S. 11, 103; BEUDANT-LEREBOURS-PIGEONNIÈRE Bd. I, S. 87; GÉNY, *Méthode* Bd. I, S. 422; vgl. auch HOUIN, *RabelsZ.* 1959, 252 f.

<sup>13</sup> *Rép. dr. civ.* Bd. V, *usage* Nr. 13.

<sup>14</sup> ESCARRA, *Ann. dr. comm.* 1910, 115; *Rép. dr. civ.* aaO; TUNC, *Mélanges Ripert* Bd. II, S. 153, 155; *Novelles* Bd. IV, 2, *obligations* Nr. 168.

ist gelegentlich bei den Autoren anzutreffen, die den Ausdruck *coutume* beibehalten haben.<sup>15</sup>

Da die Begriffsunterschiede ausschließlich der Abgrenzung des Gewohnheitsrechts von den übrigen *usages* dienen, werden im folgenden, wie es auch die holländische Literatur tut, die gesetzlichen Begriffe verwendet. Nur soweit es sich darum handelt, ob die Art. 1135 (1375), 1159 (1382) oder 1160 (1383) insgesamt oder teilweise auf Gewohnheitsrecht verweisen, werden die Ausdrücke *coutume* bzw. *gewoonte* gewählt.

7. Die gesetzliche Verweisung auf *usages* läßt vor allem zwischen Art. 1135 und 1160 Cc.fr. bzw. Art. 1375 und 1383 BW ein Konkurrenzverhältnis erkennen. Beide greifen ein, wenn die Vertragspartner diesen oder jenen Punkt nicht geregelt haben und bewirken, daß ein geschäftserheblicher *usage*, bzw. eine übliche Klausel den Mangel beseitigt.

Trotz dieser tatbestandsmäßigen Ähnlichkeit ist der Wert der Verweisung unterschiedlich geregelt. Art. 1160 Cc.fr. beruft *clauses d'usage* zur ergänzenden Auslegung. Sie gelten als Bestandteile des Vertrages und gehen offenbar als *lex privata* den nachgiebigen Vorschriften des Gesetzes vor. Dagegen verweist Art. 1135 Cc.fr. auf *usages* zur Bestimmung der Rechtswirkungen, denen ein Vertrag unterliegt. Da die Bestimmung dieser in erster Linie Sache des Gesetzes ist, müssen die *usages* *prima facie* dahinter zurücktreten.

Der Gesetzgeber scheint so einen schwer deutbaren Normwiderspruch geschaffen zu haben, dessen hauptsächliche Gefahr darin liegt, daß beliebige Manipulationen möglich werden. Besteht in einem Geschäftszweig der *usage*, die Haftung für Leistungsstörungen abweichend vom Gesetz zu beschränken, so ist fraglich, ob es sich um einen *usage* nach Art. 1135 oder um eine *clause d'usage* nach Art. 1160 handelt. Bleibt die Einordnung offen, so liegt es im Belieben des Richters, den *usage* dem Art. 1147 Cc.fr. vorgehen oder weichen zu lassen.

Sucht man den Widerspruch anhand des Gesetzes zu lösen, dann liegt es nahe, *usages* und *clauses d'usage* daraufhin zu prüfen, ob sie verschiedene Sachverhalte bezeichnen. Aber die Verwendung verschiedener Ausdrücke im Gesetz besagt allein nichts und das gewählte Beispiel zeigt offenbar, daß eine Unterscheidung zweifelhaft ist. Die Lösung müßte also im unterschiedlichen Wirkungsfeld der Art. 1135, 1160 Cc.fr. gesucht werden. Außergewöhnlich ist es nicht, daß das Gesetz gleichen tatsächlichen Umständen verschiedene rechtliche Bedeutung beilegt.

Nach Art. 1135 Cc.fr. werden Vertragspflichten nach den *usages* bestimmt. Art. 1160 schreibt hingegen nur vor, daß *clauses d'usage* den Vertrag ergänzen, auch wenn sie nicht ausdrücklich formuliert sind. Da aber vertragliche Verbindlichkeiten nach Art. 1108 *consentement* voraussetzen, müssen sie wenigstens gewollt sein. So liegt der Gedanke nahe, daß *clauses d'usage* dem Gesetz vorgehen,

---

<sup>15</sup> Nouv. rép. dr. usage comm. Nr. 8; HAMEL-LAGARDE Bd. I, S. 55, 57; DE PAGE Bd. I, S. 17.

wenn sie gewollt sind und dem Gesetz weichen, wenn ein Wille der Parteien nicht festgestellt werden kann.

Obwohl diese Lösung logisch möglich erscheint, scheitert sie an Art. 1156 Cc.fr., der vorschreibt, den Willen der Vertragspartner ohne Bindung an den Vertragswortlaut zu ermitteln. Gibt es nicht noch einen anderen Grund, so wird Art. 1160 überflüssig.

Nun läßt Art. 1156 Cc.fr. dem Richter in der Wahl der Auslegungsmittel freie Hand. Er kann den Parteiwillen mit allen Mitteln erforschen, auch mit Hilfe von Vermutungen.

Da Art. 1341, 1353 Cc.fr. die Verwendung von Vermutungen bei Verträgen verbietet, deren Wert 50 ffrs. übersteigt, ist es vorstellbar, daß Art. 1160 als Befreiung von der Beweisform betrachtet wird. Zu beachten ist aber, daß die meisten Fälle, bei denen Art. 1160 angerufen wird, zum Handelsrecht gehören und im Handelsrecht gilt die Vermutungsbeschränkung ohnehin nicht. Außerdem wird der Wille in Wahrheit ersetzt, wenn die clause d'usage für sich allein als Nachweis seiner Existenz genügt. Der Gegenbeweis durch den Nachweis anderer äußerer Umstände ist kaum möglich, weil diese in dem Auslegungsstadium fehlen, in dem Art. 1160 eingreift. Sind sie vorhanden, so ist ein Rückgriff auf allgemeine Verhaltensformen, Platzgebräuche oder Gruppengebräuche überflüssig. Im Ergebnis werden eben unter dem Vorwand einer Vermutung die clauses d'usage einfach deshalb angewendet, weil sie vorhanden sind und die Parteien eine andere Abrede nicht getroffen haben. Genau das sagt aber auch Art. 1135 Cc.fr.

8. Anstelle einer dogmatischen Analyse der einschlägigen Vorschriften stehen zunächst fast regelmäßig Ausführungen über die Geltung von Gewohnheitsrecht. Nach vorgegebenen Kriterien der allgemeinen Rechtslehre ist etwa zu erfahren, wodurch sich coutumes auszeichnen.

Da die coutume seit Inkrafttreten des Cc.fr. in besonderem Maße als qualifizierter usage betrachtet worden ist, handelt es sich in erster Linie um eine Theorie der qualifizierenden Merkmale. Daneben spielt die sogenannte coutume savante in Lehre und Judikatur eine gewisse Rolle und vermengt sich so mit dem Thema der usages.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Teilweise spielt dabei der Gedanke eine Rolle, daß Gerichte rechtsfortbildend wirken und dabei auf usages zu achten haben. Im einzelnen sind 3 Gruppen zu unterscheiden:

a) Beständige Rechtsprechung wird neben qualifizierten usages der Rechtsgenossen nur als Unterwert der coutume betrachtet. PEDAMON, Rev. trim. comm. 1959, 346 f.; RIPERT-BOULANGER, Bd. I, S. 101, 102 (aber 108); PONSARD, D 1953 L. 69; unklar LEBRUN, Coutume S. 276; VALETTE S. 156 ff.; CHRETIEN S. 117; BEKAERT S. 276; BEUDANT-LEREBOURS-PIGEONNIÈRE Bd. I, S. 92 ff.; sehr unklar MARTY-RAYNAUD Bd. I, S. 201 ff.; DEL MARMOL, Dr. comm. terr. Bd. I, S. 55 f.; Bd. IX, S. 208, 370, 359; WARLOMONT, Ann. dr. sc. pol. 1951, 80 f.; unklar SCHOLTEN-ASSER, A. D. Bd. I, 144 ff. (der Richter formuliere nur die schon vorhandenen Regeln, aber die Formulierung wird selbst Recht); CARBONNIER, Ann. Poitiers 1961, 45.

Als coutume trägt der qualifizierte usage den Grund seiner rechtsnormativen Kraft in sich selbst,<sup>17</sup> allenfalls kann das Gesetz sie beschränken.<sup>18</sup> Häufig wird das aber unter dem Einfluß eines soziologischen Rechtsverständnisses abgelehnt.<sup>19</sup>

Die abstrakte Ausgangsposition ermöglicht es, daß je nach dem Standort des Autors festgestellt wird, Art. 1135 berufe coutumes, Art. 1159 und 1160 usages de fait oder alle Vorschriften verweisen auf coutumes. Soweit die Gebräuche als coutumes charakterisiert werden, wird auch die Bedeutung der gesetzlichen Verweisungsregeln auf die Ebene einer allgemeinen Rechtsquellenlehre gehoben. So entsteht bisweilen der Eindruck, als existierten Art. 1135, 1159, 1160 Cc.fr. überhaupt nicht oder seien nutzloser gesetzgeberischer Formalinhalt.<sup>20</sup> Bei solcher Betrachtungsweise entstehen positivrechtlich lediglich Einzelprobleme hinsichtlich der Organisation der Rechtsordnung: etwa des Verhältnisses zwischen droit coutumier commercial und Vorschriften des Code Civil. Ein Beispiel ist die im Handelsrecht vermutete Gesamtschuldnerschaft kraft einer entgegen Art. 1202 Cc.fr. entstandenen „coutume“. Ein anderes ebenso bekanntes Beispiel ist die trotz Art. 1154 Cc.fr. entstandene „coutume“, beim Kontokorrent mit Rechnungsabschluß Zinsen für einen Zeitraum zum Kapital zu schlagen, der kürzer als ein Jahr ist.<sup>21</sup> Oft werden aber auch solche Fragen nach abstraktem Schema gelöst, oder es wird unter Hinweis auf *Portalis*<sup>22</sup> als selbstverständlich vorausgesetzt, daß eine coutume Gesetze außer Kraft setzen kann.

b) Ständige Rechtsprechung gilt als einzige Form der coutume, THALLER-PERCEROU S. 45; PEDAMON, Jur. comm. 9, 11; LAMBERT, Dr. civ. comp. Bd. I, 151, s. auch S. 161 oder ist als richterliche Bestätigung ein notwendiges Element der Umwandlung eines usage. Unklar EISEMANN, Akkreditiv S. 81; unklar JEANNEAU S. 236; GUGGENHEIM, Mélanges Scelle S. 280 f.; impliciter PACHE S. 173 und LEFEBVRE S. 154; unklar APeldoorn S. 84.

c) als coutume gelten nur die aus richterlichen Machtsprüchen und der Zustimmung der interessierten Gesellschaftskreise entstandenen Regeln. MAURY, Mélanges Ripert Bd. I, S. 43, 48.

<sup>17</sup> Kennzeichnend etwa ESCARRA, Principes I Nr. 72; DIEVOET S. 258 f.; DEL MAR-MOL, Dr. comm. terr. Bd. I, S. 54 f. Diese Autoren stellen bestimmte usages fest, fragen ob sie die erforderlichen Eigenschaften der coutume besitzen und folgern daraus ihre Verbindlichkeit. Vgl. hingegen auch KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, Mélanges Capitant S. 404.

<sup>18</sup> Vor allem durch das Verbot der coutume contra legem, vgl. LAFERRIÈRE, Concl. zu Cass. fr. v. 31. 1. 1901 = D.P. 1901, I, 169; Cass. fr. v. 20. 10. 1902 = D. P. 1902, I, 520; weiter Autoren, die das Thema der coutume verfassungsrechtl. betrachten wie CARBONNIER, dr. civ. Bd. I, 11, 103; Rép. dr. civ. Bd. III lois et décrets Nr. 109.

<sup>19</sup> Etwa RÉGLADE S. 94; DURAND-JAUSSAUD Bd. I, S. 141 (unklar 142 f.); GRAMAIN, JcP 1965, I, 1952; CAPITANT, Mélanges Gény Bd. III, S. 1 ff.; HERAUD S. 93; RENÉ CAPITANT, Impératif S. 113 ff. LEBRUN, coutumes S. 153, 384, 414; KAHN, Vente S. 6, 35 f. unter Hinweis auf BELING; PICARD, Droit pur S. 34; RENARD, Cours Bd. I, S. 22; impliciter auch APeldoorn S. 16.

<sup>20</sup> Z. B. in den Schriften von VALETTE und LEFEBVRE.

<sup>21</sup> Vgl. Nouv. rép. dr. usage comm. Nr. 8/9.

<sup>22</sup> Z. B. COSTE-FLORET S. 99; BOISTEL, Rev. dr. int. lég. comp. 1877, 174 f.

Dogmatische Probleme vertragsrechtlicher Art ergeben sich nur für die Autoren, die Art. 1135, 1159 und 1160 Cc.fr. als Verweisungen auf usages de fait ohne eigene Autorität betrachten. Doch sind die Antworten meist ausweichend oder unklar.<sup>23</sup> Infolge Überbewertung des Parteiwillens wird, von den noch zu erörternden Ausnahmen abgesehen, mit Vermutungen gearbeitet. Vermutet wird die Kenntnis der Parteien vom Bestehen eines usage, vermutet die Kenntnis seines Inhalts, vermutet, daß seine Berücksichtigung gewollt war.

Selbst so angesehene Autoren wie PONSARD<sup>24</sup> und TUNC<sup>25</sup> im Zivilrecht oder JULLIOT DE LA MORANDIÈRE<sup>26</sup> im Handelsrecht gelangen über allgemeine Hinweise nicht hinaus. Die Eingliederung der Art. 1159 und 1160 in das gesamte Gefüge der Auslegungsregeln bleibt offen und wird richterlichem Ermessen überlassen. In gleicher Weise wird die Prüfung des Verhältnisses der Art. 1135 und 1160 Cc.fr. vernachlässigt. Besonders die Rechtsprechung neigt dazu, beide Vorschriften in einem Atemzuge zu nennen und der Abgrenzung von Auslegung und Bestimmung von Rechtswirkungen auszuweichen.<sup>27</sup>

## § 2. Auslegung unklarer Vertragsklauseln nach usages de pays

### I. Aufgabe der usages

9. Soweit zur Aufgabe der usages Stellung genommen wird, gehen die Meinungen über den Sinn der in Art. 1159 Cc.fr. und Art. 1382 BW enthaltenen Formulierung: „ce qui est ambiguë s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé“, weit auseinander. Die Formulierung „ce qui est ambiguë“ wird je nach den Erfordernissen des einzelnen Sachverhalts ausgedehnt. Besonders wegen des folgenden Art. 1160 liegt es zwar nahe, Art. 1159 auf die *inhaltliche Bestimmung* ausdrücklich oder konkludent aber doch *positiv geäußelter Erklärungen* zu beschränken. In Wirklichkeit ist der Versuch einer Abgrenzung von der *Vertragsergänzung* kaum jemals unternommen worden. CALLATAY<sup>28</sup> vermischt sogar die Grenzen bewußt, weil jeder Mangel an Präzision des Ausdrucks einer Lücke im Vertrag gleichkommt. Erklären sich die Parteien undeutlich, dann

<sup>23</sup> Typisch z. B. ESMEIN, Bull. soc. ét. lég. 1905, 540: alle in Art. 1135, 1159, 1160 genannten usages verdanken ihre Rechtserheblichkeit dem Willen und Treu und Glauben.

<sup>24</sup> In AUBRY-RAU, Bd. I, S. 62.

<sup>25</sup> Mélanges Ripert Bd. II, S. 152 f.

<sup>26</sup> JULLIOT DE LA MORANDIÈRE-RODIÈRE-HOUIN Bd. I, S. 11; ders. in Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, Traité Bd. II, S. 459.

<sup>27</sup> Z. B. Cass. fr. v. 2. 12. 1947 = G. P. 1948, 1, 36; unentschieden auch App. Rouen v. 6. 3. 1952 = JCP 1952, II, 6934; Trib. comm. Bruxelles v. 31. 12. 1952 = Jur. comm. Brux. 1953, 1 ff. (4).

<sup>28</sup> CALLATAY S. 124; in diesem Sinne wohl auch PERRENET, Rev. crit. lég. jur. 1906, 371; Rép. dr. civ. Bd. I, contrats et conventions Nr. 96, 102.

ist es, als hätten sie geschwiegen. So werden auch in der Praxis Ergänzungsfälle nach Art. 1159 behandelt.<sup>29</sup>

10. Während CALLATAY den Anwendungsbereich des Art. 1159 Cc.fr. auf Auslegung oder Ergänzung unklarer bzw. fehlender Elemente im Rahmen eines feststehenden Vertragswerkes beschränkt, neigt die Rechtsprechung dazu, sogar reines *Schweigen* nach Art. 1159 Cc.fr. auszulegen. Je nach den Umständen wird es einer konkludenten Willenserklärung gleichgestellt und den usages kommt bei der Beurteilung der Umstände eine wichtige, wenn auch nicht ausschließliche, Rolle zu.<sup>30</sup> Selbst aber, wo ihre Anwendung aus Beweisgründen oder den Besonderheiten des Sachverhalts abgelehnt wird, werden die in der Praxis der Gerichte liegenden Gefahren sichtbar.<sup>31</sup> So lehnte die Cour d'Appel Colmar am 18. 4. 1958 trotz Fehlens von Vertragsverhandlungen einen stillschweigenden Vertragsschluß nur ab, weil eine der Prozeßparteien dem Verband nicht angehörte, unter dessen Mitgliedern der usage befolgt wurde.<sup>32</sup>

Vor allem BARRAULT hat sich gegen die Auffassung der Gerichte, Schweigen nach Art. 1159 Cc.fr. auszulegen, gewandt. Er geht davon aus, daß Auslegung stets eine positive Willensäußerung voraussetzt, gleichgültig, ob sie ausdrücklich oder konkludent erfolgt ist. Ein Vertrag setzt sich aus Willenserklärungen, nicht aus intern gebliebenen Vorstellungen zusammen. Der Verzicht auf eine Willensmanifestation<sup>33</sup> greift in die Freiheit des einzelnen zur autonomen Stellungnahme oder zum neutralen Verhalten ein, was dem Gesetz nicht entspricht. Dieses enthält Spezialvorschriften, wenn reines Schweigen ausnahmsweise Erklärungswert be-

<sup>29</sup> Z. B. Cass. fr. v. 7. 12. 1950 = Bull. Cass. 1951, III Nr. 919 (Ersetzung zweier sich widersprechender Vertragsklauseln durch einen usage unter Anwendung von Art. 1159 Cc. fr.).

<sup>30</sup> Typische Fälle: Cass. fr. v. 22. 12. 1924 = S. 1927, I, 343 (stillschweigender Mietvertrag hinsichtlich der Fässer beim Weinkauf); Trib. comm. Troyes v. 20. 10. 1930 = D. H. 1931 J. 64 (Vertragsänderung durch Stillschweigen gegenüber einer Auftragsbestätigung); App. Douai v. 10. 11. 1949 = Rev. trim. comm. 1950, 99 (Stillschweigen gegenüber schriftlicher Mitteilung über telefonische Vertragsverhandlung); Cass. fr. v. 6. 7. 1964 = JCP 1965, II, 14024 (Neubegründung eines ausgelaufenen Reportvertrages durch Untätigbleiben des Bankkunden); Cass. fr. v. 29. 3. 1965 = Bull. Cass. 1965, III, Nr. 239 (Nichtrückgabe von Plakatmustern trotz mangelnder Auftragserteilung als stillschweigender Vertragsschluß); merkwürdig Cass. fr. v. 15. 3. 1944 = S. 1945, I, 40 (Stillschweigen gegenüber vertragsändernden Bestätigungsschreiben bedeutet Anerkennung der dem Vertrag darin gegebenen Auslegung!); andere Beispiele bei MADJARIAN S. 219, 231 ff. Die Literatur hat sich den Auffassungen der Rechtsprechung teilweise kommentarlos angeschlossen. Etwa ISHIZAKI, Vente Bd. I, S. 50; ESCARRA-RAULT-HÉ-MARD Bd. I, S. 71; offenbar auch RIEG S. 48.

<sup>31</sup> App. Paris v. 26. 3. 1924 = S. 1924, II, 88; Cass. fr. v. 1. 3. 1943 = S. 1944, I, 27; App. Toulouse v. 23. 2. 1954 = Jur. Comm. 11; Cass. fr. v. 8. 10. 1956 = vgl. vorige Fundstelle; Cass. fr. v. 13. 4. 1964 = Bull. Cass. 1964, III, Nr. 150; Trib. civ. Laval v. 27. 12. 1933 = G. P. 1934, I, 402.

<sup>32</sup> bestätigt von Cass. fr. v. 13. 4. 1964 = Bull. Cass. 1964, III, Nr. 176.

<sup>33</sup> Silence S. 16 ff., 55 f.; ebenso MADJARIAN S. 192, 199, 205, 212 ff.

sitzen soll.<sup>34</sup> Die gesetzlichen Regeln zeigen zugleich, daß es sich hinsichtlich der rechtlichen Bedeutung des Stillschweigens nicht um auslegbare Tatfragen handelt. Nur eine Norm kann bestimmen, wann dem von Haus aus zweideutigen Schweigen der Charakter einer verbindlichen Erklärung zukommt.<sup>35</sup>

Die belgische Judikatur ist in der Frage des Schweigens gespalten. So betrachtet das Trib. Comm. Bruxelles in einer Entscheidung vom 3. 12. 1956<sup>36</sup> die Neubegründung eines abgelaufenen Vertrages als Wirkung einer coutume. Andere Entscheidungen<sup>37</sup> stehen hingegen unter dem Einfluß der französischen Rechtsprechung und zielen auf Auslegung des Parteiwillens als *silence circonstancié* ab. Die belgische Literatur verhält sich ablehnend.<sup>38</sup>

Dagegen ist in der holländischen Rechtsprechung die Tendenz deutlicher, derartige Fälle in das Gebiet der Rechtsanwendung zu verweisen. Gerichtshof Te Leeuwarden v. 15. 12. 1912<sup>39</sup> erklärte beispielsweise, daß mangels Vorliegen einer Erklärung die Existenz des Bindungswillens nicht aus objektiven Umständen abgeleitet werden könne. Dabei hatte in diesem Streitfall der schweigende Empfänger einer Offerte sogar zu ihrer Abgabe aufgefordert. Gerichtshof 's-Gravenhage lehnte eine Vollmachtserteilung durch *silence circonstancié* ab<sup>40</sup> und zog lediglich das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht in Erwägung. Eine Entscheidung des Hogen Raads v. 6. 3. 1953<sup>41</sup> in der *silence circonstancié* als Auslegungsfall betrachtet wird, liegt auf der Grenze zur Vertragsergänzung und ist insofern nicht repräsentativ. In der holländischen Literatur spielt der *gebruik* beim Schweigenproblem keine wesentliche Rolle.<sup>42</sup>

## II. Eigenschaften und Anwendungsgrund der usages

11. Neben der Aufgabe der usages ergeben sich weitere Schwierigkeiten hinsichtlich ihrer Eigenschaften. Das rührt daher, daß über den Rechtsgrund typisierender Auslegung die Meinungen weit auseinandergehen.

<sup>34</sup> BARRAULT, *Silence* S. 55 f.; vgl. z. B. Art. 7, II, L. 13. 7. 1930 sur les assurances; dagegen betrifft Art. 1985, II Cc. fr. eher einen Fall konkludenten Verhaltens, vgl. MADJARIAN S. 195.

<sup>35</sup> BARRAULT, *Silence* S. 107; POPESCO-RAMMICEANO, *Rev. trim. civ.* 1930. 1006; anscheinend auch CARBONNIER, *Dr. civ.* Bd. II, S. 347; MADJARIAN S. 304, 349.

<sup>36</sup> *Jur. comm. Brux.* 1957, 35; nicht ganz eindeutig Trib. civ. Courtrai v. 8. 6. 1951 = RW 1951/52 c. 1349 ff. (1352), wo von einer Pflicht zur Antwort auf eine *factura* gesprochen wird; unklar auch App. Liège v. 6. 3. 1957 = *Jur. Liège* 1956/57 S. 218 ff. (220).

<sup>37</sup> App. Bruxelles v. 10. 2. 1933 = *Belg. jud.* 1933 c. 300; Trib. comm. Vervier v. 12. 1. 1953 = *Jur. Liège* 1952/53, 277; Trib. civ. Marche-en-Famme v. 27. 3. 1953 = *Jur. Liège* 1952/53, 251.

<sup>38</sup> *Novelles* Bd. IV, 2 obligations Nr. 353; DE PAGE Bd. II, S. 534, Bd. V, S. 380 f.

<sup>39</sup> W. 9315; vgl. auch DE KAT, WPNR 3895 (der *gebruik* spielt nur im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses eine Rolle).

<sup>40</sup> V. 3. 5. 1961 bestätigt durch HR v. 12. 1. 1961 = NJ 1962 Nr. 42.

<sup>41</sup> NJ 1953 Nr. 791.

<sup>42</sup> Erwähnt werden sie zwar bei RUTTEN-ASSER Bd. III, 2, S. 100, ein besonderes Gewicht wird ihnen auch dort nicht zugelegt.

Auch hierzu sind die Stellungnahmen der schon zitierten Judikatur, vor allem der mit Auslegungsfragen oft befaßten Erinstanzen, wenig ergiebig. Ohne Begründung gehen die Gerichte davon aus, daß Auslegung den *Parteiwillen* herzustellen hat. Die französische Cour de Cassation hat ihre Zustimmung zur Theorie der Willensauslegung wiederholt erklärt. Vor allem kommt das in der Rechtsprechung zur „*dénaturation des conventions*“ zum Ausdruck.<sup>43</sup> So erklärt das Gericht in einer Entscheidung vom 30. 11. 1892,<sup>44</sup> der Richter habe bei der Auslegung den Willen der Parteien zu erforschen. Zwar heißt es weiter, klare Vereinbarungen versperren fernere Auslegung. Doch liegt darin nur scheinbar eine Einschränkung des Willensdogmas. Wie MARTY nachweist, läßt die Cour de Cassation auch eine vom klaren Sinn einer Klausel abweichende Auslegung gelten, wenn nur der Richter auf einen entsprechenden gegebenenfalls vermuteten Parteiwillen hinreichend hingewiesen hat.<sup>45</sup> Ist eine Begründung vorhanden, so genügt das, um die angegriffene Entscheidung zu bestätigen.<sup>46</sup> Ob die vom Instanzrichter verwendete Vermutung zur bloßen Formel erstarrt ist, kümmert wenig.<sup>47</sup>

Gelegentlich wird sogar behauptet, daß das Bestehen eines *usage* die Vermutung der Kenntnis der Parteien rechtfertigt und daran die weitere Vermutung geknüpft, daß sie sich in seinem Sinne verhalten wollten.<sup>48</sup> Selbst ein Teil der neueren Literatur folgt der willens-theoretischen Begründung.<sup>49</sup> Ganz scharf formuliert TALAMON,<sup>50</sup> daß der auslegende Richter eine „*travail d'analyse psychologique*“ zu vollbringen hat. Er muß „*pénétrer l'âme même des contractants*“. Wenn er damit nicht zum Ziel gelangt, muß er wenigstens die „*volonté virtuelle*“ der Parteien erforschen. Auch das bleibt aber *analyse subjective*.

Art. 1159 Cc.fr. wird im Grunde überflüssig,<sup>51</sup> weil schon Art. 1156 die Ermittlung des Parteiwillens vorschreibt, ohne die dabei verwendbaren Mittel zu bestimmen. Allenfalls behält die Vorschrift ein Eigengewicht, wenn in ihr hinsicht-

<sup>43</sup> JOSSE-RAND, Rev. trim. civ. 1937, 24 hält den verschwommenen Begriff der *dénaturation* sogar für ein typisches Produkt der Willenstheorie; vgl. auch die Rechtsprechungsanalyse bei MARTY, Trav. Capitant Bd. V, S. 97 f.

<sup>44</sup> D. P. 1893, I, 85; entsprechend Cass. fr. v. 31. 1. 1872 = D. P. 1873, I, 86; v. 15. 4. 1872 = Jur. civ. 255 m.w. N.

<sup>45</sup> Distinction S. 317.

<sup>46</sup> Typisch Cass. fr. v. 2. 12. 1947 = G. P. 1948, 1, 36; Cass. fr. v. 15. 4. 1926 = S. 1926, I, 151. Das entspricht ganz der Auffassung älterer Lehrbücher, vgl. BAUDRY-LACANTINERIE Bd. XII, S. 571: klare Ausdrücke beweisen am besten den Parteiwillen.

<sup>47</sup> Z. B. Cass. fr. v. 8. 12. 1965 = Bull. Cass. 1965, IV, Nr. 875.

<sup>48</sup> Cass. fr. v. 15. 2. 1860 = D. P. 1860, I, 403.

<sup>49</sup> PEDAMON, Rev. trim. comm. 1959, 350 ff.; Rép. dr. civ. Bd. I, contrat et convention Nr. 96, 102; PONSARD in Aubry-Rau Bd. I, S. 60 ff. GÉNY, Méthode Bd. I, S. 422 ff.; HAMEL-LAGARDE Bd. I, S. 102; LYON-CAEN-RENAULT Bd. I, S. 90 statt vieler.

<sup>50</sup> TALAMON S. 34 ff.

<sup>51</sup> RIEG S. 360 besonders im Hinblick auf Art. 1135 Cc. fr., dem er interpretierende Funktion zuweist und offenbar Art. 1159 insoweit gleichsetzt; nach BAUDRY-LACANTINERIE Bd. XII, S. 571 „*domine*“ Art. 1156 alle anderen Auslegungsregeln. Allerdings werden von ihnen RIEGS Folgerungen merkwürdigerweise nicht gezogen.

lich der Anwendung von usages eine Freistellung von der Beweisvorschrift des Art. 1341 Cc.fr. gesehen wird.<sup>52</sup> Verschiedentlich<sup>53</sup> ist nämlich die Meinung vertreten worden, daß die Heranziehung von usages nur bei Verträgen möglich ist, die unterhalb der Wertgrenze dieser Vorschrift liegen.

Die willentheoretische Begründung des Art. 1159 Cc.fr. wirkt sich nicht nur auf die Anwendungsvoraussetzungen, sondern auch auf die Bestimmung der Eigenschaften der usages aus. Da usages ihre Wirkung dem Parteiwillen verdanken, wird eine Präzisierung ihres Wesens weitgehend überflüssig, trägt doch der Wille nicht nur allgemeine, sondern auch *individuelle usages*. So werden wiederholt individuelle Geschäftsübungen der Parteien à titre d'usage zur Auslegung herangezogen.<sup>54</sup>

12. Wie steril die Vermutungen sind, zu denen die willentheoretische Richtung gezwungen ist, wird kaum jemals hervorgehoben. Tatsächlich gehen diese Vermutungen ausnahmslos im Kreise; vermutet wird, daß der Einzelne sich entsprechend dem Üblichen verhält; deshalb kann angenommen werden, daß das Übliche dem Parteiwillen entspricht. Kennzeichnend für die sich daraus ergebenden Fiktionen sind die Ausführungen von PERCEROU,<sup>55</sup> der den usage als selbstverständlichen Teil einer Vereinbarung ansieht, weil die Parteien ihre Beziehungen entsprechend einer eingeführten Praxis regeln. Es entspricht deshalb der Rechtslage mehr, wenn HOUIN<sup>56</sup> die zu Auslegungszwecken erfolgende Verweisung auf usages ausdrücklich als *gesetzlich angeordnete Fiktion* betrachtet. Da er aber wenigstens fiktiv am Parteiwillen festhält, wird auch hier darauf verzichtet, die Natur der von Art. 1159 Cc.fr. berufenen usages näher anzugeben.

13. Unmittelbar nach der Jahrhundertwende beginnt ein nachhaltiger Einbruch in die Lehre von der Willensinterpretation, die zu einer Objektivierung der Funktion der usages führt.<sup>57</sup> Zunächst hat diese Tendenz in den Thesen von

<sup>52</sup> In diesem Sinne: Nouvelles Bd. IV, 2, obligations Nr. 180 bis, 536.

<sup>53</sup> App. Paris v. 26. 3. 1924 = S. 1924, II, 88; Heranziehung eines usage abgelehnt, weil die für Willenserklärungen geltende Beweisregel des Art. 1341 Cc. fr. nicht beachtet; vgl. auch DE PAGE Bd. II, S. 534 f. und VALERY, Rev. crit. lég. jur. 1915/24, 422.

<sup>54</sup> Cass. fr. v. 31. 1. 1872 = D. P. 1873, I, 86; v. 27. 12. 1887 = D. P. 1888, I, 384; Trib. civ. Seine v. 3. 8. 1899 = D. P. 1902, II, 386; strittig allerdings bei Betriebsübungen, bei denen aber weniger auf den Mangel an allgemeiner Verbreitung als den Mangel an Freiwilligkeit abgestellt wurde, vgl. Cass. fr. v. 31. 7. 1930 = D. H. 1930 J. 457; a. A. spätere Entscheidungen, vgl. DURAND-JAUSSAUD Bd. I, S. 139, dagegen auch VALERY, Rev. crit. lég. jur. 1915/24, 424; in der Literatur sprechen sich für Berücksichtigung von Individualübungen aus: ESCARRA, Ann. dr. comm. 1910, 105, 115; PERRENET, Rev. crit. lég. jur. 1906, 371. In Belgien: Nouvelles aaO Nr. 168. In den Niederlanden: PITLO, Verbintenissenrecht S. 191; VÖLLMAR Bd. II, S. 269.

<sup>55</sup> THALLER-PERCEROU S. 46.

<sup>56</sup> RabelsZ 1959, 252 ff.

<sup>57</sup> VALETTE S. 94; LEFEBVRE S. 160, 165, 224; MARTY-RAYNAUD Bd. I, S. 189, 191; BEKAERT S. 281; MARTY, distinction S. 157. In Holland: VÖLLMAR Bd. II, S. 528; SCHOLTEN-ASSER, Handleiding A. D. Bd. I, 136, 138 f.; PITLO, Systeem S. 31.

VALETTE und LÉFEBVRE Ausdruck gefunden, für die freilich nicht eine Überprüfung der Rolle des Willens, sondern ein soziologisch gefärbter auch die usages umfassender Rechtsnormbegriff maßgeblich war.

Später hat man diese Umdeutung der *usages* in *Rechtsnormen* mit vertragsrechtlichen Erwägungen zu untermauern gesucht. Dabei ist die Absicht erkennbar, den objektiven Wirkungsgrund des usage zu erhalten und zugleich mit dem Willensprinzip zu verbinden. So spricht LEBRUN<sup>58</sup> bei Art. 1159 Cc.fr. von usages interprétatifs und ordnet sie als Untergruppe dem Gewohnheitsrecht zu. Aber gleichzeitig hält er den Begriff der usages conventionnels aufrecht, die im Wege einer Vermutung den Parteiwillen auslegen. Mangels genauerer Angaben bleibt hier die Gefahr bestehen, daß je nach Bedarf von einem zum anderen Typus übergewechselt wird. Auch gibt LEBRUN nicht an, welchen Platz die usages conventionnels noch einnehmen sollen, wenn Anwendung des Art. 1159 Anwendung von Rechtsnormen ist.

Unter den neueren Autoren von Rang hat vor allem CARBONNIER<sup>59</sup> die Meinung geäußert, usages interprétatifs de volonté seien Unterfälle der coutume und ihre Anwendung unabhängig von wirklichem, vermutetem oder fingiertem Parteiwillen. Sie beeinflussen Verträge in gleicher Weise wie Vorschriften dispositiven Gesetzesrechts. Doch auch CARBONNIER verwischt diese Aussage wieder und schreibt „les parties sont censées s’y être implicitement référées“.<sup>60</sup>

Zu erwähnen ist schließlich eine von der geschilderten Rechtsprechung freimütig abweichende Entscheidung der Cour d’App. Aix-en-Provence bestätigt von der Cour de Cassation vom 3. 5. 1966. In einem Mietvertrag über Geschäftslokale war ein Verbot des Vertriebes von Handschuhen enthalten. Die französische Formulierung „ganterie“ wurde entsprechend einem Handelsbrauch ausgelegt, „parce-que en matière commerciale l’usage fait loi“.<sup>61</sup> Damit wird Art. 1159 freilich Art. 1135 Cc.fr. gleichgestellt und überflüssig. Diese Konsequenz wird in voller Strenge neuerdings von PABBRUWE gezogen.<sup>62</sup>

Es bedarf keines besonderen Hinweises, daß der als Rechtsnorm verwendete *usage* nur von einer *allgemeinen Übung* gebildet werden kann. Das Auslegungsproblem erscheint jedoch nunmehr als Rechtsquellen- und Rechtsanwendungsthema und schließt damit die Frage nach der besonderen Art des Gewohnheitsrechts im Vergleich zum tatsächlichen Brauch ein.

<sup>58</sup> Rép. dr. civ. Bd. V, usages Nr. 12, 13, 3, 6; LEBRUN verwendet hierfür den Ausdruck usage de droit.

<sup>59</sup> Dr. civ. Bd. I, S. 11, 103 f.

<sup>60</sup> Diese Formulierung soll nach CARBONNIER offenbar auch für die Anwendung dispositiven Rechts gelten!

<sup>61</sup> Bull. Cass. 1966, III, Nr. 227; Cass. fr. v. 13. 1. 1958 = Bull. Cass. 1958, III, Nr. 17 löste einen ähnlichen Fall noch mittels Auslegung des Parteiwillens.

<sup>62</sup> PABBRUWE S. 115.

14. Nur eine kleine Gruppe von Autoren hat bisher versucht, die Wirkung der usages nach Art. 1159 Cc.fr. vertragsrechtlich zu begründen. Hier sind JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, und Gounot und HÉBRAUD zu erwähnen.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE ist freilich von Widersprüchen nicht frei. In seinem Lehrbuch des Handelsrechts zeigt er sich als Verfechter der Willensvermutungstheorie,<sup>63</sup> in COLIN-CAPITANTS Cours Élémentaire als Anhänger der rechtsnormativen Bedeutung der usages.<sup>64</sup> Durch seinen Hinweis auf das in Art. 1134 Cc.fr. enthaltene Prinzip der bonne foi wird jedoch erkennbar, daß seine Willensvermutung der Versuch einer objektiven Rechtfertigung ihrer Vertragsauslegenden Bedeutung ist.<sup>65</sup> Die *Heranziehung der usages* ergibt sich aus der Übertragung des *Gutgläubensprinzips* auf die Ebene der Vertragsauslegung.<sup>66</sup> Es bewirkt die Verwertbarkeit von usages, weil in ihnen ein soziales Element enthalten ist.

GOUNOT<sup>67</sup> präzisiert diese Gedanken deutlicher. Zwar rückt bei ihm das Problem der Vertragsergänzung in den Vordergrund, aber er grenzt sie nicht von der Auslegung unklarer Vertragsklauseln ab. Seine Ausführungen behalten deshalb auch für Art. 1159 Cc.fr. ihren Wert. Wer eine Willenserklärung abgibt, so lautet seine Hauptthese, tut das nicht im luftleeren Raum. Er handelt zwar als Individuum, aber doch sozialbezogen von den Wort- und Zeichenbedeutungen der Gesellschaft geprägt. Auch wenn sein inneres Wollen davon abweicht, bleibt er doch äußerlich ein sozialgebundener Teil der Gesellschaft, der auf Vertrauen angewiesen ist. Nicht der Parteiwille, nicht der Rechtsnormcharakter klären daher die Wirkung der usages, sondern der Grundsatz, daß das legitime Interesse des Erklärungsempfängers geschützt werden muß.

HÉBRAUD<sup>68</sup> schließlich erklärt die Heranziehung von usages zur Auslegung mit der aus der *Sozialgebundenheit der Verträge* automatisch sich ergebenden Typisierung. Diese kommt teilweise unmittelbar in der Aufstellung gesetzlicher Regeln, teilweise in freiem Spiel der sozialen Kräfte zum Ausdruck. Allerdings hält sich auch HÉBRAUD von Willensvermutungen nicht frei. Auffallenderweise stützt er sogar die Anwendung dispositiven Rechts beiläufig auf vermuteten Parteiwillen.<sup>69</sup>

Sieht man von den gelegentlichen Rückfällen in Willensvermutungen ab, so führt die Hervorhebung des sozialen Elementes dazu, daß *nur allgemeine* in

<sup>63</sup> JULLIOT DE LA MORANDIÈRE-RODIÈRE-HOUIN Bd. I, S. 11; Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, Traité Bd. II, S. 455, 459.

<sup>64</sup> Cours Bd. I, S. 32.

<sup>65</sup> Ähnlich setzen BAUDRY-LACANTINERIE Bd. XII, S. 571 (volonté) S. 575 (but) Parteiwillen und Vertragszweck gleich.

<sup>66</sup> Traité Bd. II, S. 455; ebenso ESMEIN, Bull. soc. ét. lég. 1905, 540; SUIJLING Bd. II, S. 287.

<sup>67</sup> GOUNOT S. 146 f.; ähnlich klingt die Begründung Trib. comm. Bruxelles v. 21. 2. 1952 = Jur. comm. Brux. 1952, 108 ff. (110); vgl. auch schon DELAMARRE-LE POITVIN Bd. I, S. 57 (confiance) aber S. 55 (usage-loi).

<sup>68</sup> Mélanges Maury Bd. II, S. 435.

<sup>69</sup> Mélanges Maury Bd. II, S. 421.

einer Gemeinschaft vorhandene *Übungen als usages* bezeichnet werden können. Insoweit besteht Übereinstimmung mit der normativen Theorie. Deren Qualifizierung des usage als Rechtsnorm wird jedoch trotz der Anklänge bei JULLIOT DE LA MORANDIÈRE nicht erforderlich. Das Thema bleibt auf der vertragsrechtlichen Ebene.

### § 3. Ergänzung von Vertragsabsprachen durch clauses d'usage

#### I. Aufgabe der clauses d'usage

15. Art. 1160 Cc.fr. und 1383 BW sind vor allem deshalb schwer in den Auslegungskatalog des Gesetzes einzuordnen, weil die Formel „on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage quoiqu'elles n'y sont pas exprimées“, der Auslegung konkludenten Verhaltens sehr nahe steht. Wegen der Tendenz je nach der Lage des Falles Stillschweigen als konkludentes Verhalten zu bewerten, ist es nur ein kleiner Schritt zur Einordnung des Art. 1160 unter 1159 Cc.fr. Indem die Ergänzung nach Art. 1160 dem Problembereich der *schweigenden Erklärung* zugeschlagen wird, stellt er sich nur noch als Anwendungsfall des allgemeineren in Art. 1159 enthaltenen Grundsatzes<sup>70</sup> dar. Fast scheint es, als sei sozusagen im Gegenzug gerade diese Abwertung des Art. 1160 eine Teilursache für die erwähnte freizügige Ausdehnung des Art. 1159 gewesen. Wäre Art. 1160 größere Aufmerksamkeit gewidmet worden, so hätte die Frage auftauchen müssen, aus welchem Grund der Gesetzgeber überhaupt noch vorschreibt, einen Vertrag durch einzelne clauses d'usage zu ergänzen, da doch Art. 1159 schon generell zuläßt, daß Stillschweigen kraft d'usage als konkludente Willenserklärung ausgelegt wird.

Nach einem Teil der Literatur ergibt sich die Beschränkung des Art. 1160 Cc.fr. auf konkludente Erklärungen daraus, daß clauses d'usage nur Bestandteil eines Vertrages werden, wenn ein entsprechendes Verhalten der Vertragspartner ihre diesbezügliche Absicht oder Unterwerfung deutlich erkennen läßt.<sup>71</sup> Die damit verbundene Einschränkung des Wirkungsbereiches des Art. 1160 Cc.fr. ist auch in mehreren Gerichtsentscheidungen zu bemerken. So hob die Cour de Cassation am 12. 11. 1856 einen arrêt der Cour d'Appel von Riom auf, weil diese nicht festgestellt hatte, daß die Vertragspartner „s'y fussent référées“. <sup>72</sup> In einer anderen Entscheidung vom 20. 10. 1914<sup>73</sup> wird der branchenüblichen Haftungs-

<sup>70</sup> Rép. dr. civ. Bd. I, contrats et conventions Nr. 96, 102.

<sup>71</sup> ISHIZAKI, Vente Bd. I, S. 46; CAMERLYNCK-LYON-CAEN S. 54. Unklar Rép. dr. civ. Bd. I contrats et conventions Nr. 101, 102; PEDAMON, Jur. Comm. S. 12 ff. (14). In Holland und Belgien vgl. OPSTALL in Hofmann Verbintennisrecht A. L. S. 424; Nouvelles Bd. IV, 2, théorie générale des obligations Nr. 180 bis, 259.

<sup>72</sup> D. P. 1856, I, 395.

<sup>73</sup> D. P. 1916, I, 173.

beschränkung vertragsergänzende Wirkung versagt, weil kein bezugnehmendes Verhalten der Parteien vorlag. Eine neuere Entscheidung vom 25. 2. 1964<sup>74</sup> verlangt schließlich, daß die Parteien „ont évidemment entendu adopter les usages“. Doch gibt diese Formel bereits eine objektivere Tendenz an.

16. Überwiegend wird den clauses d'usage ein größerer Anwendungsbereich eingeräumt. Sie sollen stets dann Bestandteil des Vertrages werden, wenn die Parteien den strittigen Punkt nicht geregelt haben. Art. 1160 betrifft somit die Fälle, in denen kein positives konkludentes Verhalten vorliegt. Teils wird dabei vom Begriff der *Vertragslücke*, teils von einer *Ausweitung des konkludenten Verhaltens* ausgegangen. In Übereinstimmung mit einem Teil der Literatur<sup>75</sup> neigt die Rechtsprechung dazu, unter Berücksichtigung von clauses d'usage das Fehlen einer Vertragsabrede als eine Art *silence circonstancié* zu betrachten. Anklänge dieser Art sind in der schon zitierten Entscheidung der frz. Cour de Cassation vom 25. 2. 1964 zu finden. Clauses d'usage sind *convention tacite*, wenn die Parteien einen am Platz üblichen Vertrag abgeschlossen haben, ein bestimmter Vertragsinhalt branchentypisch ist, sich aus der Art des Leistungsgegenstandes ergibt,<sup>76</sup> usw. In gesetzlicher Form hat diese Auffassung z. B. im belgischen L. v. 10. 3. 1900 über den *contrat de travail* Ausdruck gefunden. Besonders auf Art. 3, 17 und 22 ist hinzuweisen.<sup>77</sup> Es scheint sogar, daß das Bestehen einer clause d'usage genügt, um das Schweigen der Parteien als *silence circonstancié* betrachten zu können.<sup>78</sup>

17. Wird in diesem Stadium die Idee des *silence circonstancié* aufgegeben, gelangt man automatisch zur Theorie der Vertragslücke. Sie zeigt sich vereinzelt in theoretischen Arbeiten, seltener in Gerichtsentscheidungen.<sup>79</sup> Ohne Vertiefung

<sup>74</sup> G. P. 1964, I, 391.

<sup>75</sup> COLIN-CAPITANT-JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité* Bd. II, S. 455, 459; TUNC, *Mélanges Ripert* Bd. II, S. 152 f.; DE PAGE Bd. I, S. 18, unklar S. 283; LAURENT, *Cours* Bd. II, S. 445; THALLER-PERCEROU S. 46; CARBONNIER, *dr. civ.* Bd. II, S. 347.

<sup>76</sup> Cass. fr. v. 24. 5. 1954 = JCP 1954, II, 8450 (Bestimmungshafen); v. 16. 5. 1962 = JCP 1962, II, 12764 (Branchenzugehörigkeit); Trib. comm. Tourcoing v. 15. 2. 1952 = D. 1952 J. 211 (Branchenzugehörigkeit und Geschäftsart-Importgeschäft); App. Paris v. 30. 6. 1964 = JCP 1965, II, 14058 (Branchenzugehörigkeit); App. Liège v. 3. 6. 1903 (Vertragszweck; Heranziehung der clause d'usage abgelehnt); App. Rennes v. 15. 12. 1898, bestätigt durch Cass. fr. v. 23. 5. 1900 = D. P. 1901, I, 269 ff. (Art des Vertrages; Kauf nach Dokumenten); HR v. 6. 3. 1953 = NJ 1953 Nr. 791 (stillschweigender Ausschluß von Ansprüchen aus Delikten bei Gelegenheit eines Vertrages, Brauch des Bestimmungshafens); HR v. 6. 12. 1957 = NJ 1958 Nr. 596.

<sup>77</sup> Codes Belges Bd. IV, S. 108 ff.

<sup>78</sup> Vgl. etwa App. Rouen v. 6. 3. 1952 = JCP 1952, II, 6934; Trib. civ. Seine v. 4. 3. 1943 = G. P. 1943, I, 215; App. Poitiers v. 10. 2. 1943 = D. C. 1943 J. 46; App. Besançon v. 25. 1. 1926 = S. 1926, II, 60 ff. Vgl. dagegen die einschränkende aber unklar formulierte Entscheidung App. Paris v. 4. 1. 1934 = D. H. 1934 J. 105 ff. (107).

<sup>79</sup> offenbar LEBRUN, *Coutume* S. 317; unklar ESMEIN S. 1899, II, 217. PEDAMON, *Rev. trim. comm.* 1959, 346 bringt dabei den Begriff des Vertragstyps ins Spiel; vorausgesetzt

wird die Möglichkeit einer lacune des Vertragskonzeptes in Rechnung gestellt. Im allgemeinen werden daher die Anwendungsgrenzen der clauses d'usage nicht näher umschrieben. Das Vorliegen einer lacune ist wie die Feststellung des silence circonstancié, bzw. der convention tacite, von den Zufälligkeiten des Sachverhalts abhängig.

Etwas genauer äußert sich PERRENET,<sup>80</sup> wenn er schreibt, daß mit Hilfe von clauses d'usage nur das „instrumentum negotii“ vervollständigt werden dürfe. Bei ihm wird allerdings nicht deutlich, ob dieser Begriff als Gegensatz zu der von den Vertragspartnern beabsichtigten wirtschaftlichen Zwecksetzung gedacht ist. Andere, etwa CARBONNIER<sup>81</sup> suchen das Wesen der Vertragsergänzung in der Unterscheidung von notwendigen und akzessorischen Vertragsbestandteilen. Während das Fehlen der notwendigen Bestandteile das Zustandekommen eines Vertrages hindert, ist in Nebenpunkten Vertragsergänzung möglich. Die alte Lehre der naturalia et accidentalia negotii<sup>82</sup> wird hier wieder aufgegriffen. Sie erscheint auch in der Entscheidung des Hof's-Gravenhage vom 13. 6. 1927,<sup>83</sup> die eine Ergänzung eines Ratenkaufs um eine Eigentumsvorbehaltsklausel als nicht „noodzakelijk“ ablehnt.

## II. Eigenschaften und Anwendungsgrund der clauses d'usage

18. Hinsichtlich der Aufgabe der clause d'usage ist von drei verschiedenen Lösungen auszugehen: Einerseits sollen sie ein zwar nicht formuliertes, aber doch durch das Verhalten der Partner bestätigtes Vertragsselement deuten; andererseits wird behauptet, daß sie unterlassene Formulierungen nach den Grundsätzen des silence circonstancié ersetzen; drittens schließlich sollen sie der Ausfüllung von Vertragslücken dienen.

Da die Funktion der clause d'usage somit als umstritten gelten muß, wird die Frage nach ihrer Natur um so bedeutsamer.

Über die Eigenschaften der clauses d'usage und ihren Geltungsgrund äußert sich die Rechtsprechung kaum deutlicher als im Fall des Art. 1159 Cc.fr. Sie argumentiert vorwiegend mit Hilfe von *Willensvermutungen* und bestätigt den Vorwurf, den JAMBU-MERLIN erhebt: „ils dissimulent cette demarche (der Vertragsergänzung) derrière la volonté tacite“.<sup>84</sup> Es ist auffallend, wie sehr die Be-

wird der Gedanke der Vertragslücke bei MARTY, *Trav. Capitant* Bd. V, 89 ff. besonders S. 98; ebenso GOUNOT S. 146/47; *Trib. Comm. Le Havre* v. 14. 8. 1936 = G. P. 1936, II, 603; *Cass. fr.* v. 19. 12. 1966 = *Bull. Cass.* 1966, IV, Nr. 979; *impliciter Hof Amsterdam* v 17. 1. 1957 = *NJ* 1957 Nr. 419.

<sup>80</sup> *Rev. crit. lég. jur.* 1906, 372.

<sup>81</sup> *Dr. civ.* Bd. II, S. 330 f.; ZEYLEMAKER, *NJV* 1948, 90, 83: „Nevenverplichtingen“, die kraft Gesetzes durch gebruikelijke bedingen auszufüllen sind.

<sup>82</sup> vgl. HOUWING, *WPNR* 2509, 2510; CALLATAY S. 168 (vermischt diese Frage allerdings mit stillschweigender Erklärung S. 169).

<sup>83</sup> *NJ* 1928, 984.

<sup>84</sup> *Dr. Marit.* 1960, S. 115.

rufung auf die *volonté tacite* mit der Theorie des *silence circonstancié* verknüpft wird<sup>85</sup> und eine Gleichsetzung von *volonté* und *déclaration* stattfindet. Hinzu kommen dogmatische Unklarheiten. So hält die *Cour d'Appel Rouen* in einer Entscheidung v. 6. 3. 1952<sup>86</sup> den Grundsatz einer Willensvermutung nur aufrecht, weil sie auch die Wirksamkeit dispositiven Rechts auf den Parteiwillen zurückführt. Die grundsätzlich mit Hilfe einer Willensvermutung arbeitende Entscheidung der *Cour d'Appel von Besançon* vom 25. 1. 1926<sup>87</sup> spricht gleichzeitig von „*autorité absolue*“ der usages. Ein anderes Beispiel für die unsichere Haltung der Rechtsprechung sind Entscheidungen wie diejenige der belgischen *Cour de Cassation* vom 30. 3. 1922.<sup>88</sup> Nach diesem *arrêt* werden bei Börsengeschäften übliche Geschäftsklauseln Vertragsbestandteil, „*si les contractants n'ont pas autrement stipulé, et se sont expressément ou tacitement référés à ces usages*“. Die für Willensvermutungen und die Abdingung dispositiver Rechtsnormen gebräuchlichen Formulierungen werden einfach nebeneinander gestellt.

Ohne auf die Lehre der Willensvermutung weiter einzugehen, sie ist im Rahmen des Art. 1159 ausgiebig erörtert worden, sei noch vermerkt, daß sie in der Rechtslehre nicht wenige Anhänger hat.<sup>89</sup> Wie bei Art. 1159 zeigen sich denn auch bei Art. 1160 Cc.fr. die gleichen Probleme: Einbeziehung *individueller clau-*

<sup>85</sup> Cass. fr. v. 12. 11. 1856 = D. P. 1856, I, 395 (Vermutung aus tatsächlichen Gründen abgelehnt); Cons. d'Ét. fr. v. 4. 6. 1897 = S. 1898, III, 99 (Willensvermutung und *opinio iuris* vermischt); Cass. fr. v. 20. 10. 1914 = D. P. 1916, I, 173 (sehr verschwommen); App. Besançon v. 25. 1. 1926 = S. 1926, II, 60; App. Grenoble v. 23. 11. 1928 = S. 1929, II, 88; Cass. belge v. 29. 5. 1947 = PB 1947, I, 217; Cass. fr. v. 4. 7. 1961 = Dr. marit. 1961, 589; Cass. fr. v. 25. 2. 1964 = G. P. 1964, I, 391; App. Rouen v. 6. 3. 1952 = JCP 1952, II, 6934; Rechtbank Dordrecht v. 11. 3. 1959 = NJ 1959, Nr. 653; Hof's-Gravenhage v. 20. 12. 1935 = NJ 1936, Nr. 827; Rechtbank Amsterdam v. 19. 3. 1915 = W 9832; Rechtbank Rotterdam v. 27. 3. 1912 = W 9441; Trib. comm. Bruxelles v. 27. 10. 1897 = P. B. 1898, III, 144; Trib. civ. Courtrai v. 26. 3. 1931 = Jur. comm. Fl. 1931, 85 ff. (89 f.).

<sup>86</sup> JCP 1952, II, 6934.

<sup>87</sup> S. 1926, II, 60.

<sup>88</sup> PB 1922, I, 225; kritisch DE PAGE Bd. II, S. 460; ähnlich Trib. comm. Bruxelles v. 28. 6. 1949 = Jur. comm. Brux. 1953, 373 ff.

<sup>89</sup> PONSARD-AUBRY-RAU Bd. I, S. 62 (mit objektivem Einschlag); Rép. dr. civ. Bd. I, contrats et conventions Nr. 96, 102; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE-RODIÈRE-HOUIN Bd. I, S. 11; HAMEL-LAGARDE Bd. I, S. 57; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Traité Bd. II, S. 459, 455 (unter Einfluß der *bonne foi*); DE PAGE Bd. I, S. 283; TUNC, Mélanges Ripert Bd. II, S. 152 ff. (starker objektiver Einschlag, s. u.); GÉNY, Méthode Bd. I, S. 422 f.; RIPERT-ROBLLOT-DURAND Bd. I, S. 22 f.; OPSTALL in Hofmann Verbintenissenrecht A. L., S. 424; FRÉDÉRICQ, Traité Bd. I, S. 25; Nouvelles Bd. IV, 2 théorie générale des obligations Nr. 180 bis, 259. Außerhalb des Art. 1160 betrachten sie Vertragsergänzung als Wirkung von *coutumes*, vgl. Nr. 537; CALLATAY S. 169; DEL MAR-MOL, Dr. comm. terr. Bd. I, S. 53.

<sup>90</sup> Typisch der Fall Trib. civ. Seine v. 3. 8. 1899 = D. P. 1902, II, 386; vgl. auch OPSTALL, in Hofmann Verbintenissenrecht A. L., S. 424 f. (widersprüchlich S. 426 f.); praktisch auch RUTTEN-ASSER Bd. III, 2, S. 245; Hof Arnhem v. 2. 3. 1955 = NJ 1955, Nr. 517; PABBRUWE S. 117.

ses d'usage,<sup>90</sup> Überschneidung mit Art. 1156,<sup>91</sup> Auswirkungen der Vermutungsbeschränkung der Art. 1341, 1353 Cc.fr.<sup>92</sup> usw.

19. Wenn die Cour d'Appel von Besançon im Urteil vom 25. 1. 1926 einer clause d'usage „autorité absolue“ zuspricht, so ergibt sich, daß die Willensvermutung nicht das letzte Wort der Rechtsprechung darstellt. Genauere Auskunft darüber gibt in erster Linie die handels- und arbeitsrechtliche Judikatur.

Infolge der sehr lückenhaften gesetzlichen Regeln im Handels- und Seehandelsrecht ist den clauses usuelles des contrats, kurz auch usages, stets große Bedeutung beigelegt worden. Der Ccomm.fr. hat handelsrechtliche coutumes unberührt gelassen und der Cc.fr. für Handelsverträge nur subsidiäre Bedeutung. Damit war der Weg frei für die bereits bei Art. 1159 Cc.fr. erwähnte Formel: „En matière commerciale l'usage fait loi“.<sup>93</sup> Freilich sind solche Formulierungen selten. Die Gerichte beschränken sich in der Regel darauf, clauses d'usage ohne Begründung so anzuwenden, als ob sie „loi commerciale“ sind und wie gesetzliche Vorschriften einen Vertrag ergänzen.<sup>94</sup> Wie im Urteil der Cour d'Appel Rouen vom 17. 10. 1958<sup>95</sup> geschieht das gelegentlich sogar durch eine Gleichsetzung der Art. 1160 und 1135 Cc.fr. Wenn im Arbeitsrecht die gleiche Entwicklung stattfindet<sup>96</sup> muß das der fortgeschrittenen Kollektivierung und damit Normativierung des Arbeitsvertrags zugeschrieben werden.

Zeigen die Gerichtsentscheidungen auch eine im Vordringen befindliche Tendenz an, die Verwendung der clauses d'usage vom Willen der Parteien zu befreien, so ergeben sie doch keine nähere Erkenntnis über die Eigenschaften der clauses d'usage. Nur daß es sich um *allgemeine Übungen* handeln muß, kann aus ihrer Einstufung als *Rechtsnormen* entnommen werden. Im übrigen wird, wie es sich schon bei Art. 1159 Cc.fr. ergab, das Thema in die Rechtsanwendungs- und Rechtsquellenlehre verschoben.

<sup>91</sup> RIEG S. 360; CLOS, JCP (N) 1944, I, 389 Nr. 3 (unter Hinweis auf LÉCOMTE); CALLATAY S. 160.

<sup>92</sup> THALLER-PERCEROU S. 46; vgl. auch Cass. fr. v. 27. 12. 1868 = S. 87, I, 204; Nouvelles, Bd. IV, 2 théorie générale des obligations Nr. 180 bis, 536; Trib. comm. Verviers v. 14. 4. 1960 = Jur. Liège 1960/61, 45 f.

<sup>93</sup> Cass. fr. v. 3. 5. 1966 = Bull. Cass. 1966, III, Nr. 227; vgl. auch v. 3. 7. 1952 = Bull. Cass. 1952, III, Nr. 569; Trib. comm. Anvers v. 9. 9. 1940 = Jur. D'Anvers 1940, 258 ff. (264 f.).

<sup>94</sup> Trib. comm. Dunkerque v. 18. 6. 1962 = Dr. marit. 1963, 556; App. Rouen v. 17. 10. 1958 = Dr. marit. 1959, 157; Cass. fr. v. 24. 5. 1954 = JCP 1954, II, 8450; App. Paris v. 30. 6. 1964 = JCP 1965, 14058 (usage ou volonté); App. Bordeaux v. 10. 5. 1926 = G. P. 1926, II, 308 jedoch zurückhaltend; Rechtbank Assen v. 5. 6. 1956 = NJ 1957 Nr. 23; HR v. 18. 12. 1924 = NJ 1925, 294; Cass. belge v. 25. 9. 1947 = P. B. 1947, I, 381 und v. 29. 5. 1947 = P. B. 1947, I, 218 (der „stillschweigende Parteiwille“ gilt als Postulat); Trib. comm. Bruxelles v. 25. 2. 1966 = Jur. comm. Brux. 1966, 162 ff. (166).

<sup>95</sup> Dr. marit. 1959, 157; HR v. 27. 12. 1918 = NJ 1919, 155; Hof's Gravenhage v. 18. 10. 1950 = NJ 1951, Nr. 629.

<sup>96</sup> Cass. fr. v. 19. 12. 1966 = Bull. Cass. 1966, IV, Nr. 979; v. 12. 6. 1936 = G. P. 1936, II, 378; v. 20. 5. 1936 = G. P. 1936, II, 379; v. 16. 5. 1962 = JCP 1962, II, 12764.

20. In der Literatur hat die normative Richtung starken Rückhalt gefunden.<sup>97</sup> Nach verbreiteter holländischer Lehre<sup>98</sup> hat der Gesetzgeber in Art. 1383 BW von der Ermächtigung des Art. 3 AB Gebrauch gemacht, so daß mit den clauses d'usage Gewohnheitsrecht angewendet wird. So einfach aber diese Formel lautet, so schwierig ist es, sie praktisch zu handhaben.

Ursprünglich entstammen auch die meisten dispositiven Vorschriften des Gesetzes allgemeinen Geschäftspraktiken. Bei Art. 1159 Cc.fr. ergab sich daher schon die Tendenz alles dispositive Gesetz auf Willensauslegung zu stützen. Wenn im Rahmen des Art. 1160 dieser Gedanke wieder aufgegriffen wird, so treten die damit gestellten Probleme deutlicher hervor: gesetzlicher „supplément des contrats“ geschieht kraft Parteiwillens,<sup>99</sup> folglich gründet sich auch die Anwendung von Gewohnheitsrecht auf ihn. Konsequenter durchgeföhrt ergibt sich daraus, daß die Übereinstimmung des Parteiwillens mit dem Inhalt der Gesetzesregeln infolge eines „Parteiwillens“ hergestellt wird, der selbst nur kraft Gesetzes angenommen werden kann.

Andere Autoren,<sup>100</sup> teilweise im Gefolge SALEILLES<sup>101</sup> gehen von der willensunabhängigen Verbindlichkeit dispositiven Rechts aus und lösen das Problem der clause d'usage, indem sie Art. 1160 zu einem Unterfall des Art. 1135 erklären. Die Vorschrift betrifft *nicht mehr Auslegung sondern Bestimmung von*

<sup>97</sup> Léauté, Rev. trim. civ. 1953, 440; Rép. dr. civ. Bd. V usages Nr. 6 (Bd. I contrats et conventions Nr. 105, 108 wird jedoch Art. 1160 der Willensauslegung vorbehalten) vgl. etwa MARTY-RAYNAUD Bd. I, S. 191; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Cours Bd. I, S. 32; BRETHER DE LA GRESSAYE-LABORDE-LACOSTE S. 276 ff., 284; DE PAGE Bd. II, S. 460, 549 Fußn. 1; DEREUX S. 128 ff., 136 ff.; CARBONNIER, dr. civ. Bd. II, 330 f.; AUBRY-RAU Bd. IV, S. 482, Fußn. 1; CHARBONNIER, JCP 1952, II, 6934. Unklar Nouvelles Bd. IV, 2, obligations Nr. 180 bis, 259 gegenüber 181, 250. Weiter VANDER EYCKEN S. 156; SCHOLTEN, NJ 1938, 1347; PITLO, Verbintenissenrecht S. 190; Systeem S. 31; APELDOORN S. 115; KOSTERS S. 103; KAMPHUISEN S. 113 f.; PABBRUWE S. 116 ff. (für typische Klauseln).

<sup>98</sup> VÖLLMAR Bd. I, S. 15, Bd. II, S. 267 (unklar S. 269); SUJLING Bd. I, S. 23, 416 (unklar mit Anklängen einer objektivierten Willensvermutung); a. A. PITLO, Verbintenissenrecht S. 190 f.; Systeem S. 31; Art. 3 AB, 1375 und 1383 BW sind eine Anmaßung des Gesetzgebers. Sie können entfallen, ohne daß die Kraft der gewoonte verloren geht; APELDOORN S. 204, 106.

<sup>99</sup> LÉAUTÉ, Rev. trim. civ. 1953, 438 ff.; vgl. die merkwürdigen Ausführungen von LEBRUN in Rép. dr. civ. Bd. V usages Nr. 6, 13; DEREUX S. 128 ff., 136 ff.; CARBONNIER, dr. civ. Bd. II, S. 330 f.; RIPERT, forces créatrices S. 397; unklar SCHOLTEN-ASSER A. D., S. 138 ff. (140); FRÉDÉRICQ, Traité Bd. I, S. 27; VANDER EYCKEN S. 156 ff. (besonders 157).

<sup>100</sup> ESCARRA, Ann. dr. comm. 1910, 115, 117; AUBRY-RAU Bd. IV, S. 482 Fußn. 1; CHARBONNIER, JCP 1952, II, 6934; JOSSEAND, Rev. trim. civ. 1937, 15; LEBRUN, coutume S. 312 ff.; BAUDRY-LACANTINERIE Bd. XII, S. 576 f.; LAROMBIÈRE S. 384; DELAMARRE-LE POITVIN Bd. I, S. 55; VÖLLMAR Bd. I, S. 15, Bd. II, S. 267; KOSTERS S. 102, 133.

<sup>101</sup> SALEILLES, déclaration S. 196 ff.; Einführung S. 41 ff.; hinsichtlich der Bedeutung der Bräuche bleiben seine Äußerungen unklar, vgl. aaO S. 68 f. und S. 82; FRÉDÉRICQ, Handboek S. 26 f.

*Rechtsfolgen.* Um *clauses d'usage* anwenden zu können, ist deshalb zunächst das Fehlen einer gesetzlichen Regelung festzustellen, denn Art. 1135 beruft *usages* nur à titre supplétif. Schweigt das Gesetz, so regeln die *clauses d'usage* automatisch die Vertragspflichten. Ist aber eine gesetzliche Vorschrift vorhanden, so müssen etwaige *clauses d'usage* weichen. Freilich wird diese Konsequenz nur teilweise gezogen. Soweit die *usages* als *coutumes* dem Gesetz gleichgestellt werden, lehnt man ihre bloß subsidiäre Verwendung selbstverständlich ab. Der Konflikt zwischen *clauses d'usage* und Gesetz wird vielmehr nach den allgemeinen Organisationsnormen gelöst. Es gilt dann beispielsweise das Prinzip, neues Recht setzt altes außer Kraft oder Spezialrecht verdrängt allgemeines Recht. Auch diese Theorie wird jedoch nicht immer konsequent durchgeführt. So meint KOSTERS,<sup>102</sup> „gewoonte“ könne gesetzliche Vorschriften brechen, aber nur auf dem Weg über die Privatautonomie.

Selbst wenn angenommen wird, daß *clauses d'usage* als *coutume* dem Gesetz nachgehen, so sind für das Handelsrecht weitere Besonderheiten wegen der Subsidiarität der Vorschriften des Cc.fr. zu beachten, die aus einer erweiternden Auslegung des Art. 1873 Cc.fr. und 18 Ccomm.fr. hergeleitet wird.<sup>103</sup>

Eine abschließend zu erwähnende Nebenlinie der normativen Theorie zeigt sich schließlich bei ESMEIN,<sup>104</sup> der Art. 1160 unter prozessualen Gesichtspunkten betrachtet. Da außer Frage steht, daß die gesetzlichen Vorschriften nicht alle Fälle erfassen, muß der Richter die anzuwendenden Rechtsnormen selbst bilden: „Le juge doit formuler une règle de droit comme le ferait le législateur.“ *Clauses d'usage* können deshalb unmittelbar keine Rechtsnormen sein, wohl aber kann Art. 1160, eingeschränkt durch Art. 1134 Abs. III Cc.fr. den für die Gerichte maßgeblichen „esprit“ angeben, in dem die Entscheidungen zu fällen sind. Bei JOSSERAND<sup>105</sup> wird die Verwendung von *clauses d'usage* auf diese Weise zu einem Fall richterlichen Ermessens.

21. Es bleiben die Lösungsversuche auf vertragsrechtlicher Grundlage, die im holländischen Recht allerdings voraussetzen, daß Art. 1383 BW eine Aufgabe erfüllt, die von der Emächtigung nach Art. 3 AB unabhängig ist. Diesen Nachweis hat HOUWING<sup>106</sup> in einer ausführlichen Untersuchung über die Geschichte des Art. 1383 zu führen versucht. Er führt die Vorschrift auf die fünfte Auslegungsregel POTHIER'S zurück und vergleicht sie mit einer ähnlichen Regel DOMAT'S, die im Rahmen des Art. 1135 Cc.fr. bedeutsam wird. So kann er feststellen, daß POTHIER'S Regel auf zwei typischen Lehrsätzen des 18. Jahrhunderts beruht. Der erste Satz: Jeder Vertrag setzt sich aus Klauseln zusammen, die für

<sup>102</sup> KOSTERS S. 102.

<sup>103</sup> VALERY, Rev. crit. lég. jur. 1915/24, 421.

<sup>104</sup> PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, Traité prat. Bd. VI, S. 485.

<sup>105</sup> Mélanges Gény Bd. II, S. 339.

<sup>106</sup> WPNR 2509, 2510, 2513, 2561; ebenso VAN PRAG, WPNR 3260; ähnlich HOETINK, Ind. t. v. h. r. 1933, 945, 950, der aber die Existenz eines *gebruikelijk beding* als solche genügen läßt um die Billigkeit ihrer Anwendung zu bejahen.

ihn essentialia, naturalia und accidentalia sind. Der zweite Satz: Vor allem die naturalia sind billigerweise als von den Parteien gewollt zu betrachten. Folglich – so HOUWING – beruft Art. 1383 BW nicht Gewohnheitsrecht, sondern nimmt auf Umstände Bezug, die den Parteien nach *Billigkeit* zugerechnet werden.<sup>107</sup> Was sonst an vertragsrechtlichen Argumenten vorgebracht wird, deckt sich mit Art. 1159 Cc.fr.: bonne foi, Vertrauensschutz, Sozialgebundenheit der Verträge,<sup>108</sup> daneben auch Anspielungen auf culpa in contrahendo.<sup>109</sup>

Nur beiläufig taucht noch ein anderer Gesichtspunkt auf, der mit der Auffassung zusammenhängt, daß clauses d'usage der Lückenausfüllung dienen. So spricht PEDAMON davon, daß die Inkorporation der clauses d'usage in einen Vertrag von der Existenz eines entsprechenden Vertragstypus abhängt.<sup>110</sup> Genauere Anhaltspunkte gibt er nicht an. Nun fehlen aber auf dem von PEDAMON behandelten handelsrechtlichen Gebiet oft gesetzliche Typisierungen. PEDAMONS These läuft also darauf hinaus, daß vom Gesetz die Existenz *gesetzlich nicht geregelter spezieller Vertragstypen* vorausgesetzt und zugleich als rechtserheblich betrachtet wird. Dieser Gedanke muß zu einer beachtlichen Reform aller bisherigen Bemühungen führen, denn hier wird zwischen Qualifikation und Interpretation eine Zwischenstufe geschaltet. Diese Zwischenstufe bedeutet gegenüber dem gesetzlichen Schema Konkretisierung, gegenüber dem einzelnen Vertrag Schematisierung. Bis heute sind aber in Frankreich entschiedenere Schritte in dieser Richtung nicht sichtbar.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> HOUWINGS Gedanken kehren etwa in Hof Amsterdam v. 17. 1. 1957 = NJ 1957, 419 wieder. Fallbezogen wurde sozialtypische Ergänzung abgelehnt, weil sie bei Auslegung wegen veränderter Umstände nicht in Betracht kommt. Vgl. auch Hof Leeuwarden v. 22. 6. 1927 = NJ 1928, 796 ff., der mit dem Billigkeitsprinzip arbeitet. Rechtbank s'Hertogenbosch v. 16. 1. 1959 = NJ 1960, 638 erklärt nach Prüfung der Sachumstände, „dat het in geval niet redelijk is om de wet te laten prevaleren boven het gebruikelijk beding“.

<sup>108</sup> In der Regel vermengt mit Willensvermutungen vgl. etwa: TUNC, *Mélanges Ripert* Bd. II, S. 152 ff.; weiter die unsignierte Anm. zu Cass. fr. v. 12. 1. 1939 = G. P. 1939, I, 477; unklar ESMEIN, *Bull. soc. ét. lég.* 1905, 540; VALERY, *Rev. crit. lég. jur.*, 1915/24, 420 (aber S. 426!); DELAMARRE-LE POITVIN S. 57 (confiance. Anders S. 55); *Novelles* Bd. IV, 2 obligations Nr. 180 bis (vgl. aber auch Fußn. 97); SUIJLING S. 281 ff.; MARX, NJ 1939, 427 f. (besonders im Hinblick auf allg. Geschäftsbedingungen); eindeutig KOOPMANS S. 8 ff.; CALLATAY S. 170.

<sup>109</sup> so vor allem TUNC aaO.

<sup>110</sup> *Rev. trim. comm.* 1959, 346; unklar CABRILLAC, *dr. banc.* S. 17; STOUFFLET, *Crédit* S. 96 macht die Anwendbarkeit von clauses d'usage, die er freilich als coutume bezeichnet, davon abhängig, daß sie einer „institution autonome“ entsprechen. S. 216, 219 bezeichnet er diese auch als „type“. Ähnliche Gedanken bei MARTY, *Trav. Capitant* Bd. V, S. 98; sehr deutlich *Trib. comm. Le Havre* v. 14. 8. 1936 = G. P. 1936, II, 603; auch VÖLLMAR Bd. II, S. 270 und CALLATAY S. 168 (unklar und widersprüchlich, vgl. auch S. 169); vielleicht auch Cass. belge v. 29. 9. 1957 = P. B. 1958, I, 15 f.; die clause d'usage entspricht der „économie“ des Vertrags.

<sup>111</sup> Unklar weisen in diese Richtung die Ausführungen *App. Paris* v. 15. 11. 1966 = S. 1967, I, 284 und CORNU, *Rev. trim. civ.* 1967, 189 f. CORNU stützt sich allerdings

#### § 4. Vertragliche Verpflichtungen kraft usages

22. Die noch ausstehenden Art. 1135 Cc.fr. und 1375 BW scheinen wenig Zweifel zu wecken: „les conventions obligent à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent“. Aber dieser Schein trägt, wengleich gerade hier Analysen fast ganz fehlen.

Einzelne holländische Autoren, vor allem RUTTEN, haben den Unterschied zwischen Auslegung und Bestimmung von Rechtswirkungen zum Abgrenzungskriterium des Art. 1375 gegenüber Art. 1383 BW gemacht und daraus einen inhaltlichen Unterschied zwischen *gebruik* und *gebruikelijk beding* hergeleitet. Auslegung soll das Vertragskonzept herstellen. Daher sollen auch nur Klauseln unter Art. 1383 fallen, auf die „bei“ Vertragsabschlüssen üblicherweise Bedacht genommen wird. Die Rechtswirkungen sollen dagegen die Durchführung des Vertrages betreffen, folglich der *gebruik* nur die dabei in Acht genommene Gewohnheit bezeichnen.<sup>112</sup> RUTTEN selbst weist aber darauf hin,<sup>113</sup> daß über Art. 1375 wie 1383 BW den Vertragspartnern vom Willen unabhängige Pflichten auferlegt werden. Die Abgrenzung zwischen *gebruiken* bei Vertragsabschluß bzw. Vertragserfüllung wird so in Gefahr gebracht. RUTTEN hält sie obendrein für unklar und SCHOLTENS<sup>114</sup> Versuch sie zu retten, indem er als *gebruikelijke bedingen* nur schriftlich formulierte Klauseln anerkennt, findet im Gesetz wegen der grundsätzlichen Formfreiheit obligatorischer Verträge keinen Halt.

23. Was Rechtsprechung und Literatur sonst zur Klärung beigesteuert haben ist unergiebig. Alle Fundstellen, die in einem Atemzuge Art. 1135 und 1160 Cc.fr. nennen, und es sind die meisten, können von vornherein ausgeklammert werden.<sup>115</sup> Im übrigen wird behauptet, daß den von Art. 1135 berufenen *usages-coutumes* die Aufgabe zufällt, *Rechtswirkungen* zu bestimmen.<sup>116</sup> Andere legen ihnen *Auslegungsfunktionen* bei.<sup>117</sup> Es geschieht sogar, und die Rechtsprechung

---

auf Art. 1135 Cc. fr. und scheint darin eine Anweisung an den Richter zu sehen, unter Berücksichtigung von *usages*, *clauses d'usage* und *équité* außergesetzliche Nominatverträge zu schaffen.

<sup>112</sup> RUTTEN-ASSER Bd. III, 2, S. 244; OPSTALL in Hofmann, *Verbintenissenrecht* A. L. S. 423.

<sup>113</sup> RUTTEN aaO S. 244; SCHOLTEN-ASSER A. D., S. 136, 138 f. unterscheidet zwischen Vertragsergänzung und Bestimmung von Rechtsfolgen überhaupt nicht; JANSMA, S. 7; HOUWING, WPNR 2179.

<sup>114</sup> aaO S. 148.

<sup>115</sup> etwa Cass. fr. v. 2. 12. 1947 = G. P. 1948, I, 36 und die übrigen in Fußn. 27 genannten Entscheidungen. Entsprechende Literaturfundstellen sind bereits bei Art. 1159 und 1160 Cc. fr. erwähnt; ausdrücklich HOUWING, WPNR 2509, 2510, 2512.

<sup>116</sup> Rechtbank Rotterdam v. 27. 3. 1912 = W 9441; Hof's-Gravenhage v. 10. 10. 1913 = WPNR 2287; DE PAGE Bd. IV, S. 879 (*usages* beherrschen die Rechtsfolgen eines Arztvertrages über Art. 1135); widersprüchlich HORIOU, *Rev. crit. jur. belge* 1948, 230 f.; Trib. civ. Seine v. 15. 12. 1942 = G. P. 1943, I, 110; PABBRUWE S. 114.

<sup>117</sup> Hof Amsterdam v. 5. 3. 1915 = W 9868; HR v. 5. 6. 1874 = W 3735. Die belgische und französische Judikatur bietet keine Beispielfälle.

des Hogen Raads ist dafür bezeichnend,<sup>118</sup> daß zwei im Wesen gleiche Fälle einmal nach Art. 1375, einmal nach Art. 1383 BW beurteilt werden.

Von den Versuchen der holländischen Literatur abgesehen, hat sich die Dogmatik mit den Eigenschaften der usages unter dem besonderen Blickwinkel des Art. 1135 nicht beschäftigt. Die usages werden eben als coutume betrachtet und die Deutung der allgemeinen Rechtsquellenlehre überlassen. Zudem ist bemerkenswert, daß in der Praxis Fälle, die nach erstem Anschein unter die Vorschrift des Art. 1135 fallen, von den Gerichten oft in einen anderen Zusammenhang gestellt werden. In der Entscheidung der französischen Cour de Cassation vom 1. 6. 1857<sup>119</sup> wird beispielsweise nicht geprüft, ob ein mandataire, der die Versendung von Wertpapieren übernommen hatte, sie kraft eines usage nach Art. 1135 Cc.fr. durch einfachen oder eingeschriebenen Brief zu bewirken hat. Vielmehr prüfte das Gericht die Bedeutung des usage im Rahmen der faute nach Art. 1992 Cc.fr. In der Entscheidung des Trib.civ. Seine vom 15. 12. 1942<sup>120</sup> über bestimmte Verpflichtungen eines Vermieters wird Art. 1135 nur deklaratorisch neben Art. 1719 Z. 3 Cc. fr. erwähnt.

So bleiben Art. 1135 und die in ihm genannten usages unklar. Sind sie Auslegungskriterien, so gehen sie vollständig in den Art. 1159 und 1160 auf. Sind sie Normen, die Rechtswirkungen regeln, so führen sie zum Problem der coutume.

<sup>118</sup> HR v. 26. 6. 1908 = W 8729 und v. 7. 4. 1932 = NJ 1932, 1613.

<sup>119</sup> S. 1859, I, 28; ähnliche Fälle: App. Paris v. 19. 5. 1964 = Dr. marit. 1964, 682 ff. (685): branchenübliche Verpackung kein défaut d'emballage im Sinne von Art. 4 Z. 5 L. v. 2. 4. 1936 über die Seefracht; App. Bordeaux v. 11. 1. 1888 = S. 1891, II, 5: usage – gemäße Behandlung des Weines durch den dépositaire kein Verschulden im Rahmen des Art. 1627 Cc. fr.

<sup>120</sup> G. P. 1943, I, 110.

## II. Kapitel. Der italienische Codice Civile

### § 1. Einführung

24. Die Verfasser des Cc.it. von 1942 haben versucht, die aus dem Cc.fr. sich ergebenden Schwierigkeiten zu vermeiden. In den Grundzügen entsprechen zwar die Vorschriften des Cc.it. dem französischen Vorbild. Auch hier wird im vierten Buch in den Art. 1340, 1368 und 1374 an drei Stellen, die nach der ebenfalls 1942 erfolgten Abschaffung eines besonderen Ccomm. zugleich für handelsrechtliche Verträge gelten, generell auf *clausola d'uso, pratica generale* und *uso* verwiesen. Aber bei den Einzelheiten endet die Übereinstimmung mit der französischen Vorlage.

Nach Art. 1340 Cc.it. sind gebräuchliche Klauseln als Bestandteile des Vertrages anzusehen, es sei denn, die Parteien haben sie nicht gewollt. Die Vorschrift wurde aus Art. 1135 des Cc.it. von 1865 entwickelt, der noch Art. 1160 Cc.fr. entsprach, also *clausole d'uso* verwendete, wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart waren. Der Gesetzgeber ordnete außerdem Art. 1340 Cc.it. nicht mehr der Vertragsauslegung, sondern dem Kapitel über die Erfordernisse des Vertragsabschlusses zu.

Art. 1368 Cc.it. ersetzt ebenfalls mit Abweichungen die in Art. 1134 des Cc.it. von 1865 enthaltene Regel. Die Vorschrift befaßt sich mit den undeutlich erklärten Vertragsklauseln und ordnet ihre Auslegung entsprechend der allgemeinen Übung am Ort des Vertragsschlusses an. Der früheren Fassung wurde aber ein zweiter Absatz hinzugefügt: Ist an Verträgen ein Unternehmer beteiligt, so soll die am Unternehmenssitz herrschende allgemeine Übung maßgeblich sein.

In Art. 1374 Cc.it. wurde schließlich der frühere Art. 1124 neugefaßt. Die Gebräuche, *usi*, bestimmen danach die den Vertragsparteien auferlegten Rechtswirkungen, jedoch ausdrücklich nur „in mancanza della legge“.

Außerhalb des Schuldvertragsrechts regeln Art. 1 und 8 Disp. prel. das allgemeine Verhältnis von Gesetz und *uso* zueinander. Die Vorschriften beeinflussen daher maßgeblich die Auseinandersetzungen im Schuldvertragsrecht. Art. 1 Ziff. 4 Disp.prel. bezeichnet den *uso* als Rechtsquelle vierten Grades nach Gesetzen, Verordnungen und verbandsrechtlichen Bestimmungen. Da letztere 1944 außer Kraft gesetzt wurden, ist der *uso* seither im bürgerlichen und Handelsrecht Rechtsquelle dritten Grades. Art. 8 Disp.prel. legt in Abs. 1<sup>1</sup> das Verhältnis zwischen Gesetz, Verordnung und *uso* dahingehend fest, daß auf den gesetzlich oder verordnungsmäßig geregelten Gebieten der *uso* nur bei ausdrücklicher Verweisung wirksame Rechtsquelle ist.

---

<sup>1</sup> Abs. 2 ist seit Beseitigung des Verbandsrechts als Rechtsquelle gegenstandslos.

25. Schon unmittelbar nach Inkrafttreten des Cc.it. und der Disp.prel. erhob sich ein bis heute fortdauernder Streit über die Bedeutung und das Zusammenwirken dieser Vorschriften. Die dabei für Verkehrssitten und Gewohnheiten verwendeten Begriffe entfernen sich häufig von der Sprache des Gesetzes,<sup>2</sup> so daß eine Verständigung erschwert wird. Da die unterschiedlichen Formulierungen in der Regel auf sprachlichen Eigenheiten der Autoren beruhen, kann auf sie verzichtet und entsprechend der Praxis des ersten Kapitels an der Gesetzessprache festgehalten werden. Nur zur Bezeichnung Gewohnheit als Rechtsquelle wird der Begriff *uso normativo* bzw. *consuetudine* verwendet.

26. Wie im französischen Recht ist im Cc.it. das Verhältnis zwischen Brauch und Gesetz ungeklärt. Aber dieses Problem, jetzt in Art. 1340 und 1374 erscheinend, ist schärfer umrissen, weil Art. 1 und 4 Disp.prel. den Rechtsquellenwert des *uso* festlegen und weil die *clausola d'uso* vom Parteiwillen unabhängig geworden ist. Daraus ergibt sich nach erstem Anschein, daß die Verweisung des Art. 1374 Cc.it. Art. 4 Disp.prel. konkretisiert. Im gesetzlich geregelten Vertragsrecht wird so der *uso* in eine Rechtsquelle dritten Grades verwandelt, die zu beachten ist, wenn einschlägige Vorschriften fehlen. Die *clausola d'uso* ist hingegen „*requisito del contratto*“, sie wird über Art. 1340 Cc.it. zum Vertragsbestandteil, geht also kraft Gesetzes dem dispositiven Recht vor. Schwierig ist es bei alledem jedoch, *uso* und *clausola d'uso* tatbestandsmäßig abzugrenzen. Daraus ergibt sich, daß mit geänderten Vorzeichen die vom französischen Recht bekannten Schwierigkeiten wieder auftreten.

Indessen ist nicht nur das Verhältnis von Art. 1374 zu 1340 Cc.it. fragwürdig. Die Herausnahme des Art. 1340 aus dem Kapitel über die Vertragsauslegung läßt auch sein Verhältnis zu Art. 1368 zwielfichtig werden. Der Cc.it. schreibt nicht vor, daß Vertragserklärungen stets ausdrücklich in Wort und Schrift erfolgen müssen. Das im Cc.fr. relativ strenge Gebot der Beweisform ist in Art. 2721 Abs. 2 Cc.it. praktisch entschärft, so daß ohne Rücksicht auf den Vertragswert konkludente Vertragsabschlüsse möglich sind. Gerade bei konkludent abgeschlossenen Verträgen wird aber nach den Erfahrungen des französischen Rechts die Trennlinie zwischen Auslegung und Ergänzung und damit zwischen Art. 1368 und 1340 Cc.it. schwierig.

27. In der italienischen Lehre sind zwei Strömungen zu erkennen, die sich bereits im Ansatz der Fragestellung unterscheiden. Die einen gehen von der allgemeinen Frage nach der Stellung des Brauches im Recht aus, die anderen argumentieren streng auf der Grundlage des geltenden italienischen Gesetzbuches. Anknüpfungspunkt für die erstgenannte Richtung ist die Idee, daß auch dann,

---

<sup>2</sup> BALOSSINI, *Consuetudini* S. 23 ff., hat die verschiedenen Formulierungen zusammengefaßt.

wenn auf *Bräuche zu Interpretationszwecken*<sup>3</sup> oder zur *Vertragsergänzung*<sup>4</sup> verwiesen wird, *usi normativi* gemeint sind.

Nun wird parallel zum französischen Recht das Thema des *uso normativo* häufig als ein allgemeines Rechtsquellenproblem angesehen,<sup>5</sup> etwa bei FRANCESCHELLI und DEL VECCHIO, und wie dort ohne Rücksicht auf das positive italienische Recht behandelt.

FRANCESCHELLI<sup>6</sup> beurteilt das Vorhandensein eines *uso normativo* nach der Legitimität der in ihm Ausdruck findenden Interessen, von denen der Richter festzustellen hat, ob sie Rechtsnormwert besitzen. Er begründet aber weder die Befugnis des Richters, noch nennt er positiv-rechtlich festgelegte Maßstäbe, die dieser zu beachten hat. Offenbar soll diese Tätigkeit mit dem Richteramt naturgemäß verbunden und von der Stellung des Richters in einer bestimmten Rechtsordnung unabhängig sein.

Nach DEL VECCHIO<sup>7</sup> ist die rechtsnormative Kraft der Gebräuche von der positiven Rechtsordnung unabhängig. Sie leitet sich vielmehr von sozialen Kräften ab, die sich gegenseitig beeinflussen und auf die das staatliche Gesetz keinen Einfluß hat.<sup>8</sup>

Die überpositive Begründung des Normwertes der Gebräuche hat zur Folge, daß das Verhältnis der Art. 1340, 1368 und 1374 Cc.it. zueinander und die sich aus ihnen ergebende Funktion der Gebräuche dunkel bleibt. Dies gilt insbesondere, wenn ihr normativer Gehalt zugleich nach dem Codice und kategorialen Kriterien der allgemeinen Rechtsquellenlehre festgelegt wird.<sup>9</sup> Diese Tendenz ist auch in der Rechtsprechung verschiedentlich anzutreffen.<sup>10</sup>

Da obendrein einige Autoren noch differenzieren und z. B. die *pratiche* des Art. 1368 Cc.it. als bloß tatsächliche Hilfsmittel, hingegen *clause d'uso* und *usi* der Art. 1340 und 1374 Cc.it. als Normen gelten lassen, wird die Rechtslage sehr unübersichtlich. So nimmt z. B. BARBERO die verschiedenen, den Gebräuchen kraft Gesetzes zugewiesenen Funktionen zum Anlaß einer abstrakten Dreiteilung

<sup>3</sup> In der Literatur vor allem MOSSA, *Trattato* Bd. I, S. 122 ff.; Cass. it. v. 10. 12. 1925 Nr. 3345 = *Sett. cass.* 1926, 20.

<sup>4</sup> Vgl. etwa Cass. it. v. 15. 4. 1930 = *Foro it.* 1931, I, 1, 1161; v. 30. 10. 1959 Nr. 3177 = *Foro. it. rep.* 1959, obbl. Nr. 83; App. Trieste v. 31. 5. 1952 = *Foro pad.* 1952, I, 973, 975 ff.

<sup>5</sup> Dagegen in neuerer Zeit PAVONE LA ROSA, der einen tatbestandsmäßigen Unterschied zwischen Praktiken und Gewohnheitsrecht ablehnt, weil es sich beim Thema der Gebräuche um ein positivrechtliches Funktionsproblem handle. *Encicl. dir.* Bd. IX, *Consuetudine* Ziff. f § 5; ders. *Polizza di carico* S. 160; ähnl. GHIRON, *D'Amelio-Finzi*, Bd. I zu Art. 1368.

<sup>6</sup> *Noviss. dig. it.* Bd. IV, S. 323 f., *Consuetudine* Z. 7.

<sup>7</sup> *Lezioni* S. 259 ff.

<sup>8</sup> aaO S. 258.

<sup>9</sup> vgl. MORI-CHECCUCCI S. 10 ff., der diese Verteilung des Problems auf verschiedene Ebenen kritisiert. Typisch für die Zweiteilung PERGOLESI, *Fonti* S. 79 f. einerseits, S. 83 f. andererseits oder AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *Dir. civ.* Bd. I, S. 31.

<sup>10</sup> z. B. Cass. it. v. 28. 8. 1946 Nr. 1271 = *Foro it. rep.* 1946, 258 *consuetudine* Nr. 1;

des Normwertes der Gebräuche. Weil das Gesetz sie zur Vertragsauslegung, Vertragsergänzung und Bestimmung von Rechtswirkungen heranzieht, liegen nach ihm drei verschiedene Stadien von Gebräuchen vor: eine Gruppe, die durch „mancanza assoluta di efficacia normativa“ gekennzeichnet ist; eine zweite schon höher entwickelte „con efficienza degli usi d'affari“; eine dritte, die den Grad der „consuetudine“ erreicht hat.<sup>11</sup> Vertragsrechtliche Argumente und allgemeine Rechtsquellenlehre gehen hier ineinander über.

28. Neben der Verlagerung des Themas in die allgemeine Rechtsquellenlehre findet jedoch auch eine sehr lebhafte zivilrechtliche Diskussion statt und hier geht die italienische Dogmatik weit über die französische hinaus. Unter den positivrechtlichen Theorien sind wieder zwei Richtungen zu erkennen. Eine Gruppe von Autoren betont die *Struktur der* von Art. 1340, 1368 und 1374 Cc.it. berufenen *Bräuche* und sucht von hier aus ihre Anwendungsvoraussetzungen und Grenzen zu bestimmen. So meint etwa BALOSSINI,<sup>12</sup> daß die in Verträgen häufig verwendete Klausel „Cif“ eine übliche Technik der Vertragsabfassung, also eine pratica generale ist, die im Rahmen von Art. 1368 Cc.it. herangezogen werden kann. Er verneint dagegen, daß sie eine übliche Vertragsklausel oder ein uso ist, die über Art. 1340 Cc.it. vertragsergänzende Bedeutung erlangt, bzw. über Art. 1374 Cc.it. Rechtswirkungen eines Vertrages bestimmt.

Die zweite Autorengruppe sieht dagegen das Problem nicht in strukturellen Besonderheiten sondern in den unterschiedlichen *Aufgaben, die das Gesetz dem Brauch zuweist*. Kennzeichnend sind dafür die Ausführungen von PAVONE LA ROSA. Wenn, um BALOSSINI'S Beispiel aufzugreifen, die Cif-Klausel sich zu einer allgemeinen Vertragsübung entwickelt hat, so entscheidet nach PAVONE LA ROSA über ihre ergänzende, auslegende oder Rechtswirkungen bestimmende Rolle die jeweilige Anwendbarkeit von Art. 1368, 1340 oder 1374 Cc.it. Ist in einem Vertrag eine entsprechende Vereinbarung enthalten, so kommt die Klausel „Cif“ nur noch im Rahmen des Art. 1368 Cc.it. zur Anwendung. Fehlt hingegen eine Parteivereinbarung, so ist die Klausel auch zur Vertragsergänzung geeignet, vorausgesetzt, daß ein Ergänzungsbedürfnis vorliegt.<sup>13</sup>

Schwierigkeiten bereitet in beiden Fällen allerdings, daß in der italienischen Lehre unterschiedliche Vorstellungen über die Grenzen der auslegenden Tätigkeit bestehen. Für die einen beschränkt sich Auslegung auf die Klärung eines wenigstens andeutungsweise feststellbaren Erklärungsstatbestands.<sup>14</sup> Andere spannen den Bereich der Auslegung weiter und rechnen auch die Vertragsausfüllung nach dem „ambiente sociale“ dazu.<sup>15</sup>

---

Trib. mil. terr. Roma v. 20. 7. 1948 = Foro it. 1949, II, 160 ff.; ganz besonders deutlich Trib. Firenze v. 16. 4. 1949 = Foro it. 1959, I, 1582 ff. (1597).

<sup>11</sup> BARBERO, Contratto-tipo S. 214.

<sup>12</sup> BALOSSINI, Consuetudini S. 211.

<sup>13</sup> Encicl. dir. Bd. IX consuetudine Ziff. f. Nr. 5 und 7.

<sup>14</sup> Z. B. BETTI, Negozio giuridico S. 82 ff., 350.

<sup>15</sup> Z. B. MESSINEO, Encicl. dir. Bd. IX contratto (dir. priv.) Nr. 94 BE.

29. Die Mehrschichtigkeit des Themas, die sich aus der uneinheitlichen Beurteilung von Normwert, Struktur und Aufgabe der *pratiche*, *clausole* oder *usi* ergibt, kann nach dem heutigen Streitstand zu dem Ergebnis führen, daß zwei Autoren mit übereinstimmend verwendeten Begriffen vollständig abweichende Vorstellungen verbinden. Umgekehrt ist es nicht selten, daß trotz abweichender Vorstellungen das gleiche Ergebnis erzielt wird. Beispielsweise ist für GENOVESE jede Objektivierung der Parteierklärung mit Hilfe von allgemeinen Gebräuchen Rechtsanwendung.<sup>16</sup> Nur weil dem Brauch die Kraft einer Rechtsnorm zukommt, soll er befähigt sein, einer Erklärung einen allgemein verständlichen Sinn zu geben. Es ist aber nicht erkennbar, daß GENOVESE für die Entstehung eines *uso normativo* ein im Volk vorhandenes Bewußtsein seiner rechtlichen Verbindlichkeit verlangt. Andere Autoren, etwa OPPO,<sup>17</sup> sehen in den zur Auslegung heranzuziehenden Gebräuchen keine Rechtsnormen, verlangen aber für diese das Bestehen einer allgemeinen Rechtsüberzeugung. So entstehen zahlreiche Mißverständnisse, die bis heute nicht ausgeräumt sind und die Rechtslage unklar gestalten.

## § 2. Auslegung unklarer Vertragsklauseln nach *pratiche generali*

30. Trotz der einfach gehaltenen Formel des Art. 1368, „*le clausole ambigue s'interpretano secondo cio che si pratica generalmente*“, ist die der *pratica generale* zugewiesene *Aufgabe* nicht abschließend geklärt. Zwar gehen Lehre und Rechtsprechung<sup>18</sup> meist stillschweigend davon aus, daß die *pratiche* nur zur *Auslegung unklarer*, dennoch aber ausdrücklich geäußelter, *Vertragsklauseln* verwendet werden dürfen.<sup>19</sup> Unbestritten ist diese Auffassung jedoch nicht.

Art. 1134 des alten Cc.it. sprach statt von Auslegung einer „*clausola ambigua*“ von einem „*patto ambiguo*“. Daher ist angenommen worden, daß die neue Fassung des Art. 1368 lediglich eine redaktionelle Änderung darstellt und *clausola* weiterhin als *patto* zu deuten sei.<sup>20</sup> So verstanden könnte Art. 1368 auch *Vertragsergänzungen* decken, die sich aus dem Sinnzusammenhang des Vertrages ergeben. Indessen erscheint es zweifelhaft, ob der Hinweis auf den früheren Art. 1134 eine sachliche Aussage enthält, oder darin mehr die in der italienischen Literatur gelegentlich anzutreffende Überbewertung der Begriffe mitklingt. Fest steht, daß „*patto*“ im alten Recht mitunter statt „*clausola*“ verwendet wurde.<sup>21</sup>

Der Anwendungsbereich des Art. 1368 wird über die ausdrücklich geäußerten

---

<sup>16</sup> Riv. trim. dir. proc. civ. 1950, 373.

<sup>17</sup> OPPO S. 81 ff.

<sup>18</sup> Typische Beispiele aus der zahllosen Rechtsprechung sind: App. Firenze v. 18. 12. 1909 = Foro it. 1910, I, 763 ff. und App. Trento v. 26. 7. 1955 = Giur. it. rep. gen. ann. 1956, I, 685.

<sup>19</sup> Ausdrücklich DOSSETTO, Noviss. dig. it. Bd. III, *clausola d'uso* Nr. 3.

<sup>20</sup> GRASSETTI, Encicl. dir. Bd. VII, S. 185, 3.

<sup>21</sup> BOLAFFIO, Ccomm. Bd. I, Ziff. 14 zu Art. 1/2 S. 91.

Klauseln hinaus jedoch noch aus anderen Gründen ausgedehnt. Nach BETTI<sup>22</sup> verweist Art. 1368 Cc.it. auf die *pratica generale* zur Behebung von Ungewißheiten und scheinbaren Lücken, die sich aus der Gesamtkonzeption aller Vertragsklauseln ergeben. Statt eines Rückgriffs auf das frühere Gesetzbuch knüpft er an Art. 1363 Cc.it. an. Unklare Klauseln sind danach durch die übrigen Vertragsbestimmungen auszulegen. Es kann deshalb der Fall eintreten, daß eine im Sinn einer *pratica generale* ausgelegte Klausel auf andere ebenfalls unklare Klauseln zurückwirkt. Es kann sogar geschehen, daß ein bestimmtes Parteiverhalten erst als konkludente Vertragsklausel sichtbar wird, nachdem zunächst eine andere ausdrückliche Klausel im Sinne einer *pratica generale* gedeutet ist. Die offene Formulierung BETTIS erlaubt eine endgültige Feststellung nicht, ob seine Ausführungen in diesem Sinn zu verstehen sind. Da er sich zur Begründung seiner Meinung auf eine mit Art. 1340 Cc.it. begründete Entscheidung der Corte di Cassazione vom 11. 3. 1948<sup>23</sup> beruft, will er aber offenbar die Funktion beider Artikel zusammenfassen und Art. 1368 einen weiten Anwendungsbereich eröffnen.

Obwohl es naheliegt, neben stillschweigend zu ergänzenden Vertragselementen auch bloßes *Schweigen* in den Wirkungsbereich des Art. 1368 Cc.it. einzubeziehen, verhält sich hier die italienische Literatur im Gegensatz zur französischen zurückhaltend.<sup>24</sup> Zwar wird allgemein angenommen, daß Art. 1368 Cc.it. nicht nur die Auslegung ausdrücklicher, sondern auch konkludent abgeschlossener Verträge betrifft. Der Begriff des konkludenten Vertragsabschlusses wird aber enger als im französischen Recht gefaßt. BARBERO läßt Schweigen als Willenserklärung und damit als mögliches Auslegungsobjekt praktisch nicht gelten, sondern verlangt ein positives Sich-Verhalten.<sup>25</sup> BETTI<sup>26</sup> erklärt, daß es sich nicht darum handelt, das Fehlen einer auslegungsfähigen Willensmanifestation in eine Erklärung umzudeuten. Vielmehr sei zu prüfen, ob der Schweigende derart zum Reden verpflichtet war, daß ihm die Nichtäußerung als Erklärung zugerechnet werden kann. Art. 1368 Cc.it. wird in diesem Zusammenhang nicht einmal erwähnt. Die übrige Literatur<sup>27</sup> und die Rechtsprechung<sup>28</sup> folgen ihm darin.

<sup>22</sup> *Negozio giuridico* S. 349; *Interpretazione* S. 299, 301 f.; ähnlich CATAUDELLA S. 117; SCOGNAMIGLIO S. 181.

<sup>23</sup> Nr. 372 = *Foro it. rep.* 1948, 938 Nr. 189.

<sup>24</sup> Einige ältere Entscheidungen zitiert bei BETTI, *Negozio giuridico* S. 142 Fußn. 10 stehen noch unter französischem Einfluß. Von Auslegung des Schweigens spricht sehr zurückhaltend BARASSI, *Obbligazioni* Bd. II, S. 118.

<sup>25</sup> *Sistema* Bd. I, S. 358.

<sup>26</sup> *Negozio giuridico* S. 141 f.

<sup>27</sup> DE MARTINI, *Foro it.* 1950, I, 582 f.; TORRENTE, *Manuale* S. 129; GRECO, *Arch. ric. giur.* 1962, III, 78 und MESSINEO, *Manuale* Bd. I, S. 482 bezeichnen diese Zurechnung als *interpretazione*, stehen aber sachlich im Lager der h. L.

<sup>28</sup> *App. Bologna* v. 13. 4. 1950 = *Foro it.* 1950, I, 582; *Cass. it.* v. 6. 6. 1947 Nr. 858 = *Foro it. rep.* 1947 obbl. 74; v. 18. 1. 1949 Nr. 50 = *Foro it. rep.* 1949 obbl. 85; v. 3. 3. 1961 Nr. 448 = *Foro it. rep.* 1961 obbl. 131; *App. Firenze* v. 6. 2. 1961 = *Giur. tosc.* 1961, 293.

31. Im Vordergrund der Diskussion des Art. 1368 Cc.it. steht die Frage, womit die Anwendung der *pratiche generali* begründet werden kann und wie sie danach beschaffen sein müssen. Dabei fällt auf, daß die Differenzen fast ausschließlich in der Literatur ausgetragen werden.<sup>29</sup> Die Gerichte beschränken sich meist darauf, Gutachten von Experten oder Handelskammern und Auszüge aus den im öffentlichen Auftrag erstellten Sammlungen einzuholen, deren Ergebnisse in der Regel unbesehen übernommen werden. Das Thema der Beschaffenheit und des Inhalts der *pratica generale* wird so bereits im prozessualen Vorfeld entschieden. In den Urteilen selbst werden sie allenfalls beiläufig erwähnt, soweit davon bestimmte Einzelfragen abhängen: etwa der Einfluß eines Irrtums der Parteien, die Voraussetzungen, um eine *pratica* auszuschließen, die prozessuale Behandlung und Ähnliches.

Auch hinsichtlich des Anwendungsgrundes werden allgemeingültige dogmatische Aussagen meist vermieden. Soweit sie vorhanden sind, zeigen sie, daß die Judikatur nicht einheitlich ist. So geht die Entscheidung der Corte di Cassazione vom 8. 2. 1937<sup>30</sup> von einer *Willensvermutung* der Parteien aus. Eine andere Entscheidung vom 4. 8. 1948<sup>31</sup> spricht von einer gesetzlich angeordneten *Willensobjektivierung*. Ein Urteil vom 22. 8. 1953<sup>32</sup> stützt sie auf das *Gutgläubensprinzip*, während offenbar eine Entscheidung vom 10. 12. 1925<sup>33</sup> die *pratica generale* als *uso normativo* bzw. *consuetudine* betrachtet.

32. Die Literatur hat der These, daß *pratica* und *consuetudine* identisch sind, mehrfach zugestimmt.<sup>34</sup> Dabei werden teilweise, so etwa bei MOSSA, beide Begriffe unbewußt vermengt. MESSINEO und GENOVESE hingegen setzen bewußt „*pratica generale*“ und „*pratica normativa*“ gleich. Jede tatsächliche regelmäßige Übung betrachten sie als Sollenregel, weil nur so die objektive nicht auf Ermittlung des Willens gerichtete Auslegung nach Art. 1368 Cc.it. gerechtfertigt ist.<sup>35</sup> Daneben wird jedoch von zahlreichen Autoren das Eingreifen der *pratiche generali* auch mit rein vertragsrechtlichen Argumenten begründet.

Zu erwähnen ist an erster Stelle BETTI, der Art. 1368 Cc.it. dem *buona fede* Prinzip unterordnet. Er leitet daraus ab, daß der Gesetzgeber die Interpretation

<sup>29</sup> Typisch für die Haltung der Rechtsprechung sind z. B. Cass. it. Nr. 3421 v. 19. 11. 1959 = Foro it. mass. 1959, 643 und Nr. 3267 v. 15. 10. 1958 = Giur. it. 1959, I, 1, 1365.

<sup>30</sup> Nr. 347 = Foro it. mass. 1937, 84.

<sup>31</sup> Nr. 1364 = Giur. compl. 1948, III Nr. 1636, S. 544 ff. (545).

<sup>32</sup> Nr. 2841 = Foro it. repl. 1953, 1607, obbl. 164.

<sup>33</sup> Nr. 3345 = Sett. cass. 1926, 20; App. Firenze v. 18. 12. 1909 = Foro it. 1910, I, 763 ff.

<sup>34</sup> GENOVESE, Riv. trim. dir. proc. civ. 1950, 373 ff.; Giur. it. 1959, I, 1, 1365; MESSINEO, Encicl. dir. Bd. IX contratto (dir. priv.) Nr. 98 J b; MOSSA, Trattato Bd. I, S. 124/122; MORI-CHECCUCCI S. 8 Fußn. 7; D'ANTONIO Giur. it. 1935, IV, 277 f.; DE LONGHI, Studi Ciapessoni S. 170; VANNI, Saggi S. 103; MONDINI, Monitore trib. 1940, 394.

<sup>35</sup> Ausdrücklich in diesem Sinn vor allem Mosco S. 34 ff.

von Verträgen dem Grundsatz des Vertrauens unterstellt. Die *pratiche* werden danach angewendet, weil jeder der Partner vom anderen ein *atteggiamento di lealtà e di chiarezza reciproca* verlangen könne.<sup>36</sup> Die Begründung typisierender Interpretation aus der *buona fede* hat bei BETTI zur Folge, daß er tatsächliche Übung und Anschauung nicht klar trennt. So betrachtet er die *pratiche generali* als einen „indice di un modo di vedere, nel quale si denuncia un apprezzamento sociale“.<sup>37</sup> Neben die *tatsächlichen Übungen* stellt BETTI *Werturteile*, deren Qualität nicht näher angegeben, sondern mit dem Begriff „sociale“ umschrieben wird. Da nach allgemeinem Sprachgebrauch unter sozialen Wertvorstellungen die in einer Gesellschaft lebendigen Verhaltensnormen verstanden werden, will BETTI offenbar auch ihnen auslegende Bedeutung als *pratica generale* beilegen.

In erster Linie hat sich OPPO dagegen gewendet, daß unter den Begriff der *pratica generale* unterschiedslos Übungen und Normen subsumiert werden.<sup>38</sup> *Pratiche* enthalten nur das geschäftsübliche Vokabular, mit dessen Hilfe die von den Vertragspartnern gewählten Formeln einen bestimmten Sinn erhalten. Irgendein Rechtsbefehl, der zum Wesen einer Rechtsvorschrift gehört, ist damit nicht verbunden. Die Üblichkeit einer regelmäßigen Technik sagt nichts darüber aus, ob sie gefordert wird oder gefordert werden kann.<sup>39</sup> Wenn übliches Verhalten interpretierend herangezogen wird, so soll nur eine Tatsache eine andere Tatsache, nämlich den Parteiwillen, klären.<sup>40</sup> Zwar wird damit der Parteiwille objektiviert. Der Grund dafür liegt aber allein im gesetzlich festgelegten Vertragsverständnis, das Dissensfälle vermeiden soll.<sup>41</sup>

Die These vom objektivierten Parteiwillen steht in unmittelbarer Nähe der Erklärungstheorie, auf die sich ausdrücklich GRASSETTI beruft.<sup>42</sup> Durch die Kombination subjektiver und objektiver Auslegungsmaßstäbe habe der Gesetzgeber Willenstheorie und Erklärungstheorie kombiniert. Letztere komme in Art. 1134 (heute 1368) zum Ausdruck: Die Vorschrift bezweckt nicht „attraverso la dichiarazione una volontà“ zu suchen, sondern den „valore della dichiarazione“ nach generellen Interpretationsmaßstäben zu klären.

Faßt man die bisher geschilderten Lehrmeinungen zusammen, so besteht Einigkeit darüber, daß *pratiche generali* allgemeingesellschaftliche Tatbestände sind. Die Unterschiede liegen darin, daß die Einen annehmen, es handle sich um Tatsachen oder bloße *Sozialnormen*, die im Rahmen des gesetzlichen Vertragsbildes angewendet werden, während die Anderen in ihnen *Rechtsnormen* sehen. Für die

<sup>36</sup> *Negoziio giuridico* S. 349. Ihm folgend SANTORO-PASSARELLI S. 229.

<sup>37</sup> *Negoziio giuridico* S. 349 f.; ähnl. auch MIRABELLI, *Contratti* S. 213, Anm. 6 zu Art. 1362–1371 Cc. it.

<sup>38</sup> OPPO, S. 79.

<sup>39</sup> BALOSSINI, *Consuetudini* S. 204 f.; *Accertamento* S. 49 ff.; OSTI, *Noviss. dig. it.* Bd. IV, *contratti* Nr. 65, S. 523.

<sup>40</sup> COVIELLO, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1963, 525.

<sup>41</sup> OPPO S. 72, 74.

<sup>42</sup> *Interpretazione* S. 110 ff., besonders S. 115; in diesem Sinne auch MESSINA S. 12.

Letzteren gerät das Thema wieder auf die Ebene der allgemeinen Rechtsquellenlehre, was schon für den französischen Bereich vermerkt wurde. Indessen ist damit das Thema des Art. 1368 Cc.it. noch nicht abgeschlossen. Neben den objektiven Theorien werden vielmehr vereinzelt auch willens-theoretische Argumente verwendet.

Nach AZZARITI<sup>43</sup> dient Art. 1368 Cc.it. der Auslegung des Parteiwillens. Die Anwendung der Gebräuche hängt demnach von einem wenigstens *unklar vorhandenen Willen* ab. Es ist folglich gleichgültig, ob es sich um verkehrsbliche pratische handelt. Auch die von den Parteien bei ständigen Geschäftsbeziehungen beobachteten individuellen Gepflogenheiten sind dazu geeignet und können im Rahmen von Art. 1368 Cc.it. herangezogen werden.

### § 3. Vertragsverpflichtungen kraft *usi*

33. Nach herrschender Lehre soll Art. 1374 Cc.it. dem *uso* die Aufgabe zuweisen, *Rechtswirkungen* eines Vertrages zu bestimmen. Der *uso* hat hier keine Auslegungs- sondern Rechtsfolgenfunktion.<sup>43a</sup> Die Fundstellen beschränken sich dabei regelmäßig auf ein Zitat des Gesetzwortlautes: Ein Vertrag verpflichtet „a tutte le conseguenze che ne derivano secondo gli *usi*“. Genauere Stellungnahmen sind äußerst selten und finden sich erst in neuerer Zeit. In der Praxis fällt vor allem eine Entscheidung der Corte di Cassazione vom 11. 6. 1965<sup>44</sup> auf. Nach diesem Urteil bewirkt Art. 1374 nicht nur Rechtswirkungen, sondern hat auch „valore per la determinazione del contenuto del contratto“. Die Entscheidung stellt den *uso* des Art. 1374 unmittelbar auf eine Stufe neben Art. 1368 und 1340 Cc.it. Wenn sie damit das Verhältnis der Vorschriften zueinander auch nicht klärt, so hebt sie doch die dogmatischen Schwierigkeiten deutlicher hervor. Es ist heute noch nicht abzusehen, ob die Dogmatik daraus weitere Konsequenzen zieht. Bemerkenswert ist aber, daß in einer neueren Arbeit gerade das herkömmlich unreflektierte Wiederholen des Gesetzestextes zum Ausgangspunkt der Kritik an der herrschenden Lehre gemacht wird. So sieht FERRI in der fehlenden Analyse der Funktion des *uso* den Grund für die Erfolglosigkeit aller bisherigen Bemühungen die Art. 1340, 1368 und 1374 Cc.it. genauer zu erfassen.<sup>45</sup>

Auszugehen ist nach FERRI von Art. 1322 Cc.it. Diese Vorschrift räumt den Rechtsgenossen die Befugnis ein, ihre wirtschaftlichen Interessen selbständig zu regeln. Dabei bedürfen sie aber einer Mitwirkung der Rechtsordnung, denn nur sie kann den Vereinbarungen juristische Relevanz verleihen. Nur so wird aus dem

<sup>43</sup> AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI Bd. I, S. 75 f.; nicht ganz eindeutig BARBERO, Sistema Bd. I, S. 73 f.; GHIRON in D'Amelio-Finzi Bd. I, Anm. 1 zu Art. 1368 (gegebenenfalls mit Hilfe von Vermutungen); VERGA S. 252 f.

<sup>43a</sup> So neuerdings wieder ZICCARDI, Riv. dir. proc. civ. 1969, 170, 113.

<sup>44</sup> Nr. 1189 = Giust. civ. 1965, I, 1544 ff. (besonders 1545).

<sup>45</sup> Causa S. 264 f., 282 ff.

„assetto di interessi“ ein „fenomeno giuridico“. Die Rechtsordnung wirkt nun in verschiedenen Phasen auf die Verträge ein. Die eigentliche Aufgabe der Dogmatik ist deshalb darauf gerichtet, die Phasen zu bestimmen, in denen die von 1340, 1368 und 1374 Cc.it. berufenen sozialen Verhaltenstypen wirken.

FERRI selbst beschränkt sich im Wesentlichen auf Art. 1374 Cc.it. Die Vorschrift setzt voraus, daß das beabsichtigte wirtschaftliche Unternehmen im Sinne eines abstrakten Schemas der Rechtsordnung, also etwa eines Kaufvertrages, bereits geregelt ist. Bei Art. 1374 kann es sich folglich nicht darum handeln, die *operazione economica* zu ergänzen. Damit ist die Bedeutung des *uso* zunächst negativ abgegrenzt. Weiter stellt nun aber die Rechtsordnung bei den benannten Verträgen eine vorgefertigte „*struttura-mezzo*“ zur Verfügung. Bei den unbenannten Verträgen obliegt es in erster Linie den Parteien sie zu bestimmen. Haben die Parteien eine Vereinbarung nicht erzielt, so muß die hinsichtlich der *struttura-mezzo* bestehende Lücke der „*formula negoziale*“ geschlossen werden. Ausschließlich die Ausfüllung einer Strukturücke fällt daher dem *uso* nach Art. 1374 Cc.it. zu.<sup>46</sup>

FERRI greift in seiner Schrift einen Gedanken auf, der beiläufig in einem Urteil der Corte di Cassazione Torino vom 29. 3. 1882 erscheint: Die in Art. 1124 Cc.it. von 1865 genannten Gebräuche können nicht „*cose sostanziali del contratto*“ ersetzen, sondern nur die sich aus ihnen ergebenden „*corollari*“ ordnen.<sup>47</sup> In der späteren Judikatur ging diese Unterscheidung verloren. Erst im Judikat der Corte di Cassazione vom 27. 11. 1963<sup>48</sup> kam sie wieder zum Ausdruck. Ohne genauere Begründung stellt das Gericht fest, daß Art. 1374 nur eingreift, wenn die „*elementi essenziali*“ eines Vertrages in Parteivereinbarungen festliegen. Während aber beide Entscheidungen sich scheinbar an altes naturrechtliches Gedankengut anlehnen, ist davon bei FERRI nichts mehr zu finden. Er will mit der Ergänzung nach Art. 1374 nur einem ökonomischen Vorgang noch die passende juristische Konstruktion geben.

34. Parallel zu der These, daß Art. 1374 Cc.it. die Rechtswirkungen von Verträgen ordnet, wird behauptet, daß der *uso* ein *normativer Brauch* sei: *uso* und *consuetudine* werden gleichgesetzt.<sup>49</sup>

Gegen die herrschende Lehre vom *uso normativo* hat sich vor allem ROCCO<sup>50</sup> ausgesprochen. In Zusammenhang mit Art. 1 des früheren Ccomm.it. stellt er fest, daß die in gesetzlichen Vorschriften für beachtlich erklärten Gebräuche keine Rechtsnormen darstellen. Das Gesetz verwende sie lediglich „*come con-*

<sup>46</sup> Causa S. 290 ff. (294 f.).

<sup>47</sup> Giur. it. 1882, I, 1, 632 f.

<sup>48</sup> Nr. 3044 = *Monitore trib.* 1964, 219, 749 f.

<sup>49</sup> Z. B. BETTI, *Negozio giuridico* S. 350; GIORDANO, *Contratti* S. 161; Cass. it. v. 22. 4. 1947 Nr. 602 = *Giur. compl.* 1947, 823; ZICCARDI, *Riv. dir. proc. civ.* 1969, 168 ff.

<sup>50</sup> ROCCO, *Principii* S. 137, 140, 149 und *Dir. comm.* S. 136; ebenso LA LUMIA, *Riv. dir. comm.* 1912, II, 601; ohne Begründung BARASSI, *Dir. lav.* Bd. I, S. 221 f., 224 f. und FERRI, *causa* S. 283.

tenuto di una norma legislativa“. Sie sind Elemente eines offenen gesetzlichen Tatbestandes, denen das Gesetz selbst rechtsverbindliche Wirkungen beilegt. Nennenswerten Widerhall fand ROCCO jedoch nicht.<sup>51</sup>

35. Unter den neueren Autoren versucht BALOSSINI<sup>52</sup> den Typ des normativen *uso* zu kennzeichnen. Er meint, daß ein *uso* vorliegt, wenn *einseitige Rechtsakte* ständig allenthalben mit der Zustimmung der Betroffenen wiederholt werden. Sie müssen außerdem als Rechtsakte zulässig und erlaubt sein. Auch diese Ausführungen sind bisher ohne weitere Reaktion geblieben.

Vor allem darf BALOSSINI'S *uso giuridico unilaterale* nicht mit CARNELUTTIS<sup>53</sup> Theorie der *consuetudine* als „fatto giuridico unilaterale“ verwechselt werden. Ein *fatto giuridico*, eine Rechtstatsache, ist nach CARNELUTTI eine Tatsache, die Rechtswirkungen auslöst: „Als Rechtstatsache wird eine Veränderung einer Rechtslage bezeichnet, anders gesagt eine materielle Tatsache, an die sich die Änderung einer Rechtslage anschließt.“<sup>54</sup> Rechtsändernde Wirkung können nach CARNELUTTI einseitige und mehrseitige Rechtstatsachen haben. Er versäumt jedoch, diese Begriffe zu definieren und beschränkt sich auf die Aufzählung von Beispielen und Allegorien. Die einseitige Rechtstatsache der *consuetudine* charakterisiert er beispielsweise als „Geburt des Rechts aus dem Nichtrecht“. Immerhin läßt sich entnehmen, daß mehrseitige Rechtstatsachen menschliche Verhaltensweisen meinen, die eine Rechtsordnung bereits rechtlich erfaßt hat. Wenn ein Dieb dem Eigentümer eine Sache entwendet, so liegen zwei aufeinander einwirkende rechtlich beachtliche Tatsachen vor: die Machtstellung des Eigentümers und der Eingriff in sie.<sup>55</sup> Bei den einseitigen Rechtstatsachen ist das nach CARNELUTTI nicht der Fall. Hier handelt es sich darum, daß aus einer rechtlich nicht qualifizierten Tatsache Recht wird.<sup>56</sup> Neben der Gewohnheit nennt CARNELUTTI Revolutionen. So erweist sich der *fatto giuridico unilaterale* als Umschreibung der alten Frage nach der Entstehung von unabgeleiteten Rechtsnormen aus der Macht der sozialen Verhältnisse. Eine unmittelbar positivrechtliche Antwort will CARNELUTTI damit offenbar nicht geben; es fehlt folglich auch jede Bezugnahme auf Art. 1374 Cc.it. der für BALOSSINI Ausgangspunkt seines bereits rechtlich qualifizierten Begriffes des *uso* ist.

<sup>51</sup> Vgl. GRASSO, *Nuovo dig. it.* Bd. XII parte 2 a S. 762; *usi mercantili* Nr. 4 ausdrücklich gegen ROCCO. Vgl. FORMIGGINI, *usi* S. 12.

<sup>52</sup> *Temi* 1959, 218; ders. *Consuetudini* S. 236; *Accertamento* S. 42; BALOSSINI will damit vor allem *uso* und *clausola d'uso* abgrenzen. Vgl. deshalb § 4.

<sup>53</sup> *Teoria* S. 204.

<sup>54</sup> aaO S. 200.

<sup>55</sup> aaO S. 206.

<sup>56</sup> aaO S. 204 f.

§ 4. Ergänzung vertraglicher Verpflichtung durch *clausole d'uso*I. Vertragsrechtliche Rolle der *clausole d'uso*

36. Weder der Rechtsprechung noch der Lehre ist es bisher gelungen, die Natur der *clausola d'uso* und ihre Funktion gegenüber der *pratica generale* des Art. 1368 und dem *uso* des Art. 1374 Cc.it. klar abzugrenzen.

Die Streitfragen betreffen zunächst die Auswirkungen, die Art. 1340 auf Verträge hat. Namentlich die ältere Literatur orientiert sich unter dem Einfluß des Art. 1135 Cc.it. von 1865 ganz an einer auf den *Parteiwillen* bezogenen Interpretation. *Clausole d'uso* werden zur *Vertragsergänzung nur als Beweismittel* für das Vorhandensein entsprechender Parteivorstellungen verwendet.<sup>57</sup> Die Rechtsprechung hat dabei bis in neuere Zeit durch stereotype Wiederholung, eine übliche Klausel sei „*tacite voluto*“, dem Übergang zu *Willensfiktionen* Vorschub geleistet. Zahllose Beispiele lassen erkennen, daß tatsächliche Vorstellungen der Parteien nicht gefordert werden.<sup>58</sup> Nicht der Nachweis, daß die Parteien eine *clausola d'uso* nicht bedacht haben, sondern der Beweis, daß sie ihre Heranziehung ausschließen wollten, wurde als maßgeblich erachtet. Der Übergang von bloßer Beweisrolle zur Willensfiktion ist freilich schon während der Geltung von Art. 1135 des alten Cc.it. fließend und zeitlich nicht bestimmbar. So läßt die Corte di Cassazione in einer Entscheidung vom 17. 7. 1948 den Beweis der Unkenntnis einer Partei über den Inhalt einer *clausola d'uso* als ausreichend zu, um ihre Heranziehung zu verhindern.<sup>59</sup> Eine andere Entscheidung aus dem gleichen Jahre neigt einer bloßen Willensfiktion zu und läßt sogar Ansätze einer weiteren Objektivierung erkennen.<sup>60</sup>

37. Das Schwanken der Judikatur veranlaßte die Lehre zwischen Auslegung und Ergänzung eines Vertrages eine endgültige Trennlinie zu ziehen. Für FRAGALI ist Art. 1340 ein Unterfall des Art. 1374<sup>61</sup>. Es handelt sich um heteronome Elemente, die dem Parteiwillen ohne weiteres hinzugefügt werden.<sup>62</sup> Besonders

<sup>57</sup> vgl. DE MARTINI-GIANNATTASIO Bd. IV, 2 Titel Nr. 147 besonders S. 121 unten; ähnl. GHIRON in D'Amelio-Finzi Bd. I zu Art. 1368; OSTI, Noviss. dig. it. Bd. IV, Contratto Nr. 71 S. 530; VIVANTE, Trattato Bd. I, S. 63; FERRARA, Trattato Bd. I, S. 142; ROCCO, Dir. comm. S. 136 f.; SCIALOJA, Saggi Bd. I, S. 279; TRABUCCHI S. 691; FRANCESCHELLI, Noviss. dig. it. Bd. IV, Consuetudine Ziff. f. Nr. 9; weitere Nachweise bei ASQUINI, Studi SCIALOJA S. 27 Fußn. 4; neuerdings wieder CATAUDELLA S. 157 ff.

<sup>58</sup> z. B. Cass. it. v. 15. 10. 1958 Nr. 3267 = Giur. it. 1959, I, 1, 1365; v. 19. 11. 1959 Nr. 3421 = Foro it. rep. 1959 Consuetudine Nr. 7; v. 15. 10. 1958 Nr. 3267 = Giur. it. 1959, I, 1, 1365.

<sup>59</sup> Nr. 1153 = Giur. compl. 1948, II, 3, 121; ebenso v. 17. 6. 1964 Nr. 1533 = Foro it. mass. 1964, 399 und v. 19. 1. 1965 Nr. 109 = Giust. civ. mass. 1965, 36.

<sup>60</sup> v. 11. 3. 1948 Nr. 372 = Foro it. rep. 1948, 938 obbl. Nr. 189; vgl. weiter Fußn. 64, 65.

<sup>61</sup> In D'Amelio-Finzi Bd. I zu Art. 1340; MORI-CHECCUCCI S. 8 Fußn. 7.

<sup>62</sup> GRASSETTI, Encicl. dir. Bd. VII, S. 186 Ziff. 4; ebenso BETTI, Negozio giuridico S. 82 f., 349; OPPO S. 85 ff., 94 ff.; SCOGNAMIGLIO S. 181; offenbar auch AZZARITI-

OPPO<sup>63</sup> wendet sich scharf gegen die Begründung der Wirksamkeit gebräuchlicher Klauseln durch eine Willensfiktion, weil sie dem Gesetz fremd und aus der Luft gegriffen ist. Die Berücksichtigung von Klauseln, die nicht dem Parteiwillen entstammen, könne nur gerechtfertigt werden, wenn sie normativ wirken sollen. In der Rechtsprechung ist diese Auffassung zunächst in einigen Entscheidungen mittlerer Instanzen zu Anfang der fünfziger Jahre vertreten worden.<sup>64</sup> Die Corte die Cassazione schloß sich ihnen vereinzelt an.<sup>65</sup> Sie liegt wohl auch den Entscheidungen zu Grunde, nach denen Art. 1340 Cc.it. gegenüber Art. 1374 nicht abzugrenzen ist, weil *Vertragsergänzung Regelung von Rechtswirkungen* darstellt.<sup>66</sup> Deutlich wird hier aber auch die dogmatische Unsicherheit der Praxis, denn es ist zu erinnern, daß andererseits die Corte di Cassazione Art. 1374 zur Auslegungsvorschrift erklärt<sup>67</sup>: Der Unterschied zwischen Bestimmung des Geschäftsinhalts und der Regelung von Rechtswirkungen scheint aufgehoben.

38. Neben den Theorien, die die Bedeutung der *clausola* einerseits in der Auslegung des Parteiwillens, andererseits in einer normativen Vertragsergänzung sehen, haben sich zahlreiche Zwischenmeinungen herausgebildet. Diese versuchen mit typisch vertragsrechtlichen Argumenten den *clausole d'uso* einen besonderen Platz zu bewahren.

GRASSETTI versucht mit geringem Erfolg auch die Vertragsergänzung durch *clausole d'uso* in der bereits geschilderten Form auf die *Erklärungstheorie* zu stützen. Weil die *clausole d'uso* eine mangelnde Erklärung gerade ersetzen sollen, muß er aber einräumen, daß man möglicherweise auch von Bestimmung der Rechtswirkungen sprechen kann.<sup>68</sup>

GIORDANO<sup>69</sup> greift auf den *Billigkeitsgrundsatz* zurück und erklärt, daß ein Vertrag nicht nur „prodotto della volontà delle parti“ ist. Der „ambiente sociale“ in dem er geschlossen wird, ist mindest ebenso bedeutsam und muß von der Rechtsordnung zur Kenntnis genommen werden. So beruht Art. 1340 Cc.it. auf

---

MARTINEZ-AZZARITI Bd. I, S. 75; BARBERO, *Contratto-tipo* S. 211 f.; MIRABELLI *Contratti*, Anm. zu Art. 1374 S. 230 und Anm. 4 zu Art. 1340 S. 90; DE LONGHI, *Studi Ciapessoni* S. 169; unklar CASELLA S. 113 ff.; dagegen auf S. 144 ein Rückfall in die Willensfiktion. Vgl. neuerdings zur normativen Theorie ZICCARDI, *Riv. dir. proc. civ.* 1969, 168 ff.

<sup>63</sup> s. vorige Fußn.

<sup>64</sup> Z. B. App. Trieste v. 31. 5. 1952 = *Foro pad.* 1952, I, 973, 975 ff.; App. Firenze v. 19. 1. 1951 = *Banca, borsa* 1951, II, 175; Trib. Milano v. 21. 3. 1945 = *Foro pad.* 1946, I, 97 ff. (100).

<sup>65</sup> v. 30. 3. 1955 Nr. 934 = *Giust. civ.* 1956, I, 1146 ff. (1150) indirekt; v. 30. 10. 1959 Nr. 3177 = *Foro it. rep.* 1959, obbl. Nr. 83; v. 8. 5. 1965 Nr. 864 = *Foro it. mass.* 1965, 254; generell zur Vertragsergänzung v. 4. 4. 1941 = *Giur. it.* 1941, I, 1, 385 ff. (391–396).

<sup>66</sup> Cass. it. v. 7. 8. 1964 Nr. 2259 = *Foro it. rep.* 1964 obbl. Nr. 253; v. 15. 10. 1953 Nr. 3380 = *Foro it.* 1953, I, 319 ff.; App. Milano v. 1. 7. 1952 = *Banca, borsa* 1953, II, 45.

<sup>67</sup> v. 11. 6. 1965, Nr. 1189 = *Giust. civ.* 1965, I, 1544 ff. (bes. 1545).

<sup>68</sup> *Interpretazione* S. 20, 113, 123.

<sup>69</sup> *Studi Scialoja* Bd. III, S. 279, 285; *contratti* S. 164.

dem Gedanken, daß Vertragsbestandteil die Klauseln sein müssen, die ein Partner entsprechend der sozialen Umwelt vom anderen mit berechtigtem Vertrauen erwarten dürfe. GIORDANO vermeidet damit eine Kollision des Art. 1340 mit 1368 und 1374 Cc.it., gelangt jedoch in den Anwendungsbereich des Art. 1337 Cc.it. Nach dieser Vorschrift ist durch Verweisung auf die *buona fede* der Vertrauens- und Billigkeitsgedanke bei Vertragsabschlüssen zu beachten.<sup>70</sup>

39. Vom Vertragsbegriff her versucht MESSINEO die Rolle der *clause d'uso* zu deuten. Sie sollen Vertragsbestandteile sein „*come naturale appendice delle clause fissate*“, der sich aus dem „*ambiente normativo*“ ergibt, in dem der Vertrag wirken soll.<sup>71</sup> Die Bestimmung des „*ambiente normativo*“ bleibt offen und ist sowohl im Sinn des „*ambiente sociale*“ GIORDANOS wie im Sinn einer Art minderer Rechtsnormwirkung der *clause d'uso* auslegbar.<sup>72</sup> Letztere Alternative liegt nahe, weil MESSINEO an anderer Stelle den normativ wirkenden *uso* für unabdingbar erklärt.<sup>73</sup>

Die von MESSINEO und ASQUINI eingeschlagene Richtung wird neuerdings von rechtshistorischer Seite unterstützt. In einer Untersuchung der Entstehungsgeschichte des Art. 1135 Cc.it. von 1865, also des Vorläufers von Art. 1340, geht COVIELLO<sup>74</sup> davon aus, daß die Vorschrift unverändert aus Art. 1160 Cc.fr. übernommen wurde. COVIELLO führt aus, daß die in dieser Vorschrift umstrittene Wendung der „*stillschweigend vereinbarten*“ Vertragsklauseln von POTHIER formuliert wurde, weil er den Interpreten darauf hinweisen wollte, daß jeder Vertrag aus seinem sozialen Milieu heraus verstanden werden muß. In der Folgezeit ist unter dem Eindruck der durch die Revolution geweckten Legalitätsvorstellungen befürchtet worden, daß das Vertragsrecht auf diese Weise den Vertragsgebräuchen überantwortet und in gleichem Maße der Herrschaft des Gesetzes entzogen würde.<sup>75</sup> Deshalb, so schließt COVIELLO, wurde Art. 1160 Cc.fr. zur bloßen Willensauslegungsregel gemacht. Die Herausnahme des heutigen Art. 1340 Cc.it. aus dem Interpretationskatalog stellt daher die Formel POTHIERs von der Wirksamkeit des *milieu social* wieder her.

40. Keiner der Autoren, die das Wirken der *clause d'uso* aus dem „*ambiente sociale*“ deuten wollen, erklärt dessen Wesen näher. Es wird auch versäumt, seinen Einfluß auf den Vertrag genauer zu umschreiben. Die Theorie erscheint insgesamt unklar und bietet zu wenig Anhaltspunkte, um der Gefahr einer Identität

<sup>70</sup> MESSINEO, *Encicl. dir.* Bd. IX, *Contratto (dir. civ.)* Nr. 94 A; ähnlich ASQUINI, *Riv. dir. comm.* 1950, II, 444.

<sup>71</sup> aaO Nr. 94 B, E; anders noch in *Dottrina* S. 8, 368.

<sup>72</sup> So vor allem ASQUINI, *Riv. dir. comm.* 1950, II, 444, dem GENOVESE, *Condizioni* S. 366 f. die Einführung einer neuen Art von Rechtsnormen vorwirft, die dem italienischen Recht unbekannt seien.

<sup>73</sup> aaO Nr. 94 C b/c gegen die ganz herrschende Auffassung, vgl. BALOSSINI, *Consuetudini* S. 445 ff.

<sup>74</sup> *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1963, 508 ff.

<sup>75</sup> aaO S. 511 ff. besonders Fußn. 29 und 30.

fizierung des Art. 1340 mit 1374 Cc.it. zu entgehen. Eher resigniert klingt es deshalb, wenn neuerdings festgestellt wird, daß Art. 1340 Gebräuche zwecks Auffüllung eines konkreten Vertrages beruft, während sie in Art. 1374 als gesetzergänzende Rechtsnormen verwendet werden.<sup>76</sup> Daß damit auf eine Antwort verzichtet wird, ergibt sich schon daraus, daß der dogmatische aber auch praktische Streit gerade darüber entstanden ist, worin im konkreten Fall der funktionelle Unterschied liegt.<sup>77</sup>

## II. *Natur der clauseole d'uso*

41. Da die Wirkung von *clauseole d'uso*, *pratiche generali* und *usi* offenbar nicht sicher abgegrenzt werden kann, ist verschiedentlich bezweifelt worden, daß es sich um allgemein übliche Klauseln handelt.<sup>78</sup> So meint GENOVESE, daß *clauseole d'uso* nur die von den Partnern eines Vertrages bei früheren Vertragsabschlüssen verwendeten Klauseln seien. Im Laufe fortgesetzter Geschäftsbeziehungen werden sie zwischen den Partnern *individuelle clauseole d'uso*. Da das Gesetz diese an keiner anderen Stelle bezeichnet, fügt sich Art. 1340 Cc.it. in das Gesamtsystem ein und kollidiert weder mit Art. 1368 noch mit Art. 1374 Cc.it. GENOVESES Versuch, das System des Gesetzes zu retten, ist auf bedeutenden Widerspruch gestoßen. Der nächstliegende Einwand lautet, daß er der gesetzgeberischen Absicht und Wortwahl widerspricht.<sup>79</sup> Die Vorschrift wird zu einem Unterfall des Art. 1362 Cc.it. abgewertet. Danach hat der Interpret eines Vertrages das Gesamtverhalten der Parteien „*anche posteriore alla conclusione del contratto*“ zu berücksichtigen.<sup>80</sup> GENOVESE erwidert zwar,<sup>81</sup> daß Art. 1362 nur das Verhalten der Parteien bei Abschluß des gerade auszulegenden Vertrages betrifft. Den Einwand, daß eine solche Festlegung bei ständigen Geschäftsbeziehungen nicht möglich ist,<sup>82</sup> entkräftet er aber nicht. Wenn ihm in jüngster Zeit CATAUDELLA mit dem Argument zu Hilfe kommt, daß ein Konflikt mit Art. 1362 Cc.it. von Natur aus unmöglich ist, weil Art. 1340 nicht die *interpretazione*, sondern die *formazione del contratto* betrifft,<sup>83</sup> so bleibt das in reinem Begriffsdenken stecken.

<sup>76</sup> PAVONE LA ROSA, *Encicl. dir.* Bd. IX, *Consuetudine (dir. priv.)* Ziff. f Nr. 5, 9, ähnlich SERRA, *Banca, borsa* 1963, I, 325.

<sup>77</sup> Auch FERRI, *Causa S. 322* läßt diese Frage unbeantwortet und vernachlässigt überhaupt Art. 1340 Cc. it.

<sup>78</sup> GENOVESE, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 368 ff., bes. 377; ders. *Condizioni S. 372*; CATAUDELLA S. 150 ff.; unklar FORMIGGINI, *usi S. 17, 25, 26*; kritisch FERRI, *Causa S. 317*.

<sup>79</sup> GRASSETTI, *Interpretazione S. 123*, der aber individuelle Gebräuche der *clausola d'uso* subsumiert.

<sup>80</sup> BALOSSINI, *Consuetudini S. 258 ff.*; *Accertamento S. 46 f.*; ASQUINI, *Riv. dir. comm.* 1944, I, 74; GHIRON in D'Amelio-Finzi, Bd. 1, Anm. 1 zu Art. 1368.

<sup>81</sup> GENOVESE, *Condizioni S. 375 f.*

<sup>82</sup> vgl. vor allem die eindrucksvollen Beispiele bei MOSCO S. 97 f.

<sup>83</sup> CATAUDELLA S. 157, 160, wobei er von der äußerst bestrittenen Behauptung aus-

42. Für die herrschende Lehre sind, meist ohne genaue Begründung, *clausole d'uso* *allgemein übliche Vertragsklauseln*. Sie gleichen daher äußerlich betrachtet den *usi* des Art. 1374 Cc.it.

BARBERO<sup>84</sup> begründet das ähnlich wie ROCCO bei den *usi* des Art. 1 des früheren Codice di Commercio. Es handelt sich bei ihnen um allgemeine Tatsachen der Geschäftswelt, die das Gesetz als Tatbestandselemente verwendet. Damit entfällt für ihn<sup>85</sup> eine Abgrenzung zu Art. 1374 Cc.it. bzw. Art 1124 Cc.it. von 1865, die lediglich von der schon zitierten normativen Theorie für erforderlich gehalten und der allgemeinen Rechtsquellenlehre zugeordnet wird.

43. Von der Art des Entstehungsvorganges her versucht BALOSSINI, die *clausole d'uso* vom *uso* abzusetzen. Während der *uso* das Ergebnis *einseitiger Rechtsakte* ist, haben *clausole d'uso* einen *typisch vertraglichen Ursprung*.<sup>86</sup> Zwischen Vertragspartnern werden beständig wiederkehrende Vertragsklauseln verwendet, die sich allmählich allgemein verbreiten und gebräuchlich werden. Doch führt BALOSSINI diese Unterscheidung nicht folgerichtig durch. Er hält Art. 1340 auch beim einseitigen Rechtsgeschäft für anwendbar, also bei einem Geschäft, das durch einen *atto giuridico unilaterale* entsteht, bei dem der Begünstigte nur die Rolle des Zustimmungenden hat.<sup>87</sup> Daneben gibt er zu erkennen, daß sich auch typisch vertragliche Klauseln vielfach durch beständiges einseitiges Fordern des einen Teils und ebenso beständige einseitige Zustimmung des anderen Teils entwickeln können.<sup>88</sup> Die vertragsartige Entstehungsweise der *clausola d'uso* löst sich in einseitige Rechtsakte auf, die der Zustimmung des anderen Partners zu ihrer Wirksamkeit bedürfen.<sup>89</sup> So bleibt die Eigenschaft der *clausola* auch bei ihm ungesichert.

Damit gilt, was schon für den französischen Rechtsbereich festgestellt werden mußte. Sind die *clausole d'uso* nur Interpretationshilfen, so tendiert Art. 1340 zu Art. 1368 Cc.it. Sind sie normative Elemente, so überschneidet sich die Vorschrift mit Art. 1374 Cc.it. Dabei wird auch dieses Ergebnis noch belastet, da keineswegs feststeht, ob Art. 1374 Cc.it. den *usage* als Norm oder Interpretationsmittel verwendet.<sup>89a</sup>

geht, daß Auslegung auf Sinndeutung von Vertragsbestimmungen beschränkt ist, die ihren Ursprung im Parteiwillen haben.

<sup>84</sup> *Contratto-tipo* S. 211 f.

<sup>85</sup> ähnl. auch Cass. it. v. 27. 4. 1961 Nr. 940 = *Giur. it.* 1962, I, 1, 1256 ff. (1261), wo lediglich von einem „*comportamento giuridico*“ die Rede ist. Als nicht unterscheidbar bezeichnet PAVONE LA ROSA, *Encicl. dir.* Bd. IX *Consuetudine* (dir. priv.) Ziff. f Nr. 8 die *clausole*.

<sup>86</sup> *Consuetudini* S. 236; *Accertamento* S. 42.

<sup>87</sup> *Consuetudini* S. 388.

<sup>88</sup> *Consuetudini* S. 352 ff., 357 ff.

<sup>89</sup> Vgl. die Formulierung BALOSSINIS in *Consuetudini* S. 237 unten.

<sup>89a</sup> Auf die erst nach Fertigstellung des Manuskripts vorgelegene Arbeit von Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, kann nur noch hingewiesen werden.

### III. Kapitel. Das österreichische und schweizerische Recht

#### § 1. Einführung

44. Der Cc hat den Verkehrssitten ausdrücklich einen, wenn auch nicht deutlich umschriebenen Einflußbereich im Schuldvertragsrecht gelassen. Die Verfasser des österreichischen ABGB glaubten, daß ohne dieses Hilfsmittel auszukommen ist. Nur eine allgemeine Vorschrift befaßte sich mit dem Brauch und diese war eher negativ: nach § 10 ABGB sollte auf Gewohnheiten nur in Fällen gesetzlicher Berufung Rücksicht genommen werden. So waren sie mangels allgemeiner Verweisung nur im Rahmen von Spezialvorschriften wirksam.

Erst das AHGB von 1862 und die III. Teilnovelle des ABGB<sup>1</sup> vom 19. 3. 1916 bringen einen Wandel. Nach Art. 1 AHGB, der in Art. 4 der 4. EVO zum HGB vom 24. 12. 1938<sup>2</sup> wiederholt wurde, gehen Handelsgebräuche den Vorschriften des ABGB vor. Nach Art. 279 AHGB, der mit Übernahme des deutschen Handelsrechts durch § 346 HGB ersetzt wurde, sind hinsichtlich der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen Gewohnheiten und Gebräuche zu berücksichtigen. Wörtlich wird diese Bestimmung 1916 in § 863 Abs. 2 ABGB übernommen. Zugleich erhält die in § 914 ABGB geregelte Vertragsauslegung eine neue Richtung. Der Interpret wird angewiesen, die wirkliche Absicht der Parteien zu erforschen und den Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

45. Die schweizerischen Gesetze beachten Verkehrssitten kaum. Zwar betrachtet Art. 1 Abs. 2 ZGB Gewohnheiten als Rechtsquelle zweiten Grades und läßt Gewohnheitsrecht bei Schweigen des Gesetzes zu. Aber daneben ist nur noch einmal vom Rechtsbrauch die Rede. Art. 5 Abs. 2 ZGB erklärt Übungen und Ortsgebräuche für rechtserheblich, wenn das Gesetz auf sie verweist. Das allgemeine Vertragsrecht schweigt und selbst die in Art. 18 OR enthaltene Auslegungsvorschrift erwähnt Verkehrssitten nicht.

46. Da die österreichische Rechtslage weitgehend dem deutschen Recht entspricht, es fehlt nur eine Parallele zu § 242 BGB, haben sich Lehre und Judikatur seit Beginn der Kodifikationsarbeiten zum BGB vielfach an der dogmatischen Entwicklung in Deutschland orientiert. So dürfte es zu erklären sein, daß ausführliche Arbeiten über Geschäftsauslegung und die den Verkehrssitten dabei zu fallende Aufgabe weitgehend fehlen. Selbst die jüngste, für eine dogmatische Neugründung des österreichischen Vertragsrechts so bedeutsame Arbeit BYDLINS-

---

<sup>1</sup> ÖstRGBI Nr. 69.

<sup>2</sup> DRGBI. I, 1999; 1939, I, 23.

nis über die Privatautonomie, streift die ergänzende Auslegung nur am Rande<sup>3</sup> und erörtert trotz eingehender Darstellung des Vertrauensgrundsatzes seinen Platz in der Geschäftsinterpretation überhaupt nicht.

Ähnliches gilt in geringerem Maße für die Schweiz. Die Auslegung von Rechtsgeschäften, vor allem von Verträgen stand lange im Hintergrund und wurde dann in den 30iger Jahren vor allem von deutschsprachigen Autoren aufgegriffen. Eingehend behandeln OFTINGER<sup>4</sup> und MERZ<sup>5</sup> 1939 und 1942 das Interpretationsthema und FISCHER<sup>6</sup> vertiefte es in der gleichen Zeit unter dem Blickwinkel der Verkehrssitten und Handelsbräuche. Auch hier ist der Einfluß deutscher Lehren spürbar und so kann unmittelbar auf die Frage eingegangen werden: was sind nach schweizerischer und österreichischer Auffassung Verkehrssitten und wie wirken sie auf Verträge ein?

## § 2. Die Natur der Verkehrssitten

47. Die Informationen über die Natur von Verkehrssitten und Handelsbräuchen sind spärlich. In *Österreich* vor allem beschränkt sich die Literatur darauf, ihre vertragsrechtliche Bedeutung zu erörtern. So werden Entstehung und Wesen der Verkehrssitten unmittelbar im Zusammenhang mit ihrer rechtlichen Funktion gebracht. Da hierbei vor allem ein Teil der älteren Lehre von der *Alternative* ausging, daß sich vertragliche Verbindlichkeiten entweder auf den *Parteiwillen* oder auf eine *Rechtsnorm* gründen müssen, geriet das Thema der Verkehrssitten unter den Einfluß der Gewohnheitsrechtslehre.<sup>7</sup> Ein besonderer Begriff der Verkehrssitten entfiel. Es war der allgemeinen Rechtsquellenlehre überlassen, das Zustandekommen von Gewohnheitsrecht zu prüfen. Aber diese Betrachtungsweise verfiel gegen Ende des 19. Jahrhunderts, weil die Gleichstellung von Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte dazu führt, daß ihre Rechtswirksamkeit den Schranken von § 10 ABGB unterworfen ist. Diese Konsequenz stieß auf den Widerspruch der verschiedenen Interpretationstheorien, die die von § 10 ABGB auf die Rechtsgeschäftslehre übergreifenden Gefahren eines starren Legalismus erkannten.

Die Abkehr von der legalistischen Theorie enthielt freilich nur eine negative Aussage: Verkehrssitten sind kein Gewohnheitsrecht. Ein selbständiger Begriff der Verkehrssitten wurde nicht ausgearbeitet, obwohl sich die Literatur nicht ein-

<sup>3</sup> BYDLINSKI S. 206 Fußn. 350 hinsichtlich der Frage welchen Rang Verkehrssitten gegenüber dispositivem Gesetz haben.

<sup>4</sup> ZSR NF 58, 178 ff. (allgemeine Interpretationslehre).

<sup>5</sup> ZSR NF 61, 393 a ff. (ergänzende Auslegung wegen veränderter Umstände).

<sup>6</sup> Handelsusanz und objektives Recht, Züricher Diss. 1939; eine 1911 erschienene Arbeit von PFENNINGER legt den Schwerpunkt vor allem auf die Natur des Gewohnheitsrechts.

<sup>7</sup> Vgl. näher Nr. 49.

mal enig ist, wann das Gesetz auf Verkehrssitten und wann es auf Gewohnheitsrecht verweist. Eine statistische Übersicht<sup>8</sup> über sechs Vorschriften des österreichischen ABGB hat ergeben, daß ein Autor sechsmal Gewohnheitsrecht und ein anderer sechsmal Verkehrssitten annimmt. Zwischen ihnen stehen vier Autoren, die aus nicht recht ersichtlichen Gründen einmal von Gewohnheitsrecht und einmal von Verkehrssitten sprechen.

Das Fehlen eines klaren Begriffs hängt offenbar damit zusammen, daß der Oberste Gerichtshof die Bestimmung der Verkehrssitten insgesamt als Tatsachenfrage behandelt.<sup>9</sup> So bleibt es bei allgemeingehaltenen Umschreibungen. Teilweise taucht die Formel einer Gewohnheit ohne Verbindlichkeit auf,<sup>10</sup> teilweise wird unter dem Einfluß des gesetzlichen Sprachgebrauchs in § 914 ABGB die „Übung des redlichen Verkehrs“ mit Verkehrsanschauungen gleichgesetzt.<sup>11</sup> *Geschäftstypisches Verhalten* und *soziale Verhaltensnormen* werden daher als Verkehrssitten bezeichnet und treten in eine nicht näher bestimmte Wechselwirkung.

48. Das Fehlen eines eindeutigen Begriffs der Verkehrssitten wiederholt sich in der *Schweiz*, wobei allerdings die Eigenständigkeit der Verkehrssitte gegenüber dem Gewohnheitsrecht stets gegenwärtig war.

Die theoretischen Positionen zum Begriff der Verkehrssitten sind von PFENNINGER und FISCHER festgelegt worden. Die Arbeit von PFENNINGER<sup>12</sup> steht weitgehend unter dem Einfluß der Gewohnheitsrechtslehre, ohne jedoch den Begriff der Verkehrssitte auszulöschen. Verkehrssitten liegen nach PFENNINGER nur dann vor, wenn zur tatsächlichen Übung ein *normatives Element* hinzutritt. Aber PFENNINGER unterläßt es, dieses Element genauer zu charakterisieren. Sein juristischer Wert ist überdies unklar, weil die Rechtserheblichkeit der Verkehrssitte aus den gesetzlichen Verweisungen oder dem Parteiwillen abgeleitet wird.

FISCHER geht in die entgegengesetzte Richtung. Er betrachtet Verkehrssitten als *soziale Verhaltenstypen*, die durch Induktion aus einzelnen tatsächlichen Vorgängen abgeleitet werden.<sup>13</sup> Sie sind Regeln ohne qualifizierende normative Elemente, Schilderung eines allgemeinen sozialen Zustandes.

---

<sup>8</sup> PFENNINGER S. 71.

<sup>9</sup> Charakteristisch östOGH v. 5. 9. 1963 = EVBl 1964, 63. In der Literatur umstritten, vgl. STAUB-PISKO § 19 zu Art. 279 AHGB gegen KLANG-GSCHNITZER Anm. IV zu § 914 ABGB.

<sup>10</sup> PISKO, Handelsrecht S. 23 f., 131; indirekt östOGH v. 28. 4. 1905 = GIU NF 3088; HAEMMERLE, Handelsrecht Bd. I, S. 20 f., 25; KLANG-GSCHNITZER Anm. III 2 a zu § 914 ABGB; östOGH v. 4. 7. 1953 = SZ 1953, 180 (Umwandlung von Verbandsabsprachen, hier AöSpB, in Verkehrssitten); beiläufig BYDLINSKI S. 59.

<sup>11</sup> östOGH v. 13. 2. 1957 = JBl. 1957, 563; v. 15. 7. 1953 = SZ 1953, 193; dagegen HAEMMERLE, Handelsrecht Bd. I, S. 20 f.

<sup>12</sup> PFENNINGER S. 8, 16, 22; unklar v. BÜREN S. 170, der die Verkehrssitte als „Teil der objektiven Ordnung“ betrachtet.

<sup>13</sup> Handelsusanz S. 12, 46 f.; ebenso REICHEL, Richterrecht S. 99; BG v. 27. 5. 1931 = BGE 57, II, 320.

In diesen von PFENNIGER und FISCHER generell gezogenen Grenzen können recht unterschiedliche Erscheinungen als Verkehrssitten bezeichnet werden. Wird das normative Element betont, so werden nicht selten kollektive Absprachen den Verkehrssitten zugerechnet.<sup>14</sup> Wieder werden Anschauung, Norm und Verkehrssitte als synonym betrachtet, die tatsächliche Übung erscheint nur noch als Unterfall des allgemeinen Phänomens der Verkehrssitte.<sup>15</sup> Geplant aufgestellten Vertragsregeln und Vertragsmustern, gleichgültig ob sie auf Verbände oder örtliche Interessengruppen zurückgehen, wird maßgebliche Bedeutung zugebilligt.<sup>16</sup> Wo dagegen das tatsächliche Element hervorgehoben wird, fehlt in der Regel eine genauere Charakteristik der Verkehrssitten vollständig. Schon FISCHER hat es wegen des ständigen Wandels der sozialen Verhältnisse vermieden, weitere Hinweise zu geben. Der soziale Typus, der sich zur allgemeinen Übung verbreitet, bleibt fragwürdig, weil der Begriff des Allgemeinen nicht geprüft wird. Individuelles Geschäftsgebaren und Verkehrssitten fließen begrifflich ineinander über, die Abgrenzung ist Tatfrage.

### § 3. Auslegung und Ergänzung von Verträgen

49. Das eigentliche Wirkungsgebiet der Verkehrssitten ist auch im schweizerischen und österreichischen Recht die Interpretation von Rechtsgeschäften. Da sich die Gesetzesverfasser aber sehr zurückgehalten haben, blieb für die Rechtslehre ein weiter und freier Spielraum. So zeichnen sich die rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Veränderungen auf keinem Gebiet so deutlich ab, wie bei der Behandlung der Verkehrssitten.

Ausgehend von der Vorherrschaft des *Willensprinzipes* wird die interpretierende Rolle von Verkehrssitten zunächst, soweit sie nicht überhaupt abgelehnt wird,<sup>17</sup> unter dem Gesichtspunkt von Willensvermutungen gesehen.<sup>18</sup> Eine gesetzliche Stütze wird dafür den §§ 861 und 914 ABGB und Art. 18 OR entnommen.

<sup>14</sup> Nach REICHEL, Stammer Festschr. S. 306 sind unter der Verkehrssitte sowohl Normen und Anschauungen, als auch sozialtypische Fakten zu verstehen; Obergericht Thurgau v. 29. 1. 1920 = schwJZ 1921/22, 131.

<sup>15</sup> BECKER, Berner Kommentar, Rdz. 13 zu Art. 18 OR (soweit es sich um kollektive Absprachen handelt); offenbar auch BG v. 16. 11. 1965 = 91, II, 360.

<sup>16</sup> Andeutungsweise BG v. 13. 9. 1888 = BGE 14, 475 f.; zurückhaltend LIVER, ZBJV 1955 bis, 22 und PACHE S. 127.

<sup>17</sup> So vor allem in Österreich bis etwa 1860 ständige Rechtsprechung, vgl. Nachweise bei TILSCH, ABGB Festschr. Bd. II, S. 37 ff. Es trifft daher nicht ganz zu, wenn BYDLINSKI S. 5 ff. behauptet, das ABGB und ihm folgend die Literatur hätten stets die Erklärungstheorie bzw. später eine modifizierte Vertrauensstheorie vertreten.

<sup>18</sup> LIVER in Berner Kommentar, Rdz. 69 f., 79 zu Art. 5 ZGB; BG v. 20. 10. 1900 = BGE Bd. 26, II, 698; GMÜR S. 89; TILSCH, ABGB Festschr. Bd. II, S. 37 ff. (45 ff.); KRAINZ-PFAFF Bd. I, S. 14. Dabei wird das Willensprinzip sehr ausgehöhlt, z. B. östOGH v. 4. 11. 1919 = SZ. 1919 Nr. 70 und bei KLANG-GSCHNITZER Anm. III, 1 zu § 914 ABGB der Vertragscausa gleichgesetzt.

Aber diese Betrachtungsweise stößt bald auf Widerspruch. Schweizerische Autoren weisen daraufhin, daß Art. 1 Abs. 1 OR abweichend von § 861 ABGB zum Vertragsabschluß übereinstimmende Willenserklärungen verlangt und sich nicht mit einer Willensübereinstimmung begnügt. Ohne Begründung schließt sich die österreichische Literatur dem trotz § 861 ABGB an und der Oberste Gerichtshof erklärt in einer Entscheidung vom 24. 10. 1905: „Die Frage, ob in dem gegenwärtigen Streite . . . Dissens vorliege, muß . . . nach der sogenannten *Erklärungstheorie* beurteilt werden.“<sup>19</sup>

Die Tragweite des Prinzipienwechsels ist jedoch nicht so eindeutig, wie es nach diesem Satz erscheint. Von geringfügigen Abweichungen abgesehen knüpfen an den Übergang von der Willens- zur Erklärungstheorie drei Interpretationslehren an, von denen hier nur interessiert, wie sie sich zur objektiven Auslegung verhalten.

Die erste und extremste Richtung leugnet, daß Auslegung mit Hilfe von Verkehrssitten noch etwas mit dem Willen zu tun hat. Da aber an der überkommenen Alternative festgehalten wird, daß Verbindlichkeiten nur durch den Parteiwillen oder eine Rechtsnorm begründet werden können, entsteht die eingangs schon erwähnte These, daß mit der Bezeichnung Verkehrssitte in Wirklichkeit *Gewohnheitsrecht* gemeint ist.<sup>20</sup>

Die zweite und der Willenstheorie noch am nächsten stehende Richtung geht zwar ebenfalls von der Erklärung aus, meint aber, daß diese nach dem Willen des Erklärenden auszulegen ist. Verkehrssitten werden herangezogen, weil zu vermuten ist, daß der Erklärende sich entsprechend dem Üblichen verhalten habe. Aber die Vermutung, und das unterscheidet diese Lehre von einer bloßen Wiederbelebung des Willensprinzips, greift nicht nur ein, weil übliches Verhalten der tatsächlichen Erfahrung entspricht, sondern auch weil die *bona fides* das rechtsgeschäftliche Handeln beherrscht.<sup>21</sup>

Auch die dritte Richtung, die besonders in der Schweiz theoretisch ausgebaut ist, geht von der *bona fides* aus. Nach Art. 2 Abs. 1 ZGB dürfen individuelle Rechte nur in den Grenzen von Treu und Glauben ausgeübt werden. Aus diesem Grundsatz wird hergeleitet, daß der Rechtsgenosse, der sich mit Erklärungen an andere wendet, entweder seine Absichten deutlich ausdrücken oder aber sich die Bedeutung gefallen lassen muß, die seinem Wort im Verkehr unter Gutgläubigen zugeschrieben wird. Die *bona fides* bewirkt, daß die Auslegung von Willenserklärungen vom *Vertrauensprinzip* beherrscht wird.<sup>22</sup> Von der vorgenannten

<sup>19</sup> GIU NF 3644.

<sup>20</sup> EHZWEIG, Bd. I, S. 262; offenbar auch östOGH v. 2. 3. 1932 = Clunet 1932, 1070 ff., wo die Verwendung von Handelsgebräuchen zur Auslegung in Verbindung mit Art. 1 AHGB gebracht wird; PACHE S. 128 ff.

<sup>21</sup> PFENNINGER S. 19; Anklänge in BG v. 10. 9. 1919 = BGE Bd. 45, II, 436 f.

<sup>22</sup> FISCHER, Handelsusanz S. 11 f.; OFTINGER, ZSR NF 58, 186 f.; ders. Simonius Festschr. S. 263 f.; DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 167; EGGER, Züricher Kommentar Nr. 13, 16 zu Art. 2 ZGB; MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 125 ff.; EGGER,

Auffassung unterscheidet sich diese These darin, daß die Brücke zum Willensprinzip endgültig abgebrochen wird. Die Rolle der Verkehrssitten wird damit von der Zweideutigkeit befreit, die sich ergibt, wenn die Alternativen, Wille der Erklärenden und bona fides, gekoppelt werden.<sup>23</sup> Die Vertrauenslehre selbst zerfällt jedoch in verschiedene Zweige, die erheblich voneinander abweichen.

Teilweise wird der Vertrauensgrundsatz mit dem in der Rechtsgemeinschaft bestehenden Bedürfnis nach *Verkehrssicherheit* verbunden.<sup>24</sup> Daher soll für den Interpreten nicht maßgeblich sein, wie gerade der Erklärungsempfänger, sondern wie ein gutgläubiger Rechtsgenosse in entsprechender Situation die Erklärung verstehen konnte.<sup>25</sup> Die Rolle der Verkehrssitten wird bei dieser Alternative des Vertrauensprinzips durch den Umstand bestimmt, daß sie die einer Gemeinschaft typischen Verhaltensformen darstellen. Teilweise wird aber das Vertrauensprinzip zum Auslegungsgrundsatz erhoben, weil die Willenserklärung Erklärenden und Empfänger in ein individuelles *Vertrauensverhältnis* zueinander bringt.<sup>26</sup> In erster Linie rechtfertigt das Vertrauensprinzip so eine Auslegung nach individuellen Maßstäben, wobei im Gegensatz zur Willentheorie nicht subjektiv-individuelle, sondern objektiv-individuelle Kriterien maßgeblich sind.<sup>27</sup> Nicht die Verständnismöglichkeit eines beliebigen Rechtsgenossen, sondern des Adressaten der Erklärung entscheidet entsprechend den individuellen Verhältnissen über ihren Aussagewert. Der Übergang zur Auslegung nach Verkehrssitten wird entweder ohne weiteres als zulässig vorausgesetzt<sup>28</sup> oder nach formalen Gesichtspunkten konstruiert.<sup>29</sup> Auch wird hier bisweilen unter dem Namen der

Abhandlungen Bd. II, S. 104 (in Verbindung mit dem Gedanken der Vernünftigkeit); GUHL, ZSR NF 71, I, 163 f.; MERZ, ZSR NF 80, I, 346 f.; KELLER, schwJZ 1961, 313 ff.; BG v. 5. 12. 1961 = BGE 87, II, 237 ff.; v. 17. 6. 1915 = BGE Bd. 41, II, 456; östOGH v. 3. 7. 1957 = EVBl 1957, 397 erklärt: „Das ABGB lehnt bei Auslegung von Verkehrsgeschäften die Willentheorie ab und folgt der Vertrauenslehre“; GSCHNITZER, AT S. 136.

<sup>23</sup> Eine Mischung von Willens- und Vertrauenslehre findet sich bei BECKER, Berner Kommentar, Rdz. 1 ff. zu Art. 18 OR.

<sup>24</sup> FISCHER, Handelsusanz S. 11 ff.; OPTINGER, ZSR NF 58, 187; EGGER, Züricher Kommentar Nr. 13 zu Art. 2 ZGB.

<sup>25</sup> EGGER, Abhandlungen Bd. II, S. 103 f.; andeutungsweise BG v. 3. 10. 1913 = BGE 39, II, 579; HEINI, schwJZ 1958, 115 f.

<sup>26</sup> MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 130; BECKER, Berner Kommentar, Rdz. 18 f. zu Art. 18 OR; unklar OPTINGER, Simonius Festschr. S. 263 f.; vor allem KELLER, schwJZ 1961, 314.

<sup>27</sup> MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 130; SIMONIUS, Basler Festschr. S. 235 ff.; andeutungsweise BG v. 5. 12. 1961 = BGE 87, II, 237 (242); v. 29. 9. 1915 = BGE 41, II, 558 f.

<sup>28</sup> Etwa MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 139; SIMONIUS, Basler Festschr. S. 235 ff.; nach BG v. 27. 6. 1928 = BGE Bd. 54, II, 303 scheint das Bestehen einer Verkehrssitte den Vertrauensstatbestand zu indizieren; ebenso HEINI, schwJZ 1958, 115 f.; GUHL, ZSR NF 71, I, 165 verweist auf Art. 5 Abs. 2 ZGB.

<sup>29</sup> Z. B. KELLER, schwJZ 1961, 315 ff. mit dem Begriff der hypothetischen Verständigung.

Vertrauenslehre die Verwendung der Verkehrssitten am Vertragszweck orientiert.<sup>30</sup>

50. Dogmatische Schwierigkeiten entstehen bei der Heranziehung von Verkehrssitten zur *Vertragsergänzung*, deren Möglichkeit praktisch unbestritten ist. Das hauptsächlichste Hindernis, sie in die Interpretationslehre einzuordnen, bildet der typisch erklärungslehretheoretische Gedanke, daß der Interpret den Sinn von Erklärungen zu ermitteln habe.<sup>31</sup> Drei Lehrmeinungen sind zu unterscheiden. Vorherrschend wird Ergänzung als Vertragsauslegung betrachtet, teilweise mit der Begründung, daß Auslegung und Ergänzung unmerklich ineinander übergehen.<sup>32</sup> Nach anderen handelt es sich um eine besondere richterliche Korrekturbefugnis.<sup>33</sup> Eine dritte Gruppe rechnet sie zur Rechtsfolgenbestimmung und nimmt an, daß es sich nicht mehr um das Wirksamwerden von Verkehrssitten, sondern um Gewohnheitsrecht handelt.<sup>34</sup>

51. Für die gewohnheitsrechtliche Betrachtungsweise ist es selbstverständlich, daß ergänzend-typisierende Interpretation keine besonderen vertragsrechtlichen Probleme aufwirft. Das gilt auch, wo das Thema des Gewohnheitsrechts in Zusammenhang mit der richterlichen Rechtsfortbildung gebracht wird, wie es vor allem in der Schweiz gelegentlich unter Einfluß des Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB geschieht. Da nach dieser Vorschrift die Gerichte bei der Ausfüllung von Gesetzeslücken die gesetzgeberische Methode zu beachten haben, werden Verkehrssitten nicht aus vertragsrechtlichen Gründen wirksam. Sie dienen vielmehr nur als Leitbild richterlicher Rechtsfortbildung,<sup>35</sup> weil gerade im dispositiven Schuldrecht außer Frage steht, daß sich die Gesetzesverfasser bei zahlreichen Vorschriften auf eine Übernahme von Verkehrssitten beschränkt haben.

Da der Richter hierbei nach Art. 1 Abs. 3 ZGB weiter die Überlieferung zu

<sup>30</sup> DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 169; FISCHER, Handelsusanz S. 19 ff., 27 ff.

<sup>31</sup> OSER-SCHÖNENBERGER, Züricher Kommentar, Rdz. 2 zu Art. 18 OR; BECKER, Berner Kommentar, Rdz. 3 zu Art. 18 OR.

<sup>32</sup> FISCHER, Handelsusanz S. 44; GUHL, ZSR NF 71, I, 166.

<sup>33</sup> YUNG, ZBJV 1961, 41 ff. (45, 48 ff.), gestützt auf Arg. Art. 2 Abs. 2 OR. Die dabei zu beachtenden Maßstäbe entsprechen weitgehend einer Auslegung unter Beachtung des Vertrauensprinzips, aaO S. 63, aber die Korrekturbefugnis greift nur bei Fehlen gesetzlicher Regelung ein, Anklänge in dieser Richtung auch bei östOGH v. 9. 2. 1955 = SZ 1955, 38 und KLANG-GSCHNITZER Anm. III 2 c zu § 914 ABGB (s. aber auch zweitfolgende Fußn.).

<sup>34</sup> Kass.Gericht Zürich v. 25. 11. 1912 = schwJZ 1912/13, 373; Kass.Gericht St. Gallen v. 28. 1. 1922 = schwJZ 1923/24, 184 f.; EHRENZWEIG Bd. I, S. 262.

<sup>35</sup> PIOTET, ZSR NF 80, I, 394, 399; doch verbindet PIOTET den usage S. 395 auch mit dem hypothetischen Parteiwillen infolge einer Aufspaltung von individueller Vertragsergänzung, die er in Contrat S. 148 f. zur Auslegung rechnet und genereller Ergänzung, die Rechtsfortbildung sein soll. Ähnlich YUNG, ZBJV 1961, 52 f., 63 und früher schon OFTINGER, ZSR NF 58, 199 f., 207. Auch KLANG-GSCHNITZER Anm. III 2 c, V zu § 914 ABGB bringt hier das Thema richterlicher Rechtsfortbildung ins Spiel.

beachten hat, wird die Berücksichtigung von Verkehrssitten zugleich verbunden mit der Frage nach dem Recht kraft richterlicher Tradition,<sup>36</sup> oder dem richterlichen Präjudizienrecht.<sup>37</sup> So verschiebt sich der vertragsrechtliche Schwerpunkt des Themas und rückt die Frage in den Vordergrund, wieweit Gerichte an Vorentscheidungen gebunden sind.

Die Verbindung der Ergänzungsfunktion von *Verkehrssitten* und der *richterlichen Rechtsfortbildung*, die weder das vertragsrechtliche Problem, noch das Gewohnheitsrechtsthema gefördert hat, ist in Österreich von Ausnahmen abgesehen<sup>38</sup> aus zwei Gründen vermieden worden.<sup>39</sup> Zunächst bestimmt § 12 ABGB, daß die von Richtern gefällten Urteile nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden können. Außerdem ist hier mit allerhöchster Entschließung vom 3. 10. 1854, einer Instruktion vom 8. 8. 1872 und einem Gesetz vom 24. 2. 1907<sup>40</sup> ein Judikatenbuch und Spruchrepertorium beim Obersten Gerichtshof geschaffen worden. Die eingetragenen Entscheidungen besitzen eine gewisse Bindungswirkung und Bestandsgarantie.<sup>41</sup> Zugleich bewirkt diese Einrichtung, daß ein weitreichendes Problem des Richterrechts praktisch nicht besteht. Die Basis für eine dem schweizerischen Recht entsprechende Diskussion ist daher nicht gegeben, vertragsergänzende Wirkung von Verkehrssitten bleibt ein vertragsrechtliches Thema.

Die Schwächen der Normentheorien sind auch in der Schweiz vielfach Ziel-scheibe vertragsrechtlicher Kritik gewesen. Abgesehen davon, daß ihr Rechtsbegriff äußerst umstritten ist, führen sie insgesamt nach Meinung der Kritiker zu unbefriedigenden Ergebnissen, weil das Gewohnheitsrecht und die Ermächtigung des Richters zur Rechtsfortbildung oder zur Vertragskorrektur nur bei Fehlen gesetzlicher Vorschriften eingreifen. Mit Ausnahme von OFTINGER<sup>42</sup> ist das stets erkannt und hervorgehoben worden.

<sup>36</sup> Zum Recht kraft richterlicher Tradition vgl. PACHE S. 144 ff.; REICHEL, Stammeler Festschr. S. 349; BG v. 18. 2. 1960 = BGE Bd. 86, II, 253; v. 23. 1. 1920 = BGE 46, II, 307; ablehnend PFENNINGER S. 51; REICHEL, Richterspruch S. 100; GMÜR S. 96 f.; BG v. 5. 5. 1909 = BGE 35, I, 447.

<sup>37</sup> Zum Präjudizienrecht vgl. MEIER-HAYOZ, ZSR NF 78, I, 96 ff.; ders. östJZ 1954, 440 ff.; GMÜR, S. 127 und GERMANN, Rechtsfindung S. 271; Präjudizien S. 45 ff. und ZSR NF 68, I, 297 f.

<sup>38</sup> GSCHNITZER, OGH Festschr. S. 40 f., wobei die Frage nach der normativen Kraft des Richterrechts jedoch ausgeklammert wird; ders. AT S. 21, wo der Richter als „Organ der sozialen Gemeinschaft“ bezeichnet wird.

<sup>39</sup> STAUB-PISKO § 7 zu Art. 1 AHGB; HAEMMERLE, Grundriß S. 15 f.; EHRENZWEIG Bd. I, S. 62 f., der allenfalls aus dem Vertrauensprinzip eine gewisse normative Kraft der richterlichen Regeln ableitet; WALTER, östJZ 1963, 225 ff.

<sup>40</sup> ÖstRGBI Nr. 41.

<sup>41</sup> Daher bezeichnet sie KAPFER, Anm. zu § 12 ABGB als Rechtssätze; die gegenteilige Auffassung von EHRENREICH-KASTNER-KRAUS, Anm. zu § 12 ABGB ist mehr eine Frage der Terminologie; vgl. im Einzelnen das österreichische Recht, herausgegeben von Friedmann-Sandig-Wach Bd. III, 143.

<sup>42</sup> ZSR NF 58, 200, 207. OFTINGER meint in Verkennung des in Art. 1 ZGB vor-

52. Soweit Vertragsergänzung als Auslegung gilt, wird es zwar vermieden, das Interpretationsthema auf die Ebene der Rechtsquellenlehre zu verlagern. Statt dessen wird eine Auseinandersetzung mit der erwähnten erklärungs-theoretischen Maxime unvermeidbar.<sup>43</sup> Sie findet jedoch nur in der schweizerischen Literatur statt. So trennt EGGER<sup>44</sup> zunächst noch etwas unbestimmt Vertragsauslegung und Erklärungsauslegung, weil die Vertragspartner mit ihren Willenserklärungen nur Elemente des Vertrages setzen. Ergänzende Interpretation wird zur vernünftigen Konsequenz der Erkenntnis, daß vertragliche Willenserklärungen durch ihren gemeinsamen Zweck über sich hinaus weisen. Es wird weiter hervorgehoben, daß die Überbetonung der einzelnen Willenserklärungen auf einer formalistischen Betrachtungsweise beruht, die das *Wesen des Vertrags als eines Gesamtaktes* unzulässigerweise vernachlässigt.<sup>45</sup> Da die Rechtsordnung ein grundsätzliches Einigsein der Partner genügen läßt, schreibt v. BÜREN,<sup>46</sup> daß der Interpret begrifflich nicht bei der Analyse der ausgewechselten Erklärungen stehenbleiben kann. Auslegung der Willenserklärungen, die von rechtswegen nur die grundsätzlichen Impulse setzen müssen, kann nur im beschränkten Umfang dem Sinn des Vertrages gerecht werden. So erscheint die Vertragsergänzung als erklärungs-ergänzende Vertragsauslegung. Gerechtfertigt wird sie letzten Endes durch die bona fides, die als oberstes in Art. 2 Abs. 1 ZGB anerkanntes Rechtsprinzip nicht nur die vertraglichen Beziehungen beherrscht, sondern auch den Vertragsinhalt charakterisiert und damit die Wirksamkeit der Verkehrssitten reguliert.<sup>47</sup> Vereinzelt wird sogar gelehrt, daß die bona fides auch die von der Vertragsstruktur bedingten Grenzen etwaiger Ergänzung des Erklärungstatbestandes bestimmt.<sup>48</sup> Vorwiegend werden diese jedoch entsprechend Art. 2 Abs. 1 OR danach beurteilt, ob eine *Vertragslücke* vorliegt<sup>49</sup>, es sich bei der ausgelassenen Regelung

---

gesehenen Rangverhältnisses Vertrag-dispositives Gesetz-Gewohnheitsrecht-richterliche Gesetzesergänzung, es sei gleichgültig, ob Ergänzung eines Vertrages als Auslegung oder als richterliche Rechtsfortbildung betrieben werde.

<sup>43</sup> Es sei denn, man geht wie Gewerbegericht Bern v. 26. 8. 1921 = schwJZ 1922/23, 105 oder BG v. 18. 7. 1911 = BGE 37, II, 410 vom Willensprinzip aus. Andere umgehen das Problem durch die Annahme schweigender Erklärungen, z. B. BG v. 10. 5. 1964 = BGE 90, II, 101; v. 16. 11. 1965 = BGE 91, II, 358 f. (sehr zurückhaltend); v. 24. 10. 1908 = BGE 34, II, 640; PISKO, Handelsrecht S. 25; STAUB-PISKO § 2 zu Art. 279; UNGER Bd. I, S. 41 Fußn. 34; HAEMMERLE, Handelsrecht Bd. I, S. 22; östOGH v. 20. 6. 1894 = GIU 15157; KELLER, schwJZ 1961, 318 konstruiert eine sogenannte fiktive Verständigung.

<sup>44</sup> Abhandlungen Bd. II, S. 103.

<sup>45</sup> MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 12.

<sup>46</sup> v. BÜREN S. 169.

<sup>47</sup> v. BÜREN S. 169 f.; STÄHELIN, ZSR NF 26, 373 ff.; BG v. 13. 9. 1888 = BGE 14, 476; v. 19. 4. 1921 = BGE 47, II, 163; Obergericht Thurgau v. 29. 1. 1920 = schwJZ 1921/22, 131.

<sup>48</sup> MERZ, ZSR NF 80, I, 347.

<sup>49</sup> EGGER, Abhandlungen Bd. II, S. 107; BG v. 10. 9. 1919 = BGE 45, II, 393; DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 168.

um einen wesentlichen oder unwesentlichen Punkt handelt<sup>50</sup> und der Zweck des Vertrages eine Ergänzung erfordert.<sup>51</sup> Besonders dieser letzte Gedanke führt freilich über das bona fides Prinzip hinaus und gibt der ergänzenden Auslegung eine besondere funktionsbetonte Note. So erklärt GUHL,<sup>52</sup> daß die Ergänzung des Erklärungstatbestandes sich am Vertrag selbst, seinem Gegenstand und seiner Zielsetzung orientieren müsse und nichts mit Treu und Glauben zu tun habe.

---

<sup>50</sup> v. TUHR, OR AT S. 168; BECKER, Berner-Kommentar Rdz. 2 ff. zu Art. 2 OR; DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 171; OSER-SCHÖNENBERGER, Züricher Kommentar Rdz. 18 f. zu Art. 2 OR.

<sup>51</sup> BG v. 11. 6. 1957 = BGE 83, II, 307 f.

<sup>52</sup> ZSR NF 71, I, 141 ff., besonders 166 f., 169; andeutungsweise östOGH v. 8. 2. 1950 = SZ 1950, 29.

**Teil B.**

**Systematische Darstellung**



## IV. Kapitel. Entstehung und Inhalt von Verkehrssitten

53. Der Gesetzgeber verwendet den Begriff „Verkehrssitte“ als offenen Rechtsbegriff, um bestimmte soziale<sup>1</sup> Tatbestände juristisch für erheblich zu erklären. Daher müssen zuerst die Kriterien bestimmt werden, die den Begriff definieren. Erst im Anschluß daran sind die sozialen Tatbestände zu prüfen, die als „Verkehrssitte“ rechtserheblich werden. Mit der Begriffsbestimmung befaßt sich § 1, seine Ausfüllung erfolgt in §§ 2 und 3.

Trotz der dogmatisch ungeklärten Fragen über die Aufgabe der Verkehrssitten im Geltungsbereich des Code Civil ist hierbei die vergleichende Methode besonders ergiebig. Während RABEL<sup>1a</sup> im Recht des Warenkaufs feststellen konnte, daß in Deutschland Verkehrssitten eine merkwürdig offene Zwischenstellung einnehmen, bietet die französische und italienische Praxis hinsichtlich ihrer Entstehungserfordernisse vielfältiges Anschauungsmaterial. Offenbar werden Verkehrssitten häufiger als in Deutschland geltend gemacht und so haben sich die Gerichte wiederholt zu Fragen äußern müssen, die der deutschen Lehre bisher entgangen sind.

### § 1. Der juristische Begriff der Verkehrssitten

54. Verkehrssitte, Brauch und Handelsbrauch hängen eng zusammen und werden synonym verwendet. Sie bedeuten vom Wortsinn her das Gleiche wie der gebruik des holländischen, der usage des französischen und der uso des italienischen Rechts. Doch ist die Bezeichnung Brauch im juristischen Sinn mehrdeutig. Ein *Brauch* ist zunächst ein zusammenhangloses *wiederkehrendes Geschehen*. Die einzelnen Vorgänge sind nicht aufeinander bezogen. Ein Brauch bedeutet lediglich, daß sich Menschen in entsprechenden Situationen entsprechend verhalten.

Als menschliche Handlungen sind die Einzelvorgänge einer vernünftigen Erfassung zugänglich. Aus ihnen kann deshalb durch ein zusammenfassendes Urteil eine *Regel* gebildet werden. Das Ergebnis ist nicht etwa eine Norm, wie gelegentlich gesagt wird,<sup>2</sup> sondern eine Abstraktion tatsächlicher Verhaltensweisen in Form von Aussagesätzen als Ist-Regeln. Ziehen z. B. in einer bestimmten Gegend Mieter vier Wochen nach der Kündigung aus, so kann der Richter aus diesen Vorgängen den Satz bilden: „In A. laufen Mietverhältnisse vier Wochen nach Wirksamwerden der Kündigung aus.“

Das Verhältnis von Regel und tatsächlichem Geschehen ist nicht immer gleich-

---

<sup>1</sup> Dazu gehören nicht naturgesetzliche Vorgänge wie Hof Zuid-Holland v. 4. 3. 1867 = W 2884 meint; vgl. JANSMA S. 95 f.

<sup>1a</sup> Warenkauf Bd. I, S. 59.

<sup>2</sup> Vgl. FISCHER, Handelsusanz S 18; DEPARADE S. 57; RAISER AGB S. 83.

geartet. Es ist denkbar, daß zuerst eine Regel formuliert wird und erst später durch ihre dauernde Anwendung ein Brauch entsteht. Wenn in A. Hausbesitzer und Mieter einen Mustervertrag vorbereiten und darin ohne Rücksicht auf bisherige Übung eine Klausel im vorgenannten Sinne aufnehmen, so ist auch das eine Regel. Es handelt sich aber noch nicht um eine Ist-Regel, sondern um ein bloßes Gedankengebilde. Durch dauernde Verwendung wird es zum Brauch<sup>3</sup> im Sinne einer Ist-Regel.

Der Begriff des Brauches wird in neuerer Zeit noch in einem dritten Sinne als *Norm* verstanden. Danach beruft das Gesetz mit der Verweisung auf Verkehrssitten nicht soziale Fakten, sondern verbindliche Verhaltensregeln. Verkehrssitten sind also Sozialnormen, die von einer gemeinsamen Pflichtvorstellung der Angehörigen einer Gruppe von Rechtsgenossen getragen sind.

55. Da bloße Vorgänge keine juristischen Entscheidungsgrundlagen abgeben, kann die gesetzliche Verweisung auf Verkehrssitten nur Regeln oder Normen meinen. Die tatsächlichen Vorgänge bilden ihr Entstehungs- und Ausgangsmaterial.

Hinsichtlich der Bestimmung der Verkehrssitte als Regel oder Norm muß zuerst ein häufiges Mißverständnis beseitigt werden. In der modernen Vertragslehre wird als normativ oft bezeichnet, was nicht auf den Willen der Parteien zurückgeführt werden kann, aber dennoch nach dem Vertragsrecht Bestandteil eines Vertrages ist. In diesem Sinne wird von normativen Verkehrssitten<sup>4</sup> hinsichtlich etwaiger Nebenpflichten gesprochen, über die keine Parteiabreden vorliegen. Teilweise wird die gesamte *typisierende Auslegung* als *Anwendung normativer Verkehrssitten* bezeichnet.<sup>5</sup> Normativ ist in solchen Fällen ihre Wirkung gegenüber den Vertragspartnern: sie werden *lex contractus*.<sup>6</sup> Daraus ergibt sich jedoch nicht, daß die Verkehrssitte selbst eine Norm ist. Werden durch individuell ergänzende Auslegung eines atypischen Vertrages dem Vertragskonzept

<sup>3</sup> Vgl. LABAND, ZHR 1872, 483. Wegen der Frage, ob Verkehrssitten nur festgestellt werden können oder auch auslegbar sind, hat die Unterscheidung praktische Bedeutung; bei einer vorformulierten Regel muß der Richter die übliche Verwendung feststellen und gegebenenfalls auslegen. Im anderen Fall muß er hypothetisch die Regel im Beweisbeschluß vorformulieren. Es kann sich also nicht um Auslegung handeln. Instrukтив Handelsgericht Wien als Vorinstanz zu östOGH v. 27. 9. 1927 = SZ 1927, 238. Zum Auslegungsproblem vgl. unten Nr. 138.

<sup>4</sup> Aus der umfangreichen Literatur und Rechtsprechung vgl. etwa RAISER, AGB S. 84; OERTMANN, Verkehrssitte S. 28, 33; PACHE S. 128 ff.; PIOTET, ZSR NF 80, I, 395; GENOVESE, condizioni S. 370 f.; BARBERO, Contratto-tipo S. 214; LEBRUN, Coutume S. 314; BOULANGER, Mélanges Frédéricq Bd. I, S. 212 f.; SCHOLTEN-ASSER A. D. Bd. I, S. 155; App. Rouen v. 17. 10. 1958 = Dr. marit. 1959, 157; Cass. it. v. 30. 10. 1959 Nr. 3177 = Foro it. rep. 1959 obbl. 83; Kass.Gericht Zürich v. 25. 11. 1912 = schwJZ 1912/13, 373; Trib. comm. Brügge v. 14. 6. 1952 = Rev. crit. jur. belge 1953, 41 ff.

<sup>5</sup> Vor allem DANZ, JhrJb. 1898, 391, 404; ders. Auslegung S. 118 ff. In Holland neuerdings PABBRUWE S. 114, 15 ff.

<sup>6</sup> So HOLLÄNDER Rvgl. HwB, Cif-Klausel I; kritisch zu DANZ vor allem GEISLER S. 48 f.

weitere Elemente hinzugefügt, so wirken auch sie den Parteien gegenüber normativ, ohne deshalb Normen zu sein.

Nicht das Verhältnis der Verkehrssitte zum Parteiwillen, sondern die Verweisungsnorm ist dafür maßgeblich, ob auf Regeln oder Normen Bezug genommen wird. Für den Code Civil hat sich im ersten Kapitel gezeigt, daß ein normatives Verständnis der usages unmittelbar zum Gewohnheitsrecht führt. Dieser Aspekt wird aber zurückgestellt. Hier genügt der Hinweis, daß aus methodischen Gründen eine solche Verlagerung des Themas unhaltbar ist.<sup>7</sup>

In Italien ist dagegen wenigstens teilweise eine gewisse Verselbständigung normativer *usi* auf einer mittleren Ebene verfochten worden.<sup>8</sup> Wie in Deutschland<sup>9</sup> wird der normative Charakter der Gebräuche jedoch meist nur verschwommen angedeutet. So soll etwa die Verkehrssitte eine von allgemeiner Überzeugung, von wirtschaftlicher Anschauung oder sozialem Verpflichtungsbewußtsein getragene Richtschnur sein. Die Rechtsprechung übernimmt diese Formeln durchwegs begründungslos und deshalb mögen zwei Beispiele genügen. Der BGH verlangt im Urteil vom 27. 10. 1951<sup>10</sup> eine von der Zustimmung der Beteiligten getragene Übung. OLG München vom 9. 12. 1955<sup>11</sup> setzt eine von allgemeiner Überzeugung getragene Übung voraus. Beide Entscheidungen lassen offen, in welchem Sinn dabei an Normen gedacht ist. Für den BGH ergibt sich die erforderliche Zustimmung offenkundig bereits aus der Tatsache der Übung. Für OLG München kommt das Fehlen der Überzeugung schon im Fehlen eines einheitlichen Verhaltens der beteiligten Kreise zum Ausdruck. Der Normcharakter der Gebräuche bleibt in beiden Entscheidungen schemenhaft und unergiebig.

Wenn dennoch Verkehrssitten immer wieder als Normen qualifiziert werden, so liegt ein Grund dafür in § 346 HGB. Danach soll die Verweisung auf Normen beschränkt sein, weil das Gesetz von „geltenden“ Handelsgebräuchen spricht<sup>12</sup>: Gelten können aber nur Normen. Diese zunächst schlüssige Folgerung geht indessen aus historischen Gründen zu weit. § 346 HGB wurde diskussionslos aus § 279 des AHGB übernommen. Die Gesetzesfassung entstammt also einer Zeit in der ein Normbegriff im heutigen Sinne noch nicht voll entwickelt war. Insbesondere trennt man damals noch nicht zwischen Regel und Norm.<sup>13</sup> Dem Ge-

---

<sup>7</sup> vgl. Näheres unten Nr. 122.

<sup>8</sup> MESSINEO, *Encicl. dir.* Bd. IX *contratto* (*dir. civ.*) Nr. 94 B, E; ASQUINI, *Riv. dir. comm.* 1950, II, 444; Trib. Venezia v. 9. 1. 1952 = *Foro pad.* 1952, I, 974 ff.; unklar TORRENTE, *Manuale* S. 13.

<sup>9</sup> STAUDINGER-WEBER *Rdz.* A 148 zu § 242 BGB; PFENNINGER S. 8, 22; LIMBACH, *Hirsch Festschr.* S. 88; WAGNER *NJW* 1969, 1282 f.; OERTMANN, *Verkehrssitte* S. 25 f.; DANZ, *JherJb.* 1898, 460 f.; ders. *Auslegung* S. 128; EHRENBERG *HGB* Bd. I, S. 275 (*disp. Recht angenähert*); RAISER, *AGB* S. 85, 158. Vgl. aber auch GOLDSCHMIT *Anm.* 6 zu § 346 HGB und *RG* v. 10. 1. 1925 = *RGZ* 110, 47 f. (*Rechtsüberzeugung*).

<sup>10</sup> *NJW* 1952, 257.

<sup>11</sup> *NJW* 1956, 595

<sup>12</sup> LIMBACH, *Hirsch Festschr.* S. 85; WAGNER *NJW* 1969, 1283.

<sup>13</sup> Vgl. zu dieser der allgemeinen Rechtslehre angehörenden Frage unten Nr. 197.

setzgeber kann folglich nicht unterstellt werden, daß die Formulierung „geltende Gebräuche“ Normen ansprechen sollte.

Über mehrere dogmatisch nicht eindeutig differenzierbare Zwischenstufen haben es freilich auch sachliche Gründe erleichtert, Verkehrssitten als Normen zu betrachten. Einen gewissen Einfluß hatte die Entwicklung allgemeiner Geschäftsbedingungen.<sup>14</sup> Die Erfahrung dieser immer mehr um sich greifenden gesellschaftlichen „Normschöpfungen“ verhalf der These zum Durchbruch, daß der Gesetzgeber, indem er auf Verkehrssitten verwies, den sozialen Geltungswillen rechtlich relevant machen wollte. Erst der soziale Geltungswille erschien als ausreichendes Kriterium, ob der Brauch rechtserheblichen Inhalt, bzw. in der treffenden italienischen Terminologie, ein *criterio di giuridicità*<sup>15</sup> aufweist. Indessen haften dieser Betrachtungsweise so wesentliche Mängel an, daß man sich ihr verschließen muß. Abgesehen davon, daß der soziale Geltungswille eben doch wieder zum Gewohnheitsrecht zurückführt<sup>16</sup> oder kaum greifbar ist,<sup>17</sup> ist die Bedeutung des normativen Wollens nicht klar. Ob ein Brauch nach seinem Inhalt rechtlich relevant und im Einzelfall anzuwenden ist, ergibt sich aus der positiven Vertragsordnung.<sup>18</sup> Den Geltungswillen einer sozialen Gruppe braucht man dafür nicht.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Zunächst spricht z. B. RG v. 13. 12. 1912 = RGZ 81, 117 von „allgemeiner Geltung“ der AGB, meint aber damit nur die allgemeine Verwendung. Wenn daraus später ein normatives Gelten abgeleitet wurde, so geschah das einerseits, weil unbesehen oder aus ideologischen Gründen die tatsächliche Perspektive verrechtlicht wurde, etwa bei HERSCHEL, DR 1942, 754 und BERNARDT, DR 1942, 1172; vgl. auch BRANDNER, AcP 1963, 249 m.w.N.; Andererseits wurde nicht sorgfältig genug zwischen AGB *mit* und *ohne* staatliche Verbindlichkeitserklärung unterschieden, vgl. MÜLLEREISERT, DGWR 1942, 112 f. Beide Fehler dürfen als überwunden gelten, vgl. etwa LG Aachen v. 13. 7. 1951 = NJW 1952, 625, Anm. RAISER; LUKES, NJW 1963, 1898 f.; STOLDT, MDR 1951, 142. Daneben steht heute verbreitet eine soziologisch gefärbte Rechtsquellenlehre. Von Wirtschaftsverbänden formulierte AGB sollen danach selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft sein, vgl. etwa BGH v. 28. 2. 1952 = BGHZ 6, 374 ff.; v. 18. 11. 1952 = BGHZ 8, 56. Vgl. auch KG v. 22. 10. 1949 = SJZ 1950, 666 f. Werden solche AGB üblich, so liegt es nahe, sie als normative Verkehrssitten oder autonom geltende Gewohnheiten zu bezeichnen. So etwa in der ausländischen Literatur Cass. fr. v. 3. 7. 1952 = Bull. Cass. 1952, III, 414; CAMERLYNCK-LYON-CAEN S. 54; Trib. comm. Anvers v. 9. 9. 1940 = Jur. Anv. 1940, 258 ff.; KAMPHUISEN S. 113 ff. Bei KAHN, Vente S. 32 zeigt sich, daß im internationalen Bereich diese Auffassung zur Lehre vom autonomen Gewohnheitsrecht des Welthandels führt. Näheres dazu unten, Nr. 200.

<sup>15</sup> DE LONGHI, Riv. dir. comm. 1947, II, 357; DAVID S. 18.

<sup>16</sup> Vor allem folgt das aus dem parallel laufenden Bedürfnis der Gewohnheitsrechtslehre, den Begriff der *opinio iuris* weit auszudehnen, weil er nur so annähernd verwendet wird, vgl. Nr. 194.

<sup>17</sup> Kennzeichnend W. DAVID S. 18 (rechtsphilosophische Frage), S. 19 (gefühlsmäßig zu empfinden), S. 25 (als nützlich und notwendig empfunden), S. 30 (Macht der Tatsachen).

<sup>18</sup> Andeutungsweise JULLIOT DE LA MORANDIÈRE-RODIÈRE-HOUIN Bd. I, S. 10; RAISER, SJZ 1950, 669. So verlangt bezeichnenderweise BGH v. 18. 11. 1952 = BGHZ 8, 56 trotz normativen Gehalts der AVB noch eine Unterwerfung der Partner.

<sup>19</sup> Vgl. dazu die Einwände von FISCHER, Handelsusanz S. 12 gegen PFENNINGER. Tat-

Auf der anderen Seite kann der Geltungswille den Mangel eines rechtserheblichen Inhalts nicht ersetzen. Wenn eine Rechtsordnung bestimmte Verhaltensformen des sozialen Lebens unbeachtet läßt, so können sich beliebig als normativ empfundene Bräuche entwickeln. Sie sind dann zwar soziologisch existent und werden möglicherweise auch gesellschaftlich oder moralisch für verbindlich gehalten, üben aber deswegen noch keine rechtliche Wirkung aus.<sup>20</sup>

Da Handelsgebräuche und Verkehrssitten ihre rechtliche Wirksamkeit dem positiven Vertragsrecht selbst verdanken und keines eigenen Normwertes bedürfen, erledigt sich auch ein weiteres in diese Richtung zielendes Argument. So wird davon gesprochen, daß der Staat in Verweisungsnormen wie § 346 HGB, §§ 157 und 242 BGB in gewissem Umfang seine Regulierungsaufgabe anderen sozialen Ordnungsgefügen übertragen habe. Aus den Verweisungsnormen wird eine Delegation zur Normsetzung entnommen.<sup>21</sup>

Es sei davon abgesehen, ob es zulässig ist, materielle Verweisungsnormen auf außerrechtliche Tatbestände in Delegationsnormen umzudeuten. Unbedenklich ist ein solches Verfahren nicht. Vor allem aber bleibt die Delegationstheorie einige grundsätzliche Erläuterungen schuldig: Erstens wird nicht erklärt, um welche Art von Delegation es sich handeln soll.<sup>22</sup> Zweitens wird die Bestimmung des Normcharakters umgangen: es sollen zwar keine Rechtsnormen, aber doch Normen mit rechtlichem Gehalt sein.<sup>23</sup> Drittens wird nicht erläutert, weshalb diese außer-gesetzliche Normsetzung ausgerechnet die Gestalt eines Brauches annehmen muß. Um Normen zu setzen braucht eine soziale Gemeinschaft keine tatsächliche Übung.

56. Aus der Erkenntnis des letztgenannten Gesichtspunktes hat OERTMANN die allein folgerichtige Konsequenz gezogen und das Vorliegen einer tatsächlichen Übung für überflüssig erklärt.<sup>24</sup> Der Preis ist eine *Vermengung von Verkehrssitten, Nützlichkeitsabwägungen, Verkehrsanschauungen und sozialmoralischen*

sächlich sind die Ausführungen von PFENNINGER nicht klar. Er behauptet S. 8, daß Verkehrssitten Normen seien. S. 22 reduziert er den Normbegriff auf bloße „Einladungen“, die nach S. 19 f. vertragsrechtlich durch Unterwerfung der Partner wirksam werden. FISCHERS Einwände treffen in gleicher Weise OERTMANN, Verkehrssitte S. 28, der „Sitte oder Recht“ über die Anwendbarkeit entscheiden läßt, sowie WAGNER NJW 1969, 1182, der aus den Anwendungsvoraussetzungen eines Handelsbrauches nach § 346 HGB Entstehungskriterien macht.

<sup>20</sup> Damit entscheidet nicht der Normwert, sondern der Inhalt über die Rechtserheblichkeit, vgl. insbesondere DE RUGGIERO, Istituzioni Bd. I, S. 11 f. Von seinem Ausgangspunkt inkonsequent W. DAVID S. 22 (aber S. 28!).

<sup>21</sup> LIMBACH, Hirsch Festschr. S. 87; parallel in Italien etwa MORI-CHECCUCCI S. 90 ff. Näheres zum Delegationsbegriff Nr. 200 f. über die Verbindlichkeit von Gewohnheitsrecht.

<sup>22</sup> Vgl. HERSCHEL, NJW 1968, 619 f.

<sup>23</sup> So auch GENOVESE, Condizioni S. 366 f. gegen die Ausführungen von ASQUINI, Riv. dir. comm. 1950, II, 444.

<sup>24</sup> Verkehrssitte S. 25 f., 438, 366, 371.

*Normen.*<sup>25</sup> In der Praxis hat das zur Folge, daß die Nachprüfbarkeit erschwert und gelegentlich die Urteilsfindung in eine falsche Richtung gelenkt wird. Aus dem Vertragsrecht können das folgende Beispiele illustrieren:

Ein Verkäufer verlangte nach italienischem Recht wegen nicht termingerechter Abnahme Vertragsauflösung. Diese setzte nach dem Cc. it. von 1865 Wesentlichkeit des Termins voraus. Der Verkäufer legte dem Gericht ein Attest des Consiglio provinciale dell'economia vor, der als einen uso bestätigte: „il termine fissato è sempre essenziale“. Statt eines uso wurde damit die Rechtsauffassung des Wirtschaftsrates der Entscheidung zugrundegelegt, ist es doch eine reine Rechtsfrage, ob etwas wesentlich ist.<sup>26</sup>

Die Handelskammer Berlin wurde um ein Gutachten über die übliche Bedeutung des Begriffes Kundenschutz bei der Hypothekermaklerei gebeten. Sie nahm ins Gutachten zugleich eine Stellungnahme zu den rechtlichen Auswirkungen des gewährten Kundenschutzes auf.<sup>27</sup>

Ein Maler „verkaufte“ seine künftige Gesamtproduktion gegen monatliches Entgelt an einen Kunsthändler, der sich seinerseits zur monatlichen Abnahme von 15 Bildern und zur Veranstaltung einer Ausstellung verpflichtete. Der Vertrag enthielt weitere den Maler schwer belastende Klauseln. Die Cour d'Appel Paris v. 15. 11. 1966<sup>28</sup> erklärte daraufhin den Vertrag mangels cause für nichtig, weil er einseitig den Kunsthändler begünstigte: „d'après les usages . . . il (der Händler) s'oblige à fournir les moyens de développer et faire connaitre son (des Malers) talent“. Usages sollen also das Urteil tragen, obwohl Exklusivverträge über die Produktion eines Künstlers im gegenwärtigen französischen Kunsthandel Ausnahmerecheinungen sind. Den eigentlichen Grund für die Nichtigkeitserklärung zeigt CORNU,<sup>29</sup> wenn er auf den Auftrag des Richters hinweist, „de briser les abus de domination“. Sittenwidriges Verhalten (Knebelungsvertrag) und nicht Abweichen von einem Sozialtypus war hier der Maßstab. Die Berufung auf den usage verschleierte das rechtliche Problem.

Ein dankbares Feld versteckter Einführung von außerrechtlichen Entscheidungsmaßstäben, die in Wirklichkeit keine Verkehrssitten sind, ist das Wettbewerbsrecht:

Nach § 1 Abs. 2 Ziff. D Zugabe VO v. 9. 3. 1932 sind handelsübliches Zubehör und handelsübliche Nebenleistungen keine verbotene Zugabe. In einer hierzu ergangenen

<sup>25</sup> Vgl. etwa OERTMANN, Verkehrssitte S. 211, der das Rechtsbewußtsein des unbefangenen Beurteilers „(opinio iuris populi?)“ und die „volkswirtschaftliche Betrachtungsweise“ (opinio necessitatis?) zusammenzieht. Weiter STAUDINGER-COING Rdz. 11 a zu § 133 BGB (Auffassungen und Handhabungen); RG v. 30. 11. 1929 = RGZ 126, 327. Dazu RABEL, Warenkauf Bd. I, S. 57 f.

<sup>26</sup> Cass. it. v. 21. 1. 1930 = Giur. it. 1930, I, 1, 403 ff.; ähnl. OERTMANN, Verkehrssitte S. 431 zum Begriff der „wesentlichen“ Eigenschaft in § 119 Abs. 2 BGB. Zutreffend kritisiert NUSSBAUM, Arch. bürg. R. 1916, 152, daß hier der befragten Institution die Entscheidung von Rechtsfragen übertragen werde, was leider häufig geschehe. Typisch etwa die von KEYSNER, GruchBeitr. 1868, 580 zitierte Auskunft der Berliner Kaufmannschaft v. 23. 5. 1866; vgl. auch den von HOLLÄNDER, Rvgl. Handwb., Abladegeschäft A 2 geschilderten Fall.

<sup>27</sup> FEILCHENFELD, Gutachten Nr. 64. Das gleiche Verfahren der Kammer findet sich im Gutachten Nr. 66. Wegen der Gründe vgl. unten, Fußn. 95.

<sup>28</sup> D. 1967 J. 284 ff. (285).

<sup>29</sup> Rev. trim. civ. 1967, 189 f.; allerdings vermerkt CORNU selbst usage und équité.

Entscheidung des OLG Celle v. 20. 4. 1966<sup>30</sup> findet sich der Satz: „Auch neuartige und *erstmalige* Zugaben können handelsüblich sein, wenn sie nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Verkehrskreise vernünftigen kaufmännischen Gepflogenheiten entsprechen.“<sup>31</sup>

Art. 37 Ziff. 1 a der französischen Ordonnance Nr. 45–1483 i.d.F. des Décr. 58–545 v. 24. 6. 1958<sup>32</sup> läßt die Verweigerung eines Kaufabschlusses zu, wenn sie einem usage commercial entspricht. Die einschlägigen Gerichtsentscheidungen zeigen, daß bei dieser der Aufrechterhaltung eines freien Wettbewerbs dienenden Vorschrift nicht auf die Sozialtypik Bezug genommen werden kann. In der Entscheidung der Cour d'Appel Bordeaux v. 11. 7. 1960<sup>33</sup> ging es um die Weigerung eines Verkäufers, mit einem Wiederverkäufer in Vertragsbeziehungen zu bleiben, weil dieser sich unsauberer Praktiken des Kundenfangs bedient hatte. Das Urteil stützte sich ausschließlich auf Normen der Geschäftsmoral.<sup>34</sup> Auch in der Entscheidung der Cour de Cassation v. 11. 7. 1962<sup>35</sup> über die Weigerung eines Unternehmers, die für einen bestimmten Kundenkreis reservierte Ware einem Kaufwilligen zu veräußern, spielt die Angemessenheit und nicht Sozialtypik die entscheidende Rolle. Die Verwendung des Begriffes usage in Art. 37 des Dekretes ist daher äußerst mißverständlich, denn es wird noch zu zeigen sein, daß die Praxis in anderen Fällen deutlich usage und Sozialnorm trennt und trennen muß.<sup>36</sup>

Mag in Deutschland die sprachliche Ungenauigkeit des Begriffes Sitte eine gewisse Erklärung dafür abgeben, daß die gesetzliche Verweisung auf sozialtypische Vorgänge in eine Verweisung auf Sozialmoral und geschäftliche Vernünftigkeit umgeprägt wird, so ist das bei den Ausdrücken usage und pratique zunächst verwunderlich. Es wird nur verständlich, da sozialtypische Verhaltensweisen häufig entstehen, weil sich die Gesellschaftsmitglieder einem in der Gemeinschaft gegenwärtigen Verhaltenskodex oder der rechtlichen und technischen Entwick-

<sup>30</sup> NJW 1966, 1566; ähnlich App. Bruxelles v. 2. 6. 1961 = P. B. 1962, II, 184: die – sicher seltene – Eröffnung eines Privatmuseums in einem Haus, das schon ein Wachsfigurenkabinett beherbergte, verstöße nicht gegen „usages honnêtes“. Vgl. aber auch BGH v. 9. 10. 1968 = NJW 1969, 134 ff. (135), wo auf Handelsüblichkeit im Rahmen von § 1 ZugabeVO im Ergebnis verzichtet wird.

<sup>31</sup> Hier liegt offenbar unter dem Einfluß von § 1 UWG folgende Begriffskette vor: Verkehrssitten = gute Sitten = Anstandsgefühl der Allgemeinheit = Verkehrsanschauung, vgl. etwa LG Düsseldorf v. 16. 3. 1966 = NJW 1966, 2219 ff. Gerade für die ZugabeVO hatte aber BGH v. 13. 3. 1964 = NJW 1964, 1274 ff. festgestellt, daß eine derartige Gleichsetzung nicht möglich ist. Der BGH gelangte nur deshalb zum gleichen Ergebnis, weil er einen Fehler in der Formulierung annahm: nicht verkehrsbliche, sondern wirtschaftlich vernünftige Zugaben sollten gestattet werden, vgl. auch SCHLEGELBERGER Rdz. 5 zu § 346 HGB.

<sup>32</sup> D. 1958 L. 229.

<sup>33</sup> D. 1960 J. 584 (aus anderen Gründen kassiert am 13. 1. 1961 = D. 1961 J. 525).

<sup>34</sup> Vgl. GUYENOT, Anm. zu App. Paris v. 18. 11. 1964 = D. 1965 J. 792 ff. (796); vgl. auch die Analyse bei SERNA S. 94 ff.; zum Vergleich sei hingewiesen auf HR v. 8. 1. 1960 = NJ 1960, 415 zum schädigenden Wettbewerb durch Nachahmung eines Produktes.

<sup>35</sup> D. 1962 J. 497 ff. (501).

<sup>36</sup> Vor allem COSNARD, D. 1962, Chr. 240 ff. und RYZIGER, GP 1961, 2 doctr. 20 f. haben nachgewiesen, daß die Verwendung des Begriffes usage in Art. 37 aaO verfehlt ist. Vgl. auch BELKE S. 176 ff.

lung anpassen.<sup>37</sup> Norm, Regel und Übung werden so als synonym betrachtet,<sup>38</sup> wobei verkannt wird, daß das Gesetz eben nicht auf den möglicherweise zugrundeliegenden Verhaltenskodex, sondern den Brauch verweist. Diese Verwechslung führt die Gerichte zunächst in eine an objektiven Kriterien nicht meßbare *Moralisierung der Sozialtypik*.<sup>39</sup> Sie enthält weiter die Gefahr, daß der Richter auf an sich erforderliche Beweiserhebungen verzichtet und als Verkehrssitten ausgibt, was einzelne Kreise oder Interessengruppen<sup>40</sup> oder er selbst<sup>41</sup> für vernünftig und wünschenswert halten.<sup>42</sup>

Nicht zu unterschätzen sind die Nebenwirkungen dieser Identifizierung von Verkehrssitten und Normen einer *mittleren Verhaltensmoral* oder *geschäftlichen Vernünftigkeit*. Ihnen weist das Gesetz Aufgaben zu, die sich nicht immer mit denen der Verkehrssitten decken.<sup>43</sup> Wenn Art. 1137 Code Civil auf die Sorgfalt eines bon père de famille verweist und das BGB als Verschulden das Unterlassen der *verkehrserforderlichen* und nicht etwa *üblichen Sorgfalt* betrachtet, so ist das alles andere als eine Verweisung auf Verkehrstypik,<sup>44</sup> mögen sie auch im Einzel-

<sup>37</sup> FISCHER, Handelsusanz S. 46.

<sup>38</sup> Vgl. BETTI, *Negozi giuridico* S. 349 f. (aber auch S. 101); ähnlich MIRABELLI, *Contratti* Anm. 6 zu Art. 1362–1371 Cc. S. 213 und CARNELUTTI, *Teoria* S. 288; ROUBIER, *Arch. phil. dr.* 1957, 49ff. besonders für wettbewerbsrechtliche Fragen; FLUME AT Bd. II, S. 313; LANGE S. 44. Unklar TUNC, *Mélanges Ripert* Bd. II, S. 154, wonach nur das Verhalten eines „bon professionnel“ zu berücksichtigen ist.

<sup>39</sup> Diese Gefahr ist bisher deutlich nur von FISCHER, *Handelsusanz* S. 47 erkannt worden.

<sup>40</sup> So die von SCHREIBER, *Handelsbräuche* S. 22 geschilderte frühere Praxis der HK Berlin und DOVE, *JW* 1916, 370.

<sup>41</sup> Zutreffend daher östOGH v. 28. 4. 1905 = GIU NF 3038. Bedenklich jedoch z. B. die Haltung der Vorinstanz in Cass. fr. v. 15. 7. 1913 = S. 1918/19, I, 140. Mit Hilfe von Verkehrssitten werden sogar Auseinandersetzungen zwischen verschiedenen Gerichtsinstanzen geführt: Am 16. 4. 1929 verurteilte der Cons. Prud'h. Marseille einen Arbeitgeber kraft *équité* zu Lohnerhöhung wegen gestiegener Lebenshaltungskosten. Am 29. 7. 1929 wurde die Entscheidung kassiert, weil *équité* eine Vertragsklausel nicht umformen könne, G. P. 1930, I, 681. Am 23. 9. 1930 verurteilte der Cons. Prud'h. den Arbeitgeber erneut, indem er die strittige Vertragsklausel kraft eines „usage“ auslegte, G. P. 1930, II, 981. Der *usage*, über den kein Beweis erhoben worden war, diene nur dazu, die Entscheidung kassationssicher zu machen.

<sup>42</sup> Entsprechend Cass. fr. v. 29. 10. 1930 = G. P. 1930, II, 655; v. 15. 1. 1812 = S. 1812, I, 114 (lehrreicher Fall); Kantongerecht Zwolle v. 6. 6. 1950 = NJ 1950, 817; Obergericht Thurgau v. 29. 1. 1920 = schwJZ 18, 131; wohl auch östOGH v. 13. 2. 1957 = JBl. 1957, 563 und v. 15. 7. 1953 = SZ 1953, 193; BGH v. 3. 2. 1967 = MDR 1967 482 f. Umgekehrt kann freilich eine Verkehrssitte nicht für unbeachtlich erklärt werden, weil sie auf eine „regola di cortesia“ zurückgeht, vgl. Cass. it. v. 23. 3. 1959 Nr. 894 = Temi 1959, 217.

<sup>43</sup> Vgl. HAEMMERLE, *Handelsrecht* Bd. I, S. 20 f. (Ziff. III).

<sup>44</sup> Vgl. dazu WEYL, *Verschuldensbegriff* S. 103, 275; LARENZ, *Methodenlehre* (2), S. 437 f. und DABIN, *Ann. dr. sc. pol.* Bd. IV, 153 (standards and directives), sowie die Definition des *buon costume* in Cass. it. v. 15. 2. 1960 Nr. 234 = Giust. civ. 1960, I, 961 ff.; RG v. 1. 6. 1904 = RGZ 58, 217; v. 11. 4. 1901 = RGZ 48, 125.

fall gleichlaufen. Werden aber Sozialtypik und Anschauung vom Richtigen oder Erforderlichen auf der einen Seite verwischt, so liegt es nahe, auf der anderen Seite ebenso zu verfahren und den Maßstab des Richtigen und Erforderlichen durch Typisches zu ersetzen.<sup>45</sup> Vor allem bei Vorschriften wie §§ 157, 242 BGB muß sich ein solches Verfahren nachteilig auswirken. Es führt zu Formulierungen, wie sie KISS aufgestellt hat: „Das Prinzip von Treu und Glauben . . . ist im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches nichts anderes als eine ausdrückliche Hinweisung auf die Verkehrsusancen.“<sup>46</sup> So wäre also ein Vertrag auszulegen, wie es Verkehrssitten mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern.

*Anschauung und Brauch sind folglich zu trennen.* Beim Brauch handelt es sich nicht um Normen, sondern um Ist-Regeln, die aus tatsächlichen Übungen bei Geschäftsvorgängen vergleichbarer Art abgeleitet werden.<sup>47</sup> In diesem Sinne äußert sich auch der DIHT in seinem „Merkblatt über die Feststellung von Handelsbräuchen“ Ziff. II.1.

57. Von einigen älteren Äußerungen abgesehen, werden heute in Deutschland unter Verkehrssitte und Handelsbrauch nur *allgemeine Verkehrsregeln* verstanden. Im romanischen Bereich verhält es sich dagegen auch weiterhin etwas anders. Nun unterliegt aber, was hier vorerst als gegeben unterstellt werden muß, die Verwendung allgemeiner Gebräuche nicht den für *individuelle Übungen* geltenden Maßstäben. Deshalb ist die Frage, ob die Verweisungsvorschriften überhaupt einen vergleichbaren Charakter besitzen, von grundsätzlicher Bedeutung.

In den einleitenden Kapiteln konnte gezeigt werden, daß der Verzicht auf eine genauere Analyse der Begriffe *usage* und *clause d'usage* maßgeblich unter willenstheoretischem Einfluß stand. Diese Beobachtung wird durch die wenigen in gleiche Richtung zielenden deutschen Stimmen bestätigt.<sup>48</sup>

Soll der Brauch lediglich Ausdruck des Parteiwillens sein, dann ist es eine von

<sup>45</sup> Vgl. etwa DUROUDIER-KÜHLEWEIN, Rev. trim. comm. 1956, 34; Cass. fr. v. 24. 10. 1928 = S. 1929, I, 19; MAZEAUD-TUNC Bd. I, S. 98 ff.; PERREAU, Rev. trim. civ. 1914, 495: „Aussi n'avez vous un droit à indemnité contre qui vous cause un dommage s'il s'appuie sur un usage“. Der usage schaffe eine „zone protectrice“ zugunsten des Täters, S. 499.

<sup>46</sup> JherJb. 1911, 470.

<sup>47</sup> Etwa LARENZ AT S. 348; SCHLEGELBERGER Rdz. 1, 4 zu § 346 HGB; GIERKE, Handelsrecht S. 23; Motive BGB Bd. I, S. 10; RG v. 1. 4. 1919 = Warn 1919 Nr. 131; v. 19. 5. 1926 = RGZ 114, 12; BGH v. 27. 10. 1951 = NJW 1952, 257; v. 16. 5. 1956 = BB 1956, 868. Legaldefinition Art. 13 Abs. 1 VertragsabschlG; PAVONE LA ROSA, Encicl. dir. Bd. IX Consuetudine Ziff. f. Nr. 14; REICHEL, Richterspruch S. 99; BG v. 27. 5. 1931 = BGE 57, II, 320.

<sup>48</sup> Z. B. Kommissionsbericht zum HGB, Materialien S. 257. Anders schon die h. M. zu Art. 279 AdHGB, vgl. THÖL Bd. I, S. 392 und v. HAHN AdHGB § 2 zu Art. 279. Meint das Gesetz individuelle Übungen, so bezeichnet es sie als solche. Vgl. z. B. § 37 VVG, dazu SCHNEIDER JherJb. 1911, 392. Unklar OERTMANN, Verkehrssitte S. 84 f.; DANZ, JherJb 1898, 402, 418, 422 (vgl. aber ders. Auslegung S. 124); RG v. 23. 3. 1921 = RGZ 102, 41.

den Umständen des Einzelfalles abhängige Tatfrage, ob auch individuelle Übungen der Vertragsparteien oder nur Kollektivübungen zu beachten sind. Als übersteigerte Konsequenz des Willensprinzips wird sogar behauptet, daß von der Verweisung auf Gebräuche nur das individuelle Geschäftsgebaren der jeweiligen Vertragspartner betroffen wird.<sup>49</sup> Damit bildet diese Lehre einen direkten Gegenpol zu der abgelehnten Theorie der normativen Verkehrssitte. Sie teilt, wenn auch in entgegengesetzter Richtung deren Irrtum, aus Anwendungsvoraussetzungen den Begriff der Verkehrssitte ableiten zu wollen.<sup>50</sup>

Die normative Theorie neigte dazu, das Erfordernis tatsächlicher Übung in einen unbestimmten Normbegriff aufzulösen. Dagegen werden hier die Ermittlungen über das Bestehen des Brauches vernachlässigt, weil allein der Wille maßgeblich ist. So verurteilte das Trib. civ. Seine am 3. 8. 1899<sup>51</sup> einen Konzertunternehmer dazu, dem für eine Tournée engagierten Violinisten einen Begleiter am Flügel zu besorgen, weil das kraft d'usage gewollt sei. Es spricht für sich, daß die Richter keinen Beweis über dessen Existenz erhoben, sondern sich mit einem einseitigen Parteivortrag begnügten.

Auch wenn sich der Begriff der Verkehrssitte aus ihren Anwendungsvoraussetzungen nicht ableiten läßt, kann der Gesetzgeber zugleich oder sogar ausschließlich individuelle Geschäftsgebräuche gemeint haben.<sup>52</sup> Indessen ist, sieht man von der Willentheorie ab, weder hinsichtlich der §§ 157, 242 BGB und § 346 HGB noch der einschlägigen Vorschriften des Cc.fr. eine solche These jemals aufgestellt worden.<sup>53</sup> Deshalb kann auch der in Italien um Art. 1340 Cc.it. geführte Streit kurz abgetan werden. Die Vorschrift ist aus Art. 1160 Cc.fr. hervorgegangen, ohne daß die Gesetzesverfasser den Begriff der *clausola d'uso* veränderten. Historisch ist daher die Behauptung, es handle sich um individuell übliche Klauseln, nicht zu begründen. Die bloße Tatsache, daß Art. 1340 systematisch anders eingeordnet wurde, ist formal und kein ausreichendes Argument.<sup>54</sup>

Teleologisch betrachtet ist die Qualifizierung der *clausola d'uso* als individuell üblicher Geschäftsklauseln unergiebig. Da eine lediglich systematische Umstellung

<sup>49</sup> LA LUMIA, Riv. dir. comm. 1912, 603 f.; in der neueren holländischen Rechtsprechung alleinstehend Hof Arnhem v. 2. 3. 1955 = NJ 1955, 517; in der Literatur PABBRUWE S. 117.

<sup>50</sup> Richtig analysiert in Cass. fr. v. 8. 2. 1899 = S. 1900, I, 171. Vgl. auch VALÉRY, Rev. crit. lég. jur. 1914/24, 424.

<sup>51</sup> D. P. 1902, II, 386.

<sup>52</sup> So z. B. nach dem Sinnzusammenhang Ctrav. fr. Livre II Art. 54 Abs. IX hinsichtlich einer individuellen Übung in Gestalt der Betriebsübung. Vgl. Cass. fr. v. 30. 7. 1948 = Bull. Cass. 1948 soc. 829. Näheres zu Betriebsübungen Nr. 75. Deutlich unterscheiden Art. 9 Abs. 1 intKaufG und Art. 13 VertragsabschlG zwischen Verkehrssitten und individuellen Gepflogenheiten.

<sup>53</sup> Vgl. Motifs, PRÉAMENEU S. 429 (Zitat nach GRASSETTI, Interpretazione S. 36, Fußn. 71); App. Paris v. 22. 3. 1961 = Dr. marit. 1961, 416 ff. (419).

<sup>54</sup> Ohne sachliche Begründung GRASSETTI, Interpretazione S. 123; CATAUDELLA S. 152 ff.; vor allem aber GENOVESE, Condizioni S. 372 und Riv. trim. dir. proc. civ. 1950, 377.

an der Funktion einer Vorschrift nichts ändern kann, wird Art. 1340 Cc.it. auch heute noch als Auslegungsregel angewandt.<sup>55</sup> Wenn daher *clause d'uso* nur die im Verkehr der jeweiligen Vertragspartner entwickelten Klauseln sind, muß die Vorschrift mit Art. 1362 Abs. 2 Cc.it. in Konflikt geraten und überflüssig werden.<sup>56</sup> Dort wird bereits auf das individuelle Verhalten der Vertragspartner, den *comportamento delle parti*, als Auslegungsmaßstab verwiesen.

Die Bezugnahme des Art. 1362 Cc.it. auf individuelles Verhalten der Parteien schließt ihre Gepflogenheiten beim Abschluß früherer Verträge ein. Es umfaßt daher auch die zwischen ihnen schon früher bei anderer Gelegenheit entwickelten Geschäftsklauseln.<sup>57</sup> Wenn GENOVESE<sup>58</sup> Art. 1362 Abs. 2 Cc.it. nur auf das Verhalten der Parteien bezieht, so ist das zu Recht auf die schon geschilderte Kritik von MOSCO<sup>59</sup> gestoßen. Bei Abschluß wiederkehrender Geschäfte zwischen den gleichen Parteien ist häufig nicht auszumachen, ob sich gewisse Klauseln auf den einen oder anderen Vertrag beziehen. Hier versagt schon aus tatsächlichen Gründen die Beschränkung des Art. 1362 Abs. 2 auf das laufende Geschäft. Sie versagt außerdem, wie das folgende Beispiel zeigt, wenn der auszuliegende Vertrag seiner Struktur nach mit Verträgen korrespondiert, die einer der Vertragspartner mit Dritten geschlossen hat:

Der Eigentümer eines großen Rentenhauses schließt mit verschiedenen Mietwilligen unter Verwendung eines vordruckten Formulars Mietverträge ab. In einigen Verträgen ist neben gleichartigen Zusätzen auch die Klausel angefügt, daß der Vermieter die Treppenhausreinigung aus dem Mietzins bestreitet. Es stellt sich weiter heraus, daß in anderen Verträgen diese Klausel vergessen worden ist, aber der Vermieter entsprechend verfährt. Eines Tages wird ein weiterer Vertrag geschlossen und wieder die entsprechende Klausel vergessen. Die Parteien streiten darüber, ob der Mieter anteilig die Reinigungskosten tragen muß, oder ob sie im Mietpreis inbegriffen sind. Nimmt man hier an, daß Art. 1362 Abs. 2 Cc. it. nur das auf den Vertrag abzielende Verhalten der Parteien und Art. 1340 Cc. it. nur die zwischen ihnen bei früherer Gelegenheit üblich gewordene Klausel zu berücksichtigen erlaubt, so gerät man in Bedrängnis. Ein gerade auf den auszuliegenden Vertrag bezogenes Verhalten ist nicht vorhanden. Mangels früherer Vertragsbeziehungen konnte sich zwischen den Parteien eine einschlägige *clausola d'uso* nicht entwickeln. Dennoch ist es widersinnig, das Verhalten des Vermieters oder die in den anderen Verträgen enthaltenen Klauseln außer Acht zu lassen. Es ist immerhin zu bedenken, daß der Vermieter durch die Verwendung des gleichen Formulars und eventuelle gleichartige Zusätze und Streichungen deutlich gemacht hat: Es wird ein Vertrag abgeschlossen, wie er mit den übrigen Mietern geschlossen wurde. Die gleichartige Struktur der Mietverträge zeigt, daß sie in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen.

<sup>55</sup> Unergiebig ist der gegenteilige formale Gedanke von CATAUDELLA S. 163 ff. (167), daß Art. 1340 Cc. it. nur die *formazione del contratto* betreffe.

<sup>56</sup> Zutreffend ASQUINI, Riv. dir. comm. 1944, I, 74; GHIRON in D'Amelio-Finzi Bd. I, Anm. 1 zu Art. 1368; SPAGNUOLO-VIGARITA S. 187 ff. (190); Ziccardi, Riv. dir. proc. civ. 1969, 166.

<sup>57</sup> Vgl. auch die Differenzierung in Art. 7 Abs. 2 Entwurf des intGültigG.

<sup>58</sup> Condizioni S. 375 f.

<sup>59</sup> II. Kap. Fußn. 82.

Die restriktive Betrachtung des Art. 1362 Abs. 2 Cc.it. isoliert den einzelnen Vertrag. Sie wirkt konstruiert und wird der Tatsache nicht gerecht, daß das Verhalten der Parteien von den wirtschaftlichen Zusammenhängen beherrscht wird, in denen der einzelne Vertrag steht. Zutreffend hat die Rechtsprechung eine solche isolierte Betrachtungsweise abgelehnt.<sup>60</sup> Damit behält andererseits auch Art. 1340 Cc.it. einen hermeneutischen Sinn nur dann, wenn er in seiner herkömmlichen Bedeutung als Verweisung auf allgemein verkehrsübliche Klauseln verstanden wird.

Als Ergebnis bleibt, daß sich die Verweisungen des italienischen und französischen Rechts parallel zu den Verweisungen im deutschen Recht nicht auf individuelle Geschäftsübungen, sondern auf Regeln des allgemeinen Verhaltens beziehen.<sup>61</sup>

## § 2. Entstehung von Verkehrssitten aus allgemeinen Übungen

### I. Eigenschaften einer Übung

58. Verkehrssitten sind als tatsächliche Übung ein soziales Geschehen, d. h. gesellschaftliche Vorgänge. Da besonders der Code Civil dafür mehrere Ausdrücke verwendet, ist versucht worden, auch die tatsächlichen Übungen nach äußeren Erscheinungsformen zu kategorisieren und jeweils einem der Gesetzesbegriffe einen Typ zuzuordnen.

Vor allem BALOSSINI hat von dieser Voraussetzung aus *mero comportamento* bei der *pratica* des Art. 1368 Cc.it., *reiterazione contrattuale* bei den *clausole d'uso* des Art. 1340 Cc.it. und *reiterazione di atti giuridici unilaterali assentiti* bei den *usi* des Art. 1374 Cc.it. unterschieden.<sup>62</sup> Ein *einseitiger Rechtsakt*, der durch Zustimmung zum *uso* wird, soll etwa die Belastung des Käufers mit den Verpackungskosten sein: Der Verkäufer berechnet sie auch ohne vorherige vertragliche Abrede, der Käufer zahlt anstandslos.<sup>63</sup> Der einseitige Rechtsakt liegt in der Erhebung der Forderung, die Zustimmung in der Zahlung. Natürlich kann eine derartige Regelung der Käuferpflichten auch Gegenstand einer *Vertragsklausel* sein. Aber sie ist eine solche nur als „*previa pattuazione*“.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Etwa Cass. it. v. 27. 5. 1943 Nr. 1311 = Foro it rep. 1943–45 obbl. Nr. 176; Cass. fr. v. 27. 1. 1909 = S. 1909, I, 136.

<sup>61</sup> Zusammenfassend in diesem Sinn auch BOLAFFIO, Ccomm. Bd. I, Nr. 11 zu Art. 1, 2 und neuestens Cass. it. v. 17. 10. 1968 Nr. 3342 = Foro it. rep. 1968 obbligazioni e contratti Nr. 119.

<sup>62</sup> BALOSSINI, *Consuetudini* S. 204 ff.–352 ff., 387 ff.; ders. *Accertamento* S. 18 ff., 41 ff., 49 ff.; gerade im entgegengesetzten Sinn VANDER EYCKEN S. 151: nur eine zweiseitige Übung ist *usage*, alles andere individuelle *habitude*. Er verwechselt dabei Entstehung und Anwendung des Brauches.

<sup>63</sup> BALOSSINI, *Accertamento* S. 23.

<sup>64</sup> BALOSSINI, *Accertamento* S. 42; PERGOLES, *Fonti* S. 83 spricht von „*usi creati convenzionalmente*“ ohne jedoch den Entstehungsvorgang der *usi normativi* abzuheben.

BALOSSINI Unterscheidungen werden der sozialen Wirklichkeit nicht gerecht. Die Bedeutung von Verkehrssitten liegt vor allem im Vertragsrecht, das grundsätzlich vom Prinzip der Formfreiheit beherrscht wird. Außerdem unterliegen Verträge der Macht der Parteien und können durch Konsens<sup>65</sup> verändert, eingeschränkt oder erweitert werden. Ohne juristische Begriffsfindigkeit betrachtet, geschieht eine Abänderung eines Vertrages so: ein Vertragspartner erhebt eine Forderung, der andere stimmt ausdrücklich oder konkludent zu. Der *atto unilaterale assentito* ist also genau das, was Art. 1325 Cc.it. als *accordo delle parti* bezeichnet. Inhalt dieses *accordo* ist eine ändernde oder erweiternde *clausola contrattuale*, die bei beständiger Wiederholung zur *clausola d'uso* wird.<sup>66</sup> Dies gilt um so mehr, als Art. 1340 Cc.it. nicht nur auf förmliche und bei Vertragsschluß konzipierte Klauseln<sup>67</sup> verweist.

So entfällt zunächst ein Unterschied der Entstehung von *uso* und *clausola d'uso*. Aber BALOSSINI differenziert weiter zwischen *uso* und *pratica*. Als *mero comportamento* ist eine *pratica* die Verwendung bestimmter Worte, ein bestimmtes Sich-Verhalten, das sowohl rechtsgeschäftlicher wie außerrechtsgeschäftlicher Art sein kann. Es sei hier nur der Vorgang des Verhaltens betrachtet. Dem Inhalt von Verkehrssitten wird später ein eigener Abschnitt gewidmet. Betrachtet man nur den Vorgang, so ist ein Unterschied zwischen *uso*, *clausola d'uso* und *pratica* nicht vorhanden. Wenn der Verkäufer die Verpackung in Rechnung stellt, so ist das ein *comportamento*. Beahlt der Käufer, so ist das ebenfalls ein *comportamento*. Vereinbaren beide schon bei Vertragsschluß die Bezahlung der Verpackung, so ist das schließlich auch ein *comportamento* und wenn sich diese geschäftliche Verhaltensweise einbürgert, so entsteht eine *pratica*.<sup>68</sup> Wenn BALOSSINI weiter meint, ein solches *comportamento* unterscheidet sich vom *uso* oder der *clausola d'uso*, weil es nicht gefordert werde oder werden kann,<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Nur bei einseitigen Rechtsgeschäften entfällt das Erfordernis des Konsenses; vgl. z. B. Cass. fr. v. 28. 10. 1903 = S. 1908, I, 422.

<sup>66</sup> Beiläufig räumt das BALOSSINI, *Consuetudini* S. 237 selbst ein; die Unmöglichkeit, *assenso* und *consenso* zu trennen zeigt sich weiter S. 368 ff., 391 f.; wie hier SPERDUTI, *Studi Funaioli* S. 535 für völkerrechtl. Gewohnheiten; RUTTEN-ASSER Bd. III, 2, S. 244, der von Klauseln bei und Erfüllungshandlungen nach Vertragsschluß spricht, gibt die Abgrenzung als unklar auf.

<sup>67</sup> FORMIGGINI, *Usi* S. 15 stellt fest, es sei gleichgültig, ob eine Verkehrssitte sich ausdrücke „*attraverso una forma scritta ovvero attraverso un comportamento*“; PITLO, *Verbintenissenrecht* S. 191; OPSTALL in Hofmann, *Verbintenissenrecht* A. L. 1. D. S. 421 Fußn. 3; RUTTEN-ASSER Bd. III, 2, S. 244; DE KAT, *WPNR* 3894; anders SCHOLTEN-ASSER A. D. Bd. I, S. 148, da er Übung und Anwendung eines *gebruikelijk beding* verwechselt; richtig Hof *Leeuwarden* v. 12. 6. 1918 = W 10316.

<sup>68</sup> Bei zwei von BALOSSINI, *Consuetudini* S. 212 f. als *pratica generale* verzeichneten Fällen handelt es sich in diesem Sinne um *clausole d'uso*: (1) Zubilligung von Gewichtsschwund beim Kauf veränderlicher Waren ist ein *comportamento* und zugleich *clausola d'uso*. Vgl. *Trib. Genova* v. 3. 6. 1953 = *Dir. maritt.* 1954, 502; (2) Kauf vorbehaltlich Besichtigung ist ebenfalls *comportamento*, das in einer *clausola d'uso* Ausdruck finden kann.

<sup>69</sup> Anscheinend auch OSTI, *Noviss dig. it.* Bd. IV, *Contratti* Nr. 65, S. 523.

so verwechselt auch er die Anwendungsvoraussetzungen eines Brauches mit seinen Entstehungsvoraussetzungen. Art. 1340, 1368 oder 1374 Cc.it. mögen Verkehrssitten in verschiedener Funktion berufen. Hinsichtlich der Entstehung verlangen alle Vorschriften Übungen. Eine Aufspaltung in einzelne Unterformen wie einseitige, zweiseitige usw. ist aus tatsächlichen Gründen nicht möglich.<sup>70</sup> Es besteht daher auch kein Anlaß, den deutschen Begriff der Verkehrssitte insoweit nach dem französisch-italienischen Vorbild in mehrere Unterformen aufzugliedern.

59. Eine *Übung*, verstanden als Wiederholung von Vorgängen, aus denen sich sodann eine Regel entnehmen läßt, setzt voraus, daß es sich um *tatbestandsmäßig gleichartige Verhaltensweisen*<sup>71</sup> handelt. Soweit sich die Literatur damit überhaupt beschäftigt hat, ist das nicht immer berücksichtigt worden. Da einem Brauch immer etwas Unsicheres und Ungenaues anhaftet, verzichten viele Autoren auf die inhaltliche Gleichartigkeit der einzelnen zur Entstehung der Verkehrssitte führenden Vorgänge und verlangen nur ähnliche Handlungen.<sup>72</sup> Offenbar wird dabei vorausgesetzt, daß aus vielen ähnlichen Einzelakten durch eine Art *Analogie* eine höhere Regel, der Brauch, die Verkehrssitte entwickelt werden kann.<sup>72a</sup> In diese Richtung deutet auch die Ziffer 7 des Merkblattes des DIHT.

Daß eine bloße Ähnlichkeit der Einzelvorgänge nicht zur Bildung einer Verkehrssitte führen kann, ergibt sich aus der Natur der hier vorliegenden Tatbestände. Ein Analogieverfahren setzt voraus, daß im besonderen Fall ein Prinzip mitgedacht ist. Hier handelt es sich dagegen um rein tatsächliche Vorgänge: beständige Wiederkehr eines Verhaltens, wiederholte Verwendung einer Vertragsklausel usw. Keines dieser Vorkommnisse weist als solches über sich hinaus. Keines ist deshalb verallgemeinerungsfähig. Möglich ist es hingegen, alle diese Einzelvorgänge zu sammeln, um dann zu ermitteln, welche von ihnen sich decken, und ob dies die erforderliche Zahl ist, um eine allgemeine Übung zu formen.

Es bedarf nur eines kurzen Hinweises, daß das Bestehen einer einheitlichen Übung nicht nach formalen Kriterien geprüft werden kann. Ein nicht unwesentlicher Teil des Rechtsverkehrs vollzieht sich heute unter Verwendung schriftlicher Formulierungen, die von Fall zu Fall stilistisch voneinander abweichen, ohne daß in der Sache etwas geändert wird. Ob der Kaufpreis laut einer Vertragsklausel für zwei Monate gestundet wird, oder ob zwei Monate Zahlungsziel eingeräumt werden, ist eine Formulierungsfrage. Es kann sich um eine verkehrs-

<sup>70</sup> Zutreffend PAVONE LA ROSA, Encicl. dir. Bd. IX, Consuetudine Ziff. f. §§ 5, 8.

<sup>71</sup> Dabei kann es sich auch um ein übliches Unterlassen handeln, vgl. PACHE S. 22; Handelsgericht Zürich v. 21. 4. 1893 = J. T. 1893, 555; GLEISS, BB 1951, 800.

<sup>72</sup> AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI Bd. I, S. 71 f.; unklar PEDAMON, Rev. trim. comm. 1959, 345, der einerseits Wiederholung derselben Vorgänge fordert, andererseits meint, solche Übungen seien häufig sehr unpräzise.

<sup>72a</sup> Vgl. auch unten Nr. 138.

übliche Klausel handeln, obwohl festgestellt wird, daß bald diese, bald jene Formel gebraucht wird. Nicht „identico“ sondern „uguale“ müssen die einzelnen Vorgänge sein, wie es FERRARA<sup>73</sup> zutreffend ausgedrückt hat, um das *Erfordernis inhaltlicher Gleichartigkeit* zu bezeichnen.

Wenn behauptet wird, in einer bestimmten Gegend sei der Mieter 14 Tage nach Kündigung der Mietsache zur Rückgabe verpflichtet, so genügt es nicht festzustellen, daß in der Praxis die Rückgabetermine zwischen dem 10. und 14. Tag liegen. Hier besteht eine Verkehrssitte nicht. Man kann nicht einmal sagen, Verkehrssitte sei es, wenigstens 10 Tage zu gewähren. Vermieter, die 12 oder 14 Tage einräumen, tun das nicht, um damit zusätzlich zu einer stillschweigend als Prinzip vorgegebenen Mindestfrist etwas zu gewähren. Ihr Verhalten ist nur als solches feststellbar. Mehr kann der Tatsache ihres Handelns nicht entnommen und folglich kein Sozialtypus eines gleichartigen Regelverhaltens festgestellt werden.<sup>74</sup>

Hindert *unterschiedliches Verhalten* in entsprechenden Situationen das Entstehen von Verkehrssitten, so ist andererseits zu berücksichtigen, daß eine einmal entstandene Verkehrssitte nicht schon deshalb als aufgegeben gelten kann, weil die äußeren Umstände es zeitweilig nicht erlauben, sie unverändert zu praktizieren. So können etwa staatliche Maßnahmen in *Notzeiten* bestimmte Geschäfte *verändern*. Werden nach Beseitigung der staatlichen Maßnahmen die Geschäfte in der bisherigen Form wieder aufgenommen, so entstehen nicht neue Verkehrssitten. Vielmehr leben die bisherigen Verkehrssitten wieder auf.<sup>75</sup>

## II. Übung und kollektive Absprache

60. Herkömmlich gilt als Typus einer Verkehrssitte die allmählich während einer längeren Zeit zum Allgemeingut werdende Verhaltensweise. Doch trifft diese Grundform heute nur noch einen Bruchteil der sozialen Wirklichkeit.<sup>75a</sup> Stattdessen hat sich die *rationale Anpassung* an sich wandelnde Verhältnisse durch *kollektive Absprachen* weit in den Vordergrund geschoben.<sup>76</sup> Die Formen,

<sup>73</sup> Trattato Bd. I, S. 137; ähnlich MORI-CHECCUCCI S. 84; andeutungsweise DANZ, JherJb. 1898, 419.

<sup>74</sup> Vgl. Cass. it. v. 20. 3. 1939 = Foro it. rep. 1939 Impiego privato Nr. 80: gewähren Arbeitgeber unterschiedlich hohe Gratifikationen, so liegt nur ein Verhalten vor, das indeterminato ist; insoweit richtig Cons. Prud'h. Mons v. 4. 4. 1959 = Journ. trib. 1959, 440 f.; Trib. Comm. Le Havre v. 17. 12. 1924 = G. P. 1925, I, 566 ff. (568) die Übung muß inhaltlich „sans divergence“ sein.

<sup>75</sup> Vgl. dazu BGH v. 27. 10. 1951 = NJW 1952, 257 f.

<sup>75a</sup> Vgl. RAISER, AGB S. 79; SCHLEGELBERGER, Rdz. 9 zu § 346 HGB; W. DAVID S. 58; WAGNER NJW 1969, 1283 räumt daher zutreffend dem Zeitfaktor keine Bedeutung ein. Für Verkehrssitte und Gewohnheitsrecht TANAKA, Mélanges Gény Bd. III, S. 253; RIPERT-BOULANGER Bd. I, S. 100; Nouv. rép. dr. usages comm. Nr. 3; Cass. it. v. 19. 4. 1932 = Riv. dir. comm. 1934, II, 109 ff. (111); Cass. it. v. 19. 4. 1933 = Foro it. 1933, I, 1422 ff. (1423); Trib. Toulouse v. 11. 1. 1939 = D. H. 1939 J. 160.

<sup>76</sup> SCIALOJA, Navigazione Bd. I, S. 20; FISCHER, Handelsusanz S. 37; SCHREIBER, Handelsbrauch S. 14, 28. Der Begriff des Kollektives bzw. Verbandes ist dabei in dem weiten von RAISER, AGB S. 80 verwendeten Sinn zu verstehen.

in denen das geschieht, sind sehr unterschiedlich: Verbandsempfehlungen, Konferenzbeschlüsse usw., so daß sich ein einheitlicher Begriff, wie ihn HUECK im „Richtlinienvertrag“ formulierte, nicht empfiehlt.<sup>77</sup>

Bei der Frage, wie weit sich aus kollektiven Absprachen Verkehrssitten bilden, ist zu beachten, daß die Personen, die sie später im Geschäftsleben verwirklichen, häufig nicht mit denen identisch sind, die sie ausarbeiten.<sup>78</sup> Weiter ist es nicht gesagt, daß alle solche Empfehlungen und Beschlüsse unverändert und einheitlich der Geschäftspraxis zugrundegelegt werden.<sup>79</sup> Dennoch besteht eine weit verbreitete Meinung, die hier von Verkehrssitten oder Handelsbräuchen spricht. Auch ist in den Empfehlungen und Beschlüssen selbst häufig davon die Rede, daß es sich um Verkehrssitten handelt.<sup>80</sup> Dabei übt teilweise die schon abgelehnte Gleichsetzung von Übung und Norm ihren Einfluß aus.<sup>81</sup>

Trotz der Gleichsetzung kollektiver Absprachen und Verkehrssitten ist das Schicksal der einzelnen Regeln und Klauseln oft sehr differenziert. Die *Wiener Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive* mögen hier statt vieler

<sup>77</sup> JherJb. 1923. 47 ff.

<sup>78</sup> Z. B. Börsenbräuche vgl. CORRADO S. 63, Fußn. 3; HAMEL-LAGARDE Bd. I, S. 58. Verfehlt ESCARRA, Ann. dr. comm. 1910, 100, der aus dem Wesen einer Institution den Charakter von ihr erarbeiteter Regeln ableitet.

<sup>79</sup> So sind in den dreißiger Jahren die Platzzusancen für den Hamburgischen Warenhandel selten praktiziert worden, vgl. RAISER, AGB S. 44; kritisch äußert sich schon KEYSSNER, GruchBeitr. 1868, 581; vgl. auch GROSSMANN-DOERTH, HansRZ 1925, 106 und Überseekauf S. 91. Bedenklich BGH v. 28. 4. 1960 = BB 1960, 679 f. In solchen Fällen fehlt es nicht etwa an der opinio iuris wie PAVONE LA ROSA, Polizza di carico S. 160 hinsichtlich der 1921 auf einer Konferenz der Seespediteure in Den Haag zusammengestellten Frachtbedingungen meint. Da diese Regeln in der Praxis teilweise wesentlich verändert wurden, erlangten sie nicht summarisch die Eigenschaft von clause d'uso, vgl. FERRARINI, Riv. dir. nav. 1953, 291, weil es insoweit schon an einer Übung fehlte. Nicht zutreffend App. Genova v. 15. 12. 1950 = Dir. maritt. 1951, 202 ff. (209 f.); Trib. Trieste v. 20. 4. 1953 = Dir. maritt. 1953, 286 ff. (294) und App. Genova v. 23. 4. 1953 = Foro pad. 1954, I, 183 ff.

<sup>80</sup> Vgl. § 1 Abs. 1 östHolzhandelsusancen und den Titel des Tegernseer Abkommens v. 4. 2. 1950 betreffend „Gebräuche für den Verkehr mit Rundholz usw.“ Zutreffend dagegen z. B. Entschließung des Verwaltungsrates der ICC im Dokument der ICC Nr. 192.

<sup>81</sup> Z. B. OERTMANN, Verkehrssitte S. 25 ff. hinsichtlich der alten Berliner Börsenusancen v. 1. 1. 1913. Ähnlich STAUDINGER-WEBER Rdz. A 149 zu § 242 BGB. Kennzeichnend der Streit zwischen WEYNEN, NJW 1954, 628 f. und GERIG, NJW 1955, 1910 ff. Während WEYNEN, sieht man vom Streitobjekt ab, grundsätzlich davor warnt, Verbandsbeschlüsse und Verkehrssitten gleichzusetzen, greift ihn GERIG von der Tatfrage des konkreten Falls her an, um alsdann fortzufahren, ein Handelsbrauch könne durch Beschluß den wirtschaftlichen Verhältnissen angepaßt und so zum neuen Handelsbrauch werden. Der Irrtum ist auch außerhalb Deutschlands weit verbreitet, vgl. etwa DONADIO S. 27, 28; FOUCHARD S. 417; DEL MARMOL, Mélanges Frédéricq Bd. I, S. 308, 318; jedoch zurückhaltend Rev. dr. int. lég. comp. 1936, 615, 626 ff.; BECKER, Berner Kommentar Nr. 13 zu Art. 18 OR; Cass. it. v. 8. 2. 1943. Nr. 288 = Foro it. mass. 1943, 73; Trib. Comm. Verviers v. 24. 5. 1961 = Jur Liège 1960/61, 264; BG v. 16. 11. 1965 = BGE 91, II, 360. Illustrativ Trib. Comm. Bruxelles v. 5. 1. 1949 = Jur. Comm. Brux. 1949, 223 ff.

stehen. Immer wieder wird bei ihnen von Handelsbräuchen oder vertragsüblichen Klauseln gesprochen.<sup>82</sup> Dabei wird übersehen, daß diese „Gebräuche“ als Ergebnis einer internationalen Bankenkonzferenz 1933 verabschiedet<sup>83</sup> und sodann mit Kriegsausbruch und Devisenbewirtschaftung weitgehend gegenstandslos wurden. Mit der Wiederbelebung des internationalen Warenaustausches wurde auch das Dokumentenakkreditiv wieder bedeutsam. Aber jetzt wurden die ursprünglichen Regeln nicht mehr als ausreichend erachtet. Es kam zu einer ersten Revision im Jahre 1953 und einer weiteren im Jahre 1962. Ziffer a der allgemeinen Regeln und Begriffsbestimmungen in der Letztfassung lautet:

„Diese Regeln und Begriffsbestimmungen sowie die folgenden Artikel beziehen sich auf alle Dokumentenakkreditive und sind für alle Beteiligten bindend, sofern nicht ausdrücklich anderweitige Vereinbarungen getroffen wurden.“<sup>84</sup>

Damit wird belegt, daß es sich nicht um bloße *Aufzeichnung von Bräuchen*, sondern die *Aufstellung einer normativen Ordnung* handelt. Es steht außer Frage, daß eine derartige Verbindlichkeitserklärung privater Instanzen rechtlich irrelevant ist.<sup>85</sup> Sie bedürfen daher tatsächlicher Übernahme in die Praxis, um Handelsbrauch zu werden. Insofern aber ist bezeichnend, daß die im Anschluß an die Richtlinien erarbeiteten Formulare nur teilweise im Bankengeschäft Anklang gefunden haben.<sup>86</sup>

Der bei den Richtlinien und Gebräuchen des Dokumentenakkreditivs offen

---

<sup>82</sup> SCHMITTHOFF, *RabelsZ* 1964, 65; SCHINNERER, *ZfRvgl.* 1963, 212; nicht ganz in Einklang mit *ZfRvgl.* 1961, 4 f.; MICHELI, *Banca, borsa* 1952, I, 128; unklar *App. Firenze v. 19. 1. 1951 = Banca, borsa* 1951, II, 174; EISEMANN, *Akkreditiv S. 12*; vorsichtiger spricht VON CAEMMERER, *JZ* 1959, 363 von Gebräuchen und Anschauungen; auch STOUFFLET, *Crédit S. 103 ff.* äußert sich zurückhaltend, obwohl er die Regeln zunächst S. 95 als *usages codifiés* bezeichnet.

<sup>83</sup> Näheres über die Entstehung bei GRADER VAN DER MAAS S. 11 f.; FERID, *AEB S. 13*; SCHÖNLE, *NJW* 1968, 727; MOLLE, *Contratti Bancari S. 438 ff.*; die ICC betrachtet die revidierte Fassung nach Dokument der ICC Nr. 222 S. 3 bloß als Empfehlung. In dieser Richtung argumentiert unter Hinweis auf ihre Entstehung, ZAHN, 3. Aufl., S. 8 f.; anders ders. 4. Aufl., S. 7.

<sup>84</sup> Vgl. EISEMANN, *Akkreditiv S. 83*. Ähnlich die Gebräuche und Bedingungen des nationalen bzw. zwischenstaatlichen Seidenhandels, vgl. ISHIZAKI, *Mélanges Lambert Bd. I, 500*; der Code d'usage des Holzhandels der Handelskammer Bruxelles von 1937, zit. bei GILISSEN, *Rapports belges S. 29*; das Dokument der ICC Nr. 192, S. 7, Ziff. a; die den York-Antwerpener Havereiregeln von 1890 i. d. F. von 1950 vorangestellte „Auslegungsregel“. Dazu vgl. SCHAPS-ABRAHAM S. 961. Zu weitgehend Report UN-Generalsekretär A 6396 GAOR 21. Sess. Annexes Bd. III Agenda Item 88 Nr. 166.

<sup>85</sup> Verfehlt DELLO SIESTO, *Riv. banc.* 1952, 460 und HOLLÄNDER, *Rvgl. Handwb. Ab-ladegeschäft E 2* (durch *usance* vorgeschrieben!). Vgl. *Rechtbank Assen v. 5. 6. 1956 = N. J. 1957 Nr. 23*; WEYEN, *NJW* 1954, 628; DAVID S. 57; SCHREIBER, *Handelsbräuche S. 20 f.*, 36 f. Diese Frage muß hier zurückgestellt werden. Näheres zur Verbindlichkeit privater Normen als Rechtsnormen vgl. Nr. 201.

<sup>86</sup> vgl. ZAHN, *Zahlung S. 8*. Zum Schicksal der Formulare nach der Neufassung der Richtlinien 1962 vgl. ders. 4. Aufl., S. 7 f.

sichtbare Prozeß spielt sich in anderen Fällen meist verschwiegener ab.<sup>87</sup> Die Umwelt erfährt nur das fertige Ergebnis in Gestalt eines Formulars oder einer Sammlung von Verhaltensregeln. Von den Gerichten wird das nicht immer hinreichend beachtet. So waren am 1. 8. 1958 die *österreichischen Holzhandelsusancen* revidiert worden. Gleichwohl bestätigte östOGH v. 5. 9. 1963<sup>88</sup> die Entscheidung der Vorinstanz, die diese revidierte Fassung als Handelsbrauch auf einen Vertrag angewendet hatte, dessen Schlußbrief v. 24. 2. 1959, also wenige Monate nach der Revision datierte. Dies ist umso merkwürdiger, als die Usancen Klauseln enthalten, die eindeutig das Ergebnis juristischer Expertentätigkeit sind. Die Klauseln sind teilweise im Urteil wiedergegeben. Hinzuweisen ist besonders auf die Ausschlußklauseln.

61. Was in den Formularen und Sammlungen unter der Bezeichnung Brauch oder Verkehrssitte in Umlauf gesetzt wird, liefert selbst den besten Beweis, wie großzügig mit diesen Begriffen verfahren wird. Zwei Beispiele, die eine gewisse Berühmtheit erlangt haben, sollen als Muster dienen: die *usi cotonieri*<sup>89</sup> und die in Drucksache 16 der Internationalen Handelskammer enthaltenen deutschen *Tradeterms*.<sup>90</sup> Was im Folgenden insbesondere über die Tradeterms gesagt wird, gilt in verstärktem Maße für die *Incoterms*, die aus ihnen hervorgegangen sind und daher die gleichen Merkmale auf internationaler Ebene widerspiegeln.<sup>91</sup>

Unter der Bezeichnung *usi cotonieri* war von der italienischen Webereivereinigung ein Katalog allgemeiner Bedingungen aufgestellt worden. Diese enthalten teils Formvorschriften und Regeln über den Vertragsabschluß, teils technische Daten, teils Regeln über die inhaltliche Ausformung der Verträge, z. B. Qualitätsklauseln, Regelungen für den Fall höherer Gewalt usw. Trotz dieses sehr unterschiedlichen Gehalts und obwohl eine tatsächliche praktische Verwendung der einzelnen Regeln nicht festgestellt war, billigten die Gerichte verschiedentlich die Qualifizierung dieser Bedingungen als Verkehrssitten.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> Eindeutig etwa die York-Antwerpener-Amsterdamer Havereiregeln vgl. GRADER VAN DER MAAS S. 169; RIPERT, Dr. marit. Bd. III, S. 202 ff. Allgemein GROSSMANN-DOERTH, Überseeauf S. 46.

<sup>88</sup> EVBl. 1964, 63.

<sup>89</sup> Text auszugsweise bei SCIALOJA, Foro it. 1950, I, 365 f.

<sup>90</sup> Vgl. auch die Bedingungen der London-Corn-Trade-Association von ESCARRA-RAULT-HÉMARD S. 38 f. als *usages* bezeichnet; die „Règles et usages du commerce international des pommes de terre“ der Union Européenne du Commerce de gros de pommes de terre von Rechtsbank van Koophandel Gent v. 13. 10. 1966 = RW 1967, 1872 als *usages* bewertet; die Regeln über die große Haverei von York-Antwerpen in der Amsterdamer Fassung von 1950, abgedruckt bei SCHAPS-ABRAHAM Bd. 2, S. 961 ff., die HOUIN S. 1944, I, 21 ff. als den *usages* „analogue“ und ASCARELLI, Corso S. 409 f.; BIANCHETTI S. 315 und SCIALOJA, Navigazione Bd. I, S. 75 als *usages* bezeichnen.

<sup>91</sup> Nach östOGH v. 15. 2. 1952 = SZ 1952, 261 sind *Incoterms* Handelsbrauch, weil ihnen zahlreiche Staaten ohne Vorbehalt zugestimmt haben. Unklar EISEMANN, *Incoterms* S. 26, 50, 54. Danach soll es praktisch unmöglich sein, ihre Verbreitung festzustellen, gleichwohl aber wird ihr Charakter als allgemeine Übung bejaht. Dabei bezweifelt

Nicht anders verhält es sich mit den *Tradeterms*,<sup>93</sup> wobei hier sogar die eigenartige Situation auftritt, daß ihnen mit der generellen Zuerkennung des Ranges von Verkehrssitten mehr zugestanden wird, als sie für sich selbst in Anspruch nehmen. So ist in den deutschen *Tradeterms* unter dem 6. Abschnitt *Cif*-Bestimmungshafen in Ziff. 15 hinsichtlich der Frachtversicherung ausdrücklich davon die Rede, daß sich eine bestimmte Übung gerade nicht herausgebildet hat.

Es ist weiter auffallend, wie wenig die Formulierung der *Tradeterms* mit der Regel 28 des Merkblattes des DIHT über die Feststellung von Handelsbräuchen in Einklang zu bringen ist. Dort wird wegen des Erfordernisses tatsächlicher Übung beim Handelsbrauch gefordert, daß in den Anfragen an die Handelskammern nach dem Üblichen zu fragen ist. Die *Tradeterms* hingegen enthalten weitgehend keine Aussagen über das übliche Verhalten der Verkäufer oder Käufer beim *FOB-CIF* oder *FAS-Kauf*, sondern erteilen Rechtsbefehle darüber, wie sich die Verkäufer oder Käufer zu verhalten haben. Derartige Formulierungen können zwar auf eine bei der Abfassung der *Tradeterms* unterlaufene Fehldeutung des Wesens eines Handelsbrauches zurückgehen.<sup>94</sup> Sie können aber auch anzeigen, daß es sich hier nicht in erster Linie um eine Fixierung bereits bestehender Bräuche, sondern um die Schaffung von Vertragsformularen, bzw. Regelungsgefügen zur reibungslosen Abwicklung des Geschäftsverkehrs oder die Hebung der Geschäftsmoral ging.<sup>95</sup> Ob ersteres oder letzteres der Fall ist, läßt sich nur von Klausel zu Klausel entscheiden.

EISEMANN sogar die Eigenschaft der *Tradeterms* als Handelsbrauch, den er S. 56 als „überlebenden Zeugen früherer dogmatischer Lösungen“ ansieht. Vorschriften, die auf Handelsbräuche verweisen, werden deshalb aus Gründen der Vereinheitlichung und des Interessenausgleichs auf die *Incoterms* erstreckt, vgl. S. 30, 67. In ähnlichem Sinne schon RG v. 19. 1. 1923 = RGZ 106, 212 ff. Unklar auch LOUSSOUARN-BREDIN, S. 47; Report UN-Generalsekretär A 6396, GAOR 21. Sess. Annexes Bd. III Agenda Item 88 Nr. 162. Dazu SCHINNERER östJZ 1968. 387 f. Zutreffend OLG München v. 19. 12. 1957 = NJW 1958, 426; SCHLEGELBERGER Rdz. 34, 38 zu § 346 HGB; FICKER, *RabelsZ* 1956, 366 f.

<sup>92</sup> Trib. Genova v. 25. 7. 1949 = *Nuova riv. comm.* 1950, II, 45; App. Genova v. 5. 7. 1949 = *Foro it.* 1950, I, 364; Cass. it. v. 7. 6. 1940 Nr. 1865 = *Foro it.* 1940, I, 932 f.; zurückhaltender aber unklar Cass. it. v. 26. 11. 1928 = *Foro it. rep.* 1928 *Consuetudine* Nr. 7–9. Ablehnend nunmehr Cass. it. v. 22. 3. 1968 Nr. 908 = *Giur. it.* 1969, I, 2, 188.

<sup>93</sup> Als Verkehrssitten bezeichnet sie generell HAAGE S. 7, obwohl er S. 8 von „Geboten“ spricht; SCHLEGELBERGER Rdz. 38, 41 zu § 346 HGB; anders Rdz. 3 und 44 hinsichtlich sonstiger „nationaler Handelsklauseln“ und örtlicher Privatkodifikationen bzw. Usancen.

<sup>94</sup> Vgl. z. B. den instruktiven Fall RG v. 13. 3. 1917 = RGZ 90, 1 ff. Die dort maßgeblichen Hamburger Platzusancen, Hamburger Gesetzessammlung 1904, II, 377, obwohl auch als Normen formuliert, waren jedenfalls teilweise wirkliche Handelsbräuche. Weiter vgl. z. B. die Veröffentlichung von Handelsbräuchen durch die Handelskammer Mailand v. 22. 5. 1877 = *Arch. giur.* 1882, 268 f.; die Handelskammer hatte zunächst *usi commerciali* festgestellt, dann aber einige von ihnen in Gestalt von Normen formuliert, vgl. z. B. Art. 15 und 22.

<sup>95</sup> Vgl. etwa zum Vorgehen der früheren Handelskammer Berlin, DEPARADE S. 17 ff.;

Die Leistung der Organe des Handels, Tradeterms zusammenzustellen und den Kaufleuten ein Reservoir von jederzeit verwendbaren Regeln an die Hand zu geben, ist unbestritten. Auch der noch weit schwierigeren Arbeit der ICC bei Abfassung der Incoterms gebührt Achtung. Es ist dennoch nicht gerechtfertigt, diesen „Kodifikationen“ pauschal eine Eigenschaft zu verleihen, die sie von Haus aus nicht besitzen. Es ist insoweit aufschlußreich, daß bisher noch niemals seitens deutscher Gerichte ein Seekaufvertrag nach Tradeterms oder sogar Incoterms ausgelegt und ergänzt wurde, wenn eine Bezugnahme der Parteien fehlte. Wohl aber sind etwa Fob- oder Cif-Verträge unter Berücksichtigung von in den Tradeterms oder Incoterms enthaltenen Regeln ausgelegt und ergänzt worden,<sup>96</sup> soweit diese territorial beschränkte oder international einheitlich geübte Handelsbräuche darstellten.

Gerade bei den Tradeterms zeigt sich die oben erwähnte Notwendigkeit, zwischen Übung und Regel zu unterscheiden. Tradeterms sind Regeln. Ob und welche allgemein geübt werden, kann aus der Formulierung als Tradeterms selbst nicht beantwortet werden. Gleiches gilt für die *usi cotonieri* der *associazione cotoniera italiana* und ähnliche Privatkodifikationen und Vertragsformulare.<sup>97</sup> Werden Regel und Übung gleichgesetzt, so kommt es in praktischer Hinsicht bisweilen zu merkwürdigen Ergebnissen:

In der Entscheidung der Cour d'Appel Paris v. 6. 12. 1933<sup>98</sup> ging es um einen usage bei Kündigung von Aufträgen zum Druck von Zeitschriften, der auf verbandsmäßig vorformulierte Bedingungen zurückgeführt wurde. Das Gericht lehnte den usage ab, weil derartige Regelungen „ne peuvent être considérés comme leur équivalent“. Zwei Monate später war das gleiche Gericht mit einem ähnlichen Fall befaßt. Diesmal aber unterschied es zwischen Regel und Übung nicht und gelangte mit Urteil v. 7. 2. 1933<sup>98</sup> zur Bejahung des Brauches.

---

SCHREIBER, Handelsbräuche S. 22 f. Ähnliches gilt teilweise für italienische Kammern, vgl. schon MOSSA, Riv. dir. comm. 1922, I, 564. Der Beweiswert von Kammergutachten wird davon maßgeblich beeinflußt, vgl. SCHREIBER aaO S. 42; BGH v. 2. 10. 1963 = LM B 3 § 346 HGB. Vgl. auch GROSSMANN-DOERTH, HansRZ 1929, 544 f. zum Cif-Formular der Warsaw-Rules.

<sup>96</sup> Dabei ist jeweils zu prüfen, ob eine Regel der Incoterms wirklich international einheitlich verwendet wird, oder sich nur ein territorial beschränkter Brauch entwickelt hat. Zu der von den Incoterms abweichenden Rolle der Cif-Klausel nach der in Deutschland verbreiteten Übung vgl. OLG Hamburg v. 12. 3. 1964 = AWD 1965, 91 f. Vgl. auch Trib. comm. Dunkerque v. 22. 11. 1954 = Dr. marit. 1956, 119: Die Klausel Fob wird im Handel innerhalb der französischen Union als Frei-Bord-Lieferung, im Handel mit Partnern in Drittländern als Lieferung bis zum Quai gehandhabt. Weiter vgl. BAKKERS S. 84 f. und die ausgezeichnete Analyse in Trib. comm. Gand v. 11. 2. 1959 = Jur. D'Anvers 1959, 156 insofern bestätigt v. App. Gand v. 31. 3. 1960 = Jur D'Anvers 1960, 124 ff.

<sup>97</sup> Zu den York-Antwerpener Havereiregeln und der Cif- oder Fobklausel nach den Incoterms vgl. ASCARELLI, Corso S. 409 f.; zurückhaltend SCHAPS-ABRAHAM Bd. II, S. 961 Anm. 2 und Anm. 34 zu § 700 HGB; RIPERT, Dr. marit. S. 206 f. Zu den im deutschen Einheitsmietvertrag enthaltenen Klauseln vgl. KADEN, Mélanges Lambert Bd. I, S. 511 ff.

<sup>98</sup> Beide S. 1934, II, 47 f.

Selbst wenn heute häufiger die Neigung besteht, privaten Kodifikationen un-besehen die Eigenschaft von Verkehrssitten zuzusprechen, findet sich doch auch der entgegengesetzte Irrtum. So wird kodifizierten Klauseln und Regeln der Charakter von Verkehrssitten gerade wegen ihrer Kodifikation oder formularmäßigen Verbreitung abgesprochen.<sup>99</sup> Auch dieser Irrtum ist zu vermeiden, wenn zwischen Regel und Übung unterschieden wird.<sup>100</sup> Verkehrssitten werden nicht durch rationale Ableitung aus einem Regelungszusammenhang ermittelt, sondern müssen als Tatsache festgestellt werden. Dies hindert aber nicht, auch solche Klauseln oder Regeln als Verkehrssitte zu betrachten, die schriftlich festgelegt sind. Es ist aber *erforderlich, jede einzelne Übung als solche zu identifizieren.*<sup>101</sup>

### III. Übung, Kautelarpraxis und Expertenbrauch

62. Unbedingte Trennung von Übung und Regel und die Erkenntnis, daß diejenigen, die eine Regel formulieren, nicht mit denen identisch sein müssen, die sie üben, sind wesentliche Voraussetzung der weiteren Untersuchungen. Sie lassen vor allem eine Aussage über den Anteil des modernen Kautelarjuristen einerseits und Fachexperten andererseits an der Entstehung von Verkehrssitten zu. Als Vorbild soll von der Tätigkeit des Notars beim Abschluß von Verträgen und des Dispatcheurs in Havereifällen ausgegangen werden.

63. Die Rolle der Notare bei der Entstehung von Verkehrssitten ist in Deutschland in erstaunlichem Maße vernachlässigt worden.<sup>102</sup> Das wäre verständlich, wenn es sich hier um ein ausschließlich soziologisches Problem handelte. Die vor allem in Frankreich und Italien sehr heftige Kontroverse um die rechtliche Bedeutung der „*clause de style*“ beweist, daß dem nicht so ist.<sup>103</sup> Zunächst aber müssen einige Fragen ausgesondert werden.

---

<sup>99</sup> Etwa Rechtbank Amsterdam v. 30. 4. 1948 = NJ 1949, 386; MEGRAH, Banca, borsa 1959, I, 158; SERRA, Banca, borsa 1963, I, 334, 344, 349; LUTHLEN S. 35 (anders S. 26).

<sup>100</sup> Zum Verhältnis von Übung und Regel vgl. LÉAUTÉ, Rev. trim. civ. 1953, 138 ff. Beispielhaft ist die Unterscheidung Cass. fr. v. 5. 12. 1956 = Dr. marit. 1957, 154: Bei den Bedingungen der Hafenschlepper in Rouen sei zu unterscheiden zwischen solchen, die einer beständigen Übung bereits entsprechen und solchen, die erst zur Übung werden. Beides wird vermischt in entsprechenden Fällen des HansOLG v. 6. 1. 1953 = Dr. marit. 1954, 60 und App. Rouen v. 17. 10. 1958 = Dr. marit. 1959, 157.

<sup>101</sup> Aus der zahlreichen Literatur vgl. etwa RAISER, AGB S. 45, 200 f.; RABEL, Warenkauf S. 40 ff.; HUECK, JherJb. 1923, 104; SCHÖNLE, NJW 1968, 728; SCIALOJA, Foro it. 1950, I, 365; BALOSSINI, Consuetudini S. 582 und Fußn. 136; MOLLE S. 442; FERRARA, Riv. banc. 1952, 31; VENTURINI, Moneta credito 1950, 285, 240; QABRILLAC S. 7 f.; unklar TUNC, Mélanges Ripert Bd. II, S. 156 ff.; sehr deutlich RIPERT-ROBLOT-DURAND Bd. I, S. 26; FISCHER, Handelsusanz S. 32 f. Instruktiv Cass. fr. v. 5. 11. 1968 = JCP 1969, II, 15939 und insoweit zust. Note von LELOUP Ziffer II B (unten).

<sup>102</sup> Vgl. dazu Fußn. 104. Die einzige wiederholt entschiedene Frage betrifft die Bedeutung der Vorstellungen des Notars für die Interpretation notarieller Urkunden. Dazu unten Nr. 107.

<sup>103</sup> Im ancien régime wurde der Anpassung des römischen Rechts durch den style des

Der Begriff der „clause de style“ wird in terminologisch nicht eindeutiger Weise verwendet. Soweit er lediglich zur Bezeichnung inhaltsleerer Floskeln dient oder eine überflüssige Wiederholung gesetzlicher Vorschriften bezeichnet, um die Vertragspartner auf besondere Pflichten deutlicher hinzuweisen, handelt es sich um nicht einschlägige Fragen.<sup>104</sup> Gleiches gilt, soweit mit dem Begriff der clause de style das Problem eines Konfliktes mehrerer Vertragsklauseln umschrieben wird, die einerseits auf ausdrücklichen Parteiwunsch und andererseits auf übliche Formularpraxis des Notars zurückgehen. Alle diese Fragen sind letztlich dem Problemkreis der Auslegung des Einzelvertrages zugehörig. Daneben wird aber mit der clause de style auch der Vorgang der stereotypen Wiederholung bestimmter Vertragsklauseln umschrieben<sup>105</sup> und rückt der Begriff clause de style in unmittelbare Nähe der clause d'usage.<sup>106</sup>

Ob es sich bei clauses de style um clauses d'usage und damit um Verkehrssitten handelt, ist freilich so eindeutig nicht. Es ist behauptet worden, bei den clauses de style komme eine Übung nicht zustande, weil sie ihre Aufnahme in die einschlägigen Verträge nicht den Parteien, sondern dem Willen und der juristischen Vorstellung der Notare verdanken.<sup>107</sup> Der denkbare Einwand, daß die Partner des Vertrages mit ihrer Unterschrift auch die clauses de style decken, räumt dieses Argument nicht aus. Er ergibt nur eine formale Lösung, bei der die Frage nach der tatsächlichen Rolle des Notars offen bleibt.

Auch wenn Notare Urheber gewisser Vertragsklauseln sind, wird den Vertragspartnern nicht ein Vertragsgefüge aufgezwungen. Vielmehr handelt der Notar im Auftrag der Parteien. Dieser Auftrag ist genau festgelegt und besteht

notaires sogar gewohnheitsrechtlicher Charakter zugeteilt, vgl. AUDINET, JCP 1957, I, 1361 Nr. 4; LECOMTE, Rev. trim. civ. 1935, 306 ff., 317 f.

<sup>104</sup> VIVANTE, Arch. giur. 1882, 250 weist weiter daraufhin, daß als clausola di stile Formulierungen beibehalten werden, die wegen einer aufgehobenen Vorschrift zweckmäßig waren, inzwischen aber gegenstandslos sind. Auch dieser Fall ist hier ohne Interesse. In der deutschen Rechtsprechung vgl. RG v. 16. 12. 1914 = Gruch Beitr. 59, 915. Diese allein stehende Entscheidung nimmt keine Stellung zur Frage, ob sonstige Klauseln der notariellen Praxis als Verkehrssitten beachtlich werden können.

<sup>105</sup> z. B. BRACCINI, Riv. not. 1962, 495 f. mit interessanten Beispielen S. 504; MESSINEO, Dottrina S. 23; GRASSETTI, Encicl. dir. Bd. VIII, S. 186 Ziff. 5; COVIELLO, Foro it. 1963, IV, 116 ff.; DE CASTRO Y BRAVO, Mélanges Maury Bd. II, S. 83; RIPERT, Forces créatrices S. 398; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, Traité prat. Bd. VI, S. 1952; RIPERT-BOULANGER Bd. I, S. 1957; DE PAGE Bd. II, S. 558; Cass. it. v. 28. 1. 1943 Nr. 219 = Foro it. rep. 1943/45 obbl. Nr. 237; Cass. it. v. 22. 3. 1949 = Riv. dir. comm. 1950, II, 173; Pretura Como v. 16. 2. 1956 = Giur. it. 1957, I, 939.

<sup>106</sup> ESMEIN, S. 1899, II, 217 betrachtet beide Begriffe als identisch. Vgl. auch Trib. civ. Toulouse v. 10. 1. 1939 = D. H. 1939 J. 160; MERLIN, Rép. univ. Bd. IV, 291 f.; SCHOLTEN-ASSER, A. D. S. 139.

<sup>107</sup> MESSINEO, Dottrina S. 23; Cass. it. v. 11. 10. 1956 Nr. 3510 = Foro pad. 1957, I, 296; v. 18. 5. 1957 Nr. 1782 = Giust. civ. mass. 1957, 698; v. 21. 7. 1965 Nr. 1666 = Giust. civ. mass. 1965, 859; Trib. civ. Seine v. 6. 4. 1927 = D. H. 1927, 296; offenbar auch App. Toulouse v. 7. 11. 1950 = D. 1952 J. 234 ff. (bedenklich); Cass. fr. v. 21. 11. 1932 = D. H. 1933 J. 19 f.

darin, die natürlichen Vorstellungen der Parteien in rechtlich ordnungsmäßige und inhaltlich vollständige und sachgerechte Form zu bringen.<sup>108</sup> Die Vertragspartner beherrschen das Geschäft und jede einzelne Klausel. Der Notar ist Gehilfe des ganzen Geschäfts und jeder einzelnen Klausel.<sup>109</sup> Infolgedessen kann auch der Vertrag nicht in Klauseln aufgespalten werden, die einerseits von den Vertragspartnern stammen, also Verkehrssitten werden können und andererseits auf die Notare zurückgehen,<sup>110</sup> also keine Verkehrssitten werden können. Vielmehr besteht die Leistung des Notars, wie jedes anderen juristisch gebildeten Gehilfen, darin, daß er Klauseln bzw. Regeln aufsetzt.<sup>111</sup> Die Herrschaft darüber, ob sie Rechtswirklichkeit und damit mögliches Glied einer Kette von Vorgängen werden, die zu einer Verkehrssitte führen, liegt bei den Parteien.<sup>112</sup>

#### 64. Entgegengesetzt verhält es sich beim *Expertenbrauch*:

In der Entscheidung der Cour d'Appel Caen v. 6. 7. 1927<sup>113</sup> ging es um einen Havereifall. In Zusammenhang mit der Schadensregelung hatte der Dispacheur bei Ankunft des Schiffes den Tageswert ordnungsmäßiger Ware festgestellt. Nach Versteigerung der Haverieware, die einige Tage später erfolgte, hatte er davon den Erlös abgezogen und so den Schaden aus der Differenz beider Beträge (Differenzsystem) ermittelt. Nun hatte gerade am Versteigerungstag der Börsenpreis stark angezogen. Infolgedessen machte der Eigentümer geltend, daß der Schaden in Wahrheit höher sei. Es hätte ermittelt werden müssen, wieviel Prozent des Börsenkurses am Versteigerungstag die Versteigerung erbracht hat und dieser Prozentsatz auf den Tageswert bei Ankunft des Schiffes bezogen werden müssen (Quotensystem). Das Gericht erklärte die Schadensermittlung nach dem Differenzsystem infolge eines beständigen usage der Dispacheure für zutreffend.

Ist soeben gezeigt worden, daß die äußere Form einer Verkehrssitte auf Dritte als Hilfspersonen zurückgehen kann, so handelt es sich hier um die Übung selbst. Auf die Praxis der Schadensfeststellung haben die Partner der Seefrachtverträge keinen Einfluß, denn die Dispacheure sind unparteiische Sachverständige. Die von ihnen geübte Verfahrensweise ist folglich keine Übung der am Frachtgeschäft Interessierten und kann deshalb nicht als ein einschlägiger Handelsbrauch bezeichnet werden.<sup>114</sup>

<sup>108</sup> Zutreffend BRACCINI, Riv. not. 1962, 501; DE LA MARNIÈRE, JCP 1957, I, 1376; unklar AUDINET, JCP 1957, I, 1361; treffend VOIRIN, D. P. 1929, II, 83; ZUCCHETTA S. 47; vgl. auch L. 25. vèntose an XI, Art. 13.

<sup>109</sup> Jede einzelne Klausel eines notariellen Vertrages ist daher *clausola di stile*, wie neuerdings auch MESSINEO, Riv. trim. dir. proc. civ. 1960, 32 f. feststellt. Nicht das Wollen der Parteien wird ersetzt, vgl. SOURIOUX S. 8 f., sondern ihre rechtliche Vorstellungsfähigkeit, vgl. BOULANGER, Mélanges Frédéricq Bd. I, S. 205 ff.

<sup>110</sup> So CORMIO, Giur. it. 1961, I, 506.

<sup>111</sup> verfehlt DURAND, Rev. trim. civ. 1948, 167, der auf den usage des Notars abstellt.

<sup>112</sup> DE LA MARNIÈRE, JCP 1957, I, 1376; App. Paris v. 7. 7. 1933 = D. H. 1934, Somm. 10; Trib. civ. Charleroi v. 9. 1. 1954 = Journ. trib. 1954, 610 f.

<sup>113</sup> D. P. 1933, I, 177, aus anderen Gründen kassiert am 7. 7. 1932 = D. P. 1933, I, 186.

<sup>114</sup> Kritisch auch RIPERT, D. P. 1933, I, 178 f.

## IV. Übung und Eintritt äußerer Umstände

65. Ist tatsächliche Übung wesentliches Kriterium einer Verkehrssitte, so muß man sich doch vor einem Irrtum hüten, der in der Praxis vor allem bei verkehrsüblichen Klauseln eine gewisse Verwirrung gestiftet hat. Nicht, daß sich eine Vertragsklausel im Laufe der Vertragsbeziehungen *tatsächlich auswirkt*, verschafft ihr den Charakter einer verkehrsüblichen Klausel. Maßgeblich ist vielmehr allein, ob ihre Verwendung üblich ist. Die Verkennung dieses Unterschiedes führte Trib. Genova v. 11. 5. 1912<sup>115</sup> auf einen Irrweg:

Nach Ausbruch des italienisch-türkischen Krieges im Oktober 1911 berief sich der Verkäufer in einem Kauf „Cif“ einer Ladung Kohle auf eine verkehrsübliche Resolutivklausel für den Kriegsfall. Das Gericht erklärte, daß sich eine derartige *clausola d'uso* nur in „occasione di guerra“ hätte bilden können. In Westeuropa habe von 1870 bis 1911 kein Krieg geherrscht und der Behauptung des Verkäufers fehle daher jede Grundlage. Das Gericht verkannte, daß sich eine auf einen Krieg bezügliche Klausel gerade außerhalb kriegerischer Verwicklung durchsetzen kann, weil die Vertragspartner Vorsorge treffen wollen.<sup>116</sup>

Ob sich eine üblich gewordene Klausel später durch *Eintritt der Umstände* auswirkt, berührt ihre verkehrsmäßige Üblichkeit nicht. Aus diesem Grunde kann eine Klausel verkehrsüblich werden, auch wenn der in ihr geregelte Gegenstand *Ausnahmesituationen* betrifft.<sup>117</sup>

## V. Freiheit der Übung

66. Die Richtlinien und Gebräuche des Dokumentenakkreditivs legen sich selbst Verbindlichkeit bei, falls die Parteien etwas anderes nicht vereinbart haben. Es gibt indessen weitgreifende Bestrebungen von Verbänden und Monopolgruppen, die dank ihrer Stellung tatsächlich oder rechtlich in der Lage sind, unter der Bezeichnung von Richtlinien, Gebräuchen oder Formularen ihre Regeln Mitgliedern oder Dritten aufzuzwingen. Auf diese Weise können tatsächliche dauerhafte Geschäftsübungen veranlaßt werden, so daß sich das ernste Problem der zwangsweisen Entstehung von Verkehrssitten ergibt.

Die Bedeutung von Zwang und Freiheit bei der Bildung von Verkehrssitten reicht freilich über verbands- und monopolartige Bestrebungen hinaus. Es sei vor allem an Bedingungen und Reglements von großen Unternehmen erinnert. Diese Frage muß deshalb auch umfassender behandelt werden, wobei zwei grundsätzlich verschiedene Aspekte zu berücksichtigen sind. Der erste betrifft den Einfluß rechtlichen, der zweite den Einfluß wirtschaftlichen Zwanges bei der Entstehung

<sup>115</sup> Riv. dir. comm. 1912, II, 601 ff. (606).

<sup>116</sup> Hof Leeuwarden v. 12. 6. 1918 = W 10316 und SCHOLTEN-ASSER A. D. S. 148 f.

<sup>117</sup> Verkannt von GALLOIS, JR 1956, 47 Ziff. 5 (am Ende) mit nicht einschlägigen Belegstellen; Cass. it. v. 15. 10. 1958 Nr. 3267 = Giur. it. 1959, I, 1, 1365 mit kritischer Anmerkung von GENOVESE; Trib. comm. Calais v. 30. 7. 1929 = G. P. 1929, II, 558. Zutreffend Gutachten Handelskammer Braunschweig = Feilchenfeld Nr. 123.

von Verkehrssitten.<sup>118</sup> Daß Zwang in diesem Zusammenhang nicht im Sinne einer die Handlung des Gegners völlig ausschließenden Gewalt verstanden wird, ist selbstverständlich und sei nur zur Vermeidung von Mißverständnissen vermerkt.

67. Was den *Rechtszwang* betrifft, so kann vorweggeschickt werden, daß niemand bisher versucht hat, ein gesetzlich vorgeschriebenes Verhalten, bloß weil es beständig ist, als Verkehrssitte zu bezeichnen.<sup>119</sup> Die Übung entsteht hier nicht als spontanes Handeln der Verkehrsteilnehmer, sondern ist durch die normative Lage bestimmt. Spontanes Handeln wird somit als wesentliches Kennzeichen von Verkehrssitten betrachtet.<sup>120</sup>

Die Entwicklung allgemeiner Übung aus der *Befolgung von Rechtsnormen* hat in Italien und Frankreich gelegentlich die Gerichte und die Literatur beschäftigt, soweit es sich um fortdauernde Befolgung außer Kraft gesetzter oder nichtiger Vorschriften handelt. In der Schweiz ist sie sogar Gegenstand besonderer Regelung im ZGB gewesen.

In Anwendung des Art. 809 C. rur. hatte ein französischer Präfekt ein von der aus Pächtern und Verpächtern gebildeten Kommission ausgearbeitetes Pachtvertragsmuster für verbindlich erklärt. Das Muster enthielt außer der Landpacht auch Regeln über die Viehpacht (*bail à cheptel*). Der Conseil d'État erklärte mit Entscheidung vom 10. 6. 1949 insoweit die Verbindlichkeitserklärung für nichtig. Obwohl die davon betroffenen Klauseln jahrelang befolgt worden waren, stellen sie keine *usages* bzw. *clauses d'usage* dar, denn die Beteiligten haben ihr Verhalten als auferlegte Rechtspflicht betrachtet.<sup>121</sup>

Nach Art. 1505 Abs. 2 des Cc. it. von 1865 konnte beim Viehkauf binnen 40 Tagen Auflösung des Vertrages wegen Mängeln verlangt werden. Art. 1495 Abs. 1 des Cc. it. von 1942 verkürzte diese Frist auf 8 Tage. In verschiedenen Provinzen wurde jedoch die alte Frist weiterhin geübt. *Corte Appello Palermo v. 18. 6. 1957*<sup>122</sup> ließ als Nachweis des *uso* nur ein seit 1942 befolgtes Verhalten zu.

<sup>118</sup> Die Gerichte differenzieren häufig nicht, vgl. etwa *Trib. Genova v. 25. 7. 1949* = *Nuova riv. comm.* 1950, II, 45; *Trib. civ. Seine v. 1. 6. 1933* = *D. H.* 1933, J. 421; *Cass. fr. v. 31. 7. 1930* = *D. H.* 1930, J. 457.

<sup>119</sup> Auch diese Frage wird in der deutschen Literatur regelmäßig übergangen. Das Reichsgericht äußert sich nur undeutlich in den Entscheidungen v. 1. 11. 1907 = *RGZ* 49, 161 und vom 17. 2. 1911 = *RGZ* 75, 341 (Übung infolge Gesetzesirrtum).

<sup>120</sup> BARBERO, *Contratto-tipo* S. 216; eingehend MESSINEO, *Manuale* Bd. I, S. 18 ff. Spontanes Handeln fehlt auch bei Befolgung delegierter Normsetzung. So bei dem durch Verwaltungsakt oder kraft Gesetzes für verbindlich erklärten *contrat-type* des französischen Rechts, z. B. in *Déc.* 60–451 v. 12. 5. 1960, den vom frz. conseil national du credit erstellten Bankbedingungen, vgl. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE–RODIÈRE–HOUIN Bd. I, 568 f., 576 f. und künftig den holländischen *standaard-regelingen*, vgl. Einleitung Fußn. 22.

<sup>121</sup> S. 1949, III, 69. Einschränkend ebendort CHAVANON für den Fall, daß die Klauseln nur Aufzeichnung eines schon zuvor bestehenden *usage* seien; vgl. zu Art. 1160 Cc. fr. auch die unsignierte Anmerkung S. 1949, III, 70; weitere Fälle schildern JULLIOT DE LA MORANDIÈRE–RODIÈRE–HOUIN Bd. II, S. 126.

<sup>122</sup> *Giur. sic.* 1958, 81. Teilweise werden diese Fälle in Italien unter dem *Gesichts-*

Von diesen Fällen aus erklärt sich auch die merkwürdige Vorschrift in Art. 5 Abs. 2 des schweizerischen ZGB. Danach gilt in den Fällen gesetzlicher Verweisung auf Übungen das alte kantonale Recht als „deren Ausdruck“, solange keine abweichende Übung nachgewiesen wird. Es kann angenommen werden, daß die kantonalen Gesetze bis zum Inkrafttreten des ZGB auch tatsächlich befolgt wurden und die normative Lage der tatsächlichen Übung entsprach. So wäre es auch ohne Art. 5 Abs. 2 ZGB möglich gewesen, an derartige Übungen anzuknüpfen. Wenn die Verfasser des Gesetzes dennoch die Aufstellung einer besonderen Fiktion für erforderlich hielten, so sind sie offenbar gleichfalls stillschweigend davon ausgegangen, daß die Befolgung gesetzlicher Vorschriften der Entstehung von Verkehrsübungen allgemein nicht gleichgestellt werden kann.

Ähnlich wie bei Befolgung gesetzlicher Vorschriften ist das Problem der Entstehung von Verkehrssitten unter Rechtszwang im Arbeitsrecht bedeutsam geworden. Hier spielten vor allem zwei Fallgruppen eine wesentliche Rolle. Die *Fortwirkung aufgehobener Tarifverträge* bzw. der einzelnen Regeln als Verkehrssitten weist übereinstimmende Züge mit dem vorerwähnten Fall auf und wurde auch entsprechend behandelt.<sup>123</sup>

Anders verhält es sich bei der *Erstreckung von Kollektivverträgen* auf tariflich nicht gebundene Dritte. Werden alle temporalen und räumlichen Probleme beiseite gelassen, so ist es vorstellbar, daß ein Arbeitnehmer sich auf eine ihm günstige Klausel eines in seinem Berufs- oder Betriebszweige geltenden Tarifvertrags mit der Begründung beruft, sie werde allgemein angewendet und sei Verkehrssitte. Gleiches ist auch bei Arbeitgeber-günstigen Klauseln denkbar. Entscheidend ist, daß die tarifvertragliche Norm in gleicher Weise wie eine gesetzliche Vorschrift auf die Tarifgebundenen einwirkt. Deshalb muß bei der Feststellung der Verkehrssitte ihr Verhalten unberücksichtigt bleiben. Nur wenn sich unabhängig davon ergibt, daß die Voraussetzung einer allgemeinen Übung noch gegeben ist, läßt sich von einer Verkehrssitte sprechen.<sup>124</sup>

---

punkt fehlender *opinio iuris* behandelt, obwohl es sich eindeutig um rechtsgeschäftliche Verkehrssitten handelt, vgl. Trib. Massa v. 26. 4. 1947 = Foro it. 1948, I, 274. Im hier vertretenen Sinn wohl MICHELI, *Monitore trib.* 1947, 169 und Cass. it. v. 31. 8. 1945 Nr. 784 = *Giur. compl.* 1945 Nr. 784.

<sup>123</sup> In Deutschland ist das Problem wegen § 4 Abs. 5 TVG nicht aktuell. Im Übrigen wird sogar die Fortwirkung als Betriebsübung (vgl. ihr Verhältnis zur Verkehrssitte Nr. 75) verneint, HUECK-NIPPERDEY Bd. II, S. 481 Fußn. 18 a. In Italien vgl. BARBERO, *Contratto-tipo* S. 218; Cass. it. v. 16. 2. 1949 Nr. 36 = *Giur. it.* 1949, I, 1, 596 (allerdings mit dem Problem der *opinio iuris* vermengt). Zur fortdauernden Übung des aufgehobenen *diritto corporativo* vgl. ASQUINI, *Studi Scialoja* Bd. III, S. 26. In Frankreich, Cass. fr. v. 10. 5. 1962 = JCP 1962 Nr. 12764; BRUN, *Jur. trav.* S. 25; zweifelnd DESPAX S. 196 und SAVATIER, *Dr. soc.* 1963, 43.

<sup>124</sup> Vgl. HUECK-NIPPERDEY Bd. II, S. 544, 481 zu § 612 Abs. 2 BGB, wonach gelegentlich Tarifverträge selbst auf Verkehrsübliches zurückgreifen. Vgl. auch DIEKHOF, *Mensch und Arbeit* 1961, 77 f. Nicht ganz eindeutig RAG v. 15. 11. 1939 = *ARS* 37, 369; Cass. it. v. 7. 2. 1955 Nr. 341 = *Foro it.* 1955, I, 655 (ebenfalls als Problem der *opinio iuris* aufgefaßt); Cass. fr. v. 20. 10. 1965 = *Bull. Cass.* 1965, IV, 665; v. 14. 12. 1965 = *Bull.*

Die gleiche Rechtslage ergibt sich auch bei der Frage, ob Verkehrssitten aus der *Befolgung einer verbandsrechtlichen Verpflichtung* entstehen können, soweit es sich um eine Rechtspflicht handelt.<sup>125</sup> Wenn sich ein Verbandsmitglied im Einzelfall nicht an die Verbandsnorm hält, so kann es sich gegebenenfalls Verbands-sanktionen aussetzen. Aber die unangewandt gebliebene Regel kann ihm nicht als Verkehrssitte angerechnet werden,<sup>126</sup> weil die generelle pflichtgemäße Befolgung der Vorschrift nicht spontan und daher ungeeignet zur Entstehung einer Verkehrssitte ist. Handelt es sich um ein Geschäft mit einem verbandsfremden Dritten, gilt das umso mehr, da der Dritte rechtlich nicht der Verbandsgewalt untersteht.<sup>127</sup> Etwa bei den Wiener Akkreditivrichtlinien wird dies besonders zu beachten sein, denn es ist bisher keineswegs sicher, ob sie nicht von einem Teil der nationalen Bankenverbände den Mitgliedsbanken aufgezwungen wurden. Auch wenn in diesem Fall Verbandsregeln lange Zeit unverändert bleiben, ändert sich am Ergebnis nichts. Stets handelt es sich für die Mitglieder, die sie ihren Geschäften zugrundelegen, um Befolgung einer vorgegebenen Rechtspflicht.<sup>128</sup> Stets fehlt ihrem Verhalten deshalb der spontane Charakter originärer rechtsgeschäftlicher Handlung.<sup>129</sup> Damit scheiden diese Fälle als Entstehungsfaktoren von Verkehrssitten oder Handelsbräuchen aus.

---

Cass. 1965, IV, 919; BARASSI, Dir. lav. Bd. I, 221 ff. Zu weitgehend Cass. fr. v. 5. 6. 1958 = Bull. Cass. 1958, IV, 673; verfehlt DANZ, JherJb. 1909, 71; DEMOGUE, Traité Bd. II, S. 858 und Cass. fr. v. 18. 12. 1958 = Dr. marit. 1959, 373: auch wer einen Kollektivvertrag aufkündigt, kann sich den darin enthaltenen, zum usage gewordenen Normen, nicht entziehen.

<sup>125</sup> Allgemein RAISER, AGB S. 48; GLEISS, BB 1951, 802 ohne zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Freiheit zu unterscheiden. Für den Seidenhandel, ISHIZAKI, Mélanges Lambert Bd. I, S. 500; das Dokumentenakkreditiv STOUFFLET, Crédit S. 108; die Börsenstatuten DÜRINGER-HACHENBURG Rdz. 10 e zu § 346.

<sup>126</sup> Vgl. Cass. it. v. 26. 11. 1928 Nr. 4206 = Foro it. rep. 1928 Consuetudine Nr. 7-9. Abzulehnen Cass. it. v. 7. 6. 1940 Nr. 1865 = Foro it. 1940, I, 932 f. und LG Berlin v. 27. 3. 1928 = Feilchenfeld Nr. 76: eine im Verbandsstatut normierte Pflicht, ein Verbandsgericht anzurufen, wird den Vertragspartnern als Handelsbrauch im Wege ergänzender Auslegung ihres Vertrages zugerechnet. Unklar KG v. 10. 10. 1959 = NJW 1960, 632.

<sup>127</sup> LÉAUTÉ, Rev. trim. civ. 1953, 451 ff.; HOETINK, Ind. t. v. h. r. 1933, 955: insoweit unklar DÜRINGER-HACHENBURG Rdz. 10 e zu § 346 HGB.

<sup>128</sup> Das verkannte Cass. it. v. 26. 11. 1928 (Fußn. 126) und KG v. 22. 10. 1949 = SJZ 1950, 666 f. (obwohl die ADSPb bis 1945 durch Ordnungsstrafen eines Zwangsverbandes sanktioniert waren, betrachtete sie das Gericht als Handelsbräuche). Verfehlt auch SCHOTTELIUS S.65. Im Ergebnis richtig, jedoch mit unzutreffender Alternativerwägung HR v. 26. 2. 1960 = NJ 1965, 373.

<sup>129</sup> Deshalb kann PACHE S. 127 nicht gefolgt werden. Danach sollen die als Verbandsnormen gesetzten Klauseln zu clauses d'usage werden, sobald sie stillschweigend die Einzelverträge der Verbandsmitglieder untereinander oder mit Dritten beherrschen. Das Problem wird in dem unter Nr. 57 kritisierten Sinn verfälscht. Sobald gewisse Klauseln d'usage sind, können sie nach dem Gesetz vertragsergänzend wirken. Nach PACHE hingegen sind sie clauses d'usage, weil sie einen Vertrag ergänzen. Auch HUECK, JherJb. 1923, 103 ist nicht zu folgen, wenn er das Entstehen von Verkehrssitten aus sanktionier-

68. Anders verhält es sich hinsichtlich des Einflusses *wirtschaftlichen Zwanges*, gleichgültig, ob er von Einzelnen oder, vorbehaltlich der gleich zu erörternden Einschränkungen, von Verbänden ausgeht und ob er sich gegenüber den Mitgliedern der Gruppe oder gegenüber Dritten, Abnehmern oder Kunden auswirkt.

Sieht man von der wirtschaftlichen Machtballung in der Hand einzelner Unternehmen ab, so fällt sofort auf, wie schwer erfaßbar das Zwangselement ist.<sup>130</sup> Ob die Unternehmer eines Industriezweiges ihren Kunden bestimmte Bedingungen auferlegen, weil sie andernfalls Sanktionen tatsächlicher Art seitens ihrer Zulieferer zu fürchten haben oder weil sie sie selbst für sinnvoll erachten, ist schon bei den einzelnen Geschäften schwer auszumachen.<sup>131</sup> Auch ist nach sicheren Kriterien kaum festzustellen, ob der Kunde die Bedingungen nur annahm, weil er dem dahinter stehenden wirtschaftlichen Druck wich, oder ob er auch von anderen Gesichtspunkten geleitet wurde.<sup>132</sup> Überdies ist zu beachten, daß es kaum eine Verkehrssitte gibt, deren Entstehung nicht durch die wirtschaftlichen Machtpositionen der einen oder anderen beteiligten Interessenten beeinflusst wurde.<sup>133</sup> Aber im Grunde ist das nicht der einzige Gesichtspunkt, der es verbietet, die Möglichkeit tatsächlichen Zwanges bei der Entstehung von Verkehrssitten negativ zu bewerten. Entscheidend ist vielmehr, daß die einzelnen Handlungen oder Geschäftsabschlüsse bei der Entstehung von Verkehrssitten nur Teilelemente sind, die erst nachträglich, oft erst nach Jahren, daraufhin geprüft werden, ob sie zusammen zu einer Verkehrssitte geführt haben. Dabei ist das psychologische Klima, unter dessen Einfluß die Handlungen und Erklärungen zustandekamen, regelmäßig nicht mehr aufzuspüren. Der Gutachter etwa, der das Entstehen einer Verkehrssitte prüft, findet als soziologisches Faktum nur, daß sich ein Verhalten, eine Vertragsklausel oder ähnliches eingebürgert hat. Kein objektiv erkennbares Element kennzeichnet Grund und Anlaß, weshalb sich die Übung, genauer ihre einzelnen Akte, in dieser oder jener Art entwickelt hat.

---

ten Verbandsregeln und empfohlenen Geschäftsbedingungen als einheitliches Problem unter dem Oberbegriff des „Normenvertrages“ betrachtet.

<sup>130</sup> De lege ferenda schlägt deshalb GENOVESE, *Foro it.* 1962, IV, 120 ff. (124) etwas formal den Ausweg vor, Klauseln allgemeiner Geschäftsbedingungen generell aus dem Themenbereich der Verkehrssitten auszuklammern. Gleichlaufend Z. 6 *isr.* Entwurf über den Abhäsionsvertrag, vgl. TEDESCHI-HECHT, *Rev. int. dr. comp.* 1960, 589 f. De lege lata vgl. in Italien hinsichtlich der von Art. 1341 Abs. 2 Cc. it. betroffenen AGB-Klauseln: ASQUINI, *Studi Scialoja* Bd. III, S. 29 und BALOSSINI, *Consuetudini* S. 262 f., *ders.* *Giur. it.* 1959, I, 2, 722 (aus zustimmungsbedürftigen Klauseln können keine *clauseole d'uso* werden. BALOSSINI verwechselt dabei Entstehung und Anwendung der *clauseole d'uso*). Vgl. dazu richtig CORRADO S. 65 Fußn. 7 und PAVONE LA ROSA, *Polizza di carico* S. 166 f. Zur Frage der Anwendung vgl. VI. Kap. Fußn. 158.

<sup>131</sup> VALERY, *Rev. crit. lég. jur.* 1915/24, 420.

<sup>132</sup> Vgl. auch *Cass. fr. v.* 30. 7. 1948 = *Bull. Cass.* 1948 Soc. 829 (eine Übung unter dem Einfluß äußerer Not ist kein Hinderungsgrund).

<sup>133</sup> JOSSEERAND, *Mélanges Gény* Bd. II, S. 337: das Gesetz nimmt wirtschaftliche Macht in Kauf. Vgl. auch HENKEL S. 221 und GAVALDA, *Anm. zu Cass. fr. v.* 4. 3. 1968 = *JCP* 1969, II, 15777. Siehe aber Fußn. 135.

Wie frei oder wie gezwungen sich jemand fühlt und wie frei oder gezwungen seine Handlungen demnach de facto sind, kann als subjektives Kriterium seines Tuns deshalb nachträglich nicht berücksichtigt werden<sup>134, 135</sup>.

Eine besondere Beurteilung erfordert der von rechtlichen oder tatsächlichen *Monopolträgern* auf den Geschäftsablauf ausgehende Zwang. Durch die Existenz des Monopols wird die Zwangssituation des Abnehmers objektiviert und ist tatsächlichen Feststellungen zugänglich. Die Monopolstellung des Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe ermöglicht den gleichen Druck auf den Abnehmer oder Kundenkreis, wie ihn eine verbindliche Verhaltensvorschrift ausübt. Dabei kann auch ein Verband Monopolträger sein und sich insoweit eine weitere Schranke für die Entstehung von Verkehrssitten aus Verbandsnormen ergeben.

Die Handlungen, die unter dem Einfluß des Monopoldruckes vorgenommen werden, sind nicht mehr spontan; die Annahme diktierter Bedingungen ist passive Unterwerfung statt positiver Akt.<sup>136</sup> Soziologisch und nur darauf kommt es hier an, stehen Monopoldiktate für den Abhängigen auf gleicher Ebene wie Rechtszwang: Er muß sich ihnen unterwerfen, will er negative Auswirkungen vermeiden. Diese Gleichartigkeit beider Zwangslagen bleibt nicht im Subjektiven und Unwägbaren stecken, sondern manifestiert sich in einer äußerlich erscheinenden Form: im einen Fall in der normativen Androhung der Sanktion, im anderen Fall in seiner tatsächlichen Präsenz, die im Monopol Ausdruck findet. Die Vornahme von Handlungen unter wirtschaftlichem Zwang hindert deshalb die Entstehung von Verkehrssitten jedenfalls dann, wenn der Zwang zum Monopolzwang wird.<sup>137</sup>

<sup>134</sup> Diese Sachlage wird nicht berücksichtigt von SCHLEGELBERGER Rdz. 3, 6, 10 zu § 346 HGB; DEPARADE S. 24, 35, 45; BENDIX, JW 1921, 227; MOSSA, Riv. dir. comm. 1922, I, 562 f.; PROTETTI, Vita not. 1958, 197; LEBRUN, Coutume S. 251 (besonders im Hinblick auf Gewohnheitsrecht); STOUFFLET, Crédit S. 109 (eine wirtschaftliche Drucklage beseitigt die adhésion des schwächeren Teils); Trib. Comm. Bruxelles v. 5. 1. 1949 = Jur. Comm. Brux. 1949, 223 ff. (226); Schiedsgericht des Komitees der Rotterdamer Kornhändler v. 4. 5. 1916 = AR 1919, 9; Gutachten Handelskammer Braunschweig = Feilchenfeld Nr. 129 verbindet das Problem mit dem Gewohnheitsrecht (opinio iuris).

<sup>135</sup> Eine andere Frage ist es, ob die Anwendung eines solchen usage im Einzelfall ausgeschlossen ist. Vgl. MEYER, Handelsbrauch S. 11. Das kann aber nicht generell beantwortet werden, wie offenbar FLUME, AT Bd. II S. 313 f.; App. Paris v. 4. 1. 1934 = Ann. dr. comm. 1934, 244 ff. annimmt. Zutreffend RG v. 19. 5. 1926 = RGZ 114, 9 ff. (13 f.); HR v. 26. 2. 1960 = NJ 1960, 655 unter Hinweis auf eine nichtveröffentlichte Entscheidung in gleicher Sache v. 11. 1. 1957; vgl. zum Anwendungsproblem Nr. 140, 141.

<sup>136</sup> Vgl. ASQUINI, Scritti Bd. I, S. 55 f.; ähnlich LA LUMIA, Corso S. 63; TUNC, Mélanges Ripert Bd. II, S. 157 hinsichtlich der vom frz. Bankensyndikat entworfenen Bedingungen; soweit DEPARADE S. 32 auf Monopolkartelle anspielt, ist ihm daher zuzustimmen. Zu weit DOVE, JW 1916, 371; zutreffend aber JW 1922, 691 für Börsenusancen und allgemein JW 1926, 1325; SCHREIBER, Handelsbräuche S. 39, zu weit aber S. 45. Beiläufig NÖRR S. 56.

<sup>137</sup> Im Ergebnis zutreffend App. Poitiers v. 10. 2. 1942 = D. C. 1942 J. 146 und Trib. Comm. Seine v. 4. 3. 1943 = G. P. 1943, I, 215 (trotz jahrelanger Übung sind die Klau-

69. Die negative Bewertung des Zwanges beim Entstehen von Verkehrssitten beleuchtet auch den Einfluß von Rechtsprechungs- und Verwaltungstätigkeit. Dabei handelt es sich um einen äußerst komplexen, aber sehr vernachlässigten Bereich.

Was die Rechtsprechung angeht, so ist zunächst die ständige *Rechtsprechung* auszuklammern, weil es bei Verkehrssitten um Vorgänge des Rechtsverkehrs selbst geht. Eine ständige Rechtsprechung stellt allenfalls, sofern wegen der besonderen Stellung der Gerichte von sozialtypischen Tatbeständen überhaupt gesprochen werden kann, *neben Verkehrssitten* einen *besonderen sozialen Faktor* dar. Da hierbei vor allem in Frage steht, ob sie einen Unterfall von Gewohnheitsrecht bildet, wird darauf später eingegangen.

Daß darüber hinaus die Spruchpraxis der Gerichte einen gewissen Einfluß auf die Entstehung von Übungen der Rechtsgenossen haben kann, dürfte außer Frage stehen, trotzdem aber nicht übermäßig zu bewerten sein. In der Judikatur läßt sich kein Fall nachweisen, wo eine Verkehrssitte erkennbar auf gerichtliche Stellungnahmen zurückzuführen ist. Das hängt zunächst wesentlich damit zusammen, daß die Gerichte ihre Entscheidungen aus dem positiven Recht begründen. Eine nachfolgende *Anpassung des Geschäftsverkehrs* erscheint deshalb als Befolgen von Rechtsnormen. Sodann orientieren sich die Gerichte selbst, besonders auf dem Gebiet dispositiven Rechts außerhalb der geschriebenen Vorschriften häufig an Verkehrssitten. Sie wenden also nur eine bereits vorgegebene Sozialtypik an, erscheinen aber nicht als ihr Urheber.

Der beschränkte Einfluß der Rechtssprechung auf Verkehrssitten hängt eng mit ihrer Aufgabe zusammen. Die Gerichte greifen nicht zukunftsplanend in den Ablauf des Rechtsverkehrs ein, sondern entscheiden in der Vergangenheit liegende Vorgänge nach gegebenen, allenfalls konkretisierungsbedürftigen Kriterien.

Für die *Tätigkeit von Verwaltungsbehörden* gelten hingegen andere Maßstäbe. Soweit die Administration am allgemeinen rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnimmt, ist sie unmittelbar an der Entstehung von Übungen dieses Rechtsverkehrs beteiligt.<sup>138</sup> Einschränkungen können nur bei Übungen im monopolisierten Wirtschaftssektor oder dann entstehen, wenn öffentliche Zwecke in privater Form verfolgt werden.<sup>139</sup> Im hoheitsrechtlichen Sektor der Verwaltungstätigkeit entstehen dagegen Verwaltungsübungen immer im Hinblick auf die besondere gesetzlich festgelegte Aufgabe. Da es ihnen an Spontaneität fehlt, lassen sie sich nicht auf den privaten Verkehr übertragen.<sup>140</sup> Das gilt etwa hinsichtlich eines *administra-*

sel des règlement du Syndicat général des banquiers en valeur près de la Bourse de Paris kein usage).

<sup>138</sup> Sie ist dann aber nur ein Teilelement und kann nicht allein die Verkehrssitte begründen, vgl. Trib. comm. Cambrai v. 7. 6. 1949 = G. P. 1949, II, 108 f. und Trib. Comm. Bordeaux v. 10. 6. 1949 = G. P. 1949, II, 127 f.

<sup>139</sup> Vgl. HR v. 18. 6. 1965 = NJ 1966, 474.

<sup>140</sup> ATOSA, Corr. amm. 1956, 843 f.; BALOSSINI, Accertamento S. 57 ff.

tiven Sprachgebrauchs, der für die Fiskalverwaltung eine spezifische Eigenart im Sinne der Steuergesetze erhalten kann. So stritten in dem zivilrechtlichen Fall Cour d'Appel Paris v. 6. 2. 1965<sup>141</sup> die Parteien über den Begriff des fonds de commerce de détail, wobei der Beklagte auf den Gebrauch dieses Begriffes in der Steuerverwaltung hinwies. Das Gericht folgte ihm nicht: Die Verwaltung habe einen Begriffssinn zum Zweck der Einteilung der Steuerschuldner entwickelt, der auf den privaten Rechtsverkehr nicht paßt.

Daneben ist aber zu berücksichtigen, daß ein Verhalten der Verwaltung, ohne selbst Element einer Übung zu sein, Übungen verursachen kann. So geschieht es, daß eine Behörde die Genehmigung zur Eröffnung eines Betriebes nur gibt, wenn der Antragsteller bestimmte Bedingungen etwa in einen Pachtvertrag aufnimmt.<sup>142</sup> Verkehrssitten entstehen daraus jedoch nicht, gleichgültig, ob die Verwaltung damit einen gesetzlichen Auftrag erfüllt oder von einer Ermächtigung Gebrauch macht. Für die Antragsteller liegt stets ein Rechtszwang vor, der spontanes Handeln verhindert.

### VI. Allgemeinheit der Übung und Gruppenbegriff

70. Verkehrssitte und Handelsbrauch bedeuten ein allgemeines Verhalten. Offen ist dabei bisher, was das Wort „allgemein“ ausdrücken soll. Der Gesetzgeber hat sich darüber nicht geäußert. Deshalb könnte daran gedacht werden, daß alle Verhaltensformen, die sich in irgendeinem Kreis von Menschen durchgesetzt haben, Verkehrssitten sind. Dieser Schluß liegt umso näher, als das Gesetz in mehreren Vorschriften ausdrücklich auf Ortsgebräuche verweist. Damit sollen offenbar bestimmte räumliche Grenzen, die über Bestand und Verfall eines Brauchs entscheiden, als Sonderfälle gelten.<sup>143</sup>

Vom tatsächlichen Geschehen aus betrachtet ist es indessen zu formal, Verkehrssitten lediglich als allgemeine Übung zu umschreiben, weil die soziologische Begrenzung entscheidenden Einfluß auf ihr Bestehen hat.<sup>144</sup> Wird diese auch nur geringfügig verschoben, so kann ein Urteil über die Existenz der Verkehrssitte vollständig verändert werden.

In einem Rechtsstreit hat das Gericht einen unter Börsenmaklern üblichen Brauch zu prüfen. Von den gleichfalls interessierten Banken bzw. Privatkunden wird der Brauch teils anerkannt, teils bestritten. Das Gericht müßte das Bestehen des Brauches

<sup>141</sup> G. P. 1965, II, 156.

<sup>142</sup> Vgl. dazu DURAND, Rev. trim. civ. 1948, 164 f.; im Ergebnis zutreffend Hof Arnheim v. 20. 10. 1964 = NJ 1966. Nr. 56.

<sup>143</sup> BALOSSINI, Consuetudini S. 637. Wenn DEPARADE S. 24 aus den Spezialverweisungen auf Ortsgebräuche den Gegenschuß zieht, daß Verkehrssitten nur volkseinheitliche Gebräuche sind, so ist ihm darin bisher niemand gefolgt. Verweisungen auf Ortsgebräuche insbesondere im Sachenrecht sind keine Spezialvorschriften gegenüber §§ 157, 242 BGB, 346 HGB.

<sup>144</sup> Vgl. den illustrativen Sachverhalt in Cass. it. v. 21. 9. 1948 Nr. 1631 = Giur. compl. 1948, 1645 betreffend eine völkerrechtliche Gewohnheit.

bejahen, wenn es ihn nur vom Kreis der Börsenmakler aus beurteilt. Fraglich wäre allenfalls ob er auf Geschäfte angewendet werden kann, die diese mit den Banken und Privatkunden abschließen. Das Bestehen des Brauches wäre zu verneinen, wenn ihn das Gericht von den am Börsenhandel Beteiligten aus beurteilt.

Die gleiche Problematik ergibt sich beim Versuch einer räumlichen Begrenzung. Behauptet ein niederbayerischer Bauer das Bestehen einer allgemein in Niederbayern praktizierten Übung, so gelingt dem Streitgegner möglicherweise der sie zerstörende Nachweis, daß im gesamten Donautal davon nichts zu spüren und auch in einigen Gebieten des Waldes von einer Übung keine Rede sein kann. Dennoch hätte der Nachweis des Brauches etwa für das Vils- und Isartal durchaus Bestand haben können.

Die Schwierigkeiten bei der Begrenzung rühren daher, daß Verkehrssitten als soziales Geschehen nicht in einer organisatorisch geordneten Untergliederung des Volkes entstehen. Rechtlich betrachtet sind sie vielmehr Ausdruck einer, wie BOBBIO<sup>145</sup> für den entsprechenden Problembereich des Gewohnheitsrechts bemerkt, „produzione delle società inorganiche“. Als solche übernimmt sie die Rechtsordnung.

71. Um den Abgrenzungsschwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, hat man sich darauf beschränkt, die *Verkehrssitte als Gegensatz zur Individualübung* zu bezeichnen. Alle Übungen, die nicht nur eine Geschäftspraxis zwischen zwei Partnern darstellen, sind Verkehrssitte. In der italienischen Lehre wird dieser Begriff der Verkehrssitte unübertroffen als „pratica plurisubbiettiva“ definiert.<sup>146</sup> Aber diese Formel löst das soeben aufgezeigte Abgrenzungsproblem nicht. Für die Praxis ist sie unbrauchbar. Mit der Verweisung auf Verkehrssitten ist eine Verweisung auf sozialtypische Tatbestände gemeint.<sup>147</sup> Eine Verhaltensweise von sechs Personen, die eine *pratica plurisubbiettiva* darstellt, kann, ohne den Begriff des Sozialtypus aufzulösen,<sup>148</sup> nicht als Verkehrssitte, *uso* oder *clausola d'uso* bezeichnet werden.

72. Die Frage bleibt also, wie die Grenze zu ziehen ist, die über Sein oder Nichtsein einer Verkehrssitte entscheidet. Ein beliebtes Kriterium stellt in Lehre und Praxis der Begriff der Gruppe dar. Eine Verkehrssitte wird als eine *Übung*

<sup>145</sup> Encicl. dir. Bd. IX Consuetudine (parte gen.) § 13.

<sup>146</sup> BALOSSINI, Consuetudini S. 365 ff.; im Ergebnis ähnlich RUTTEN-ASSER Bd. III, 2, S. 245; DANZ, JherJb. 1898, 418 (Übung einer Mehrzahl); GOERTZ S. 38 f.; MEYER, Handelsbrauch aaO (Übung einer unbestimmten Anzahl).

<sup>147</sup> Daher genügt entgegen PITLO, System S. 30 bei selten vorkommenden Geschäften nicht, wenn zweimal das gleiche Verhalten befolgt wurde. Unter atypischen Umständen kann sich kein Verhaltenstypus entwickeln. Zweifelhaft insoweit auch BGH v. 1. 12. 1965 = MDR 1966, 230 f. (Vorinstanz HansOLG Hamburg v. 3. 7. 1963 = MDR 1963, 849). Vgl. auch BÖSHAGEN, NJW 1956, 697 (Vor Feststellung eines Brauches ist zu prüfen, ob überhaupt ein Verkehrskreis vorhanden ist). Zutreffend BGH v. 29. 6. 1951 = NJW 1952, 64 f.

<sup>148</sup> Vgl. SCHLEGELBERGER Rdz. 11 zu § 346 HGB (einheitliches Verhalten nur einzelner, sei es auch erstrangiger Unternehmen, formt keinen Handelsbrauch).

verstanden, die *in der Gruppe* sich allgemein durchgesetzt hat.<sup>149</sup> Bisweilen wird auch gesagt, es sei eine Übung, bei der die Gruppenmitglieder der einhelligen Meinung sind, daß sie allgemein befolgt wird.<sup>150</sup>

Der Begriff der Gruppenübung als solcher ist freilich unzureichend, weil das Wesen der Gruppe offen ist.<sup>151</sup> Als Gruppe sind etwa Spediteure oder Frachtunternehmer anzusehen. Von ihnen aus betrachtet sind die Versender eine andere, wenn auch sehr lockere Gruppe. Von außen betrachtet können beide als Gruppe der am Frachtgeschäft Beteiligten zusammengefaßt werden. Dennoch zeigen diese Beziehungen, daß im Gruppenbegriff ein richtiger Ansatzpunkt enthalten ist. Verkehrssitten als Verhaltensweisen im Rechtsverkehr setzen sich aus bestimmten Handlungen einzelner Gesellschaftsmitglieder zusammen. Diese Handlungen entsprechen objektivierbaren Interessenlagen. Z. B. wird für eine besonders empfindliche Ware eine bestimmte Verpackung vereinbart, oder es wird der Abschluß einer Versicherung bzw. eine Gefahrenklausel verabredet, weil der Transport besondere Unsicherheitsfaktoren enthält. Das Verhalten der Partner ist folglich an der interessenmäßigen Situation des Vertrages orientiert. So bilden sich für gleiche wirtschaftliche Situationen gleichartige Verhaltensweisen heraus. Ein Seefrachtversicherer wird sich nicht an einer Haftpflichtversicherungspolice, möglicherweise aber an anderen Seefrachtversicherungspolices ausrichten.

Die Orientierung an der *Gleichartigkeit der vertraglichen Interessenlage* erlaubt es, den zunächst offenen Gruppenbegriff genauer zu umschreiben. Hervorzuheben ist dabei die Gleichartigkeit vertraglicher Interessenlage, die sich von der rechtstechnischen Gleichartigkeit der Vertragsformen durchaus unterscheiden kann. Von der vertraglichen Interessenlage her kann der Begriff der Gruppe so umschrieben werden: sie umschließt alle diejenigen Mitglieder der Gesellschaft,<sup>152</sup> die auf dem gleichen Sachgebiet tätig werden und in ihren Rechtsgeschäften gleichartige Interessenkonstellationen verwirklichen. Auf diese Weise wird beim vertraglichen Rechtsverkehr verhindert, daß bloß einseitige Praktiken etwa der Verkäufer, Versicherer usw. als Verkehrssitten angesehen werden.<sup>153</sup> Die sachbezogene Formulierung des Gruppenbegriffes versperrt außerdem einer leicht zur Willkür ausartenden Moralisierung den Weg.<sup>154</sup>

Ein an der vertragsmäßigen Interessenlage orientierter Gruppenbegriff setzt

<sup>149</sup> Cass. it. v. 27. 4. 1961 Nr. 940 = Giur. it. 1962, I, 1, 1256 ff.; RIPERT-ROBLOT-DURAND Bd. I, S. 22 sprechen von milieu; LEBRUN, Rép. dr. civ. coutume Nr. 20; LABAND, ZHR 1872, 481 verwendet den Begriff des „Kreises“.

<sup>150</sup> CARNELUTTI, Teoria S. 288.

<sup>151</sup> BALOSSINI, Giur. it. 1962, I, 1, 1258; ders. Consuetudini S. 313 ff.; FISCHER, Handelsusanz S. 29.

<sup>152</sup> Da der Gruppenbegriff sachlich bestimmt wird, können dazu auch juristische Personen gehören, z. B. HR v. 24. 2. 1938 = NJ 1938, 1345 ff.

<sup>153</sup> vgl. Fußn. 155.

<sup>154</sup> Zu eng TUNC, Mélanges Ripert Bd. II, S. 154, der auf die Berufssparte abstellt und überdies nur den „bon professionnel“ berücksichtigen will. Zu letzterem vgl. schon Nr. 56.

andererseits nicht voraus, daß alle Mitglieder der so umschriebenen Gruppe die gleichen Motive haben müssen. Schließt ein Verkäufer beim Versandkauf mit einer Transportversicherung einen Versicherungsvertrag ab, so sind die Motive für Versicherer und Versicherungsnehmer regelmäßig entgegengesetzt. Würde man daher als Voraussetzung des Gruppenbegriffs einheitliche Motive verlangen, so könnte praktisch keine für den Versicherungsvertrag verwendbare Verkehrssitte mehr entstehen. Jedenfalls bei entgeltlichen Geschäften haben die Vertragspartner in der Regel voneinander abweichende Motive. Es könnte daher nur noch von Verkehrssitten der Versicherer einerseits, der Versicherungsnehmer andererseits gesprochen werden.<sup>155</sup> Unter dem Gesichtspunkt der vertragsmäßigen Interessenlage lassen sie sich trotz unterschiedlicher Motive hingegen als Gruppe erfassen.<sup>156</sup>

Wird von sachbezogenen Kriterien für das Bestehen einer Verkehrssitte ausgegangen, so ist zu beachten, daß sich die Interessenlage auf einen relativ kleinen Geschäftskreis beschränken kann. Ebenso ist es aber auch möglich, daß sie wegen ihrer allgemeinen Bedeutung Verträge ganzer Bevölkerungsschichten erfaßt. Der Übergang von partikulären Gruppen zur umfassenden Gruppe, der Gesellschaft, ist fließend und begrifflich nicht festzulegen.

Gerade die letzte Tatsache zeigt, daß der soeben entwickelte Gruppenbegriff noch nicht ausreichend ist. Börsengeschäfte werden in Amsterdam wie in Frankfurt oder Mailand geschlossen, Frachtverträge in München wie in Le Havre. Je allgemeiner die Interessenlage vertraglicher Operationen verbreitet ist, umso mehr tritt neben sie ein *räumlicher Faktor*, der die Gruppe als soziale Einheit begrenzt. Es wird heute noch häufig von nationalen und internationalen Verkehrssitten gesprochen. Also liegt es nahe, in Deutschland Landesverkehrssitten usw., in Frankreich usages oder clauses d'usage eines Departements usw. anzunehmen. Doch ist zu bedenken, daß sich der Gruppenbegriff als soziologische Wirklichkeit nicht in juristische, d. h. staats- oder verwaltungsrechtliche Grenzen einspannen läßt. Staatsorganisatorische Raumordnung ist deshalb unbrauchbar.<sup>157</sup>

<sup>155</sup> Zu weit Trib. comm. Bruxelles v. 5. 1. 1949 = Jur. Comm. Brux. 1949, 223 ff. (228), das den usage einer Unternehmergruppe genügen läßt, aber die Feststellung für erforderlich hält, was die Kunden darüber denken. Auch Hof Hertogenbosch v. 3. 3. 1959 = NJ 1959, 655, der eine Unternehmerübung und Kenntnis der Kunden genügen läßt Unklar HR v. 26. 2. 1960 = NJ 1960, 373. Verkannt wird der Gruppenbegriff insoweit auch von OERTMANN, Verkehrssitte S. 332.

<sup>156</sup> Vgl. GAVALDA, Anm. zu Cass. fr. v. 4. 3. 1968 = G. P. 1969, II, 15777. Andeutungsweise ähnliche Vorstellungen vom Gruppenbegriff bei RAISER, AGB S. 78 (allerdings in Zusammenhang mit dem Geltungswillen gebracht); SCHLEGELBERGER, Rdz. 10 zu § 346 HGB; HansOLG Hamburg v. 3. 7. 1963 = MDR 63, 849; BÖSHAGEN, NJW 1956, 697; TORRENTE, Foro pad. 1950, I, 449 f., 451 f. und KAHN, Vente S. 36; BEKAERT S. 88; auch Trib. comm. Seine v. 31. 5. 1929 = G. P. 1929, II, 308; Rép. univ. usages comm. Nr. 3 liegen ähnliche Vorstellungen zugrunde; Rechtbank Assen v. 5. 6. 1956 = NJ 1957, 23; Rechtbank Rotterdam v. 9. 4. 1948 = NJ 1949, 380. Ungenau östOGH v. 11. 8. 1954 = SZ 1954, 208, der bei einer Verkehrssitte beim Verlagsvertrag von einer Übung der

Mit zunehmender Verflechtung der gesellschaftlichen Kontakte, kann sich eine einheitliche Gruppe mit einheitlichen Regeln für Frachtgeschäfte entwickeln die von Nordsee und Kanalhäfen aus abgewickelt werden, während sich eine den äußeren Bedingungen angepaßte zweite Gruppe für die europäischen Mittelmeerhäfen herausbildet. Es entstehen in beiden Fällen „internationale“ Verkehrs-sitten,<sup>158</sup> ohne daß beispielsweise das auch beteiligte Frankreich eine einheitliche „nationale“ Verkehrs-sitte hat. Ähnlich liegen die Verhältnisse im Binnenschiff-fahrtsverkehr, man denke etwa an die Verkehrs-sitten der Rheinschiffahrt, die bei deutschen, holländischen usw. Frachten geübt werden, während etwa für den Elbe-Strombereich andere Bräuche vorhanden sind: In Deutschland besteht also keine einheitliche „nationale“ Verkehrs-sitte. Innerhalb einer Rechtsgemeinschaft verhält es sich entsprechend. Es ist deshalb auch willkürlich, *staatliche Zuständigkeitsregelungen* zur Bestimmung der räumlichen Einheit einer Gruppe zu verwenden.<sup>159</sup>

Etwas zu einfach hat es sich Cour d'Appel Bordeaux v. 30. 6. 1964<sup>160</sup> gemacht: ein im Bereich des Handels von Bordeaux zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern geübter usage wurde als Übung auch der landwirtschaftlichen Betriebe im Zuständigkeitsbereich des Conseil de Prud-hommes Bordeaux erklärt. Die Begründung lautet, daß der Conseil die berechtigte Tendenz habe, alle Arbeitnehmer seines Kompetenzbereiches gleich zu behandeln. Diese Begründung trägt keine Verkehrs-sitte. Das Gericht hätte vielmehr den die Gruppe bestimmenden räumlichen Faktor nach den tatsächlichen Gegebenheiten ermitteln müssen.

Der Raumbegriff ist also grundsätzlich ebenfalls offen. Werden in drei Landkreisen und einigen daran grenzenden Gemeinden eines vierten und fünften Kreises einheitliche Geschäftsregeln befolgt, so liegt eine einheitliche Verkehrs-sitte für dieses Gebiet vor. Dagegen handelt es sich nicht um drei Landkreis-Verkehrs-sitten, während die in den Randgemeinden befolgte Übung ungezählt bleibt. Gemessen an staatsorganisatorischen Grenzen geht es bei Verkehrs-sitten

Verlegerkreise sprach. In Wirklichkeit ging es um eine zwischen Verlegern und Autoren übliche Klausel; vgl. den analogen Fall im Gutachten Handelskammer Breslau = Feilchenfeld Nr. 115; zutreffend östOGH v. 4. 11. 1919 = SZ 1919, 70; v. 12. 7. 1920 = SZ 1920, 75; PFENNINGER S. 53 f.; KLANG-GSCHNITZER Anm. III 2 a zu § 914 ABGB.

<sup>157</sup> Vgl. die Kritik VAN KUYK, NJV 1916, 150 an HR v. 15. 1. 1869 = W 8729 und 26. 6. 1908 = W 1829; vgl. auch PACHE S. 25 f. und beiläufig zum intKaufG DÖLLE, Rhein-Stein-Festschr. Bd. I, S. 450.

<sup>158</sup> Soweit das bei den einzelnen Regeln der Incoterms der Fall ist, muß der Kritik von EISEMANN, Incoterms S. 45 zugestimmt werden. Es ist überflüssig sie hier durch „Auslegung“ zum Bestandteil nationaler Bräuche zu machen, nur um die nationale Basis zu erhalten.

<sup>159</sup> Etwa BALOSSINI, Accertamento S. 160: die räumliche Grenze ergibt sich aus der Verwaltungskompetenz für die Sammlung von Bräuchen.

<sup>160</sup> D. 1964 J. 633; abzulehnen auch Trib. Comm. Bruxelles v. 12. 7. 1962 = Jur. comm. Brux. 1962, 301 ff. (304) wo der Brauch nach dem Ressort eines Appellationsgerichts beurteilt wird.

um wandelbare Gebietsabgrenzungen. Deshalb muß von Fall zu Fall mit besonderer Vorsicht vorgegangen werden.

73. Die soziologisch betrachtet offene Raumgrenze findet unter rechtlichem Blickwinkel aber eine Einschränkung. Wenn das Gesetz mit Verkehrssitten allgemeine Übungen anspricht, so wird eine nach objektiv meßbaren Kriterien noch bestimmbare Umschreibung des Allgemeinen vorausgesetzt. Als *unterste Grenze*, bei der das noch möglich ist, ist zutreffend, wenn auch unbewußt, in einigen Fundstellen *die Gruppe eines Platzes* angesehen worden.<sup>161</sup> Unterhalb der Ortsgrenze löst sich der Gruppenbegriff in Sektionen und Fraktionen, d. h. in „plurisubbiattività“ auf, die keinen greifbaren und rechtlich verwertbaren Anknüpfungspunkt mehr bietet und deshalb schon abgelehnt wurde.

74. Aus dem Gruppenbegriff und der Allgemeinheit der Übung folgt, daß die soziale Wirklichkeit überfordert wird, wenn manche Autoren *Einstimmigkeit* als Voraussetzung einer Verkehrssitte verlangen.<sup>162</sup> Einstimmigkeit setzt einen abschließend bestimmbaren Personenkreis voraus. In einem Verein etwa kann eine auf einen bestimmten Zeitpunkt bezogene Einstimmigkeit des Handelns erzielt werden. In einer von Natur aus offenen Gesellschaft und im Hinblick auf einen Dauerprozeß,<sup>163</sup> wie es bei Verkehrssitten der Fall ist, ist das nicht möglich. Hier muß man sich mit *vorherrschendem Verhalten* bescheiden,<sup>164</sup> was z. B. den Nachweis des Bestehens der Verkehrssitte maßgeblich beeinflusst.<sup>165</sup>

<sup>161</sup> Vgl. Trib. Milano v. 22. 1. 1959 = Giur. it. 1959, I, 2, 727; offenbar auch SCHLEGELBERGER Rdz. 8 zu § 346 HGB; indirekt Gutachten der Handelskammer Berlin = Feilchenfeld Nr. 62.

<sup>162</sup> Cass. it. v. 20. 3. 1933 Nr. 229 = Foro it. mass. 1933, 62; unklar TRABUCCHI S. 21 für usi S. 692 für clauseole d'uso; unklar DE PAGE Bd. I, S. 19 und Fußn. 4; BEKAERT S. 285; Nouv. rép. usages comm. Nr. 10; ungenau HAMEL-LAGARDE Bd. I, S. 55; Cass. fr. v. 26. 1. 1966 = Bull Cass. 1966, IV, 120; unklar Trib. Comm. Le Havre v. 14. 8. 1936 = G. P. 1936, II, 603; KLANG-GSCHNITZER, Anm. III. 2 a zu § 914 ABGB; anscheinend EBBECKE, JherJb. 1920, 4 f.; RG v. 17. 2. 1911 = RGZ 75, 341.

<sup>163</sup> Cass. belge v. 29. 7. 1947 = P. B. 1947, I, 217 lehnte einen usage ab, weil die fragliche Übung nur bei der Mehrheit der ortsansässigen Wäschereien geübt wurde. Angenommen am Tage X wäre die Übung einheitlich gewesen, am Tage Y hätte ein neuer Betrieb eröffnet und sich der Übung nicht angeschlossen, so wäre an diesem Tag der Brauch verfallen. Zweifelhaft auch Trib. civ. Toulouse v. 11. 1. 1939 = D. H. 1939 J. 160 wonach Unanwendbarkeit eines usage im Einzelfall zu seiner modification führe.

<sup>164</sup> Eine „certa diffusione“ wie sie App. Venezia v. 3. 4. 1948 = Temi 1948, 666 verlangt, ist freilich zu wenig; selbst wenn es sich um größere Unternehmen handelt, Gutachten Handelskammer Breslau = Feilchenfeld Nr. 114; RG v. 11. 3. 1933 = RGZ 135, 345 f.; bedenklich auch Cass. fr. v. 15. 7. 1913 = S. 1918/19, I, 140. Richtig: SCHLEGELBERGER Rdz. 13 zu § 346 HGB (nur der Dissens einer rechtlich beachtlichen Minderheit schließt einen Handelsbrauch aus); HansOLG Hamburg v. 7. 3. 1963 = MDR 1963, 849; sogar für Gewohnheitsrecht verzichtet GEISLER S. 21 auf Einstimmigkeit; GALLOIS, JR 1956., 46; MEYER, Handelsbrauch S. 11; WAGNER, NJW 1969, 1283 f.; RG. v. 21. 5. 1919 = Warn. 1919 Nr. 197; BALOSSINI, Consuetudini S. 206, 362; Cass. it. v. 14. 4. 1932 Nr. 1325 = Foro it. mass. 1932, 274; LA LUMIA, Corso S. 56; Trib. Milano v. 22. 1. 1959

Verschiedentlich hat die Rechtsprechung am Erfordernis der Einstimmigkeit festgehalten, wenn es sich um Übungen eines überschaubaren Wirtschaftssektors handelt. Aber hier ist schon von der tatsächlichen Seite her Vorsicht geboten.

Trib. Comm. Bruxelles vom 25. 2. 1966<sup>166</sup> verlangte, daß beim usage eines Börsengeschäftes alle Agenten der Brüsseler Börse beteiligt sein müssen. In einem anderen Urteil wollte das gleiche Gericht bezüglich eines Engagements eines Künstlers einen Brauch nur bejahen, falls er von allen Brüsseler Theaterdirektionen geübt wird.<sup>167</sup> Indessen wird in beiden Fällen der Gruppenbegriff verkannt. Da zur Gruppe alle Personen gehören, die Abschlüsse wirtschaftlich gleichartiger Verträge vornehmen, stellen die Börsenagenten oder die Theaterdirektionen allein noch keine Gruppe dar. Zur Gruppe gehören bei Aufträgen über den Kauf von Börsenpapier auch die Auftraggeber, bei Verträgen über die Verpflichtung von Künstlern auch diese selbst. Die Geschlossenheit der Gruppe geht dabei verloren.

Von einer *geschlossenen Gruppe* ist daher nur zu sprechen, wenn es sich um den Rechtsverkehr von zahlenmäßig beschränkten *Konzessionsträgern* oder aus tatsächlichen Gründen beschränkten Verkehrskreisen untereinander handelt. Bei Verträgen unter Börsenagenten oder Theaterdirektionen ist es deshalb von der soziologischen Seite her möglich, als Übung nur einstimmiges Verhalten zu betrachten. Aber hier bestehen Bedenken von der juristischen Seite her. In einem Vorgriff auf die Darstellung der Anwendungsvoraussetzungen von Verkehrs sitten ist zu beachten, daß abweichende Vereinbarungen der Vertragspartner Vorrang haben sollen. Die Rechtsordnung gestattet also, daß eine Verkehrssitte im Einzelfall durchbrochen wird. Verlangt man andererseits zu ihrer Entstehung einstimmiges Gruppenhandeln, so würde jedes abweichende Verhalten die Existenz der Verkehrssitte selbst beseitigen.<sup>168</sup>

75. Kann der Einzelne durch sein abweichendes Verhalten den Bestand einer Gruppenübung nicht beeinträchtigen, so kann er sie auch nicht durch individuelles Verhalten herbeiführen. Auch hier ist wieder von ausschlaggebender Bedeutung, wie der Gruppenbegriff bestimmt wird. Legt eine einzelne, sei es auch sehr starke Lieferfirma etwaigen Käufern beständig ihre *Geschäftsbedingungen* auf, so entsteht daraus keine Verkehrssitte. Verkäufer und Käufer stellen nur einen Ausschnitt der Branche dar. Der Verkäufer insbesondere erscheint als Einzelner und

= Giur. it. 1959, I, 2, 727; FERRARA, Trattato Bd. I, S. 137; LEBRUN, Rép. dr. civ. coutume Nr. 20; KAHN, Vente S. 37; BRETHER DE LA GRESSAYE-LABORDE-LACOSTE S. 277; sehr klar Trib. de Paix Paris v. 2. 12. 1932 = D. H. 1932, 80; Trib. Comm. Seine v. 31. 5. 1929 = G. P. 1929, II, 308; Rép. univ. usages comm. Nr. 2; HR v. 24. 2. 1938 = NJ 1938, 1345.

<sup>165</sup> Vgl. das vorzitierte Urteil Hans OLG Hamburg v. 3. 7. 1963 und BÖSHAGEN, NJW 1956, 697.

<sup>166</sup> Jur. Comm. Brux. 1966, 162 ff. (166).

<sup>167</sup> Jur. Comm. Brux. 1953, 373; richtig in einem ähnlichen Fall Cass. fr. v. 19. 12. 1966 = Bull. Cass. 1966, IV, 979.

<sup>168</sup> Vgl. BALOSSINI, Accertamento S. 21; übersehen von App. Bruxelles v. 15. 4. und 9. 6. 1904 = P. B. 1904, II, 331.

nicht in der Eigenschaft als Gruppenmitglied.<sup>169</sup> Ob er eine natürliche oder juristische Person ist, bleibt dabei gleich.<sup>170</sup>

Zweifelhafter verhält es sich, wenn die Personen, bei denen eine Übung gepflegt wird, in irgendeiner kollektiven Bindung zueinander stehen. Kollektive Bindung und Gruppe sind keine vorgegebenen Begriffseinheiten. Besonders kann der Gruppenbegriff, der jeweils nach sachlichen Kriterien bestimmt werden muß, durchaus auch an eine gegebene kollektive Bindung von Einzelpersonen anknüpfen. Entsprechend kann man von einer Gruppe der kaufmännischen Angestellten der Firma Ford oder unter etwas anderem Blickwinkel von der Gruppe der Arbeitnehmer der Firma Ford sprechen. Hier liegt vermutlich der tiefere Grund, der die Rechtsprechung wiederholt dazu verführt hat, in Betriebsübungen Verkehrssitten zu sehen.<sup>171</sup>

Es zeigt sich jedoch, daß Gruppe und Kollektiv nicht gleichzusetzen sind, wenn man von einer Gruppe hinsichtlich der Entstehung von Verkehrssitten spricht. Bei der dazu erforderlichen allgemeinen Übung ist der einzelne nur Glied und hat über den Gesamtvorgang keine Verfügungsmacht. Auch eine *Betriebsübung* ist allgemeine Übung der aus Arbeitgeber und Arbeitnehmern sich zusammensetzenden Betriebsgemeinschaft. Aber in dieser steht auf der einen Seite ein Einzelner, der Arbeitgeber und nur auf der anderen Seite eine Mehrheit, die Arbeitnehmer.<sup>172</sup>

<sup>169</sup> Vgl. GOERTZ S. 38; RG v. 10. 1. 1925 = RGZ 110, 47 ff.; DUROUDIER-KÜHLEWEIN, Rev. trim. comm. 1956, 37; W. DAVID S. 56 (mit Ausnahmen für Großunternehmen). Dagegen GLEISS, BB 1951, 800 und IHK Mönchen-Gladbach, Gutachten = BB 1951, 348. In der Begründung verfehlt NÖRR S. 57 (solange Unterwerfung erforderlich, keine Verkehrssitte); BALOSSINI, Accertamento S. 40 betrachtet die Verwendung von AGB als *pratica individuale*; so Trib. Roma v. 31. 3. 1965 = Temi rom. 1965, II, 355 f. und Trib. Roma v. 28. 7. 1956 = Banca, borsa 1957, II, 289 f. Abzulehnen: Trib. Milano v. 14. 11. 1931 = Riv. dir. comm. 1932, II, 123 f. (Reglement eines Bankhauses wurde zum *uso* erklärt); bedenklich LUTHLEN, S. 29 f., 68; RAISER, AGB S. 204 f.; GALLOIS, NJW 1954, 293.

<sup>170</sup> VALERY, Rev. crit. lég. jur. 1915/24, 424.

<sup>171</sup> Cons. Prud' h. Mons v. 4. 4. 1959 = Journ. trib. 1959, 440 f.; Cass. it. v. 17. 7. 1948 Nr. 1153 = Giur. compl. 1948, II, 3, 121 ff. mit zustimmender Anm. von SCALONE; BARASSI, Dir. lav. S. 227; differenzierend BALOSSINI, Consuetudini S. 204; Cass. fr. v. 6. 2. 1967 = Bull. Cass. 1967, IV, 126 spricht sogar bei einem Betrieb von 5 Leuten von einem *usage*; unklar Cass. fr. v. 5. 8. 1941 = Jur. trav. S. 61; widersprüchlich BRUN, Jur. trav. S. 21, 29 einerseits S. 65 andererseits; auch HUECK-NIPPERDEY Bd. I, S. 33 (betriebliche Verkehrssitte), 154 f. (verkehrssittenähnlich); LAG Bremen v. 18. 4. 1951 = BB 1951, 530 f. (normative Gewohnheit).

<sup>172</sup> Vgl. Cass. it. v. 4. 5. 1932 Nr. 1654 = Foro it. mass. 1932, 335; Cass. fr. v. 31. 7. 1930 = D. H. 1930 J. 457; v. 4. 3. 1964 = Bull. Cass. 1964, IV, 197; v. 25. 11. 1936 = G. P. 1937, I, 142; v. 20. 10. 1965 = Bull. Cass. 1965, IV, 665. Im Ergebnis auch RICHARDI, RdA 1960, 401 ff. Zwar spricht er S. 403 von kollektivem Ursprung, stellt aber weiter fest, daß die Betriebsübung erst bei Branchenüblichkeit zur Verkehrssitte wird, S. 401, Fußn. 2. In seiner Habilitationsschrift S. 299 ff. und 397 ff. fehlen Vergleiche

Wenn sich im Betrieb eine Übung herausbildet, so kann das verschiedene Gründe haben. Ordnet der Arbeitgeber kraft seiner Direktionsbefugnis etwas an, so ist die Befolgung seitens der Arbeitnehmer Erfüllung einer Rechtspflicht.<sup>173</sup> Nach obigen Ausführungen hat ein solches Verhalten mit Verkehrssitten nichts zu tun. Gewährt dagegen der Arbeitgeber bestimmte Leistungen, zu denen er vertraglich oder gesetzlich nicht verpflichtet ist, so ist das ein freies individuelles Verhalten, das diesen Charakter durch die Leistungsannahme seitens der Arbeitnehmer nur verliert, wenn daraus eine vertragliche Bindung wird. Als individuelles Verhalten unterliegt es gegenüber Dritten auch weiterhin der freien Entscheidung des Arbeitgebers,<sup>174</sup> es sei denn, daß eine Rechtsnorm<sup>175</sup> ihm diese nunmehr entzieht. Von dieser Möglichkeit abgesehen ist bei Betriebsübungen die Rolle des Arbeitgebers beherrschend.<sup>176</sup> Von einer allgemeinen Übung an der auch der Arbeitgeber nur als gesellschaftliches Glied mitwirkt, kann daher nicht die Rede sein.<sup>177</sup>

### § 3. Inhalt von Verkehrssitten

#### *I. Rechtsbezogene und technische Übungen*

76. Mehr noch als der Entstehungsvorgang ist der Inhalt allgemeiner Übungen vernachlässigt worden. Bei einseitiger Ausrichtung an dogmatischen Denkmodellen erschöpfte sich die inhaltliche Bestimmung in sinnentleerten Formeln. Da werden beispielsweise die Elemente Verkehr und Sitte im Begriff der Verkehrssitte zerlegt und man erfährt: „Verkehr ist der auf räumlichen oder geistigen Be-

---

zwischen Betriebsübung und Verkehrssitte vollständig. Vgl. auch SIEBERT, BB 1955, 870. Verfehlt Cons. Prud' h. Mons v. 4. 1959 aaO, wo nur die „généralité“ der Belegschaft berücksichtigt wird.

<sup>173</sup> Ähnlich DURAND-JAUSSAUD Bd. I, S. 139; HUECK, Lehmann Festschr. Bd. II, S. 643; HUECK-NIPPERDEY Bd. I, S. 155.

<sup>174</sup> Vgl. HUECK, Lehmann Festschr. Bd. II, S. 644 f.; HUECK-NIPPERDEY Bd. I, S. 152, 156. Zu den vertragsrechtlichen Fragen RICHARDI, RdA 1960, 402 f., der Parallelen zu allgemeinen Geschäftsbedingungen zieht; BAG v. 28. 2. 1956 = AP, Betriebl. Übung 1 § 242 BGB; SPAGNUOLO-VIGARITA S. 188; BRUN, Jur. trav. S. 29; Cass. fr. v. 31. 7. 1930 = D. H. 1930, 457.

<sup>175</sup> Etwa das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot vgl. HUECK, Lehmann Festschr. Bd. II, S. 643, 645; HUECK-NIPPERDEY Bd. I, S. 155; BAG v. 13. 10. 1960 = AP Gleichbehandlung 30 § 242 BGB. Auch an die Fürsorgepflicht i. V. m. Verwirkung ist dabei zu denken, vgl. BAG v. 8. 11. 1957 = AP betriebl. Übung 2 § 242 BGB.

<sup>176</sup> Diese Feststellung betrifft nur seine tatsächliche Stellung, nicht die im NS-Recht aus dem Führerprinzip abgeleiteten rechtl. Befugnisse, vgl. HUECK, Lehmann Festschr. Bd. II, S. 637. Rechtlich beschränkt sich die Vormacht des Arbeitgebers auf die oben erwähnte Direktionsbefugnis. CESSARI S. 201.

<sup>177</sup> Anders wenn sich die Betriebsübung zur Branchenübung entwickelt. Hier ändert sich auch auf der Arbeitgeberseite der individuelle Charakter, vgl. ENDRES S. 58, 68; HUECK, Lehmann Festschr. Bd. II, S. 642.

ziehungen beruhende Zustand der tatsächlichen, ein- oder zweiseitigen Einwirkung mehrer Personen aufeinander“.<sup>178</sup>

Die Vielfältigkeit des rechtsgeschäftlichen Lebens scheint solche Definitionen zu rechtfertigen. Da die gesellschaftlichen Verhältnisse sich in ständiger Veränderung befinden, müßte jeder Versuch einer wissenschaftlichen Erfassung der möglichen Gegenstände allgemeiner Übungen scheitern. Dennoch trifft das nur teilweise zu. Übungen aus den einzelnen Tätigkeitsbereichen des Menschen zusammenzutragen ist freilich sinnlos. Als Ergebnis erhielt man ein sozialstatistisches Kompendium, dessen Bestandteile zusammenhanglos aneinandergereiht wären. Juristisch ist ein solches Werk uninteressant, dem Praktiker würde es nur die Nachforschungen ersparen.

77. Dennoch werden trotz aller äußeren Verschiedenheit in den Übungen des sozialen Lebens durchgehende Strukturen erkennbar und ihre Analyse soll auf den folgenden Seiten versucht werden. Auszugehen ist von den Voraussetzungen des Rechtsverkehrs, in dem zwei Elemente gegenwärtig sind.

Die Verkehrsarten sind kein Selbstzweck. Z. B. werden Kaufverträge abgeschlossen, um einen Gütertausch auf eine von der Rechtsordnung anerkannte und daher erfolgreiche Weise zu erreichen. Ebenso werden Werkverträge abgeschlossen, um rechtlich erfolgreich eine Leistung eines anderen gegen Hingabe eigener Vermögenswerte zu erlangen. In jedem Rechtsgeschäft sind daher rechtliche Regelung und reales Ziel, das bei Schuldverträgen meist wirtschaftlicher Art ist, zu unterscheiden.

Diese Trennung führt zu einer ersten Gruppierung sozialtypischer Übungen. Allgemein formuliert können sie die rechtliche Regelung aber ebenso das reale Ziel betreffen. Übungen, die auf die rechtliche Regelung von Rechtsverhältnissen gerichtet sind, stellen *unmittelbar rechtsbezogene Übungen* oder Verkehrssitten dar. Ihre Existenzweise wird folglich auch durch die Gegebenheiten der jeweiligen Rechtsordnung bestimmt, unter deren Einfluß die Rechtsverhältnisse stehen. Die *Übungen* hingegen, *die Realziele betreffen*, sind von den gesetzlichen Regelungen der Rechtsverhältnisse unabhängig. Sie können ohne Rücksicht auf eine positiv-rechtliche Ordnung wirksam existieren, unterliegen dafür aber anderen, sich aus der jeweiligen Sachmaterie ergebenden Bedingungen.

Typisch rechtsbezogene Übungen oder Verkehrssitten sind: übliche Vereinbarungen über den zulässigen Schwund einer Ware, denn sie betreffen die Grenzlinie zwischen Erfüllung und Nichterfüllung; die im Handel verbreitete Übung, daß der nichtbefriedigte Gläubiger sich anderweit eindeckt und der Schuldner den Differenzpreis zahlt, denn sie betrifft die Bestimmung des rechtserheblichen Schadens und seine Regulierung; die Übung, daß der Vermieter den Mietzins beim Mieter abholt und dieser ihn zum jeweiligen Termin bereithält, denn hierbei handelt es sich um die Konkretisierung des Leistungsortes; die Übung, daß

---

<sup>178</sup> OERTMANN, Verkehrssitte S. 31.

der Verkäufer eines trächtigen Tieres die Übergabe erst nach dem Wurf vornimmt und die Ausführung unterbleibt, wenn es krank wird, denn hier wird die Leistungszeit konkretisiert und der Zeitpunkt des Gefahrübergangs betroffen.

Typisch auf das Realziel bezogene Übungen sind etwa die anhaltende Übung eines Bauverfahrens, weil es gewisse Auswirkungen auf die Feuchtigkeitsempfindlichkeit des Bauwerkes hat; die Beobachtung eines allgemeinen Verhaltens bei der Be- und Entladung von Schiffen, weil es die bestmögliche Ausnutzung der Hafenskapazität ermöglicht; Festsetzung eines Warenpreises nach einem bewährten Kalkulationsverfahren, weil es den Ausgleich von Risiko und Gewinnmarge am besten gewährleistet.

## II. Rechtsbezogene Übungen oder Verkehrssitten

78. Die rechtsbezogenen *Übungen* oder Verkehrssitten hat man oft in solche *bei Vertragsschluß* bzw. übliche Vertragsklauseln einerseits und Übungen *anlässlich der Durchführung von Verträgen* andererseits unterteilt.<sup>179</sup> In den romanischen Rechtsordnungen ist von hier aus sogar versucht worden Art. 1160 und 1135 Code Civil gegeneinander abzugrenzen. Jedoch beweist sowohl die deutsche wie die französische Vertragspraxis, daß die Aufgliederung nicht möglich ist.

Im deutschen Recht ergibt sich hinsichtlich der Zahlungsklausel „netto Kasse gegen Verladepapiere“ nach den Ermittlungen der Rechtsprechung jedenfalls bei Finanzierungsgeschäften ein handelsüblicher Ausschluß der Aufrechnungsbefugnis des Käufers. Wie der BGH im Urteil v. 22. 1. 1957<sup>180</sup> feststellt, war diese Übung schon in der Vorkriegszeit eingeführt. Der Entstehungsvorgang liegt weitgehend im Dunkel.<sup>181</sup> Daher sind zwei Entwicklungslinien möglich, die sich vermutlich überschneiden haben. Es ist zunächst denkbar, daß die an „Netto-Kasse“ Verträgen beteiligten Partner bei Vertragsabschluß lediglich auf Barzahlung abzielten, so daß andere Zahlungsformen ausgeschlossen waren. Da Aufrechnung keine Zahlungsform ist, kann der später in der Klausel erblickte Aufrechnungsverzicht erst durch die Art der Durchführung solcher Verträge entstanden sein. Verhielt es sich so, dann liegt hier eine übliche Klausel vor, die ihren vertragsüblichen Sinn erst durch eine Übung bei Abwicklung des Vertrages erhalten hat. Da aber die Entwicklung nicht eindeutig zu rekonstruieren ist, besteht ebenso die andere Möglichkeit, daß die „Netto Kasse“ Klausel je schon bei Vertragsabschluß im Hinblick auf den Ausschluß etwaiger Aufrechnungsbefugnisse vereinbart wurde. Der bei der Vertragsdurchführung beobachtete Aufrechnungsverzicht des Käufers war so betrachtet nur Folge einer bereits bestehenden Vertragspflicht.

Ein weiteres, wohl noch charakteristischeres Beispiel für die Austauschbarkeit beider Arten von Übungen stellt das Verhalten beim Warenschwund dar. Häufig finden sich Bestimmungen darüber in schriftlichen Abmachungen. Aber Kaufverträge über bewegliche Güter sind nicht formbedürftig und unterliegen auch in den romanischen

---

<sup>179</sup> MARCHAND, Dr. marit. 1958, 227 (unklar); RUTTEN-ASSER Bd. III, 2, S. 242; OPSTALL in Hofmann Verbintenissenrecht A. L. I. D. S. 423; SUIJLING Bd. II, S. 268 f. (unklar); RABEL, Warenkauf Bd. I, S. 57 f. unterscheidet zwischen üblichen Klauseln und Handelsgebräuchen, die für die Beurteilung der Geschäfte verwendet werden.

<sup>180</sup> BGHZ 23, 132 ff. (135).

<sup>181</sup> Sie läßt sich auch aus den Vorentscheidungen, insbesondere dem vom BGH zitierten Urteil RG v. 21. 4. 1931 = RGZ 132, 305 f. nicht rekonstruieren.

Rechten den Beweisformen des bürgerlichen Rechts nicht, wenn es sich um Handelsverträge handelt. Nun ging es in der Entscheidung der Cour d'Appel Montpellier v. 7. 11. 1958<sup>182</sup> um die Frage, ob dem Transporteur von Wein im Zisternenschiff ein Schwund von 0,25 oder 0,50 Prozent zugebilligt wird. Wollte man zwischen usages und clauses d'usage sachlich trennen, so wäre unterschiedlicher Beweis zu erheben gewesen: bei clauses d'usage, ob bei Verträgen über Zisternentransport üblicherweise dieser oder jener Schwund-Prozentsatz vereinbart wird; bei usages, ob im Falle des Eintritts von Schwund die Abwicklung des Vertrages ungestört bleibt, wenn dieser 0,25 oder 0,50 Prozent nicht übersteigt. Die Beweiserhebung ergab indessen, daß es sich um eine Übung anlässlich der Durchführung eines Vertrages in Gestalt einer üblichen Klausel handelte, die ebensogut schon im Vertrag selbst stehen konnte. Der Sachverständige führte nämlich aus, daß nach der Feststellung des Schadens die Partner das Geschäft auf der Basis von 0,50 Prozent zulässigen Schwundes abrechnen, wobei es sich um „des arrangements amiables qui se traitent entre réceptionnaires et armateurs“ handelt.

Es ist unvorstellbar, daß eine bei Durchführung eines Vertrages befolgte Übung nicht zugleich eine vertragsübliche Klausel wenigstens mit zum Ausdruck bringt. Entweder weichen die Parteien durch ihr Verhalten von einer im Vertrag enthaltenen Klausel ab. Ihr Verhalten ist dann Äußerung einer *konkludenten Änderungsvereinbarung*, durch die jene ursprüngliche Vertragsklausel durch eine neue ersetzt wird. Oder das Verhalten der Parteien betrifft Punkte, die bei Vertragsschluß nicht festgelegt wurden. Hier handelt es sich jeweils um Erweiterung oder Einschränkung der sich aus der vertraglichen Regelung ergebenden Rechte und Pflichten. In der Sache ist das ebenfalls eine konkludente Äußerung<sup>183</sup> einer den ursprünglichen Vertrag abändernden Klausel.<sup>184</sup>

Die Unhaltbarkeit der geschilderten Unterteilung rechtsbezogener Verkehrs sitten ergibt sich schließlich, wenn das tatsächliche Geschehen vertraglicher Beziehungen betrachtet wird. Wenn bei einer bestimmten Vertragsart teilweise eine Verkehrssitte schon bei Vertragsschluß in Form einer Klausel berücksichtigt wird, während andere das entsprechende Verhalten erst bei Durchführung des Vertrages befolgen, so liegt eine einheitliche Übung vor.<sup>185</sup> Eine Aufgliederung wäre an formalen Kriterien orientiert, die der Wirklichkeit nicht gerecht werden.<sup>186</sup> Daher ist der Absicht der holländischen Reformer des BW, bei rechtsbezogenen Übungen künftig nicht mehr zwischen gebruik und gebruikelijk beding zu unterscheiden, uneingeschränkt zuzustimmen.<sup>187</sup>

<sup>182</sup> Dr. marit. 1958, 220.

<sup>183</sup> Das wird von DE KAT, WPNR 3894 verkannt.

<sup>184</sup> Daran scheitern die gegensätzlichen Lösungen HR v. 26. 7. 1878 = W 8729 und v. 7. 4. 1932 = NJ 1932, 1613 ff. Interessanterweise hatte der Generalprokurator in seiner Conclusie mit Art. 1375 BW, der HR mit Art. 1383 BW argumentiert.

<sup>185</sup> Verkannt in Hof Leeuwarden v. 12. 6. 1918 = W 10316.

<sup>186</sup> vgl. impliciter Cass. fr. v. 13. 5. 1967 = Bull. Cass. 1967, IV, 246; Rechtbank Hertogenbosch v. 16. 1. 1959 = NJ 1960, 638; PITLO, Verbintenissenrecht S. 190 f.; SCHOLTEN NJ 1932, 1617.

<sup>187</sup> Vgl. die ministerielle Stellungnahme, zitiert bei PABBRUWE S. 190. Vgl. dort S. 90 auch den Nachweis, daß POTHIER, auf den der Begriff clause d'usage zurückgeht, keine Abgrenzung gegenüber dem usage vorgenommen hat.

79. Unter den rechtsbezogenen Verkehrssitten hat sich einen besonderen Platz die verkehrsübliche Bezugnahme auf allgemeine Geschäftsbedingungen erworben, die etwa für das Bank-Versicherungs- und Transportgewerbe behauptet wird. Ist die Verwendung solcher Bedingungen üblich, so besitzen sie nach verbreiteter Ansicht<sup>188</sup> die Eigenschaften von Verkehrssitten.

Werden bei Abschlüssen von Verträgen Geschäftsbedingungen verwendet, die in einzelnen Klauseln übereinstimmen, so entstehen verkehrsübliche Klauseln. Insoweit stellt sich unter dem hier zu betrachtenden Aspekt der Verkehrssitten kein Problem. Die inhaltliche Übereinstimmung häufig verwendeter Geschäftsbedingungen ist aber nicht der eigentliche Schwerpunkt. Sehr häufig kommt es vor, daß die Partner eines Vertrages auf allgemeine Geschäftsbedingungen nur verweisen. In diesen Fällen beruht die Annahme, daß sich aus der Verkehrsüblichkeit der Verweisung auch die der Bedingungen ergebe, auf einer unzureichenden Beobachtung der Vorgänge. Wenn ein einzelner Unternehmer Geschäftsbedingungen aufstellt, so ist der Regelfall, daß er sie der anderen Partei vorlegt. Sind die Bedingungen dagegen von Verbänden oder auf Konferenzen der Interessengruppen erarbeitet worden, so enthält statt dessen der Vertrag eine Verweisungsklausel auf die anderswo deponierten Regeln.

Aus den einschlägigen Fällen seien die Regeln über die große Haverie herausgegriffen. Obwohl sie nach den obigen Feststellungen nicht schon auf Grund der Formulierung Handelsbrauch sind, könnten sie es durch ständige vertragliche Verwendung werden. Steht beispielsweise in den Konnossementen regelmäßig die Klausel: „Als Schaden gilt nur was direkte Folge des Haveriefalles ist“, so wird diese Klausel verkehrsüblich. Von fünf großen Reedereien, deren Konnossemente verglichen wurden<sup>189</sup>, verfährt aber nicht eine auf diese Weise. Vielmehr enthalten sie durchwegs die Klausel, daß die York-Antwerpen-Amsterdamer-Regeln anwendbar sein sollen. Dank dieser Technik ist es ohne Änderung des Konnossements möglich, die jeweils letzte Fassung der Haverieregeln zur Anwendung zu bringen.<sup>190</sup>

Wenn in diesen Fällen von einer Verkehrssitte gesprochen wird, so liegt sie in der *Verweisungsklausel*, nicht in den Haverieregeln.<sup>191</sup> Diese Differenzierung ist

<sup>188</sup> ALGRA, Inleiding S. 18; OLG Saarbrücken v. 22. 7. 1953 = NJW 1953, 1832 f.; BÖSHAGEN, NJW 1956, 697 weist vor allem auf die hier in der Praxis häufig auftretenden Fehlvorstellungen hin, die sich nachteilig auf die gutachtliche Tätigkeit der Handelskammern auswirken, vgl. auch DEPARADE S. 18 f.; LÉAUTÉ, Rev. trim. civ. 1953, 440; zurückhaltend HOUIN, S. 1944, I, 21 ff.

<sup>189</sup> Art. 12 Transatlantique French Line; Regel 10 Norddeutscher Lloyd; Regel 11 Flota Mercante Gran Columbia; Regel 22 Vereenigde Nederlandsche Scheepvaartmaatschappij; Art. 12 General Steam Navigation Co., Argo-Reederei, Hamburg-London-Linie.

<sup>190</sup> SCHAPS-ABRAHAM Bd. II, S. 961 Anm. 2; ähnlich z. B. für die Richtlinien öster. Realitätenvermittler, vgl. östOGH v. 25. 5. 1960 = HS Bd. I, 162; unklar östOGH v. 29. 5. 1959 = HS Bd. I, 161.

<sup>191</sup> Unklar für entsprechende Fälle DEL MARMOL, Rev. dr. int. lég. comp. 1936, 616. Richtig RUTTEN-ASSER Bd. III, 2, S. 244; zutreffend Rechtbank s'Gravenhage v. 28. 6. 1921 = AR 35; SCIALOJA, Foro it. 1950, I, 364 ff. (368); MOLLE S. 442 ff.; OERTMANN,

von wesentlicher praktischer Bedeutung. Da die Haverieregeln 1950 zum letzten Mal geändert wurden, hätte es hinsichtlich der geänderten Klauseln erst wieder einer Übung bedurft, um einen Handelsbrauch entstehen zu lassen. Bedeutet verkehrsbliche Verweisung Verkehrsüblichkeit der Haverieregeln selbst, so wäre ihre Heranziehung als Verkehrssitten in der Zwischenzeit ausgeschlossen. Andererseits ist die Beschränkung der Verkehrsüblichkeit auf die Verweisungsklausel im Hinblick auf die gesetzlich vorgesehenen Verwendungsmöglichkeit von Verkehrssitten zu beachten. Es ist zumindest fraglich, ob eine verkehrsbliche Verweisungsklausel die gleiche Anwendung wie eine inhaltlich bestimmte Sachklausel z. B. bei der Vertragsergänzung finden kann. Diese Frage wird im VII. Kapitel noch eingehend behandelt.

### III. Verhältnis rechtsbezogener und technischer Übungen

80. Von den rechtsbezogenen Übungen werden bisweilen diejenigen endgültig abgesondert, die sich auf Realziele richten und deshalb auch technische Übungen genannt werden. Zur Begründung wird teilweise angegeben, daß rechtsbezogene Übungen normativ seien.<sup>192</sup> Zunächst, das kann wieder kurz eingewendet werden, ist es ein Trugschluß, aus der Verbindlichkeit den Inhalt einer Übung abzuleiten.<sup>193</sup> Auch die rechtsbezogene Verkehrssitte begründet oder konkretisiert für die Partner eines Vertrages Rechte und Pflichten nur im Rahmen und kraft der gesetzlichen Anordnung.

Gegenständlich richtet sich eine *technische Übung* auf Erreichung eines Realzieles. Zwischen diesem und der rechtlichen Regelung ist eine *begriffliche Trennung* möglich. Eine tatsächliche Trennung scheidet aber bisweilen daran, daß im Rechtsverkehr die Erreichung von Realzielen in rechtliche Regelungen eingebettet ist. Bei einem Vertrag kann zwischen rechtlicher Regelung und angestrebtem Ziel keine feste Grenzlinie gezogen werden. Das Ziel des Vertrages erscheint vielmehr in seinen Klauseln und macht einen wesentlichen Teil der Regelung aus. Infolgedessen kann auch eine zunächst bloß technische Übung zur rechtsbezogenen Übung werden.<sup>194</sup>

Beim Abschluß eines Frachtvertrags<sup>195</sup> vereinbaren die Partner zunächst Zeit und Dauer des Transports, Transportlast, Versicherung der Ware, Zahlungsmodalität,

Verkehrssitte S. 308; LÜDERITZ, Auslegung S. 417; SCHLEGELBERGER Rdz. 6, 71 zu § 346 HGB; GOERTZ S. 52.

<sup>192</sup> TRABUCCHI, S. 642; SCIALOJA, Saggi Bd. I, 289 ff.; VIVANTE, Arch. giur. 1882, 246.

<sup>193</sup> Rechtsbezogener Inhalt und rechtsbegründende Wirkung werden nicht immer klar auseinandergehalten. So wurde im Fall App. Paris v. 17. 1. 1902 = D. P. 1903, II, 1 ff. erwogen, ob ein rechtsgeschäftlicher usage aus einem Überweisungsformular einer Bank ein Inhaberpapier machen kann. In Wirklichkeit war es lediglich üblich geworden, den Inhaber eines solchen als Bevollmächtigten des Kontoinhabers zu behandeln.

<sup>194</sup> DEL VECCHIO, Lezioni S. 227 ff. ohne nähere Angaben.

<sup>195</sup> Vgl. die Ausführungen von DOOSSELAERE, Jur. D'Anvers 1950, 195 ff. (197 f.); zum Sachverhalt vgl. HR v. 6. 3. 1953 = NJ 1953, 791.

Haftung usw. Dem Transporteur bleibt es aber überlassen, wie er bei der Verladung von Bahnwaggon auf Schiff verfahren will. De facto hält sich der Transporteur an die technische Übung im Verlade- oder Zielhafen. Bald aber veranlassen die dort herrschenden Verhältnisse den Transporteur zwecks näherer Konkretisierung der vertraglichen Pflichten vorzuschlagen: die Verladung von Waggon auf Schiff erfolgt unter Berücksichtigung der Übung des Hafens Y. Eine solche Vereinbarung kann auch konkludent geschehen und üblich werden. Der zuerst technische Brauch wird dadurch zugleich rechtsbezogen, weil er nunmehr die Erfüllung oder Nichterfüllung der Vertragspflichten gerade im Sinne der bestehenden Übung fixiert.<sup>196</sup>

Ob eine solche qualitative Veränderung stattfindet, hängt von den tatsächlichen Verhältnissen ab. Die schriftliche Festlegung in den einschlägigen Vertragsformularen ist zwar ein Anhaltspunkt, aber als formales Kriterium nicht ausschlaggebend. Sie hilft vor allem bei formlosen Verträgen nicht weiter. Im Zweifel spricht freilich die Erfahrung gegen die *Umwandlung einer technischen in eine rechtsbezogene Übung*.<sup>197</sup> Technische Übungen hängen wesentlich von der Entwicklung des Lebensbereiches ab, in dem sie entstehen. Sie sind nicht Ausdruck eines rechtsbezogenen sozialen Verhaltenstypus, sondern Anpassung an den jeweiligen Stand der wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und technischen Entwicklung und unterliegen deshalb einer besonderen inneren Gesetzmäßigkeit.<sup>198</sup> Infolgedessen können sie auch nicht von den Vorschriften erfaßt werden, die auf Verkehrssitten als rechtsbezogene sozialtypische Tatbestände verweisen.<sup>199, 200</sup>

<sup>196</sup> Zweifelhaft Cass. fr. v. 4. 12. 1934 = D. H. 1935 J. 118; zutreffend App. Besançon v. 25. 1. 1926 = S. 1926, II, 60.

<sup>197</sup> Einer solchen Umwandlung bedarf es nicht, wenn das Gesetz den technischen Brauch als solchen für verbindlich erklärt. Beispiele enthält das L. v. 13. 6. 1860 = D. P. 66, IV, 67.

<sup>198</sup> Dazu vgl. RIPERT, *Forces créatrices* S. 45 ff.; beiläufig OERTMANN, *Verkehrssitte* S. 32.

<sup>199</sup> Verfehlt TUNC, D. C. 1946, 193: Ein Arzt, der sich an eine verbreitete technische Übung hält, handelt gemäß einem usage, der sein Verhalten deckt. Richtig bemerkt JODELET, G. P. 1945, I, 211, eine solche Begründung führe zu Molières Zeiten zurück. TUNC's Fehler liegt darin, daß er rechtsbezogene usages und pratiques techniques nicht differenziert. Im Ergebnis zutreffend App. Paris v. 25. 4. 1945 = D 1946 J. 192; v. 26. 4. 1948 = D 1948 J. 272; App. Bourges v. 27. 7. 1948 = D 1948 J. 574; RYCKMANS-ZWICK S. 349. Die Gleichsetzung von technischer Übung ist auch auf anderen Gebieten verbreitet, vgl. etwa HERSCHEL, NJW 1968, 618; DEL VECCHIO, *Lezioni* S. 229; BEKAERT S. 272 ff.; TUNC, *Mélanges Ripert* Bd. II, S. 149, 153 ff.

<sup>200</sup> Das schließt nicht aus, daß gesetzlich den technischen Übungen eine besondere Aufgabe zugewiesen ist, vgl. etwa hinsichtlich des deliktischen Sorgfaltsmaßstabes die oben zitierte Entscheidung HR v. 6. 3. 1953 oder hinsichtlich der üblichen Baupraxis in baurechtlichen Vorschriften, vgl. AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI Bd. I, S. 75 f. Es ist jedoch zu prüfen, ob das Gesetz die technische Übung oder den jeweiligen Stand der Entwicklung meint. So erscheint es nicht i. S. d. § 38 Abs. 1 HGB, wenn REHBINDER, NJW 1966, 1550 meint, das Gesetz verweise auf Übungen, die von opinio iuris getragen sind. Das Gesetz verlangt ordnungsgemäße, nicht aber übliche Buchführung, wenn damit auch nicht gerade die „letzten betriebswirtschaftl. Erkenntnisse“ gemeint sind, wie SCHLEGELBERGER Rdz. 18 zu § 38 HGB meint. Vgl. dazu auch HERSCHEL, NJW 1968, 620 f. Über die Folgen der Unterscheidung von technischer Übung und Verkehrssitte im

In gleicher Weise ist schließlich der sogenannte *Sprachgebrauch* zu betrachten. Allgemein übliche Ausdrücke sind als solche nicht auf den Rechtsverkehr bezogen.<sup>201</sup> Sie unterliegen Entwicklungsgesetzen, die sich außerhalb des Rechtslebens vollziehen. Wohl aber kann sich der Rechtsverkehr sprachlicher Erscheinungen bemächtigen. Sie treten damit aus dem allgemeinen Lebensbereich der Sprache heraus und führen ein juristisches Eigenleben wie alle rechtsbezogenen Übungen.<sup>202</sup> Mag die Grenze schwierig zu ziehen sein, so ist sie doch von erheblicher praktischer Bedeutung: ist etwa in der Klausel eines Kaufvertrages Sofortlieferung bedungen, so hat es wenig Sinn, über den Begriff „sofort“ ein philologisches Sachverständigengutachten einzuholen.<sup>203</sup> Der Geschäftsverkehr hat ihm ein eigenes Gewicht gegeben, das wesentlich vom normalen Sprachsinne abweichen kann. Bei zahllosen Notariatsformeln wird das noch deutlicher und so muß sich der Jurist stets darüber Rechenschaft ablegen, ob er sprachliche Formeln als allgemeinen Sprachgebrauch oder als rechtsbezogene Übungen zu betrachten und zu behandeln hat.

81. Wenn auch die auf ein Realziel gerichteten Verhaltensformen in der Mehrzahl nicht zu rechtsbezogenen Übungen oder Verkehrssitten werden, so ist doch etwas Weiteres zu beachten. Es wurde oben schon die Figur der üblichen Verweisklausel geschildert. Sie kommt, wie die Praxis zeigt, nicht nur in Verbindung mit allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Vielmehr können Verweisklauseln auch auf veränderliche Vorgänge des sozialen Lebens oder die technische Entwicklung verweisen. Aber Übung, übliche Klausel werden diese realen Vorgänge dadurch nicht. Das ist oft nicht klar gesehen worden. Als abschließendes Beispiel mag östOGH v. 18. 11. 1953<sup>204</sup> gelten.

Nach einer Auskunft des österreichischen Innenministeriums war bei Handelskäufen ohne spezifizierte Preisbestimmung die Klausel üblich: „Die Höhe des Preises bestimmt sich nach Ortsüblichkeit.“ Nun war die Ware zur Zeit des Vertragsabschlusses (1945) kaum im Handel. Der OGH stellte also das Fehlen des ortsüblichen Preises fest und ersetzte ihn nach Handelsbrauch durch einen angemessenen Preis. Die Begründung ist nicht zu billigen. Der „ortsübliche Preis“ ist selbst nicht Handelsbrauch. Seine tatsächliche Entwicklung hängt vielmehr von den sich wandelnden wirtschaftlichen Verhältnissen ab. Insoweit ist es etwas unglücklich, von ortsüblichen Preisen zu reden. Hier lag auch der Grund für den Argumentationsfehler. Offenbar ging nämlich der OGH

---

Vertragsrecht wird bei ergänzender Auslegung und der temporalen Anwendbarkeit Nr. 112, 151 näher eingegangen.

<sup>201</sup> Vgl. SCHNEIDER, JherJb. 1911, 390. Zutreffend vermeidet BAG v. 21. 10. 1966 = MDR 1967, 158, sie in Zusammenhang mit Verkehrssitten zu bringen. Unzutreffend WEDEMEYER S. 28; HÖLDER, Recht 1901, 216.

<sup>202</sup> D. h. sie sind Verkehrssitten, wie LG Hamburg v. 1. 10. 1965 = MDR 1966, 589 richtig feststellt.

<sup>203</sup> Vgl. den interessanten Hinweis von EHRlich, WE S. 30 auf eine Entscheidung des Ostpreuß. Tribunals von 1866. Nicht folgerichtig daher seine Ausführungen S. 35, 37, 38. Weiter DANZ, Auslegung S. 123. Zutreffend GROSSMANN-DOERTH, JW 1927, 3449 f. Instrukтив auch HR v. 15. 11. 1968 = NJ 1969, 1.

<sup>204</sup> SZ 1953, 284.

davon aus, daß die handelsübliche Klausel als solche entfällt, wenn ein üblicher Ortspreis fehlt. Aber das ist nicht der Fall. Ein einheitlicher Ortspreis kann je nach Marktlage an einem Tag bestehen, am anderen Tag entfallen. Aber die im Vertrag enthaltene Klausel bleibt bestehen. Lautet nunmehr der Vertrag so, daß der Ortspreis gilt, so kann man diese Regelung nicht ohne weiteres durch einen Billigkeitspreis ersetzen.

#### § 4. Zusammenfassung

Es ist zwischen dem Rechtsbegriff Verkehrssitte und den tatsächlichen Vorgängen zu unterscheiden, die ihn ausfüllen. Als Rechtsbegriff sind Verkehrssitten nicht Normen, sondern Regeln, die aus einer Abstraktion allgemeiner Verhaltensweisen gewonnen werden. Als solche sind sie nicht zu verwechseln mit Verkehrsanschauungen, wengleich diese häufig Motiv für die Ausbildung von Verhaltenstypen sind. Auch sind sie von individuellem Geschäftsgebaren zu trennen, obwohl dieses elementarer Bestandteil der Verkehrssitten ist.

Der tatsächliche Entstehungsvorgang besteht in der Wiederholung gleichartigen Verhaltens, das sich in rechtsgeschäftlichen Formulierungen oder tatsächlichem Geschehen ausdrückt. Eine typisierende Differenzierung ist jedoch nicht möglich. Die Wiederholung der Vorgänge wird allerdings durch eine bloße Formulierung nicht ersetzt, mag sie auch in kollektiver Form geschehen. Andererseits hindert die Tatsache, daß juristische Praxis bei der Formulierung rechtsgeschäftlicher Klauseln mitgewirkt hat, die Entstehung von Verkehrssitten nicht.

Als sozialtypische Verhaltensformen setzen Verkehrssitten keine wirtschaftliche Freiheit der Beteiligten voraus. Verhalten unter Rechtszwang in seinen verschiedenen Formen ist jedoch nicht geeignet, Verkehrssitten entstehen zu lassen. Für Monopolzwang gilt Gleiches.

Als allgemeine Verhaltensweise setzen Verkehrssitten mehr als eine bloß überindividuelle Übung voraus. Die Allgemeinheit kann nur nach Gruppen hinreichend bestimmt werden, wobei der Gruppenbegriff nach äußerlich erkennbaren Tätigkeitsmerkmalen festgesetzt werden muß. Als kleinste räumliche Einheit ist die örtliche Gruppe anzusehen, weil sich unterhalb des Ortsbereiches die Übung in bloßes überindividuelles Verhalten auflöst. Auch verhindert der Gruppenbegriff, Geschäftsübungen selbst großer Firmen, die sich an eine unbestimmte Vielzahl von Kunden richten, als Verkehrssitten zu betrachten. Besonders ihre ständig verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen erlangen als solche die Eigenschaft von Verkehrssitten nicht. Gleiches gilt für Betriebsübungen sogar in Großunternehmen. Auf der anderen Seite verbietet es die Offenheit eines soziologisch bestimmten Gruppenbegriffes, Einstimmigkeit der Übung zu verlangen.

Nach ihrem Inhalt sind allgemeine Übungen entweder direkt auf den Rechtsverkehr bezogen oder richten sich auf Ziele, die für sich betrachtet außerrechtlich sind. Bei den ersten handelt es sich um Verkehrssitten, bei den zweiten um technische Gebräuche. Die rechtsbezogenen Übungen oder Verkehrssitten sind übliche Vertragsklauseln meist sachlichen Inhalts oder Übungen bei der Durch-

führung von Verträgen. Eine Trennung beider ist nicht möglich. Unter den verkehrsüblichen Klauseln nehmen neben den Sachklauseln Verweisungsklauseln einen wesentlichen Raum ein. Solche Verweisungen betreffen wieder rechtsbezogene oder technische Verhaltensweisen. Ein technisches Verhalten kann so selbst, wenn auch aus tatsächlichen Gründen selten, zur rechtsbezogenen Verkehrssitte werden. Eine unaufhebbare Trennung rechtsbezogener Verkehrssitten und technischer Gebräuche scheidet daher aus, doch interessieren die technischen Gebräuche als solche wegen ihrer Eigengesetzlichkeit im Rahmen dieser Untersuchung nicht mehr.

## V. Kapitel. Verkehrssitten in der Gesetzlichen Ordnung des Schuldvertragsrechts

### § 1. Einführung

82. In §§ 157, 242 BGB und 346 HGB findet die Verweisung auf Verkehrssitten an drei zentralen Stellen des Gesetzes statt. Als sozialtypische Tatsache bilden sie aber nur ein Element im Gesamtbild dieser Vorschriften und auch dieses soll hier nur soweit interessieren, als schuldrechtliche Verträge betroffen werden.

Die Begrenzung auf schuldrechtliche Verträge ergibt sich aus der Natur dieses Rechtsgebietes, denn juristisch bedeutsame Verkehrssitten entstehen nur in Bereichen freier Entfaltungsmöglichkeit des Rechtsverkehrs. Daher haben sie für die gesetzlichen Schuldverhältnisse und das Erbrecht von vornherein keine praktische Bedeutung. Zwar kommen auch dort außergesetzliche Maßstäbe und Vorstellungen zum Zuge. Es handelt sich dabei aber mehr um die Anschauungen außer- und vorrechtlichen Sollens, also um Maßstäbe einer allgemeinen Verhaltensmoral.<sup>1</sup>

Auch die Bereiche des Sachen- und Familienrechts scheiden weitgehend aus. Betrachtet man die geringe Bedeutung etwa des § 157 BGB in diesen Rechtsgebieten, so kann daran gezweifelt werden, ob eine für alle Verträge gültige Auslegungsnorm zweckmäßig ist. Die Frage soll aber nicht verfolgt werden.<sup>2</sup> Vorauszusetzen ist, daß die Güterordnung des Sachenrechts im Interesse der inneren Ruhe der Rechtsgemeinschaft dem unmittelbaren Einfluß von Verkehrssitten weitgehend entzogen ist. Entwickeln sie sich dennoch, so beachtet die Rechtsordnung sie nicht.<sup>3</sup> Ausnahmen bestehen nur hinsichtlich einiger dogmatisch belangloser Spezialverweisungen auf Ortsgebräuche. Im Familienrecht verhält es sich nicht wesentlich anders. Zwar überläßt die Rechtsordnung z. B. die persönlichen

---

<sup>1</sup> Vorauszusetzen ist weiter, daß Verkehrssitten als rechtsgeschäftliche Übungen z. B. nicht auf das Deliktsrecht übertragen werden können, vgl. RG v. 23. 3. 1921 = RGZ 102, 44. Zweifelhaft daher Trib. Paix Paris v. 18. 3. 1904 = S. 1904, II, 148; v. 7. 6. 1901 und 9. 1. 1902 = S. 1902, II, 116 f. Nach deutschem Recht sind diese Fälle der Einbeziehung Dritter in die Schutzwirkung des Vertrages zuzuordnen. Die Entscheidungen sind nach französischem Recht besonders zweifelhaft, da Art. 1135 Cc. fr. auf den Vertragsbereich beschränkt ist.

<sup>2</sup> Vgl. RAISER, JT Festschr. Bd. I, S. 101 f., 108; FLUME, JT Festschr. Bd. I, S. 149 f.

<sup>3</sup> Keine deutschen Beispiele. Im übrigen vgl. östOGH v. 22. 10. 1924 = SZ 1924, 338; Cass. fr. v. 11. 7. 1855 = DP 1856, I, 9 ff.; HR v. 18. 6. 1965 = NJ 1966, 474; JEMOLO, Riv. it. sc. giur. 1959/62, 17. Davon sind die Fälle zu unterscheiden, bei denen im Rahmen sachenrechtlicher Beziehungen schuldrechtliche Fragen auftreten, vgl. Cass. fr. v. 3. 5. 1958 = Bull. Cass. 1958, I, 5 und Näheres bei VALETTE S. 155 f.

Familienbeziehungen weitgehend Sitte und Moral. Soweit aber Rechtsvorschriften bestehen, haben die Übungen der Rechtsgenossen wenig Spielraum. Die Institute entsprechen entweder feststehenden bzw. schwer wandelbaren Verhältnissen oder sollen rechtspolitische Ziele verwirklichen.<sup>4</sup>

83. Beschränkt auf das Schuldvertragsrecht des BGB besagt die Verweisung auf Verkehrssitten in § 242 wörtlich dies: ist der Schuldner vertraglich zu einer Leistung verpflichtet, so hat er sie unter Berücksichtigung der Verkehrssitten zu erbringen. Dem Wortsinn nach berührt die Vorschrift nur die *Leistungsart*, begründet aber keine *Leistungspflichten*. Hingegen ordnet § 157 BGB an, Verkehrssitten bei der *Auslegung* von Verträgen zu beachten. Sie wirken hier bei der Bestimmung der vertraglichen Pflichten mit.

Etwas anders verhält es sich im Handelsrecht. In § 346 HGB wird die zwischen §§ 242 und 157 BGB aufgeteilte Rolle hinsichtlich der besonderen Verkehrssitten des Handels zusammengefaßt und zugleich erweitert. Zunächst dienen sie wie in § 157 BGB der Auslegung. Zugleich aber bestimmen sie die Wirkungen handelsrechtlicher Geschäfte. Sie beeinflussen also nicht nur entsprechend § 242 BGB die Leistungsart, sondern auch Vertragsfolgen. BGB und Code Civil enthalten demnach verwandte Züge: in §§ 157 BGB und 346 HGB klingen Art. 1159 und 1160 Cc.fr. an. Art. 1135 Cc.fr. nähert sich weitgehend §§ 242 BGB und zugleich 346 HGB.

Nun zeigt vor allem § 242 BGB mehrere Aspekte. Es soll deshalb zunächst in § 2 seine Wirkung auf Schuldverträge geprüft und der dabei den Verkehrssitten zufallende Aufgabenbereich festgelegt werden. In § 3 ist sodann die wegen des Nebeneinanders der §§ 157 und 242 BGB, Art. 1135 und 1160 Cc.fr. dogmatisch so umstrittene Stellung der Verkehrssitten zu prüfen. Dabei wird zuerst der aus den einzelnen Verweisungsvorschriften abzuleitende Rang der Verkehrssitten gegenüber dispositivem Recht untersucht. Anschließend werden dann die Aufgaben der Verkehrssitten näher geprüft.

## § 2. Wirkungsbereich von § 242 BGB besonders hinsichtlich Verkehrssitten

84. Die Rolle der Verkehrssitten erscheint heute oft so unklar, weil § 242 BGB entgegen seinem Wortlaut zu einer umfassenden *Generalklausel* geworden ist. Er entspricht damit etwa dem Art. 2 des schweizerischen ZGB. Die Aufgabe der Verkehrskehrssitten wird daher häufig in der *Korrektur der Parteiabsprachen*

---

<sup>4</sup> So war zu § 1433 BGB a. F. unbestritten, daß die Parteien den vertraglichen Güterstand nicht pauschal den herkömmlichen Bräuchen unterwerfen konnten. Vgl. zum Güterrecht weiter Art. 7 L. fr. 30 ventöse an XII, Art. 1390 Cc. fr., Art. 161 Cc. it., Art. 198 BW. Allgemein PEDAMON, Rev. trim. comm. 1959, 343. Zu Art. 1390 Cc. fr. besonders Cass. fr. v. 30. 11. 1938 = DH 1939 J. 115.

gesehen. Dabei werden unter Korrektur zwei grundsätzlich verschiedene Vorgänge, *Eingriff und Ergänzung*, verstanden.<sup>5</sup>

85. Durch Korrektur wird zunächst eine vorhandene vertragliche Regelung verbessernd ersetzt oder teilweise, bzw. vollständig beseitigt. Hier wird in die privatautonome Vereinbarung eingegriffen: entweder wird die Leistungspflicht wegen Unzumutbarkeit oder Wandlung der äußeren Verhältnisse nach Vertragsabschluß verändert oder wegen Fortfall der Geschäftsgrundlage aufgehoben. Zur Korrektur in diesem Sinne gehört auch das Eingreifen der *exceptio doli* und der Verwirkung. Es handelt sich immer um atypische „kranke“ Sonderfälle. Deshalb haben diese eingreifenden Korrekturen mit einer Anwendung sozialer Typen, Verkehrssitten, nichts gemein. Die Atypik eingreifender Korrekturen stellt sie geradezu in Gegensatz zur Rolle der Verkehrssitten. Unter hunderten von Gerichtsentscheidungen ist nicht eine bekannt geworden, die hier Verkehrssitten heranzog.<sup>6</sup> Die eingreifend korrigierende Funktion des § 242 BGB wird deshalb in den folgenden Abschnitten nicht weiter berücksichtigt.

86. Durch Korrektur kann aber auch eine von Anfang an mangelhafte, unvollständige vertragliche Vereinbarung<sup>7</sup> verbessert werden. Es handelt sich um ergänzende Korrektur, die von der privatautonomen Regelung nichts wegnimmt, sondern ihr etwas hinzufügt. Vor allem dies soll nach der heute vorherrschenden Meinung zum Aufgabenbereich des § 242 BGB gehören.<sup>8</sup> Eine Minderheit hält hingegen daran fest, daß die Vorschrift nur das „Wie“ derjenigen Rechte und Pflichten beherrscht, die sich aus dem Vertragswortlaut ergeben.<sup>9</sup>

87. Die enge Fassung des § 242 BGB verdankt ihre Entstehung einer wenig glücklichen Vorgeschichte. Im ersten Entwurf fehlte diese Vorschrift. Ihr Vorläufer war § 359, der im zweiten Entwurf in § 224 Abs. 1 folgende Fassung erhielt: „Zu welcher Leistung das Schuldverhältnis den Schuldner verpflichtet und wie die Leistung zu bewirken ist, ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beurteilen.“ Dabei ging man davon aus, daß der Umfang

<sup>5</sup> HACHENBURG, Vorträge S. 32 (Ablehnung einer Rechtskonsequenz-Vervollständigung). Vgl. auch die Analyse von STÄHELIN, ZSR NF 26, 355 ff.

<sup>6</sup> Die Gefahr liegt insoweit auf einem anderen Gebiet. Mitunter greifen die Gerichte zur Auslegung nach Verkehrssitten, ohne zuvor näher liegende Auslegungshilfen zu prüfen. Zu den sich daraus ergebenden unzulässigen Eingriffen vgl. Nr. 136.

<sup>7</sup> LEHMANN-HÜBNER S. 216.

<sup>8</sup> Vgl. ESSER, JZ 1956, 557 und SchR (2) S. 100 (ergänzend-regulierende Funktion des § 242 BGB); v. TUHR Bd. I, S. 30; FLUME, AT Bd. II, S. 309; ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 272; LEONHARD, SchR. Bd. I, S. 73 f.; OERTMANN, Verkehrssitte S. 342 ff.; SCHLEGELBERGER Rdz. 21 zu § 346 HGB.

<sup>9</sup> Vgl. LEHMANN-HÜBNER S. 26; OERTMANN, BGB Anm. 2 f. zu § 157; STAMMLER, Richtiges Recht S. 527. Nach BLOMEYER S. 21 regelt § 242 bei vertraglichen Schuldverhältnissen nur das Wie. Was zu leisten ist, beurteilt sich nach § 157. Da aber bei gesetzlichen Schuldverhältnissen § 157 nicht gilt, müsse hier eine „vernünftige Auslegung des Gesetzes“ zu gleichen Ergebnissen führen, also § 242 BGB auch das Was bestimmen.

der Verbindlichkeiten von der Frage nach der Art ihrer Leistung nicht zu trennen ist.<sup>10</sup> Schon bald tauchte aber der Gedanke auf, daß § 224 Abs. 1 auf gesetzliche Schuldverhältnisse nicht paßt, weil sich bei diesen die Leistungspflichten nur aus dem Gesetz ergeben können. Um die Vorschrift weiterhin auf alle Schuldverhältnisse anwenden zu können, beschränkte man sie auf das Wie der bereits gegebenen Pflichten. Zugleich sollten jedoch Verkehrssitten bei Verträgen auch weiterhin auf die Festsetzung der Rechte und Pflichten einwirken. Deshalb wurde in dem 2. Entwurf § 127 neu eingefügt: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“<sup>11</sup> Indessen sind zwei Fragen bei der endgültigen Fassung des § 242 BGB vollständig übergangen worden. Ungeprüft blieb, ob die ergänzend korrigierende Funktion der Vorschrift überhaupt von der Festlegung der Leistungsart getrennt werden kann. Weiter wurde übersehen, daß der Sinn des § 242 BGB im Vertragsbereich zweifelhaft wird, wenn man ihn entsprechend den Beratungsergebnissen versteht. Wenn Verkehrssitten nur die Modalitäten der nach dem Vertrag oder Gesetz festliegenden Rechte und Pflichten beeinflussen, so ist nämlich fraglich, ob damit die Vorschrift nicht unbewußt in eine Auslegungsvorschrift verwandelt wird.

88. Es soll zunächst geprüft werden, ob § 242 BGB auf die Bestimmung der *Leistungsart* beschränkt werden kann. Treu und Glauben oder Verkehrssitten werden hier beachtlich, wenn das Gesetz oder eine vereinbarte Vertragsklausel den Leistungsgegenstand nur durch einen Allgemeinbegriff umschreiben. Seine Konkretisierung, seine Modalität stellt praktisch erst die Bestimmung des *Leistungsgegenstandes* dar.

Im Rahmen eines Mietvertrages trifft beispielsweise den Vermieter nach § 536 BGB die Pflicht, die Mietsache in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten. Wenn angenommen wird, daß den Vermieter in größeren Städten nach allgemeiner Verkehrssitte die Verpflichtung zur Beleuchtung der Flure und Treppen trifft<sup>12</sup>, so ist das eine Modalität der gesetzlichen Erhaltungspflicht. Aber diese Modalität bestimmt erst was der Vermieter an Leistungen zu erbringen hat. Die Verkehrssitte bestimmt die Leistungspflicht. Als Modalität erscheint sie nur in Bezug auf den gesetzlichen Allgemeinbegriff der „Erhaltung eines geeigneten Zustandes“ der Mietsache.

Gleiches gilt auch bei vereinbarten Leistungspflichten. Eine Transportfirma übernimmt die Verpflichtung, empfindliche Waren fachgerecht zu verfrachten. Die Beachtung einer verkehrsüblichen Verstaungsart, z. B. Vertäuung des Ladegutes nach Isolierung bestimmter Teile, ist Modalität im Hinblick auf die Vertragsformel „fachgerechter Verfrachtung.“ Die Verkehrssitte ergibt wiederum zugleich, was an Leistungen zu erbringen ist: die Modalität der Leistung bestimmt den Leistungsgegenstand.

Je allgemeiner und kürzer eine Verpflichtung im Gesetz oder Vertrag formuliert ist, um so klarer tritt das Ineinandergreifen von Leistungsart und Leistungsgegenstand hervor. Um so unhaltbarer wird es, die Rolle der Verkehrssitten bei

<sup>10</sup> Prot. I, 303.

<sup>11</sup> Prot. I, 624.

<sup>12</sup> RG. v. 21. 1. 1932 = HRR 1932, 1126; vgl. auch den Fall LG Berlin v. 19. 3. 1963 = MDR 1964, 237.

der Bestimmung von Leistungsart und Leistungsgegenstand zu unterscheiden. Es ist letzten Endes nicht mehr auszumachen, ob die aus Verkehrssitten sich ergebende Beleuchtungspflicht des Vermieters ein aus § 242 BGB abgeleiteter Leistungsgegenstand oder Modalität des Leistungsgegenstandes, d. h. der „Erhaltung der Mietsache“ nach § 536 BGB ist. Das Mietrecht bietet viele solcher Zweifelsfälle. Man denke an die berühmte Fernsehdachantenne. Fällt ihre Duldung als Modalität unter § 536 BGB? Handelt es sich um eine Nebenpflicht aus § 242 BGB oder wird gar der Abschluß eines Zusatzvertrages erforderlich?<sup>13</sup>

Ob man sich für das eine oder andere entscheidet hängt von austauschbaren technischen Konstruktionen ab. Das wird besonders deutlich bei einem Vergleich der deutschen und französischen Regelung über die Verpflichtung des Personenbeförderers, die Reisenden wohlbehalten zum Ziel zu bringen.

Das Reichsgericht hat zuerst die Auffassung vertreten, daß es sich dabei um eine Modalität des vom Beförderer versprochenen Werkes handelt.<sup>14</sup> Es folgten sodann zwei Entscheidungen,<sup>15</sup> in denen die Sicherheitspflicht zur selbständigen Nebenpflicht erklärt wurde. Eine Differenzierung von Leistungsmodalität und Leistungsgegenstand sucht man in den Entscheidungsgründen vergeblich. Erkennbar ist nur das Motiv des Sinnwandels. Das Gericht wollte die kürzere Verjährungsfrist des § 638 BGB ausschalten.

Die französische Entwicklung ist den entgegengesetzten Weg gegangen. Man nahm zunächst an, daß sich der Beförderer nur verpflichte, den Reisenden an ein bestimmtes Ziel zu bringen. Folglich hätte die Sicherheitsgarantie sich nur aus besonderen Absprachen oder Gesetzesvorschriften als Nebenpflicht ergeben können. Derartige Vorschriften bestanden nicht<sup>16</sup>, so daß der verletzte Reisende mangels Vereinbarung auf Deliktsansprüche angewiesen war. Die Cour de Cassation leitete am 21. 4. 1913 eine Wende ein. In der Entscheidung heißt es, daß den Unternehmer, der die Verpflichtung zur Beförderung übernimmt, „par là même“ auch eine Sicherheitspflicht hinsichtlich der Gesundheit des Beförderten trifft<sup>17</sup>. Diese ist also in der Beförderungspflicht enthalten, ist Leistungsmodalität. Auch hier wird nur das Motiv für den Sinnwandel klar: Bei Deliktsansprüchen muß der Geschädigte das Verschulden des Schädigers beweisen, bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen muß nach Art. 1147 Cc. fr. der Schädiger den Entlastungsbeweis antreten.

89. Schon jetzt kann festgestellt werden, daß § 242 BGB nicht auf das Wie einer vertraglichen Leistung beschränkt werden kann. Es soll aber trotzdem auch die zweite von den Verfassern unbeantwortet gelassene Frage geprüft werden:

<sup>13</sup> vgl. EWALD, MDR 1965, 85 mit Nachweisen der einschlägigen Rechtsprechung. Typisch auch Trib. civ. Seine v. 15. 12. 1942 = G. P. 1943, 1, 110 (Bereitstellung eines Concierge: Konkretisierung des Art. 1719, Ziff. 3 Cc. fr. oder Nebenpflicht kraft d'usage nach Art. 1135 ?).

<sup>14</sup> v. 15. 6. 1905 = JW 1905, 484.

<sup>15</sup> v. 1. 12. 1905 = RGZ 62, 119 ff.; v. 15. 4. 1907 = RGZ 66, 12 ff. (16).

<sup>16</sup> Rép. dr. civ. Bd. I, contrat et convention Nr. 105 ff. nimmt zwar das Bestehen einer Gewohnheitsrechtsnorm an, wird aber von der Rechtsprechung nicht bestätigt. Zutreffend MAZEAUD, D. P. 1935, II, 50, der richterliche Gesetzesfortbildung annimmt.

<sup>17</sup> D. P. 1913, I, 257. Seither nicht mehr bestritten. Vgl. auch MAZEAUD, D. P. 1935, II, 50 note zu App. Toulouse v. 23. 10. 1934 zur entsprechenden Haftung des Karussellbesitzers, „incluse dans le contrat“; BOULANGER, Mélanges Frédéricq Bd. I, S. 201 f.

behält die Verweisung auf Verkehrssitten einen selbstständigen Sinn, wenn § 242 BGB darauf beschränkt wird, bereits gegebene Rechte und Pflichten näher festzulegen. Vorstellbar sind nur zwei Möglichkeiten. Entweder soll die Vorschrift die *vertraglichen Absprachen* oder die sich aus dem Gesetz ergebenden *Rechte und Pflichten präzisieren*, wobei eingreifende Korrekturen außer Betracht bleiben.

Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß Verkehrssitten nach § 242 BGB nicht die Aufgabe haben können, vertragliche Absprachen zu präzisieren. Präzisierung bedeutet nichts anderes als Sinnermittlung und diese gehört in den Bereich der Vertragsinterpretation.

Aber auch die Bestimmung der sich aus dem Gesetz ergebenden Rechte und Pflichten kann nicht im Wirkungsbereich der Verkehrssitten im Rahmen von § 242 BGB liegen. Zwar erlangen Verkehrssitten hinsichtlich der sich aus dem Gesetz ergebenden rechtsgeschäftlichen Rechte und Pflichten eines Kaufvertrages als Mittel der Gesetzinterpretation einen gewissen Einfluß.<sup>18</sup> § 242 BGB geht es jedoch nicht darum, allgemeingültig den Normgehalt gesetzlicher Vorschriften auszulegen. Vielmehr sollen nach dieser Vorschrift die im Einzelfall maßgeblichen Rechte und Pflichten bestimmt werden. Deshalb kann eine gesetzinterpretierende Wirkung der Verkehrssitten nicht aus ihr hergeleitet werden.<sup>19</sup> Es ist unvorstellbar, daß z. B. ein nationales Gesetz durch örtliche oder gruppengebundene Verkehrssitten, auf die § 242 BGB unterschiedslos verweist, variabel ausgelegt wird.<sup>20</sup> Darüber hinaus haben die Verfasser des BGB das Thema der Gesetzesinterpretation ausdrücklich offengelassen.

Wie am Beispiel des § 536 BGB gezeigt werden konnte, haben Verkehrssitten die weitere typische Aufgabe, die in zahlreichen Vorschriften verwendeten Allgemeinbegriffe zu konkretisieren.<sup>21</sup> Auch hierbei handelt es sich jedoch nicht um ein Wirksamwerden des § 242 BGB. Verwendet der Gesetzgeber auf Verkehrsüblichkeit bezogene Allgemeinbegriffe, so liegt schon darin der Auftrag, einschlägige Verkehrssitten heranzuziehen.<sup>22</sup> Es ist überflüssig und erschwert die Deutung der Generalklausel des § 242 BGB, wollte man ihn hier zitieren.

<sup>18</sup> Vgl. BGH v. 15. 11. 1965 = NJW 1966, 593 ff. Hinweise auf die französische Rechtsprechung bei PERREAU, Rev. trim. civ. 1911, S. 267 ff. und VALETTE S. 174 ff. Allgemein GÉNY, Méthode Bd. I, S. 321.

<sup>19</sup> Vgl. auch OERTMANN, Verkehrssitte S. 369.

<sup>20</sup> Vgl. OERTMANN, Verkehrssitte S. 370; Cass. fr. v. 16. 5. 1949 = D. 1950 J. 629 mit zustimmender Note von RIPERT; App. Douai v. 2. 5. 1912 = D. P. 1912, II, 240.

<sup>21</sup> Hier muß aber jeweils geprüft werden, ob das Gesetz nicht vielmehr auf außerrechtliche Normen verweist. Besonders bei älteren Gesetzen ist Vorsicht am Platze. Z. B. ist der Begriff der deliktischen *faute* im Cc. fr. von den Normen einer mittleren Verhaltensmoral beherrscht. In Art. 1992 Cc. fr. wird er hingegen deutlich vom usage geprägt. Vgl. z. B. Cass. fr. v. 1. 6. 1857 = S. 1859, I, 28. Ein weiterer typischer Fall ist App. Paris v. 19. 5. 1964 = Dr. marit. 1964, 682 f. zu Art. 4 Z. 5 L. v. 2. 4. 1936 über die Seefracht.

<sup>22</sup> Anders OERTMANN, Verkehrssitte S. 373, der z. B. die Begriffe „Umstände“ und

Einen selbständigen Sinn behält daher im Bereich des Schuldvertragsrechts die Verweisung auf Verkehrssitten in § 242 BGB nur, wenn in der Vorschrift ein Auftrag zur ergänzenden Korrektur von Verträgen gesehen wird. Die Vorschrift entspricht bei dieser Interpretation im Prinzip Art. 1135 Cc.fr. und Art. 1374 Cc.it., die diese Funktion wesentlich deutlicher zum Ausdruck bringen<sup>23</sup>: Verkehrssitten beeinflussen die suites des conventions.

### § 3. Stellung und Aufgaben von Verkehrssitten

#### *I. Die Stellung der Verkehrssitten im gesetzlichen System*

90. Da nach § 242 BGB ein Vertrag nach Treu und Glauben und Verkehrssitten ergänzend korrigiert werden kann, kommt es zu einer Überschneidung mit § 157 BGB.<sup>24</sup> Nach der herrschenden Lehre, von der einstweilen auszugehen ist, soll sich Auslegung nicht auf die Sinnermittlung eines Vertragswortlautes beschränken, sondern auch seine Ergänzung zulassen. So wird es erklärlich, daß häufig beide Vorschriften gemeinsam herangezogen werden,<sup>25</sup> ein Vorgang, der auch bei Art. 1135 und 1160 Cc.fr. weit verbreitet ist.<sup>26</sup> In einer Entscheidung des holländischen Hogen Raads v. 27. 12. 1918<sup>27</sup> wird sogar ausdrücklich hervorgehoben, daß hinsichtlich der Verkehrssitten Art. 1375 und 1383 BW „in wezen hetzelfde

„Natur des Schuldverhältnisses“ in § 269 BGB und ähnliche Fälle durch eine Anwendung des § 242 BGB auffüllen will. Wie hier offenbar ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 272.

<sup>23</sup> Ebenso interpretiert STÄHELIN, ZSR NF 26, 365 ff. (373 ff.) Art. 2 Abs. 1 ZGB (Art. 3 Abs. 1 des Entwurfs).

<sup>24</sup> HACHENBURG, Vorträge S. 26 f. Bei der III. Teilnovelle des östABGB wurde deshalb eine Vorschrift entsprechend § 242 BGB abgelehnt, man hielt eine allgemeine Regelung der exceptio doli nicht für wünschenswert. Für eine § 242 BGB entsprechende Vorschrift wäre also nur die bereits von § 914 ABGB normierte Aufgabe geblieben, ergänzend und konkretisierend die vertraglichen Pflichten zu bestimmen, vgl. die Nachweise bei KLANG-GSCHNITZER Anm. II, 4 zu § 914 ABGB; STAUDINGER-WEBER, Rdz. A5 zu § 242 BGB meint hingegen, §§ 157, 242 BGB überschneiden sich nicht, weil sie Verkehrssitten unterschiedliche zeitliche Wirkung einräumen. Da dies eine unterschiedliche Aufgabe voraussetzt und hierfür ein Beweis nicht erbracht wird, bleibt das Argument offen.

<sup>25</sup> Z. B. HENCKEL, AcP 1960, 121; ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 272; W. DAVID S. 47; LEONHARD, AT S. 361; FLUME, AT Bd. II, S. 309. In der Rechtsprechung z. B. RG v. 1. 4. 1916 = Warn. 1916 Nr. 157; OLG Frankfurt v. 17. 8. 1965 = MDR 1966, 143; HansOLG Hamburg v. 12. 11. 1964 = MDR 1965, 200; OLG Celle v. 18. 11. 1965 = NJW 1966, 1663 f. (1664); BGH v. 29. 9. 1967 = BGHZ 48, 301.

<sup>26</sup> Vgl. z. B. Nouv. rép. usages rur. Nr. 1 und 8; COLIN-CAPITANT, Traité Bd. II, S. 459; BEKAERT S. 281; DE PAGE Bd. I, S. 283; LEBRUN, Coutume S. 312 (Art. 1159 und 1160 Cc. fr. präzisieren nur Art. 1135); Cass. fr. v. 2. 12. 1947 = G. P. 1948, I, 36; App. Rouen v. 17. 10. 1958 = Dr. marit. 1959, 157; Nouvelles Bd. IV, 2, obligations Nr. 182; GLISSEN, Rapports belges S. 25 ff.; Trib. Comm. Bruxelles v. 31. 12. 1947 = Jur. comm. Brux. 1948, 1 ff.; Hof's-Gravenhage v. 18. 10. 1950 = NJ 1951, 629; Cass. it. v. 10. 12. 1925 Nr. 3345 = Sett. cass. 1926, 20; v. 8. 5. 1965 Nr. 864 = Foro it. mass. 1965, 254.

<sup>27</sup> NJ 1919, 155; VÖLLMAR Bd. II, S. 269; JANSMA S. 71 ff.

bepalen“. Diese Feststellungen könnten genügen, wenn nicht das Rangverhältnis von Verkehrssitten zum Gesetz in §§ 157 und 242 BGB unterschiedlich wäre. Dieser oft übersehene Umstand tritt deutlich durch einen Vergleich des BGB mit dem Code Civil hervor.

91. Gleichgültig, ob dem usage nach Art. 1135 Cc.fr. als coutume oder als gesetzlichem Hilfsmittel die Aufgabe zufällt, suites des conventions zu bestimmen, gilt doch stets für sein Eingreifen das *Subsidiaritätsprinzip*. Er greift erst ein, wenn einschlägige gesetzliche Vorschriften fehlen.<sup>28</sup> Nur die Vertreter eines soziologischen Rechtsbegriffes haben die Wirksamkeit einer solchen gesetzlichen Beschränkung des usage/coutume für unerheblich erklärt.<sup>29</sup> Hingegen ist bei Art. 1160 Cc.fr. praktisch unbestritten, daß usages bzw. clauses d'usage ebenso wie die pratiques des Art. 1159 zu Auslegungszwecken berufen werden.<sup>30</sup> Rechtswirksam werden sie nach dem Satz, „les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites“. Als Vertragsbestandteile gehen sie dem dispositiven Gesetz vor, haben also nicht nur subsidiären Charakter.<sup>31</sup> Bestritten wird das praktisch nur von Autoren,<sup>32</sup> die in Verkehrssitten stets außergesetzliche Rechtsnormen sehen und im Gegensatz zu der erwähnten soziologischen Schule eine coutume contra legem nicht für möglich halten.

Die Gefahr willkürlicher Handhabung, die sich aus der gesetzlichen Regelung ergibt, ist in der Praxis häufig verwischt worden, vor allem da fiktive Hilfskonstruktionen die tatsächliche Wirksamkeit von Verkehrssitten im Bereich der Aus-

<sup>28</sup> Ausdrücklich Art. 1374 Cc. it.

<sup>29</sup> Vgl. etwa CARBONNIER, Dr. civ. Bd. I, S. 13; LEBRUN, Rép. dr. civ. Bd. I, coutume Nr. 52 ff.; Rép. dr. civ. Bd. V usage Nr. 7; DE PAGE Bd. I, S. 20 f., 284; DURANTON Bd. I, S. 24 f.; App. Douai v. 22. 3. 1886 = S. 1888, II, 147; VALETTE S. 199 ff.; PITLO, Systeme S. 31 f.; OPSTALL in Hofmann Verbintenissenrecht A. L. 1. D. S. 426 f.; Appeldoorn S. 104 ff.; ZICCARDI, Riv. dir. proc. civ. 1969, 171 f. Näheres zum soziologischen Rechtsverständnis beim Gewohnheitsrecht Nr. 206.

<sup>30</sup> Anderer Ansicht ohne nähere Begründung AUBRY-RAU Bd. IV, S. 482; LAROMBIÈRE Bd. I, S. 385; Bd. II, S. 120.

<sup>31</sup> PEDAMON, Rev. trim. comm. 1959, 352; Trib. comm. Le Havre v. 28. 8. 1866 = D. P. 1868, I, 471; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE-RODIÈRE-HOUIN Bd. I, S. 11; Cass. fr. v. 25. 2. 1964 = G. P. 1964, I, 391; GÉNY, Méthode Bd. I, S. 426 f.; Cass. fr. v. 3. 5. 1965 = Bull. Cass. 1965, III, 280; FRÉDÉRICQ, Traité Bd. I, S. 27, ders. Handboek Bd. I, S. 28; OPSTALL in Hofmann Verbintenissenrecht A. L. 1. D. S. 425; Cass. it. v. 4. 2. 1954 Nr. 275 = Giur. compl. 1954, 227; App. Firenze v. 18. 12. 1909 = Foro it. 1910, I, 763 ff.; MIRABELLI, Contratti Anm. 6 zu Art. 1362 ff., S. 213; BALOSSINI, Consuetudini S. 237; Trib. Genova v. 25. 7. 1949 = Nuova riv. comm. 1950, II, 45 ff.; ASQUINI, Studi Scialoja S. 29.

<sup>32</sup> MARTY-RAYNAUD Bd. I, S. 192 (unklar); Cass. fr. v. 30. 12. 1879 = D. P. 1880, I, 108; v. 26. 5. 1868 = D. P. 1868, I, 471; v. 29. 5. 1902 = D. P. 1902, I, 343; FUZIER-HERMAN-DEMOGUE Fußn. 5 zu Art. 1160 Cc.; App. Besançon v. 25. 1. 1926 = S. 1926, II, 60 f.; DELAMARRE-LE POITVIN Bd. I, S. 54 (aber 448 ff.); ALGRA, Inleiding S. 210 (ohne zwischen 1375 und 1383 BW zu trennen); MOSSA, Riv. dir. comm. 1922, I, 572 ff. (vorausgesetzt, daß die Verkehrssitte gerecht ist); OPPO S. 89 f. Näheres zur Vermengung von Auslegung und Rechtsquellenlehre Nr. 122.

legung verdeckten. Sie tritt jedoch hervor, sobald auf solche Konstruktionen verzichtet wird. Beispielfhaft sollen dafür zwei Entscheidungen des holländischen Hogen Raads aus den Jahren 1908 und 1932 stehen:

In dem durch Urteil vom 26. 6. 1908<sup>33</sup> entschiedenen Rechtsstreit hatte ein Amsterdamer Mieter den Mietzins, der nach Art. 1429 BW Bringschuld ist, am Fälligkeitstag nicht überbracht. Er berief sich auf einen Amsterdamer Brauch, der als Vertragsbestandteil der gesetzlichen Vorschrift vorgehe. In tatsächlicher Hinsicht stand fest: in Amsterdam holten üblicherweise die Vermieter den Mietzins ab. Gleichwohl erklärte der Hoge Raad, eine derartige Vertragsergänzung kraft Brauches verleihe diesem den Charakter „van anvullend Recht“ und sei deshalb contra legem nicht möglich.

Eine entgegengesetzte Entscheidung erließ das Gericht am 7. 4. 1932.<sup>34</sup> Die Parteien hatten einen Kaufvertrag über eine trächtige Kuh geschlossen, die nach dem Kalben geliefert werden sollte. Da die Kuh zwischenzeitlich erkrankte, stritten die Parteien über den Gefahrübergang. Der Käufer berief sich auf einen im Viehhandel üblichen Brauch, wonach entgegen Art. 1496 BW die Gefahr noch nicht übergangen und er folglich nicht zur Zahlung verpflichtet war. Das Gericht folgte ihm, denn „het voorschrift van anvullend recht heft te wijken voor het gebruikelijk beding.“

Angesichts dieser Rechtsprechung haben sich einige holländische Autoren bemüht, das Verhältnis von Brauch und Gesetz nicht aus Art. 1375, 1383 BW selbst zu deuten, sondern einem übergeordneten Prinzip zu unterstellen. Vor allem HOUWING<sup>35</sup> ist in dieser Richtung hervorgetreten. Er unterstellt den Streitpunkt dem Prinzip *goeder trouw*, Art. 1374 Abs. 3 BW, und hebt ihn damit auf: „In plaats van door een reeds van te voren vaststaande verhouding tusschen wet en gewoonte zich te laten leiden zal de rechter in elk concreet geval aan partijen de maatstaf van billigheid en goede trouw hebben aan te leggen, ten einde na te gaan of hun vorkeur op de wettelijke dan op de usantielle regeling was gericht.“<sup>36</sup> Wie gleich näher zu belegen ist, kommt diese Betrachtungsweise der deutschen Dogmatik entgegen. Sie muß sich deshalb auch die gegen diese sprechenden Einwände vorhalten lassen.

92. Anders als Art. 1135 und 1160 Cc.fr. ordnen im deutschen Recht § 157 und § 242 BGB ausdrücklich die Wirksamkeit von *Verkehrssitten* dem Grundsatz von *Treu und Glauben* unter. Damit scheint zugleich ihr *Verhältnis zum Gesetz* geregelt: „In jedem Fall aber, in dem sich Treu und Glauben mit Erfolg gegen eine rechtliche Vorschrift wenden, kann im Zusammenhang damit auch der Verkehrssitte eine abändernde Kraft zukommen.“<sup>37</sup>

<sup>33</sup> W 8729.

<sup>34</sup> NJ 1932, 1613.

<sup>35</sup> WPNR 2513, 2520, 2561; PABBRUWE S. 154 f., der allerdings den Maßstab anders als HOUWING setzt. Ähnlich SCHOLTEN-ASSER A. D. S. 141 f. In der Praxis, *Rechtbank s'Hertogenbosch v. 16. 1. 1959* = NJ 1960, 638.

<sup>36</sup> WPNR 2561.

<sup>37</sup> STAUDINGER-WEBER, Rdz. A. 155 zu § 242 BGB. Vgl. auch LARENZ, NJW 1963, 739 f.; v. TUHR Bd. II, 1, S. 546; § 242 BGB enthalte die mit Takt vom Richter ausübende Ermächtigung, die Starrheit des Gesetzes zu mildern. ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 272; W. DAVID S. 53 mit stark nationalsozialistischem Einschlag.

Es ist dieser Auffassung gegenüber davon auszugehen, daß die Bedeutung der *bona fides* nach § 242 BGB in der Kontrolle gegebenenfalls auch der Korrektur individuellen Verhaltens besteht. Vom BGH ist das kürzlich im Zusammenhang mit allgemeinen Geschäftsbedingungen hervorgehoben worden und deshalb ist diese Rechtsprechung hier zu erwähnen. Zunächst schien das Gericht zwar im Urteil vom 17. 2. 1964<sup>38</sup> die Ansicht zu vertreten, daß sich generell die Durchsetzbarkeit außergesetzlicher Regeln gegenüber den nachgiebigen Gesetzesvorschriften nach Treu und Glauben beurteilt. Das Gericht machte die Wirksamkeit gewisser vom Gesetz abweichender Allgemeiner Geschäftsbedingungen von Treu und Glauben mit der Begründung abhängig, daß es sich bei ihnen um Regeln handle, die nicht aus der Privatautonomie abgeleitet werden können. Schon im Urteil vom 4. 11. 1964<sup>39</sup> revidierte das Gericht seine Auffassung und stellte fest, daß sich die Unwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Treu und Glauben bei Verstößen gegen bestimmte Vorschriften des dispositiven Rechts gerade aus dem Mißbrauch der Privatautonomie ergibt.

Geht es darum, ob eine gesetzliche Vorschrift oder eine davon abweichende Verkehrssitte angewendet werden soll, so handelt es sich nicht um Kontrolle privatautonomem Verhaltens. Vielmehr werden hier Treu und Glauben von der zitierten Lehrmeinung zur Kontrolle der einschlägigen Beurteilungsmaßstäbe selbst verwendet. Damit wird ihnen eine Funktion übertragen, die aus § 242 BGB nicht begründet werden kann und auch von den Befürwortern dieser Lehre bisher nicht begründet worden ist.<sup>40</sup> § 242 BGB kann deshalb nicht herangezogen werden, um bei Vorhandensein abweichender Verkehrssitten die Anwendbarkeit dispositiver Gesetzesvorschriften zu beseitigen.<sup>41</sup>

Auch nach § 157 BGB ist das Verhältnis von Gesetz und Verkehrssitten nicht nach Treu und Glauben zu bestimmen. Die Vorschrift enthält nur eine Auslegungsvorschrift. Der Vorrang einer durch Auslegung zum Vertragsbestandteil gewordenen Verkehrssitte ergibt sich daher nicht aus § 157 BGB, sondern aus dem vertragsrechtlichen Grundsatz, daß die durch Auslegung ermittelte vertragliche Regelung den gesetzlichen Dispositivnormen vorgeht.<sup>42</sup> Es ist daher ein

<sup>38</sup> NJW 1964, 1123.

<sup>39</sup> NJW 1965, 246. Die Entscheidung nimmt einen schon im Urteil v. 29. 10. 1962 = NJW 1963, 99 f. auf § 315 BGB gestützten Grundsatz über die Schranken der Privatautonomie wieder auf. Weiter LUKES, NJW 1963, 1899; WITTKÄMPFER B 1964, 688 f., trotz seiner Kritik gegenüber der Verwendung von § 315 BGB; SCHMIDT-SALZER, AcP 1967, 512 und beiläufig Müllereisert, DGWR 1942, 114.

<sup>40</sup> Vgl. HENCKEL, AcP 1960, 122. Da er § 157 BGB statt als Auslegungsregel als „Generalklausel“ betrachtet und § 242 BGB gleichstellt, kommt er allerdings auch insoweit zu der hier nur für § 242 BGB vertretenen Auffassung. Vgl. weiter DANZ, Auslegung S. 141 ff. und zu den oben zitierten holländischen Fundstellen JANSMA S. 128 ff.

<sup>41</sup> Vgl. OERTMANN, Verkehrssitte S. 73 f.; MANGOLD, NJW 1961, 2284; im Ergebnis DÜRINGER-HACHENBURG Rdz. 2, 7 zu § 346 HGB mit der bedenklchen Begründung, das Gesetz verdränge als kodifizierte Verkehrssitte die nichtkodifizierte.

<sup>42</sup> Motive BGB Bd. I, S. 9; STAUDINGER-COING Rdz. 37 zu § 133 BGB (letzter Ab-

Mißverständnis, wenn die Verwendung von Verkehrssitten bei der Auslegung „nach Treu und Glauben“ vom Vorhandensein einer gesetzlichen Regelung abhängig gemacht wird. So meint GALLOIS,<sup>43</sup> daß die Beachtung von Verkehrssitten, die mit dem Gesetz konkurrieren, unter einem stillschweigenden sich aus dem Gesetzeszweck ergebenden Vorbehalt steht.<sup>44</sup> Doch ist diese Beschränkung nicht aufrecht zu halten. Entweder sie führt zu der überholten Auffassung,<sup>45</sup> daß die gesetzlichen *Dispositivnormen* selbst *Interpretationsregeln* sind<sup>46</sup>; oder es muß eine neue Kategorie *halbzwingenden Rechts* eingeführt werden.<sup>47</sup> Der Zwangscharakter dieses Rechts wäre höchst unbestimmt aus Billigkeitserwägungen abgeleitet und hätte die Wirkung, den Übergang von individueller zu typisierender Auslegung zu verhindern. In der Sache selbst ist sie unbefriedigend, denn der Interpret hat allein nach den Gegebenheiten des Geschäfts zu beurteilen, ob er Verkehrssitten heranzuziehen hat.<sup>48</sup> Ständige Seitenblicke auf eine fehlende oder vorhandene gesetzliche Regelung sind allenfalls geeignet, ihm den Zugang zu diesen Gegebenheiten zu versperren und den Interpretationsprozeß in falsche Richtung zu lenken.

Darüber hinaus ist Treu und Glauben nach § 157 BGB nicht einmal mittelbar eine Regel für das Rangverhältnis von Verkehrssitte und Gesetz zu entnehmen. Zwar darf der Interpret Verkehrssitten nicht anwenden, wenn das Ergebnis Treu

---

satz); FLUME, AT Bd. II, S. 325; LABAND, ZHR 1872, 487 ff.; WEDEMAYER, S. 30 f.; FISCHER, Handelsusanz S. 41 ff.; DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 172 f.; BG v. 16. 11. 1965 = BGE 91, II, 358. Soweit ergänzende Auslegung zulässig ist, gilt das auch für sie. Die Begründung deshalb nicht zutreffend bei HACHENBURG, Vorträge S. 27, 32; MEYER, Handelsbrauch S. 36; östOGH v. 9. 2. 1955 = SZ 1955, 38 und KELLER, schwJZ 1961, 318 gegen östOGH v. 8. 2. 1950 = SZ 1950, 29 und BG v. 19. 4. 1921 = BGE 47, II, 165; Gewerbegericht Bern v. 26. 8. 1921 = schwJZ 1922/23, 105.

<sup>43</sup> NJW 1954, 295; ders. JR 1956, 47; DÜRINGER-HACHENBURG Rdz. 5 zu § 346 HGB; vgl. auch schon KLAUSING, JW 1924, 814, der aber die besprochene Entscheidung RG v. 12. 1. 1923 verkennt. SCHREIBER, Handelsbräuche S. 63 f.; widersprüchlich HAEMMERLE, Handelsrecht Bd. I, S. 22 ff. Hingegen meint YUNG, ZBJV 1961, 49 f., daß gerade nach Treu und Glauben Verkehrssitten, die durch Auslegung Vertragsэлемент geworden sind, immer dispositivem Gesetz vorgehen! Widersprüchlich ENNECCERUS-NIPPERDEY einerseits Bd. I, 1, S. 272, andererseits Bd. I, 2, S. 1254.

<sup>44</sup> Obiter BGH v. 1. 12. 1965 = MDR 1966, 230. Das Gericht geht aber offenbar in der weiteren Begründung davon aus, daß ein solcher Vorbehalt generell bei dispositiven Vorschriften nicht besteht. Weiter OLG Celle v. 20. 10. 1961 = BB 1961, 1341.

<sup>45</sup> Vgl. Nr. 197.

<sup>46</sup> Kennzeichnend das obige Zitat von HOUWING. Vgl. weiter SCHOLTEN-ASSER A. D. S. 140; GOLDSCHMIDT, zit. nach LABAND, ZHR 1872, 490; SACHSE, AcP 1927, 315; DÜRINGER-HACHENBURG Rdz. 2 zu § 346 HGB. Unklar BGH v. 22. 11. 1965 = NJW 1966, 501 (ergänzende Auslegung abgelehnt „weil“ eine gesetzliche Vorschrift vorhanden). Kritisch FISCHER, Handelsusanz S. 16, 43.

<sup>47</sup> FLUME, JT Festschr. Bd. I, S. 169.

<sup>48</sup> Vgl. RG v. 12. 1. 1923 = JW 1924, 814 f.; W. DAVID S. 41, 44. Dagegen kann LÜDERITZ, Auslegung S. 454, nicht gefolgt werden, wenn er den Vorrang von Verkehrssitten bei ergänzender Auslegung mit Wertungen der jeweiligen Teilrechtsgemeinschaften begründet.

und Glauben widerspricht. Andererseits ergeben sich aber aus Treu und Glauben bei weitem nicht die positiven Voraussetzungen, unter denen Verkehrssitten auslegend herangezogen werden dürfen. Was die Wirkungen der bona fides im Auslegungsprozeß betrifft, so muß wegen der Einzelheiten auf das folgende Kapitel verwiesen werden. Es genügt hier die Feststellung, daß der überwiegende Teil der auslegungserheblichen Verkehrssitten rechtstechnische Detailfragen betrifft. Die Entscheidung über eine etwaige Auslegung der Verträge nach Verkehrssitten hängt daher meist von Erwägungen ab, bei denen Treu und Glauben nicht bedeutsam werden. Sozialethische Wertungsfragen und individuelle Gutgläubigkeit spielen nur in den seltensten Fällen etwa dann eine Rolle, wenn sich die Berufung auf eine Verkehrssitte als Rechtsmißbrauch oder Arglist erweist. Aber auch hier sind regelmäßig nicht das Vorhandensein oder Fehlen einer Gesetzesnorm, sondern die Gegebenheiten des Geschäfts ausschlaggebend.<sup>49</sup>

Nur scheinbar ist im deutschen Recht durch Treu und Glauben das Rangproblem zwischen Verkehrssitten und Gesetz gelöst. In Wirklichkeit ergeben sich die gleichen Probleme, wie im französischen Recht<sup>50</sup>: Soweit § 157 BGB eingreift werden Verkehrssitten Vertragsbestandteil und gehen dispositivem Gesetz vor. Wer sich dagegen auf § 242 BGB beruft, wird Verkehrssitten erst bei Fehlen gesetzlicher Regelung ergänzend heranziehen, denn dispositive Vorschriften weichen nur anderweitiger vertraglicher Regelung.

## II. Aufgabe von Verkehrssitten

93. Die unterschiedliche Lösung der Rangfrage in §§ 157, 242 BGB wie in Art. 1135, 1160 Cc.fr. ist nur gerechtfertigt, wenn diese Vorschriften den Verkehrssitten unterschiedliche Aufgaben zuweisen. Vor allem die deutsche Literatur hat sich damit ausführlich beschäftigt. Wiederholt wird angenommen, § 157 BGB betreffe nur den Inhalt eines Vertrags, während § 242 BGB das sich daran anschließende rechtliche Sollen regle.<sup>51</sup> So ergibt sich eine *Zweiteilung* in *Auslegung* und *Rechtsfolgenbestimmung*.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> SCHÖNLE, NJW 1968, 730; SCHLEGELBERGER Rdz. 36, 37 zu § 346 HGB. Obwohl dort auf GALLOIS verwiesen wird, werden Verkehrssitten nicht generell wegen Kollision mit Vorschriften besonderen Gerechtigkeitsgehalts für unanwendbar gehalten. Vielmehr wird eine von der Fallgestaltung abhängige Mißbrauchsprüfung verlangt. Unklar GIERKE, Handelsrecht S. 24.

<sup>50</sup> Für das schweiz. Recht vgl. FISCHER, Handelsusanz S. 9 Ziff. 1 a, S. 10 Ziff. 3.

<sup>51</sup> Aus der umfangreichen Literatur und Rechtsprechung vgl. OERTMANN, Verkehrssitte S. 312; MANGOLD, NJW 1961, 2286; SCHREIBER, Handelsbräuche S. 59; offenbar FISCHER, Handelsusanz S. 51 f. Entsprechend zum Cc. it. PAVONE LA ROSA, Polizza di carico S. 158; Ders. Encicl. dir. Bd. IX, Consuetudine (dir. priv.) Ziff. f. Nr. 5; ASQUINI, Riv. dir. comm. 1944, I, 71 ff.; BARASSI, Obbligazioni Bd. II, S. 237; BETTI, Negozio giuridico S. 350; ZICCARDI, Riv. dir. proc. civ. 1969, 135 ff., 169 f. Dagegen meint PFENNINGER S. 75, § 242 BGB betreffe den Inhalt, § 157 aber das Zustandekommen eines Vertrags.

<sup>52</sup> Demnach sind Verkehrssitten mittelbarer Gesetzes- oder Vertragsinhalt, vgl. HAEM-

Die Unterscheidung ist vor allem von LARENZ damit begründet worden, daß nicht die Willenserklärung, sondern das Gesetz Geltungsgrund der Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäfts ist. Auslegung kann folglich nicht mit der Feststellung der Rechtsfolgen identisch sein.<sup>53</sup> Nun ist aber LARENZ selbst von dieser Auffassung abgegangen, weil sich der Sinn des privatautonomen Aktes unmittelbar auf die Bindung und damit auf den rechtlichen Erfolg richte. Der rechtsgeschäftliche Akt trage folglich seinen Geltungsgrund in sich selbst und damit löse er auch selbst Rechtsfolgen aus. Eine andere Frage sei nur, ob das positive Recht ihn für gültig erklärt und etwaige weitere Rechtsfolgen anknüpft.<sup>54</sup> Für die Auslegung bedeutet das: sie dient der inhaltlichen Bestimmung von Rechtsfolgen.<sup>55</sup>

Im Ergebnis ist der neueren Auffassung von LARENZ zuzustimmen, wenn auch die Begründung nicht geteilt werden kann. Es ist bekannt, daß der rechtsphilosophische Streit über den Geltungsgrund von Rechtsgeschäften die Privatrechtsgeschichte beständig und mit wechselndem Erfolg durchzieht. Ob Auslegung Rechtsfolgen bestimmt, kann deshalb je nach der Beantwortung der philosophischen Grundfrage in diesem oder jenem Sinne ausfallen. Bejaht man, daß der Geltungsgrund von Rechtsfolgen im Rechtsgeschäft selbst liegt, so stellt Auslegung nach §§ 133, 157 BGB Rechtsfolgen her. Sofern man nach § 157 BGB ergänzende Auslegung zuläßt, müßte er sich mit § 242 BGB partiell decken. Verneint man dagegen, daß der Geltungsgrund von Rechtsfolgen im Rechtsgeschäft liegt, so kann Auslegung keine Rechtsfolgen herstellen. In beiden Fällen würde sich jedoch sachlich, aus gleich näher zu schilderndem Grunde, nichts ändern.

Rechtsfolgen sind eine Angelegenheit der Rechtsordnung. Soweit es um Rechtsfolgen aus Rechtsgeschäften geht, dürfte man deshalb genau genommen nicht fragen, ob ein Rechtsgeschäft seinen Geltungsgrund in sich selbst trägt.<sup>56</sup> Eher wäre die Frage richtig, ob es im Sinne etwa des deutschen oder italienischen Rechts den Geltungsgrund in sich selbst trägt. Aber in dieser Form wird die Frage nicht gestellt. Das positive Recht kümmert sich nicht um den möglicherweise hinter dem Rechtsgeschäft stehenden rechtsphilosophischen Geltungsgrund. Es nimmt das Rechtsgeschäft als individuelle Regelung hin, sobald es die Voraussetzungen des positiven Rechts erfüllt und die Schranken der einschlägigen Gültigkeitsvorschriften passiert hat. Vom positiv-rechtlichen Standpunkt aus erschöpft sich daher das *Problem des Geltungsgrundes im Gültigkeitsproblem*.<sup>57</sup>

---

MERLE, Handelsrecht Bd. I, S. 23 f. Indessen scheint nach HAEMMERLE der Sinn dieser Doppelrolle fragwürdig, da er gerade in den Auslegungsvorschriften, § 346 HGB, § 914 ABGB, Verweisungen auf die Verkehrssitten als mittelbaren Gesetzesinhalt sieht.

<sup>53</sup> Auslegung S. 57; ähnlich LEONHARD, AcP 1922, 35.

<sup>54</sup> A. T. S. 81 ff., 95; Methodenlehre (2) S. 192.

<sup>55</sup> A. T. S. 339.

<sup>56</sup> Daher vermeiden MANIGK, Auslegung S. 103; LÜDERITZ, Auslegung S. 415; DURANTON Bd. I, S. 23 es zutreffend, die Aufgabe der Auslegung als Bestimmung von Rechtsfolgen philosophisch zu begründen.

<sup>57</sup> FLUME, AT Bd. II, S. 58; ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 906; MERZ, ZSR NF 61, 405 a. So kann ein Vertrag rechtsphilosophisch betrachtet unrichtig sein und des

Wenn trotzdem abgelehnt wird, zwischen Auslegung als Inhaltsbestimmung einerseits und Rechtsfolgenbestimmung andererseits zu unterscheiden, so geschieht das, weil dem eine unglückliche Begriffswahl zugrundeliegt. Wird landläufig gesagt, ein Gesetz knüpfe an ein Rechtsgeschäft Folgen an, so ist das nicht ganz zutreffend. Vor allem muß zwischen dem Rechtsgeschäft und dem daraus entstandenen Rechtsverhältnis unterschieden werden.<sup>58</sup> Zunächst ist das Rechtsgeschäft selbst Gegenstand gesetzlicher Regelung, denn die Rechtsordnung bestimmt die Voraussetzungen seiner Gültigkeit. Erfüllt das Geschäft diese Voraussetzungen, dann erzeugt es ein rechtsgeschäftliches Rechtsverhältnis. Für dieses hält das Gesetz weitere Regeln bereit. Dabei verfährt es auf zweierlei Weise. Erstens stellt es Regeln zur Verfügung, aus denen zu entnehmen ist, wie sich die Beteiligten bei Eintritt des indizierten Falles zu verhalten haben. Zweitens gibt es Regeln an, nach denen eine Nichtbefolgung des vorgeschriebenen Verhaltens mit Sanktionen belegt wird. Beide Formen der Einflußnahme des Gesetzes auf das rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnis werden als Rechtsfolgen bezeichnet.

Was das Rechtsgeschäft betrifft, so ist es regelmäßig nicht nur Entstehungsgrund des sich anschließenden Rechtsverhältnisses. Vielmehr können die Beteiligten im Rahmen der garantierten Freiheit selbst Regeln darüber aufstellen, wie sie sich zu verhalten haben und welche Sanktionen bei Zuwiderhandeln eintreten.<sup>59</sup> So kann das gültige Rechtsgeschäft ebenso wie das Gesetz Rechtsfolgen im vorgenannten Sinne für das entstandene Rechtsverhältnis angeben.<sup>60</sup> Bei bestimmten Verträgen, den Nominatverträgen, wird eine Mindestregelung der Parteien sogar für die Gültigkeit des Geschäfts vorausgesetzt. *Auslegung*, soweit sie sich mit dem Inhalt dieser Regeln befaßt, ist somit *Bestimmung von Rechtsfolgen*.<sup>61</sup>

Univ. Bibl.  
München

---

Geltungsgrundes entbehren, aber doch zugleich im positiv-rechtlichen Sinne richtig und daher gültig sein, vgl. WIEACKER, JZ 1967, 388. Über den Unterschied rechtsphilosophischer und positiv-rechtlicher Fragestellung vgl. auch BROX, JZ 1966, 762. Nun wirkt zwar die rechtsphilosophische Fragestellung ins positive Recht hinein. BROX verweist etwa auf die Lehre vom Fortfall der Geschäftsgrundlage, WIEACKER auf die faktischen Arbeitsverhältnisse. In beiden Fällen hat die Rechtsphilosophie methodisch die Fortbildung des Rechts beeinflußt. Sie wird jedoch nur soweit berücksichtigt, als sie den Wertungen des positiven Rechts entspricht. Ihre Prinzipien werden auch nicht auf ihren philosophischen Richtigkeitsgehalt hin überprüft. Daher ist FABRICIUS, JuS 1966, 5 zuzustimmen, wenn er unter Hinweis auf MANIGK, Verhalten S. 19 (vgl. auch Auslegung S. 235) das Problem der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung rein positiv-rechtlich betrachtet.

<sup>58</sup> Vgl. vor allem SCHMIDT-RIMPLER, AcP 1941, 139 ff.

<sup>59</sup> ESSER, SchR (2) S. 13; LARENZ, SchR Bd. I, S. 88; FLUME, AcP 1962, 60.

<sup>60</sup> Vgl. BINDER, ArchR WPhil. 1912/13, 99 (Rechtsfolgeerklärungen); FLUME, JT-Festschr. Bd. I, S. 149 f.; TITZE, Richtermacht S. 6; HOETINK, Ind. t. v. h. r. 1933, 950. Gleichgültig erscheint, ob man das als Rechtssetzung bezeichnet. Deshalb berührt der von SCHMIDT-RIMPLER, AcP 147, 130 ff. (159) geschilderte Streitstand die hier gewonnenen Ergebnisse nicht. Vgl. auch die Ausführungen von SCHMIDT-RIMPLER S. 143 ff.

<sup>61</sup> OERTMANN, Verkehrssitte S. 239 (Abzulehnen daher seine schon zitierten Ausführungen S. 312); DANZ, Auslegung S. 5; GOUNOT S. 120, 171, 193; SCHOLTEN-ASSER, A. D. S. 139 f.; JANSMA S. 7; HOUWING, WPNR 2179; SCHLESINGER, Temi 1959, 1139 ff.;

Die Behauptung, daß Auslegung nach § 157 BGB der Bestimmung des Inhaltes des Rechtsgeschäftes und § 242 BGB der Bestimmung seiner Rechtsfolgen dient, ist zwar nicht falsch, aber nichtssagend.<sup>62</sup>

94. Nun wird vielfach behauptet, daß ein Gleichlauf zwischen §§ 157 und 242 BGB nicht auftreten kann, weil sie ihrem Zweck, der Regelung eines individuellen Rechtsverhältnisses, auf verschiedene Weise dienen. So soll bei den gesetzlich geregelten Vertragstypen der Richter nach § 242 den Auftrag haben, nach Treu und Glauben und *Verkehrssitten dispositives Recht zu ergänzen*. Bei atypischen Verträgen soll es sich dagegen um *ergänzende Individualauslegung nach § 157* entsprechend dem Geschäftszusammenhang handeln. Ergänzende Auslegung tritt irgendwie in die Mitte zwischen Auslegung und Ergänzung nach § 242 BGB.<sup>63</sup>

Sowohl § 157 wie § 242 BGB verweisen auf die gleichen Maßstäbe.<sup>64</sup> Daher ist der Gedankengang der gleiche, ob nun in einem Fall Treu und Glauben und Verkehrssitten kraft eines Gebotes der Rechtsordnung angewendet werden, oder sie in einem anderen Fall durch ergänzende Auslegung eines regelungsbedürftigen Vertrages wirken. Zwar kommt ergänzende Auslegung mittels Verkehrssitten nach § 157 BGB erst in Betracht, wenn konkretere Auslegungsmaßstäbe versagen. Aber auch über § 242 BGB erlangen Verkehrssitten erst Bedeutung, wenn der Vertrag keine konkretere Regelung bereithält und dennoch regelungsbedürftig ist. Sachlich können sich deshalb §§ 157 und 242 BGB nur unterscheiden, wenn die *richterliche Ergänzung* nach § 242 BGB *Rechtsfortbildung* in dem Sinne ist, daß die vom Richter entsprechend Treu und Glauben und Verkehrssitten gebildeten Regeln über den Einzelfall hinaus normative Bedeutung haben. Diese Möglichkeit wird neuerdings von SANDROCK vertreten. Dabei ist daran zu erinnern, daß früher schon DANZ<sup>65</sup> sich ähnlich zu § 157 BGB geäußert und daraus funktionelle Identität der §§ 157 und 242 BGB abgeleitet hatte. Entsprechend wird heute

---

andeutungsweise BARASSI, *Obbligazioni* Bd. II, S. 234 und MOSSA, *Trattato* Bd. I, S. 123; FERRI, *Causa* S. 268 f.

<sup>62</sup> Im Hinblick auf Verkehrssitten wird so verständlich, daß nach App. Firenze v. 19. 1. 1951 = Banca, borsa 1951, II, 175 *clause d'uso* des Art. 1340 Cc. it. „si devono intendere inserite nel contratto“, während nach App. Milano v. 1. 7. 1952 = Banca, borsa 1953, II, 45 in einem gleichliegenden Fall *usi* des Art. 1374 „valgono come elementi inseriti nel contratto“. Vgl. Cass. it. v. 11. 6. 1965 Nr. 1189 = Giust. civ. 1965, I, 1545, wonach Art. 1374 „valore per la determinazione del contenuto del contratto“ hat.

<sup>63</sup> LARENZ, *Auslegung* S. 104 f.; SchR Bd. I, S. 105; NJW 1963, 741, vgl. aber Fußn. 84. Ähnlich ESSER, SchR (2) S. 30 und 45 unten; vgl. auch SchR (3) Bd. I, S. 19 f. und 86; JZ 1956, 557; BROX, JZ 1966, 766.

<sup>64</sup> Zutreffend LANGE S. 276.

<sup>65</sup> DANZ, *JherJb.* 1898, 397, 463; ders. *Auslegung* S. 130 (vgl. aber Fußn. 84); KISS, *ArchbürgR* 1913, 227 (*Auslegung durch die Rechtssätze der Verkehrssitte*), 233 (*Auslegung durch Gewohnheitsrecht*); ENDEMANN, *BGB* Bd. I, S. 49, der S. 422 aber § 242 als *Auslegungsregel* betrachtet; REHFELDT, *Einführung* S. 146 i. V. m. S. 28; CANARIS, *Lücken* S. 54. Nach ESSER, SchR (2) S. 45 ist § 242 BGB eine „Grundlage richterlicher objektiver Normbildung“. Vgl. aber auch JZ 1956, 557 und SchR (3) Bd. I, 86. Zum Cc.

in Österreich von GSCHNITZER die Auffassung vertreten, daß die Auslegungsnorm des § 914 ABGB auch einen Rechtsfortbildungsauftrag enthalte.<sup>66</sup>

SANDROCK geht davon aus, daß sich das Schuldvertragsrecht aus zwei großen Normengruppen zusammensetzt. Eine davon enthält Vorschriften, die an verkehrsblichen Regelungen ausgerichtet sind, die andere solche, die von üblichen Interessenlagen ausgehen und einen entsprechenden üblichen Interessenausgleich herbeiführen wollen.<sup>67</sup> Beide, und das ist für SANDROCK entscheidend, haben nur typische Situationen im Auge.

Rechtsgeschäfte, so lautet SANDROCKS zweite Voraussetzung, können dem Typus entsprechen, tun das aber bei weitem nicht immer. Ist Letzteres der Fall, so kann das Geschäft nicht einfach nach gesetzlichen Regeln beurteilt werden, die angesichts der Eigenwilligkeit der rechtsgeschäftlichen *lex privata* nicht passen.<sup>68</sup>

Auf diesem Gegensatz von *Typik* und *Atypik* baut SANDROCK seine These auf. Wenn es sich um Fortentwicklung typischer Geschäfte handelt, liegt Rechtsfortbildung nach § 242 BGB<sup>69</sup> vor. Dabei geht er sogar soweit, bei gesetzlich nicht typisierten Geschäften, besonders Verträgen, die Ausbildung neuen dispositiven Schuldrechts anzunehmen.<sup>70</sup> Fortbildung atypischer Geschäfte ist hingegen ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB, denn sie kann sich nur an den besonderen Umständen des Falles und der Parteien orientieren. Über den Einzelfall weist sie nicht hinaus.

Die Gegenüberstellung von Typik und Atypik besagt freilich nicht viel, solange nicht die These begründet wird, daß durch Ausarbeitung neuer Typen das Recht fortgebildet, also neues dispositives Schuldvertragsrecht geschaffen wird. Diese Begründung gibt SANDROCK, indem er § 242 BGB mit Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen ZGB vergleicht. Diese Vorschrift weist den Richter an, „nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, d. h. also Normen zu schaffen, die für generelle Tatbestände gelten und deren Rechtsfolgen in gleichem Maße generalisieren“.<sup>71</sup> Weiter erklärt SANDROCK: „Allein das sogenannte gesetzgeberische (d. h. generalisierende) Verfahren kann daher für die

vgl. PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Traité prat.* Bd. VI, S. 485; anscheinend auch JOSSERAND, *Mélanges Gény* Bd. II, 339; TRABUCCHI S. 682; CORRADO S. 63 Fußn. 3; ähnl. ASQUINI, *Riv. dir. comm.* 1950, II, 453.

<sup>66</sup> GSCHNITZER, A. T. S. 138; KLANG-GSCHNITZER, Anm. V zu § 914 ABGB mit der Folge, daß das Rangverhältnis von Verkehrssitte und Gesetz offen bleibt. Auch wird im Einzelnen die Doppelfunktion des § 914 ABGB nicht näher bestimmt.

<sup>67</sup> Dabei greift SANDROCK, Auslegung S. 43 auf EHRlich, *Zwingendes Recht* S. 47 ff. zurück.

<sup>68</sup> SANDROCK, Auslegung S. 44, 46 f.

<sup>69</sup> Auslegung S. 63 f.; die dagegen sprechenden Entscheidungen BGH v. 26. 1. 1955 = LM § 536 Nr. 2 und v. 26. 1. 1960 = LM § 536 Nr. 5 übergeht er mit dem kurzen Hinweis, daß der BGH „offenbar“ Rechtsfortbildung betrieben habe. Dagegen ist festzustellen, daß sich die Urteile auf §§ 133, 157 und 242 BGB stützten und auf den Einzelfall abstellten.

<sup>70</sup> Auslegung S. 53.

<sup>71</sup> Auslegung S. 60.

Fortbildung des dispositiven Schuldvertragsrechts maßgebend sein“.<sup>72</sup> Auch in § 242 BGB wird dieses Verfahren angeordnet. Und so ergibt sich für SANDROCK: „Wenn wir unbedenklich davon auszugehen haben, daß der Gesetzgeber unseres dispositiven Schuldvertragsrechts nach der „gesetzgeberischen Methode“ in dem hier behandelten Sinne verfahren ist: kann es dann noch einem Zweifel unterliegen, daß auch der Richter das dispositive Schuldvertragsrecht nach der gesetzgeberischen Methode fortzubilden hat?“.<sup>73</sup>

SANDROCKS Alternative von Typik und Atypik ist der erste schwache Punkt seiner Thesen. In dieser gedachten Alternative ist niemals ein Geschäft typisch oder atypisch. Als soziale Wirklichkeit enthält es vielmehr regelmäßig auch typische Elemente. Dies ergibt sich schon daraus, daß Worte und Zeichen, sieht man einmal von Ausnahmen wie den früher in der Literatur gern gewählten Fällen „Semilodei“<sup>74</sup> oder „Bibliothek“ statt „Weinkeller“<sup>75</sup> ab, allgemeinen Aussagewert besitzen. Das gilt auch für den juristischen Sprachgebrauch.

Der Gesetzgeber hat dem Rechnung getragen, als er Verkehrssitten zu Auslegungsmaßstäben erklärte. SANDROCK kommt daran wegen des Wortlautes von § 157 BGB nicht vorbei. Deshalb wäre es aufschlußreich gewesen zu erfahren, wie eigentlich *atypische Auslegung*, zu der SANDROCK auch die ergänzende zählt, *mittels typischer Auslegungsmaßstäbe* vor sich gehen soll.<sup>76</sup>

Die Schwäche der Äußerungen SANDROCKS zur typisierenden Auslegung hängen eng mit seiner Grundthese zusammen, daß der Richter nach der in § 242 BGB angeordneten „gesetzgeberischen Methode“ das dispositive Schuldrecht fortzuentwickeln habe. Hier zeigt sich, daß das als Bindeglied herangezogene schweizerische Recht die gewünschte Hilfsbrücke nicht bietet. Art. 1 Abs. 2 ZGB weist bei Fehlen von Gesetz und Gewohnheitsrecht den Richter an, den Rechtsstreit so zu entscheiden, wie er als Gesetzgeber regelnd eingreifen würde. Die Vorschrift gibt also die *Methode* an, nach der ein Richter gegebenenfalls die Maßstäbe seiner Entscheidung zu finden hat.<sup>77</sup> Ein Auftrag an den Richter, das Recht fortzubilden und „Normen zu schaffen“ liegt darin nicht. Wenn der Richter Verkehrssitten seiner Entscheidung zugrundelegt, so sind die Parteien zwar daran gebunden.

<sup>72</sup> Auslegung S. 62.

<sup>73</sup> Auslegung S. 62 f.

<sup>74</sup> RG v. 11. 1. 1908 = RGZ 68, 6 ff.

<sup>75</sup> LARENZ, Auslegung S. 81.

<sup>76</sup> Auslegung S. 108. Insoweit unklar auch ESSER, JZ 1956, 557, wonach individuelle Ergänzung nach § 157 der standardisierten nach § 242 BGB vorzuziehen sei; und CANARIS, Lücken S. 53 f.

<sup>77</sup> Nach MEIER-HAYOZ, Richter S. 255 f. hat die Vorschrift die doppelte Aufgabe, Willkür zu verbieten und eine typisierende Entscheidungsmethode zu gebieten. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar Bd. I, Nr. 316 zu Art. 1 ZGB; DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 107; GERMANN, Präjudizien S. 26; PICOT, schwJZ 1908/9, 261 f. schreibt „la loi entend que le juge se décide comme s'il avait à faire acte de législateur, c'est-à-dire qu'il édicte une règle qui se justifie objectivement . . . ; qu'elle puisse plus tard être recueillie par le législateur codifiant le droit“.

Aber das ergibt sich schon aus der Natur des Urteils. Ob der Entscheidungsmaßstab zur *Fortbildung des dispositiven Schuldrechts* führt, ist eine ganz andere Frage. Will man nicht von vornherein die Unterscheidung von subjektivem und objektivem Recht aufgeben, so wird sie erst bedeutsam, wenn in späteren ähnlichen Prozessen gefragt wird, ob der Richter an die früher entwickelte „Norm“ in gleicher Weise wie an eine gesetzliche Vorschrift gebunden ist.<sup>78</sup> Darüber sagt Art. 1 Abs. 2 ZGB nichts.<sup>79</sup> Diejenigen schweizerischen Autoren, die aus Art. 1 Abs. 2 ZGB einen Auftrag zur Rechtsfortbildung entnehmen, lassen einen klaren Normbegriff vermissen. So setzt PIOTET<sup>80</sup> Typus und Norm identisch. YUNG<sup>81</sup> betrachtet Art. 1 Abs. 2 ZGB als Auftrag „à formuler une règle abstraite et générale“, während Auslegung dazu dient, „à établir une disposition particulière.“ Bei beiden<sup>82</sup> aber dienen die einen Typus repräsentierenden Verkehrssitten sowohl der Rechtsfortbildung, als auch der Vertragsergänzung, die vor allem YUNG nicht Art. 1 Abs. 2 sondern Art. 2 ZGB zuweist. PIOTET<sup>83</sup> erklärt schließlich, daß er mit LARENZ übereinstimmt. Es ist jedoch schon festgestellt worden, daß LARENZ einer über den Einzelfall hinausgehenden Rechtsfortbildung bei § 242 BGB nicht zustimmt. Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches beauftragt den Richter also nicht, Normen des objektiven Rechts zu schaffen. Gleiches gilt für § 242 BGB. Die Vorschrift legt nur fest, nach welchen Maßstäben der Richter im Einzelfall die Leistungspflichten zu bestimmen hat.<sup>84</sup> Da dies auch in den Wirkungsbereich des § 157 BGB fällt, weisen insoweit beide Vorschriften den Verkehrssitten gleichartige Aufgaben zu.

Damit bleibt der Widerspruch bestehen, daß der identischen Aufgabe der Verkehrssitten keine gleiche Stellung gegenüber dem Gesetz folgt.

<sup>78</sup> MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar Bd. I, Nr. 477 zu Art. 1 ZGB; LEHMANN-HÜBNER S. 24 f. Vgl. auch EHRLICH, Zwingendes Recht S. 63: Zwar sind viele Normen des BGB „kodifizierte Verkehrssitte“, aber den Charakter als allgemeine Norm verdanken sie allein der Kodifikation.

<sup>79</sup> Insbesondere berühren die für eine Präjudizienbindung geltend gemachten verfassungsrechtlichen Gründe Art. 1 Abs. 2 ZGB nicht. Näheres vgl. Nr. 184.

<sup>80</sup> ZSR NF 80, I, 391 f.; vor ihm schon OFTINGER, ZSR NF 58, 199 f., 207.

<sup>81</sup> ZBJV 1961, 52 f.

<sup>82</sup> ZSR NF 80, I, 395; ZBJV 1961, 63.

<sup>83</sup> ZSR NF 80, I, 393 Fußn. 72.

<sup>84</sup> HACHENBURG, Vorträge S. 32; HENCKEL S. 355 ff., 360 f. Nach LARENZ, SchR Bd. I, S. 107 soll § 242 Leistungspflichten im Einzelfall festlegen, nur der Maßstab ist allgemein. Zwar wird theoretisch noch zwischen ergänzender Auslegung und Ergänzung unterschieden. NJW 1963, 737 ff. tritt insoweit aber § 242 BGB zurück und in AT S. 527 entfällt die Unterscheidung. Vgl. weiter v. TUHR Bd. II, 1, S. 545; FLUME, AT Bd. II, S. 312 Fußn. 48, besonders im Hinblick auf die Lehre von DANZ zur richterlichen Rechtsfortbildung nach § 157 BGB. DANZ äußerte sich selbst widersprüchlich, vgl. etwa JherJb. 1909, 66 f., 1898, 496 und 427. Im italienischen Recht eingehend DE LONGHI, Studi Ciapessoni S. 169 f.

## III. Vorstellungen der Gesetzesverfasser

95. Es ist auffallend, wie wenig sich die wissenschaftliche Literatur in Deutschland und Frankreich mit den Vorlagen bzw. Vorarbeiten auseinandergesetzt hat, die zu Art. 1135 und 1160 Cc.fr. bzw. §§ 157 und 242 BGB führten. Gerade in diesem Fall ist es aber aufschlußreich, die Vorstellungen der Gesetzesverfasser zu überprüfen. Aus ihnen ergibt sich zunächst, daß *im Cc.fr. ein Systembruch zwischen Art. 1135 und 1160* infolge der Übernahme von zwei differierenden Theorien geschaffen worden ist.

Art. 1135 Cc.fr. zeigt sich als Nachbildung der Regel von DOMAT, „Les conventions obligent . . . à tout ce que demande la nature de la convention: à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'obligation . . .“.<sup>85</sup> Die ergänzende Anwendung der usages ist für DOMAT keine Auslegung. Das wird noch deutlicher, wenn DOMAT an anderer Stelle schreibt: „Si l'intention commune ne se découvre pas par l'expression, et qu'on puisse l'interpréter par quelque usage . . . il faut s'en tenir . . .“.<sup>86</sup> Hier erhält der usage als zweite Aufgabe die Sinnermittlung der von den Parteien in ihren Erklärungen gewählten Ausdrücke um den Parteiwillen herzustellen. Ergänzungs- und Auslegungsfunktion des usage werden getrennt. Art. 1135 und 1159 Cc.fr. finden so ihren Platz, von Art. 1160 Cc.fr. fehlt jede Spur.<sup>87</sup>

Art. 1160 Cc.fr. erscheint dagegen in POTHIER, *Traité des Obligations*, der aber keine Art. 1135 entsprechende Norm erwähnt. Dort lautet die fünfte Auslegungsregel<sup>88</sup>: L'usage est d'une si grande autorité pour l'interprétation des conventions, qu'on sous-entend dans un contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles ne soient pas exprimées“. POTHIER sieht Auslegungstätigkeit noch dort, wo der Erklärungsstatbestand unvollkommen ist. Auch ist von der Herstellung des Parteiwillens keine Rede, denn der usage umfaßt mores et consuetudines und die Formel „qu'on sous-entend“ ist insoweit vollständig neutral.<sup>89</sup> Es gehörte ein guter Schuß Aufklärungsphilosophie dazu, wenn man später in der Praxis daraus eine Willensauslegung konstruierte.

Bei der Beratung des Gesetzes stieß der Auslegungskatalog auf keine Bedenken. Die Auslegungsvorschriften passierten summarisch und praktisch unkontrolliert die zuständige Kommission, offenbar, weil nach der bekannten älteren und auch heute noch nicht ganz erledigten Auffassung Auslegungsregeln nicht

<sup>85</sup> DOMAT, *Première Partie*, Livre I, Titre I, Sect. III, I.

<sup>86</sup> DOMAT, *Première Partie*, Livre I, Titre I, Sect. II, IX.

<sup>87</sup> Vgl. HOUWING, WPNR 2508; ZICCARDI, *Riv. dir. proc. civ.* 1969, 122.

<sup>88</sup> Bd. I, S. 115; vgl. dazu HOUWING, WPNR 2508 und ZICCARDI, *Riv. dir. proc. civ.* 1969, 161.

<sup>89</sup> Es ist zu beachten, daß POTHIER seine Auslegungsregel aus einem Satz ULPIANI D. 21. 1. 31. 20 durch eine Wortveränderung erzielte. In der Vorlage hieß es, „in bonae fidei iudiciis debent venire . . .“. Bei POTHIER wird daraus „in contractibus veniunt . . .“! Die Vermutung liegt nahe, daß damit die gleiche Wirkung wie im österreichischen Recht erzielt, d. h. eine allgemeine exceptio doli ausgeschaltet werden sollte, vgl. Fußn. 24.

Rechtsnormen, sondern nur Empfehlungen bzw. Ratschläge an den Richter enthalten.<sup>90</sup> Infolgedessen wurde auch die Regel POTHIERs ohne Widerstände übernommen.<sup>91</sup> Bei der Regel DOMATS, also Art. 1135 Cc.fr., ging es nicht ganz so reibungslos. In der Debatte im Conseil d'État wurde im Gegenteil von einigen Mitgliedern darauf hingewiesen, daß hier dem usage eine subsidiäre Gesetzesfunktion eingeräumt und die Herrschaft von coutumes wieder hergestellt werde. Aber die auf Streichung drängenden Stimmen setzten sich nicht durch, nachdem Consul CAMBACÉRÈS erklärt hatte: „L'article n'énonce qu'un principe généralement reçu. Il a été établi par le droit romain, qui dit: in contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis. Au reste, il ne s'agit pas de permettre que l'usage ajoute aux engagements, mais seulement de l'en constituer l'interprète“.<sup>92</sup> Art. 1135 Cc.fr. wurde also die gleiche Begründung gegeben, die POTHIER seiner fünften Auslegungsregel angefügt hatte. Die Stellungnahme von CAMBACÉRÈS erklärt sich aus der damaligen Neigung, alle Vertragsverbindlichkeiten auf den Parteiwillen zurückzuführen, selbst wo sie sich aus dispositivem Recht ableiten. Sobald diese Basis aufgegeben wird, ist der Systembruch unvermeidlich, denn DOMAT *beschränkt Auslegung* auf die Ermittlung des Sinnes einer *Erklärung*. Alles was nicht erklärt ist, kann nicht ausgelegt werden. Vielmehr kann es sich insoweit nur um subsidiäre *Ergänzung* der sich an eine Erklärung anschließenden *Rechtspflichten* handeln. POTHIER *hingegen* betrachtete *Auslegung* als *Herstellung eines Vertrages als einer Summe von Klauseln*. Folglich kommt es nicht oder jedenfalls nicht allein auf das an, was erklärt ist. Maßgeblich ist vielmehr, ob die vertragliche Regelung ein Ganzes bildet. Bei POTHIER ist es deshalb auch gleichgültig, ob sich dieser Sinnzusammenhang nun gerade aus dem ausgelegten Parteiwillen oder sonstigen Elementen ergibt. Beide Autoren geben unterschiedliche Auslegungsziele an.<sup>93</sup> Wenn das einmal erkannt ist, dann kann man darüber streiten, welche Auffassung vorzuziehen ist. Sicher aber können ohne zwangsläufige Widersprüche nicht beide in einem gesetzlichen System vereinigt werden.<sup>94</sup>

<sup>90</sup> LAURENT, Cours Bd. II, S. 444: conseils donnés au juge; Rép. dr. civ. Bd. I, contracts et conventions Nr. 96; Cass. fr. v. 24. 2. 1868 = D. P. 1868, I, 308 f.

<sup>91</sup> FENET Bd. XIII, S. 67.

<sup>92</sup> FENET Bd. XIII, S. 54; bei BIGOT-PRÉAMENEU, Motifs S. 429 werden interprétation et détermination des effets übergangslos nebeneinander gestellt. Vgl. weiter ZICCARDI, Riv. dir. proc. civ. 1969, 125.

<sup>93</sup> Vgl. die schon zitierten Äußerungen von HOUWING; weiter VERGA S. 247 f. Dem ist nicht dadurch auszuweichen, daß man POTHIER einen errore unterstellt, wie es ZICCARDI Riv. dir. proc. civ. 1969, 162, tut. Beiläufig ist weiter zu vermerken, daß die unterschiedliche Vorstellung vom Wesen der Auslegung in der gemeinrechtlichen Lehre nicht auf die Vertragsauslegung beschränkt blieb, sondern auch die Gesetzesauslegung erfaßte, vgl. JORDAN, AcP 1825, 225.

<sup>94</sup> So verwickelt sich etwa LAROMBIÈRE Bd. I, S. 384, Bd. II, S. 119 f. in den groben Widerspruch, daß er Art. 1160 von Art. 1135 her deutet, jedoch Art. 1135 die Begründung gibt, die sich bei POTHIER für Art. 1160 findet. HORIOU, Rev. crit. jur. belge 1948,

96. Hinsichtlich der §§ 157 und 242 BGB muß noch einmal näher auf § 359 des ersten Entwurfes zurückgegriffen werden. Dieser lautet: „Der Vertrag verpflichtet den Vertragsschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt.“ Bei der den Verkehrssitten danach zufallenden Aufgabe bleibt es auch in dem schon zitierten § 224 Abs. 1 des zweiten Entwurfes.<sup>95</sup> Fortgefallen ist nur die Beschränkung auf Verträge, sowie der Hinweis auf Gesetz und Natur des Vertrages. Damit steht auch § 242 BGB, dessen Endfassung nach den obigen Untersuchungen die beabsichtigte Beschränkung auf das „Wie“ der Leistung nicht herbeiführen konnte, auf festem historischen Grund. Für § 359 des ersten Entwurfs hat nämlich den Gesetzesverfassern Art. 1135 Cc.fr. als Vorlage gedient.<sup>96</sup> Selbst in der modernen Dogmatik ist die Beziehung des §242 BGB zu der französischen Vorschrift nicht vergessen.<sup>97</sup>

Die Parallelen von § 359 und Art. 1135 Cc.fr. reichen bis in die Motivierung. Hatten die französischen Gesetzesverfasser Art. 1135 Cc.fr. in eine Auslegungsregel umgedeutet, so erfährt man zu § 359 des ersten Entwurfes, daß er der „Ermittlung des Inhaltes eines Vertrages“ diene.<sup>98</sup> In den gutachtlichen Äußerungen wird er kurz als „allgemeine Interpretationsregel“ bezeichnet.<sup>99</sup> Allerdings vermieden die Gesetzesverfasser zunächst eine dem Art. 1160 Cc.fr. entsprechende Vorschrift. Lediglich für die Auslegung von Willenserklärungen war § 73 vorgesehen. Der erste Entwurf des BGB stand folglich im Ergebnis auf dem Boden der Lehre von *DOMAT*: Ausgelegt werden kann nach § 73 (133 BGB) nur was erklärt ist; Ergänzung von Verträgen geschieht nach § 359 (242 BGB), mag man das auch als Interpretation bezeichnen.

Die Gründe, die beim zweiten Entwurf zur Einfügung des § 127 (157 BGB) führten, sind schon genannt worden.<sup>99a</sup> Interessant ist im jetzigen Zusammenhang, was sich die Gesetzesverfasser dabei unter Auslegung vorstellten. In den Protokollen heißt es zu der neuen Auslegungsregel: „Theoretisch sei zwar zuzugeben, daß es sich bei der Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte nicht selten nicht um Auslegung des Parteiwillens im streng wissenschaftlichen Sinne handle, sondern um Ergänzung des fehlenden Willens durch

---

230 f. erklärt zu Art. 1135 Cc. fr., die usages verpflichten „par le seul fait qu'ils existent“, während Art. 1160 eine „référence tacite“ voraussetzt. Dann aber faßt er beide Vorschriften zusammen und läßt den usage wirken, „parce qu'il avait été tacitement convenu“.

<sup>95</sup> Vgl. oben Nr. 87.

<sup>96</sup> Motive BGB Bd. II, S. 197.

<sup>97</sup> ESSER, SchR (3) Bd. I, S. 25.

<sup>98</sup> Motive BGB Bd. II, S. 198.

<sup>99</sup> Bd. II, S. 117; Vereinzelt erscheint dieser Gedanke heute noch, vgl. HansOLG Hamburg v. 12. 11. 1964 = MDR 1965, 200; entsprechend zu Art. 2 schweizZGB STÄHE-LIN, ZSR NF 26, 373 ff.

<sup>99a</sup> oben Nr. 87.

das Gesetz. Indessen begreife der Sprachgebrauch des Lebens auch die hierauf gerichtete Tätigkeit des Richters unter dem Ausdruck Auslegung und der Gesetzgeber dürfe unbedenklich sich diese weitere Bedeutung des Wortes aneignen, da ein Mißverständnis nicht zu befürchten sei“.<sup>100</sup> Um diese Stelle richtig zu verstehen, ist vorauszusetzen, daß ein nicht geäußelter Parteiwille nach der Absicht des Gesetzgebers keine Verbindlichkeit besitzen sollte. Wenn die Protokolle von Ergänzung des Parteiwillens sprechen, kann deshalb nur Ergänzung der vertraglichen Willenserklärungen gemeint gewesen sein. Diese Ergänzung ist also immer noch Auslegung. Wiederum unbewußt ist hier POTHIERs Auslegungsbegriff und Art. 1160 Cc.fr. übernommen worden: Auslegung ist Herstellung der vertraglichen Regelung,<sup>101</sup> die Willenserklärungen der Partner spielen dabei nur eine Teilrolle.<sup>102</sup>

Die Entwicklung zeigt, daß die Gesetzesverfasser, nachdem sie zunächst eindeutig Stellung genommen hatten, nachträglich durch eine Änderung des Auslegungsbegriffes den *gleichen Systembruch* schufen, wie er im Cc. vorhanden ist. §§ 73 und 359 des ersten Entwurfs bzw. § 90 und 224 Abs. 1 des zweiten Entwurfs fügten sich harmonisch aneinander. An die Auslegung der Willenserklärungen schloß sich normative Ergänzung an. Die Einschaltung des § 127 störte das Bild. Nunmehr erschien als Auslegungsziel die Herstellung eines vertraglichen Regelungsgefüges. Auslegung nach § 127 hatte die Aufgabe der Ergänzung nach § 224 Abs. 1 mitübernommen und dabei blieb es bei der endgültigen Fassung der §§ 133, 157 und 242 BGB.

#### § 4. Zusammenfassung und Ausblick

Die Entwicklungsgeschichte hat die Ursache der sich bei §§ 157 und 242 BGB sowie bei Art. 1135 und 1160 Cc.fr. ergebenden dogmatischen Schwierigkeiten freigelegt. Sie zeigt aber zugleich die Möglichkeit ihrer Beseitigung und einer sinnvollen Ordnung des Verhältnisses von Verkehrssitten und Gesetz. § 242 BGB besitzt eine korrigierende und eine regulierende Funktion. Dabei wirken sich im korrigierenden Bereich Verkehrssitten nicht aus. Ihnen verbleibt nur die Aufgabe, vertragliche Vereinbarungen auslegend und ergänzend zu bestimmen. Die Verweisung auf Verkehrssitten in § 242 BGB tritt so in Konkurrenz zu § 157 BGB. Diese Konkurrenz widerspricht der unterschiedlichen Stellung, die diese Vorschriften den Verkehrssitten gegenüber dispositivem Gesetzesrecht einräumen.

Die Versuche, den Widerspruch durch Unterscheidung der Aufgaben der Verkehrssitten nach §§ 157 und 242 BGB gegenstandslos zu machen, sind durchwegs

---

<sup>100</sup> Prot. Bd. I, S. 625.

<sup>101</sup> LARENZ, A. T. S. 521; NJW 1963, 738; LÜDERITZ, Auslegung S. 23; LANGE S. 272.

<sup>102</sup> ESSER, SchR (2) S. 29; der gleiche Gedanke liegt BGH v. 23. 2. 1956 = BGHZ 20, 109 ff. (110) zugrunde.

gescheitert. Vor allem ist die Annahme verfehlt, daß § 242 BGB auf Verkehrssitten zum Zweck der Fortbildung des objektiven Rechts verweist. Das schweizerische Beispiel des Art. 1 Abs. 2 ZGB deckt diese Lehre nicht.

Die widersprüchliche Regelung des BGB taucht bereits in Art. 1135 und 1160 Cc.fr. auf. Auch hier sind die Versuche gescheitert, die eine Lösung durch Unterscheidung der Aufgaben der usages bzw. clauses d'usage anstreben. Dabei wurde regelmäßig übersehen, daß in beiden Vorschriften voneinander abweichende unvereinbare Interpretationstheorien zusammengekoppelt sind. Aus heute überholten gesetzestechnischen Erwägungen wurde der Irrtum der Verfasser des Cc. beim BGB wiederholt. Zwei Alternativen stehen damit zur Verfügung, um den Platz der Verkehrssitten im System des Gesetzes zu bestimmen.

Die erste Möglichkeit besteht darin, daß Auslegung auf Ermittlung des Sinnes der Willenserklärungen beschränkt wird. Alles was darüber hinausgeht, ist gesetzliche Ergänzung, so daß Verkehrssitten nur subsidiär bei Fehlen einschlägiger Gesetzesvorschriften nach § 242 BGB bzw. Art. 1135 Cc.fr. eingreifen. Die Lösung entspricht im Ergebnis § 359 des ersten Entwurfs des BGB und *DOMAT*.

Die zweite Möglichkeit setzt der Auslegung das Ziel, die zwischen den jeweiligen Parteien geltende Regelung herzustellen. Sie hat folglich unter Beachtung aller im Gesetz vorgesehenen Auslegungsmittel offengebliebene Fragen gegebenenfalls zu vervollständigen. Dabei zu beachtende Verkehrssitten gehen dispositivem Gesetz vor. § 242 BGB wird hinsichtlich ergänzender Geschäftskorrekturen bedeutungslos. Die Lösung stimmt mit *POTHIER* und dem österreichischen *ABGB* überein.

Die Wahl zwischen beiden Lösungen hängt davon ab, was als Gegenstand und Ziel der Auslegung zu betrachten ist. Sie setzt daher genauere Untersuchungen zur Interpretationslehre voraus, der das folgende Kapitel gewidmet ist.

## VI. Kapitel. Verkehrssitten bei Auslegung von Schuldverträgen

97. Verträge werden durch Verwendung von Verkehrssitten typisiert.<sup>1</sup> Es handelt sich daher bei ihnen um ein Problem der Auslegungsmaßstäbe. Nun sind *Gegenstand, Ziel und Maßstab der Auslegung* von Verträgen<sup>2</sup> häufig nicht unterschieden worden. So hat ein Wechsel in der Bestimmung des Auslegungsgegenstandes vor allem beim Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie eine veränderte Beurteilung des Auslegungszieles und der anwendbaren Auslegungsmaßstäbe nach sich gezogen. Es ist deshalb zweckmäßig, zunächst die Rolle von Wille und Erklärung in den folgenden zwei Paragraphen zu behandeln, um die Voraussetzungen für eine richtige Erfassung des Problems typisierender Auslegung zu schaffen. Mit der den Verkehrssitten zufallenden Aufgabe und den sich danach ergebenden Einzelfragen werden sich dann die anschließenden Paragraphen befassen.

### § 1. Wille und Auslegung

#### I. Einführung

98. Im Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie war entscheidend, daß § 133 BGB den Interpreten zur Erforschung *des wirklichen Willens* anhält, während § 157 BGB auf *typisierende Auslegungsmaßstäbe* verweist. Zweifel<sup>3</sup> an der Richtigkeit dieser Alternative ergeben sich aber schon daraus, daß in Art. 1156, 1159 und 1160 Cc.fr. die gleiche Situation auftritt, obwohl weder POTHIER noch den Verfassern des Cc. der Theorienstreit geläufig war. Er entstammt der deutschen Dogmatik der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts und geriet erst von hier aus

---

<sup>1</sup> In Anlehnung an MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 130 werden folgende Begriffe verwendet:

- a) subjektive Auslegung, soweit es um den wirklichen inneren Willen geht;
- b) individuelle Auslegung, soweit es sich um die geäußerten Parteivorstellungen und individuelle Umstände handelt;
- c) typisierende Auslegung, soweit Verkehrssitten gemeint sind.

Die hier vor allem interessierenden Gegensätze lauten folglich subjektiv-objektiv und individuell-typisierend. Zur Terminologie vgl. auch OERTMANN, BGB Rechtsgeschäfte Vorbem. 9 d; LEONHARD, AcP 1922, 79; TITZE, Richtermacht S. 13.

<sup>2</sup> Die Interpretation einseitiger Rechtsgeschäfte bleibt unberücksichtigt, da diese über das Schuldrecht hinausreichen und, vgl. etwa die Testamentsauslegung, nicht auf eine Stufe mit Schuldverträgen gestellt werden können. Soweit sie mit Schuldverträgen zusammenhängen ist unbestritten, daß sie der gleichen Auslegung wie diese unterliegen. Es ergeben sich daher keine besonderen Probleme.

<sup>3</sup> Vgl. dazu VERGA S. 222.

in sehr abgeschwächter Form auch nach Frankreich. Für die Verfasser des französischen Vertragsrechts stand außer Zweifel, daß vertragliche Verbindlichkeiten im Willen der Vertragspartner begründet sind. Wenn trotzdem auch im Cc. individuelle und typisierende Auslegung nebeneinander stehen, so muß es sich um ein ursprünglicheres hermeneutisches Problem handeln.

99. In der neueren Zeit ist der Streit zwischen *Willens- und Erklärungstheorie* wiederholt für erledigt erklärt worden. Vor allem LARENZ hat sich gegen seine Fortsetzung gewandt. Trotzdem sieht FLUME<sup>4</sup> in ihm den Vertreter einer modifizierten Erklärungstheorie, während WIEACKER<sup>5</sup> eine Rückkehr zur Willens- theorie zu erkennen glaubt. Freilich beziehen sich beide auf verschiedene Schriften, FLUME auf die Methode der Auslegung, WIEACKER auf den Allgemeinen Teil des BGB. Das Beispiel ist dennoch kennzeichnend für den wirklichen Stand der Diskussion.<sup>6</sup> Es zeigt zugleich, daß sich hier offenbar mehrere Problemschichten überlagern.

Entscheidend ist zunächst, daß LARENZ in der Methode der Auslegung den Begriff der Willenserklärung selbst verändert hat. Er meinte, so von der Willens- theorie loszukommen, ohne der Erklärungstheorie folgen zu müssen. *Willens- erklärungen* sind danach nicht Kundgabe eines Willens, sondern Äußerungen darüber, was gelten soll.<sup>7</sup> Von der *Geltungserklärung* ausgehend hat Auslegung den Sinn dessen zu ermitteln, was gelten soll, nicht was die Erklärenden jeweils sich in ihrem Inneren vorgestellt haben.<sup>8</sup>

Da LARENZ die Willenstheorie ablehnt, erscheint es ihm, wie schon gezeigt, auch zweifelhaft, ob der Wille Geltungsgrund der Willenserklärung ist.<sup>9</sup> Weiter ist schon dargestellt worden, daß LARENZ heute den Geltungsgrund im freien personalen Willensakt des Individuums selbst sieht.

Vergleicht man die Ausführungen zur Auslegung und zum Geltungsgrund, so ergibt sich, daß LARENZ mit der *Willenstheorie* zwei Themen der Rechtsgeschäfts- lehre verbindet. Ablehnend setzt er sich mit ihr als *Interpretationstheorie* auseinander: Auslegung dient nicht der Herstellung des Willens, sondern der Bestimmung dessen, was gelten soll. Dagegen äußert er sich zur Willenstheorie hinsichtlich der *Geschäftsgeltung* unterschiedlich: In der Schrift über die Aus- legung wird auch insoweit die Willenstheorie abgelehnt, der Vertrag ver- dankt seine Rechtsgeltung dem Gesetz. Im allgemeinen Teil wird sie wieder auf- gegriffen, der Vertrag verdankt seine Geltung dem privatautonomen Willens- entschuß.

<sup>4</sup> AT Bd. II, S. 59; zuvor schon MANIGK, ArchRWPhil. 1932/33, 366.

<sup>5</sup> JZ 1967, 387.

<sup>6</sup> Vgl. auch RAISER, JT-Festschr. Bd. I, S. 103.

<sup>7</sup> Auslegung S. 34 ff.

<sup>8</sup> In dieser Frage stimmen Auslegung S. 69 und AT S. 341 ff. in Verbindung mit S. 87 f. überein.

<sup>9</sup> Vgl. Nr. 93.

Für die Beurteilung der Willenstheorie in der Interpretationslehre und der theoriegeschichtlichen Entwicklung sind diese Feststellungen von grundsätzlicher Bedeutung. Wenn LARENZ heute zum Willen als Geltungsgrund von Rechtsgeschäften zurückkehrt, so nimmt er eine alte Tradition wieder auf. Es liegt dann aber auch die Frage nahe, ob damit nicht notwendigerweise eine Rückkehr zur Willensauslegung geboten ist. Die Willenserklärung könnte zwar weiterhin als Geltungserklärung verstanden werden, aber als Geltungserklärung, die ihren Grund im Willen des Erklärenden findet.<sup>10</sup> Es ergibt sich daraus ein weiteres Problem. LARENZ hält auch heute noch daran fest, daß die Interpretation nicht den Willen des Erklärenden, sondern den Geltungssinn herstellen soll. Möglich ist das nur, wenn die Rolle des Willens hinsichtlich des Geltens, der Existenz und des Inhalts der Willenserklärung unterschieden wird. Betrachtet man hingegen den Willen als eine alle drei Elemente umfassende Einheit, so muß bei falschen Vorstellungen über den Geschäftsinhalt auch der Wille als Geltungs- und Existenzgrund des Geschäfts entfallen. Es ist also nicht möglich, eine typisierende Auslegung vorzunehmen, wenn der Wille die typisierenden Auslegungselemente nicht umfaßt.

## II. Die Entwicklung des Willensproblems seit dem Code Civil

100. Die Willenstheorie war ursprünglich keine Auslegungstheorie, deren Ziel darin lag, die *tatsächlichen Vorstellungen* der Parteien über ihr künftiges Wollen zu ermitteln. Vielmehr wurde die Willenserklärung als Geltungserklärung verstanden. So formulieren nach Art. 1108 und 1134 Cc.fr. die Partner durch freien consentement das zwischen ihnen geltende individuelle Gesetz. Auch SAVIGNY interessiert die Willenserklärung nicht als Erklärung über ein Sich-Verhalten-Wollen, sondern als juristische Tatsache. Juristische Tatsachen sind Ereignisse, „wodurch der Anfang und das Ende der Rechtsverhältnisse bewirkt wird“.<sup>11</sup> Willenserklärungen sind ein Teil solcher Tatsachen, genauer: es sind diejenigen, bei denen Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses durch freie Handlung geschieht, also Geltungserklärungen.<sup>12</sup>

Hinsichtlich der Natur des Willens, der in solchen Handlungen wirkt und seiner Rolle für die anschließenden Rechtsverhältnisse muß der Begriff der freien Handlung selbst genauer definiert werden. Freie Handlungen sind für SAVIGNY Akte, die deshalb frei sind, weil sich in ihnen ein steuernder und wissender Wille betätigt.<sup>13</sup> Dabei ist zu beachten, daß zu Beginn des 19. Jahrhunderts der „steuernde und wissende Wille“ nicht der Wille im Sinne einer empirischen Psycho-

<sup>10</sup> Vgl. schon MANIGK, ArchRWPhil. 1932/33, 369; LEONHARD, AcP 1922, 83. Nicht zutreffend BINDER, ArchRWPhil. 1912/13, 99 f.

<sup>11</sup> System Bd. III, S. 3.

<sup>12</sup> System Bd. III, S. 5. Weitere Hinweise bei FLUME, AT Bd. II, S. 57. Vgl. auch ENDEMANN, Handelsrecht S. 447 f. und MANIGK, ArchRWPhil. 1932/33, 363 f.

<sup>13</sup> System Bd. III, S. 5.

logie war. Vielmehr ging SAVIGNY von naturrechtlichen Vorstellungen aus: Der Wille war der Inbegriff der freien Persönlichkeit und damit ein *ethisches Postulat*.<sup>14</sup> Wie im Cc. sind also Willenserklärungen Rechtshandlungen der freien Persönlichkeit des Erklärenden. Die ursprüngliche Willentheorie besagt folglich, daß das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie aus ethischem Grund bejaht und als geschäftlicher Geltungsgrund anerkannt wird.<sup>15</sup>

Wie kam es, daß die ursprüngliche Willentheorie als Geltungsgrund für Geschäfte des positiven Rechts ein ethisches Postulat verwendete? Dazu wird auf eine für den Juristen des beginnenden 19. Jahrhunderts geläufige Voraussetzung verwiesen.

Die damals herrschende naturrechtliche Lehre gewann ihre Rechtssätze aus der Natur des Menschen und der Dinge selbst. So erschien ihr auch die Privatautonomie nicht durch positive Gesetze manipulierbar. Sie war vielmehr ein unwandelbares Rechtsprinzip, das sich aus der Person des Menschen selbst ergab und dem das positive Recht weder etwas hinzufügen noch entziehen konnte. Hier wurde also eine rechtsphilosophische Aussage unmittelbar auf das positive Recht übertragen. Sogar dieses selbst galt als totes Modell, solange es nicht die als Wille bezeichnete freie Handlung zum Bestandteil des Geschäftes machte. Es entstand der berühmte Grundsatz, daß im Vertragsrecht der Wille das einzig Wichtige und Wirksame sei<sup>16</sup> und dispositives Recht, auch Gewohnheitsrecht nur als Auslegung des Parteiwillens gelte.<sup>17</sup>

101. Die Theoretiker konnten sich darauf beschränken, von einem rechtsphilosophischen Prinzip aus den Rechtsfolgewillen zu verlangen. Sie stellten aber damit die Praxis vor die schwierige Aufgabe, Idealität und Realität in Einklang zu bringen. Die Praxis erreichte dies, indem sie den freien Willen aus den Äußerungen und sonstigen Umständen herausbildete. Den Platz psychologischer Nachforschung nahmen hierbei, wie insbesondere das französische Beispiel zeigte, zahlreiche *Vermutungen* ein. Man behielt sie schließlich sogar in stereotyper und fiktiver Form bei, um den rechtsgeschäftlichen Geltungsgrund nicht antasten zu

<sup>14</sup> Vgl. dazu BINDER, ArchRWPhil. 1911, 266 ff. SAVIGNY hat dabei offenkundig Anleihen bei KANT und WOLF gemacht, bei denen dieses Postulat erstmals auftaucht, vgl. ArchRWPhil. 1912/13, 104 f.

<sup>15</sup> Vgl. auch BAILAS S. 88 f.; aufschlußreich sind ferner die Ausführungen des seinerzeitigen Präsidenten des frz. Ministerrates von 1901, WALDECK-ROUSSEAU, zit. bei SAVATIER, Métamorphoses S. 83 („Il y a, dans notre droit, un principe constant: c'est qu'une loi ne peut rien ajouter ni retrancher à un contrat intervenu entre les parties“); weiter KOOPMANS S. 8 ff. Gelegentlich werden Wille und Privatautonomie in der Praxis auch heute noch gleichgesetzt, vgl. z. B. App. Genova v. 11. 9. 1954 = Temi gen. 1955, 16.

<sup>16</sup> System Bd. III, S. 258.

<sup>17</sup> Auch SAVIGNY, System Bd. I, S. 58 hat diese Auffassung geteilt. Das Problem wird in Nr. 197 eingehend behandelt. Hier ist aber hervorzuheben, daß ein Teil der Lehre dadurch verleitet wurde, auch Auslegung nach Verkehrssitten als Anwendung dispositiven Rechts zu betrachten, vgl. Nr. 122.

müssen.<sup>18</sup> Daher trifft die Beobachtung von FLUME<sup>19</sup> zu, daß *in diesen Fiktionen der Übergang zu den „Erklärungstheorien“*<sup>20</sup> stattfand. Sobald man eine philosophisch-ethische Grundlage für die rechtsgeschäftliche Privatautonomie juristisch nicht mehr als unmittelbar notwendig betrachtete, konnte auf die Thesen der ursprünglichen Willenstheorie verzichtet werden. Dies trat ein, als positiv-rechtliche Argumentation das naturrechtliche Rechtsdenken ablöste.<sup>21</sup> Im Gange dieser Entwicklung wurde zugleich das dispositive Recht vom Parteiwillen gelöst. Vorschriften des objektiven Rechts, seien sie auch dispositiver Natur, brauchen den freien Willen des Individuums nicht mehr als Rechtfertigung des Geltens.<sup>22</sup>

102. Der gedankliche Wandel ist nun keineswegs so zu verstehen, daß der Geltungsgrund der Rechtsgeschäfte einfach vom Willen in die Erklärung verlegt wurde. Vielmehr entdeckte man, daß Willenserklärungen ihren Geltungs- bzw. Gültigkeitsgrund in der gegebenen Rechtsordnung haben.<sup>23</sup> Die Bezeichnung „Erklärungstheorie“ trifft deshalb das Wesen der Entwicklung nicht. Nur durch einen Zufall meinten einige Autoren, unter dem Einfluß der Begriffsjurisprudenz argumentierend, daß der Wille überflüssig wird, wenn das positive Recht selbst den Geltungsgrund der Willenserklärungen bildet. Zwingend war das jedoch nicht.<sup>24</sup> Da jetzt von der positiven Rechtsordnung auszugehen war, hing die Bedeutung des Willens vielmehr von deren Vorschriften ab. Jetzt ging es um die Frage, an welche Voraussetzungen die Rechtsordnung die Gültigkeit des Geschäfts knüpft und entsprechend den Parteien als bindend zurechnet. Man hat das auch sehr bald erkannt, sich *von dem begriffsjuristischen Schema befreit und an die Stelle der Erklärungstheorie die Vertrauensatheorien* in ihren verschiedenen Spielarten *gestellt*. Insofern sind die Vertrauensatheorien nicht verfeinerte Erklärungstheorien,<sup>25</sup> sondern, was erstmals LARENZ klar formuliert hat, Zurechnungstheorien. LARENZ ging allerdings seinerseits einen Schritt zu weit, als er meinte, im Begriff der Zurechenbarkeit sei schon die ganze Wahrheit enthalten.<sup>26</sup> Er wurde zu dieser Annahme veranlaßt, weil er im Begriff der Willenserklärung als Geltungserklärung den Dualismus von Wille und Erklärung glaubte ausgeräumt zu haben. Daß dies nicht der Fall war, ist bereits gezeigt worden.

<sup>18</sup> Kennzeichnend z. B. BÄHR, JherJb. 1875, 400 f. und besonders im Hinblick auf Verkehrssitten EHRLICH, WE S. 40 f.; VERGA S. 252 f. Nach BAUDRY-LACANTINERIE Bd. I gelten usages „en vertu du principe d'autonomie“; die in Bd. XII, S. 575 für zulässig erklärten Willensvermutungen sind ausschließlich auf die Erhaltung dieses Prinzips gerichtet; ebenso GÉNY, Méthode Bd. I, S. 422 f.; HOUIN, RabelsZ 1959, 254; Cass. belge v. 29. 5. 1947 = P. B. 1947, I, 218 bezieht sich auf ein Willenspostulat.

<sup>19</sup> AT Bd. II, S. 55; vgl. schon HARTMANN, JherJb. 1882, 26.

<sup>20</sup> Näheres unten Nr. 102.

<sup>21</sup> Zum Nachweis der Wurzeln der Willenstheorie im Naturrecht vgl. MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 69 ff.

<sup>22</sup> Vgl. unten Nr. 197.

<sup>23</sup> Vgl. schon oben Nr. 33.

<sup>24</sup> ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 1020.

<sup>25</sup> So WIEACKER, JZ 1967, 387.

<sup>26</sup> Vgl. kritisch auch SCHMIDT-RIMPLER, ArchRWPhil 1941, 135.

*Positivrechtliche Zurechnung lautete jetzt das Problem.* Das Neue der veränderten rechtstheoretischen Situation lag darin, daß frei von philosophischen Postulaten über die mögliche und *wünschenswerte Rolle des wirklichen Willens* beim Rechtsgeschäft gesprochen werden konnte.<sup>27</sup> Jetzt konnte der Wille als Tatbestandsmerkmal verstanden und seine Funktion entsprechend den dafür maßgeblichen Prinzipien der jeweiligen Rechtsordnung festgesetzt werden.<sup>28</sup> Das hatte freilich auch zur Folge, daß er je nach der Bewertung dieser Prinzipien dem Streit zwischen individualistischem und kollektivistischem Vertragsverständnis ausgesetzt wurde. So knüpfte man hinsichtlich der Bedeutung des Willens bald an den positivierten Grundsatz der Privatautonomie, bald an den des Vertrauensschutzes an.

103. Bevor auf die Rolle des wirklichen Willens eingegangen wird, bleibt noch zu prüfen, wie der Streit über den Geltungsgrund von Rechtsgeschäften die Interpretationslehre so nachhaltig beeinflussen konnte, wie es bei der Willens- und Erklärungstheorie geschah.<sup>29</sup> Die Lösung liegt in einer naturrechtlichen These, die sich auch bei SAVIGNY findet und schon beiläufig oben anklang. Dem Willen sollte rechtliche Funktion deshalb zukommen, weil er freies Handeln begründet. Deshalb war es für SAVIGNY selbstverständlich, daß nur ein steuernder Wille als echter Wille zu betrachten ist. Ein steuernder Wille kann aber nur ein von Vorstellungen beherrschter Wille sein. Infolgedessen gehören rechtsgeschäftlicher *Handlungsentschluß* und *Vorstellungen vom Inhalt des Geschäfts* zusammen. Das Geschäft hat nur den Inhalt, der vom Rechtsfolgewillen gedeckt ist. So ist Auslegung des Geschäftsinhalts zugleich Ermittlung seines Geltungsgrundes.<sup>30</sup>

Dabei ist aber zu bedenken, daß nach den damaligen theoretischen Gegebenheiten als Rechtsfolgewille nicht ein wirklicher psychischer Wille vorausgesetzt war. Folglich konnte die so begründete Auslegungstheorie auch nicht auf die wirklichen Parteivorstellungen gerichtet sein. Weiter ließen sich die unter natur-

<sup>27</sup> OERTMANN, BGB, Rechtsgeschäfte Vorbem. 3 a; Willenserklärung Vorbem. 1; BINDER, ArchRWPhil. 1911, 278, 281.

<sup>28</sup> Zu den Auswirkungen auf die Verfasser des BGB vgl. WIEACKER, OLG Celle-Festschr. S. 278.

<sup>29</sup> Nr. 100 ist schon vermerkt worden, daß die Willentheorie ursprünglich nicht als Interpretationslehre gemeint war. Vgl. andeutungsweise auch FISCHER, Handelsusanz S. 14 Fußn. 9. Verkannt wird das, wenn man etwa mit RIPERT-ROBLOT-DURAND Bd. I, S. 22 f. davon ausgeht, daß auch typisierende Auslegung Willensermittlung sein müsse, weil die Parteien sie abdingen können.

<sup>30</sup> Auf diesem Gedanken baut auch SAVIGNY's Irrtumslehre auf. Beim Irrtum wird „die Freiheit der Wahl zwischen entgegengesetzten Entschlüssen“ unmöglich, System Bd. III, S. 113 und damit das ethische Postulat des freien Handlungswillens zerstört. So entstand aus rechtsethischen Gründen die Verknüpfung von Privatautonomie und Irrtum, auf die BAILAS, S. 91 hinweist und die sich in der Folgezeit auf den unter anderen Voraussetzungen entstandenen Streit über die Rolle des wirklichen Willens für die Auslegung ausgewirkt hat. Zum Verhältnis von Irrtum und Auslegung bei SAVIGNY, vgl. Fußn. 88.

rechtlichen Einflüssen entstandenen Art. 1156, 1159 und 1160 Cc.fr. und später §§ 133 und 157 BGB ohne weiteres in die Denkformen der ursprünglichen Willenstheorie einordnen.

Um die spätere Entwicklung der Auslegungstheorie zu verstehen, ist an die neuen Voraussetzungen der Rechtsgeschäftslehre anzuknüpfen. Diese erlaubten es, den Geltungsgrund der Willenserklärungen in das Gesetz zu verlegen und zugleich den wirklichen psychischen Willen als Existenzgrund von Rechtsgeschäften zu betrachten. Wenn man dabei an der ursprünglichen *Verknüpfung von Wille und Vorstellung* festhält, dann muß sich die Auslegung auf die Vorstellungen der Parteien richten: werden die Vorstellungen nicht ermittelt, so bleibt auch der Wille als Existenzgrund unklar und damit das Geschäft insgesamt offen. In diesem Sinn kann MANIGK<sup>31</sup> erklären, daß Willenserklärungen in sich zugleich Wissenserklärungen sind und etwa v. HAHN<sup>32</sup> daraus folgern, daß Verkehrs sitten auslegende Bedeutung erhalten, weil Willenserklärungen mit Bezug auf sie abgegeben werden. Die Auslegung hat also *das wirklich Gewollte*<sup>33</sup> zu ermitteln, das den *Existenzgrund und zugleich den Inhalt des Geschäfts*<sup>34</sup> bildet. Damit ist die *psychologische Interpretationslehre* entstanden und gleichzeitig die Grundlage für einen folgenschweren künftigen Streit gelegt. Es bedurfte von jetzt ab nur einer Widerlegung der psychologischen Auslegungstheorie, um die gesamte Rechtsgeschäftslehre zum Einsturz zu bringen.

### III. Der wirkliche Wille beim schuldrechtlichen Rechtsgeschäft

104. Die Abkehr von der psychologischen Interpretationslehre hat zunächst zur Folge, daß für Rechtsgeschäfte ein schlichtes willentliches Erklären oder Verhalten als ausreichend angesehen wird.<sup>35</sup> Auf den Willen als rechtsgeschäftlichen Handlungsentwurf wird verzichtet.<sup>36</sup> Ob das schlichte willentliche Verhalten einen rechtsgeschäftlichen Vorgang darstellt, soll die Interpretation mittels einer vom *Vertrauensschutz* beherrschten Sinndeutung des tatsächlichen Geschehens ergeben: „Die Frage der Existenz der Willenserklärung ist ebenso eine Aus-

<sup>31</sup> ArchRWPhil. 1932/33, 365.

<sup>32</sup> AdHGB § 2 zu Art. 237.

<sup>33</sup> PFENNINGER S. 66; Rép. dr. civ. Bd. I contrat et convention Nr. 96, 102; ISHIZAKI, Vente Bd. I, S. 46 ff.; EBBECKE, JherJb 1920, 1.

<sup>34</sup> Kennzeichnend dafür DE CALLATAY S. 164 f.

<sup>35</sup> Noch weitergehend KELLER, schwJZ 1961, 367 ff.

<sup>36</sup> ISAY, Willenserklärung S. 13, 15, 23; MANIGK, Auslegung S. 112 anders noch Willenserklärung S. 191, 194; LARENZ, Auslegung S. 82 f.; GUDIAN, AcP 1969, 232 ff.; BETTI, Noviss. dig. it. Bd. XI, Negozio giuridico Nr. 7; ders. Negozio giuridico S. 129, 140; PIOTET, ZSR NF 80, I, 371, Fußn. 1; BAILAS S. 58 f.; MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 64 f., 210; v. TUHR, ZSR NF 41, 273 ohne endgültige Stellungnahme. Nach östOGH v. 5. 5. 1920 = SZ 1920, 46 soll es bei sozial-typischer Eindeutigkeit des Verhaltens nicht auf rechtsgeschäftliche Erklärungsabsicht ankommen. Vgl. aber auch Fußn. 44, 50.

legungsfrage, wie die nach ihrem Inhalt“.<sup>37</sup> Danach wird in dem berühmten Fall der Trierer Weinversteigerung das Verhalten des Fremden unter Umständen nach örtlicher Verkehrssitte als vertragliche Willenserklärung ausgelegt.<sup>38</sup>

Der immer wieder verwendete Versteigerungsfall läßt den Eindruck entstehen, als handle es sich beim Problem des vertraglichen Handlungsentschlusses um eine praktisch bedeutungslose Spezialfrage. Aber gerade dieser Fall beweist, daß hier ein grundsätzliches Problem der Vertragslehre entschieden wird. Anstelle eines frei geschaffenen Vertrages wird ein Schuldverhältnis gesetzt, das entweder durch *verkehrsübliches Verhalten*<sup>39</sup> oder als *Haftung für fahrlässiges Verhalten* entsteht.<sup>40</sup> Auf diese Weise bereitet die Auslegungslehre den späteren Begriff der *faktischen Verträge* und der *Verträge aus sozialtypischem Verhalten* vor.<sup>41</sup>

Ob der Erklärungswille als vertraglicher Handlungsentschluß durch die Verkehrstypik des Verhaltens ersetzt werden kann, wird zunächst offengelassen. Vorerst ist zu prüfen, ob es sich dabei um eine Aufgabe der Auslegung handelt.<sup>42</sup>

Wenn die Vertrauenstheorie auf den vertraglichen Erklärungswillen verzichtete, so nahm sie damit gegen die psychologische Interpretationslehre Stellung. Dabei wurde aber übersehen, daß deren Willensbegriff doppeldeutig ist, weil sie SAVIGNY'S Auffassung vom gesteuerten Willen unbesehen auf die psychische Wirklichkeit übertragen hat. Nun werden aber täglich Verträge trotz falscher oder unvollkommener Vorstellungen willentlich vorgenommen. Täglich unterbleiben Verträge trotz richtiger und vollkommener Vorstellungen. Wenn die psychologische Interpretationslehre von Willensauslegung spricht, so faßt sie also unter der Bezeichnung „Wille“ zwei Elemente zusammen, die SAVIGNY nur aus ethischen Gründen miteinander verknüpft hatte: den vertraglichen Hand-

<sup>37</sup> BINDER, ArchRWPhil. 1911, 439, 1912/13, 97, 99, obwohl er 1911, 281 das Problem als Rechtsfrage bezeichnet hatte; RG v. 6. 10. 1903 = Seuff. 59, 310 ff. (ein Fall, der heute der Anscheinsvollmacht zuzurechnen ist). Vgl. auch RG v. 21. 3. 1923 = Recht 1923, 241. Nr. 854; v. 8. 3. 1919 = RGZ 95, 122 ff.

<sup>38</sup> LARENZ, Auslegung S. 89, AT S. 338 f. wird diese Wertung hingegen nicht mehr als Auslegung bezeichnet. Ähnlich MANIGK, ArchRWPhil. 1932/33, 378 f. bzw. Verhalten S. 229 ff. Weiter vgl. GSCHNITZER, AT S. 135.

<sup>39</sup> Vgl. die Definition bei DANZ, Auslegung S. 14; LEONHARD, AT S. 352. Vor allem BAILAS ist das offenbar entgangen, da er konkludente Willenserklärungen von vornherein aus seiner Betrachtung ausklammert.

<sup>40</sup> In dieser Richtung z. B. BETTI, Noviss. dig. it. Bd. XI, Negozio giuridico Nr. 7; LARENZ, Auslegung S. 90 f., wo aber der kritische Fall unerwähnt bleibt: der Fremde wußte, daß er sich auf einer Weinversteigerung befand, hatte sich aber über die dabei üblichen Gebräuche nicht orientiert. ROTHOEFFT S. 77 ff.; MANIGK, ArchRWPhil. 1923/33, 374.

<sup>41</sup> Tatsächlich weist WIEACKER, OLG-Celle-Festschr. S. 276 darauf hin, daß HAUPT wesentlich von der Interpretationslehre ausging. Vgl. auch RAISER, JT-Festschr. Bd. I, S. 125 und FLUME, JT-Festschr. Bd. I, S. 189 zum Versteigerungsfall.

<sup>42</sup> Beiläufig sei vermerkt, daß auch die Gegner der in Fußn. 36 angegebenen Lehrmeinung hier bisweilen einen Auslegungsfall annehmen, so z. B. OERTMANN, Verkehrssitte S. 76 f.

lungentschluß und die Vorstellungen des Handelnden vom Inhalt seines Tuns oder Erklärens.<sup>43</sup>

Wird diese Unterscheidung auf die Interpretationslehre angewendet, so ist zu beachten, daß durch juristische Auslegung der Vertragsinhalt ermittelt werden soll. *Über den erforderlichen Existenzgrund kann im Wege der Auslegung nicht entschieden werden*, weil es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt. Vom Standort einer psychologischen Interpretationstheorie, die dies berücksichtigt, kann daher nur der Wille als Geschäftsvorstellung bedeutsam werden. Darauf ist später noch einzugehen. Den vertraglichen Handlungentschluß betrifft die Vertragsauslegung jedenfalls nicht.<sup>44</sup> Er muß daher auch unberührt bleiben, wenn die psychologische Interpretationslehre durch eine andere Auslegungstheorie ersetzt wird.<sup>45</sup>

Es bleibt zu untersuchen, ob dieses Ergebnis in Deutschland nicht durch § 346 HGB bei zweiseitigen Handelsverträgen in Frage gestellt wird. Nach dieser Vorschrift sind Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen unter Berücksichtigung von Verkehrssitten zu bestimmen. Es liegt daher nahe, daß die Gegner des vertraglichen Erklärungswillens sich auf § 346 HGB als allgemeinen Grundsatz berufen. Tatsächlich ist das besonders in Österreich geschehen, wenn auch dort die Verhältnisse insofern anders liegen, als bei der III. Teilnovelle zum ABGB die ursprünglich in Art. 279 AHGB enthaltene Norm für das gesamte bürgerliche Recht in § 863 Abs. 2 ABGB übernommen wurde. Zu § 863 Abs. 2 ABGB behauptet GSCHNITZER, daß ohne Rücksicht auf einen Erklärungswillen durch Auslegung zu ermitteln sei, ob ein bestimmtes Verhalten rechtsgeschäftlicher Natur ist.<sup>46</sup> Allerdings meint er an anderer Stelle, daß § 863 Abs. 2 ABGB nur der Aufklärung des Sinnes von Realakten dient.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Handlungentschluß und Geschäftsvorstellung werden nicht unterschieden z. B. bei MANIGK, ArchRWPhil. 1932/33, 365 f., 375; OFTINGER, Simonius-Festschr. S. 263 ff. BG v. 10. 9. 1919 = BGE Bd. 45, II, 393 und SACHSE, AcP 1927, 294 verwenden den merkwürdigen Begriff der Willensmeinung. Auch FLUME, JT-Festschr. Bd. I, S. 158 meint, daß eine irrümliche Willenserklärung nicht dem Willen des Erklärenden entspricht. Unklar auch GUHL, ZSR NF 71, I, 161. Dagegen wird das Erfordernis der Unterscheidung beiläufig schon bei HARTMANN, JherJb 1882, 12 f. und KOHLER, JherJb 1889, 202 ff. erwähnt. Eindeutig BG v. 16. 7. 1908 = BGE 34, II, 527 f.; v. 17. 6. 1915 = BGE 41, II, 456; LEONHARD, AcP 1922, 83 und Irrtum S. 74. Da letzterer die Willenserklärung jedoch nicht als Geltungs- sondern Mitteilungserklärung ansieht, verlangt er fälschlich nicht rechtsgeschäftlichen Handlungentschluß, sondern bloßen Mitteilungswillen bzw. ein willentlich auf Mitteilung gerichtetes Verhalten, S. 80, 134. Die Auswirkungen dieser Lehre haben sich besonders bei MANIGK als folgenschwer erwiesen, vgl. Fußn. 59.

<sup>44</sup> Verkannt von BAILAS, S. 59, der das Problem des Handlungentschlusses zu sehr unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsvorstellungen sieht, vgl. S. 14 f. In der Judikatur vgl. etwa östOGH v. 24. 10. 1905 = GIU NF 3644. Die dogmatische Bedeutung der oben zitierten Entscheidung v. 5. 5. 1920 wird daher fragwürdig. Verfehlt BINDER, ArchRWPhil. 1911, 439 trotz der zutreffenden Ansätze S. 279, 435 und 1912/13, 289 f.

<sup>45</sup> WIEACKER, JZ 1967, 388.

<sup>46</sup> KLANG-GSCHNITZER Anm. I zu § 863 ABGB; STAUB-PISKO § 7 zu Art. 279 AHGB, der insoweit aber die Gedanken von GSCHNITZER übernimmt; SCHNORR, Gschneider-

Auslegung des Inhalts eines Realaktes und seine Qualifizierung als Rechtsgeschäft bzw. Vertrag sind zwei verschiedene Vorgänge. Es ist schon aus diesem Grunde unzutreffend, wenn § 863 Abs. 2 ABGB oder § 346 HGB zugleich als Auslegungs- und Qualifikationsnorm betrachtet werden. Auch werden die Ausführungen von GSCHNITZER von der Entstehungsgeschichte der Vorschriften nicht bestätigt. Die Vorlagen, Art. 278 und 279 AHGB bildeten ursprünglich eine Einheit, die in der Endfassung des Gesetzes aus redaktionellen Gründen in zwei Artikel aufgelöst wurde. Art. 278 AHGB gab an, daß kaufmännische Rechtsgeschäfte nach dem Parteiwillen auszulegen sind. Art. 279 bestimmte, daß dabei auf Gewohnheiten Rücksicht zu nehmen ist. Die Theorie sah darin einen typischen Fall der im Bereich der vertraglichen Rechtsgeschäfte herrschenden bona fides: Wer vertraglich tätig wird, muß Treu und Glauben beachten.<sup>48</sup> Dabei war man sich aber bewußt, daß Art. 278 AHGB auf die Deutung des Inhalts rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen beschränkt war. So schrieb etwa THÖL, daß es darum gehe, bei der Auslegung eines „Handelsgeschäftes, nämlich der Willenserklärung . . . Treu und Glauben, nicht das Wort“ zur Geltung zu bringen. Noch in der Denkschrift zum HGB<sup>49</sup> steht nicht, daß Realakte nach § 346 HGB durch Auslegung als vertragliche Erklärungen qualifiziert werden können. Vielmehr sollen nach der Vorschrift „bei Handelsgeschäften“ hinsichtlich der einzelnen Handlungen und Unterlassungen Gewohnheiten beachtet werden. Es liegt auf der gleichen Linie, wenn der österreichische OGH ausführt, daß auch ein konkludent geschlossener Vertrag voraussetzt, daß die Parteien die Absicht hatten, einen Vertrag zu schließen, also rechtsgeschäftlich tätig zu werden.<sup>50</sup>

Es ist freilich einzuräumen, daß schon ENDEMANN die Auffassung vertrat, jeder Kaufmann müsse sich unter Umständen auch ein tatsächliches Verhalten als rechtsgeschäftliche Erklärung zurechnen lassen, weil er für sein Handeln verantwortlich ist.<sup>51</sup> Aber ENDEMANN setzte dabei Wille und Meinung gleich. Er

---

Gedenkschr. S. 363; BYDLINSKI S. 44, der § 863 Abs. 1 und 2 ABGB nicht unterscheidet. Dabei ist anzumerken, daß die Ausführungen von GSCHNITZER nicht eindeutig sind. Sie wenden sich nämlich vor allem gegen UNGER, vgl. aaO Fußn. 4. UNGER behandelt jedoch in der angegriffenen Stelle nicht die Frage, ob eine rechtsgeschäftliche Erklärung vom rechtsgeschäftlichen Erklärungswillen gedeckt sein muß. Vielmehr geht es bei UNGER darum, ob eine rechtsgeschäftliche Erklärung auch dann noch gegeben ist, wenn die Vorstellung des Erklärenden in wesentlichen Punkten vom äußeren Erklärungsinhalt abweicht. Hier geht es also nur um den Einfluß der Vorstellungen. Wenn GSCHNITZER sich in dieser Frage gegen UNGER wendet, so ist ihm allerdings aus noch darzulegenden Gründen zu folgen, vgl. Nr. 106 f.

<sup>47</sup> Vgl. KLANG-GSCHNITZER Anm. II, 3 zu § 914 ABGB; gleiches gilt für § 346 HGB; vgl. BAUMBACH-DUDEN, Anm. 1 A zu § 346 HGB.

<sup>48</sup> Vgl. etwa THÖL Bd. I, S. 391 f.; v. HAHN § 2 zu Art. 279 AdHGB.

<sup>49</sup> Materialien HGB, Denkschrift S. 2; offenbar ebenso SCHLEGELBERGER Rdz. 22 zu § 346 HGB; GALLOIS, JR 1956, 46.

<sup>50</sup> V. 25. 6. 1958 = EVBl. 1958, 331. Die Deutung diese Entscheidung bei BYDLINSKI S. 37 f. findet im Wortlaut des Urteils keine Stütze.

<sup>51</sup> ENDEMANN, Handelsrecht S. 450; auch RG v. 24. 3. 1903 = JW 1903, 183.

leitete auch seine Auffassung nicht aus Art. 279 AHGB ab, sondern stützte sie auf das Arglistverbot.<sup>52</sup> Die Zurechnung des tatsächlichen Verhaltens als vertragliche Willenserklärung erfolgte also nicht durch Auslegung.

105. Ob als Existenzgrund von Willenserklärungen ein schlichter Handlungswille genügt, bleibt eine von der Rechtsordnung zu entscheidende Rechtsfrage. Selbst wenn die naturrechtliche Vorstellung nicht mehr maßgeblich sein kann, wird der vertragliche Handlungsentschluß nicht ohne weiteres überflüssig. Vielmehr hängt dies von den Wertungen des positiven Rechts ab.

Schuldverträge sind nach geltendem Vertragsrecht auch heute noch das Mittel zu eigenschöpferischer privater Rechtsbindung. Dies gilt auch, wenn manche Rechtsgenossen nicht mehr die Kraft besitzen, davon in vollem Umfang Gebrauch zu machen. Soziale Entwicklungen rechtfertigen keinen unmittelbaren und automatischen Umbruch des geltenden Vertragsrechts. Damit bleiben *Verträge Ausdruck der positiv-rechtlich den Partnern eingeräumten Privatautonomie*,<sup>53</sup> denn diese bedeutet zunächst,<sup>54</sup> daß den Rechtsgenossen Entschlußfreiheit zum Abschluß von Verträgen zwecks eigenverantwortlicher Gestaltung ihrer privaten Lebenssphäre eingeräumt ist.<sup>55</sup> Daher wird der *Vertrag seiner Funktion entfremdet, sobald man auf einen rechtsgeschäftlichen Handlungsentschluß verzichtet*. Das haben gerade in neuerer Zeit die bedeutendsten Publikationen auf diesem Gebiet gezeigt, sofern sie bei autonomiefremder Zurechnung versuchen, die Verbindung zum Prinzip der Privatautonomie aufrecht zu erhalten. Das gilt zuerst für FLUME,<sup>56</sup> der eine Beziehung zur Privatautonomie durch den Grundsatz der Verantwortlichkeit herstellt. Da Verantwortlichkeit außerhalb eines privat-

<sup>52</sup> ENDEMANN, Handelsrecht S. 450 Fußn. 15.

<sup>53</sup> In der neueren deutschen Literatur vgl. etwa RICHARDI S. 43; MAYER-MALY, Nipperdey-Festschr. Bd. I, S. 518 f.; FLUME, JT-Festschr. Bd. I, S. 136 ff.; ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2 S. 1005 statt vieler. Die Frage verfassungsrechtlicher Absicherung, vgl. GÖTZ S. 41 f., mag auf sich beruhen.

<sup>54</sup> Das Prinzip der Privatautonomie besitzt eine Doppelfunktion als Entschluß- und Regelungsfreiheit, vgl. etwa LEHMANN-HÜBNER S. 140; ESSER, SchR (2) S. 12; LEHMANN, NJW 1958, 5; LUKES, NJW 1963, 1899. In diesem Sinn wird der Begriff im Folgenden zunächst als Entschlußfreiheit und unten Nr. 106 als Regelungsfreiheit verwendet, nicht dagegen als Synonym für dezentralisierte Rechtssetzung, vgl. RAISER AGB S. 74 und dazu SCHMIDT-RIMPLER, AcP 1941, 159 ff. oder als Synonym für den Willen. Letzteres ist besonders gefährlich, da aus der tatsächlichen Verdrängung des Individualwillens häufig abgeleitet wird, daß die Privatautonomie als Rechtsprinzip versagt habe, vgl. SANDROCK, AcP 1960/61, 482. Zutreffend dazu schon RAISER, JT-Festschr. Bd. I, S. 124.

<sup>55</sup> RAISER, JT-Festschr. Bd. I, S. 105; ZWEIFERT, Rheinsteinst-Festschr. Bd. II, S. 502 (Parteiwille als Motor der Vertragsgenese); insoweit auch SCHMIDT-RIMPLER, Nipperdey-Festschr. S. 8 und AcP 1941, 149 ff. (157). Wenn dieser Autor (übrigens nur de lege ferenda) als Gegner der Privatautonomie erscheint, so gilt das allenfalls hinsichtlich der Regelungsfreiheit. Vgl. dazu aber auch FLUME, JT-Festschr. Bd. I, S. 142.

<sup>56</sup> AT Bd. II, S. 59 ff., 450, wobei ohne ersichtlichen Grund zwischen ausdrücklichen und konkludenten Erklärungen differenziert wird. Vgl. dazu kritisch auch BYDLINSKI S. 57.

autonom gesetzten Aktes nicht mehr infolge einer Entscheidung des Rechtsgenossen, sondern infolge heteronomer Zurechnung zur Verbindlichkeit führt, ist diese Beziehung konstruiert. Auch der von LARENZ geprägte Begriff der objektiven Finalität<sup>57</sup> ersetzt den Handlungsentschluß des Erklärenden. Objektive Finalität ist das Ergebnis eines Urteils Dritter und daher nicht Autonomie. Gleiches gilt für BYDLINSKI's Begriff der negativen Autonomie.<sup>58</sup> Danach soll ein rechtsgeschäftlicher Akt trotz objektiver Zurechnung immer dann „gerade noch“ vorliegen, wenn der Handelnde bei gehöriger Anspannung die Zurechnung hätte vermeiden können. Eine solche Argumentation führt dazu, daß jegliche Haftung für Fahrlässigkeit noch von einer minderen Art von Privatautonomie gedeckt wird.

Die Autoren, die offen die Verbindung zur Privatautonomie aufgeben, berufen sich oft auf eine ungeschriebene Rechtsnorm, die wiederum und in Anlehnung an die Interpretationslehre aus dem Vertrauensprinzip entwickelt wird.<sup>59</sup> Danach soll bei entsprechendem äußeren Verhalten das schutzwürdige Interesse des Partners hinsichtlich des Existenzgrundes und des Inhalts eines Geschäfts identisch sein. Diese These setzt indessen voraus, daß die das Geschäft begründende Erklärung bereits als *Vertrauenstatbestand* und nicht als Gestaltungsakt verstanden wird. Das aber ist bisher nur wenig überzeugend vorgetragen worden. Vor allem müssen hier etwaige Vorschriften über die gesetzliche Irrtumsregelung beiseitegelassen werden.<sup>60</sup> Die *Irrtumsvorschriften betreffen nur den Inhalt, nicht den Existenzgrund* der vertraglichen Erklärungen. Dem entspricht es, wenn das Gesetz in §§ 118<sup>61</sup> und 119 BGB den rechtsgeschäftlichen Handlungsentschluß und den Irrtum unterschiedlich behandelt.

Die unterschiedlichen Folgen der §§ 118 und 119 BGB setzen voraus, daß die

<sup>57</sup> AT S. 338. Vgl. WIEACKER, JZ 1967, 387. Zum Begriff finalen Handelns vgl. HÜBNER, NIPPERDEY-Festschr. Bd. I, S. 376.

<sup>58</sup> BYDLINSKI S. 126 f., 155 f. (vgl. aber S. 7). Später S. 178 zeigt sich, daß es um reine Haftung aus dem Vertrauensprinzip geht, wodurch die Privatautonomie als Entschlußfreiheit entscheidend eingeschränkt und damit aus einer rechtlichen Möglichkeit (Definition der Privatautonomie S. 126) rechtlicher Zwang wird.

<sup>59</sup> MANIGK, Verhalten S. 96 f., 209 ff.; ders. ArchRWPhil. 1932/33, 379 (noch unklar). Noch in der Erstschrift hatte sich MANIGK zu der hier vertretenen Auffassung bekannt. Der Grund für die Änderung liegt darin, daß MANIGK den Handlungsentschluß nicht als Erfordernis des Autonomieprinzips, sondern als Voraussetzung der Willenserklärung als Kundmachungskt gefordert hatte. Je stärker bei ihm die Sozialakts-Vorstellung Raum gewann, umso mehr trat der Wille zurück. Endgültige Klarheit erreichte indes MANIGK nicht, vgl. Verhalten S. 123, 126. Weiter MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 210; BAILAS S. 59; BYDLINSKI S. 162 f., 177 ff., der ähnlich wie oben schon BETTI nur die Sperre der Vorwerfbarkeit einschaltet.

<sup>60</sup> Etwa BYDLINSKI S. 55, 179. § 871 ABGB spricht hingegen nur von Inhaltsirrtum.

<sup>61</sup> Die Gegner der hier vertretenen Auffassung weichen § 118 BGB nur durch eine textmäßige Änderung aus, vgl. DANZ, Auslegung S. 17; ISAY, Willenserklärung S. 17; MANIGK, Auslegung S. 109, 242 und GUDIAN, AcP 1969, 232 ff., unterschlagen § 118. Er wird nur S. 244 kurz erwähnt; LARENZ, Auslegung S. 84.

Erklärung ohne rechtsgeschäftlichen Entschluß und die rechtsgeschäftlich gewollte, aber inhaltlich falsch vorgestellte Erklärung sachlich zu differenzieren sind. Wer mit SAVIGNY Handlungsentschluß und Vorstellung verknüpft wird das verneinen.<sup>62</sup> Da aber diese Verknüpfung nicht aufrecht erhalten werden kann, muß genauer geprüft werden, ob der Gesetzgeber nicht Gründe für eine differenzierte Behandlung hatte. Hierbei geht es nicht darum, § 118 BGB zu verallgemeinern, sondern die hinter der Differenzierung der §§ 118 und 119 BGB stehende Wertung zu ermitteln.<sup>63</sup>

Die §§ 118 und 119 BGB lösen unter Umständen die gleichen Haftungsfolgen nach § 122 BGB aus. Der Unterschied liegt in der Vertragsbindung. Wer mit rechtsgeschäftlichem Handlungsentschluß auftritt, soll auch bei erheblichem Irrtum vorbehaltlich etwaiger Anfechtung, vertraglich gebunden sein. Wer ohne einen solchen Entschluß handelt, bleibt von vornherein ungebunden und haftet nur auf das Vertrauensinteresse. § 118 BGB schützt damit in einem Spezialfall die *vertragliche Entschlußfreiheit*.<sup>64</sup> Er verhindert, daß bei Fehlen des rechtsgeschäftlichen Entschlusses aus heteronomen Zurechnungsgründen eine fragwürdige Beziehung der Handlung zum Autonomieprinzip hergestellt werden muß. Daher hat § 118 BGB nicht als Ausnahme, sondern als Konkretisierung des Prinzips der Privatautonomie zu gelten.<sup>65</sup>

Obgleich dieses Ergebnis an sich genügt, sollen die Folgerungen noch weiter geprüft werden, die sich für die Vertreter der Vertrauenszurechnung ergeben. Dabei kann unbesehen das Vertrauensprinzip als Grundsatz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs angesehen werden. Im rechtsgeschäftlichen Verkehr hat dieses Prinzip einen fest umrissenen Sinn. Da der rechtsgeschäftliche Geltungsakt sich an einen anderen Rechtsgenossen wendet, ist er Sozialakt. Wer einen solchen Sozialakt setzt, übernimmt für sein Tun bewußt und willentlich Verantwortung. Deshalb ist es berechtigt, den Grundsatz der Privatautonomie mit dem Vertrauensschutz zu verbinden. Diese Verbindung wird aber zerstört, wenn das Vertrauensprinzip auch darüber entscheiden soll, welche Vorgänge als rechtsgeschäftlich zu qualifizieren sind. Statt dessen erhält man zwei isolierte<sup>66</sup> Grundlagen für vertragliche Bindungen, was aus mehreren Gründen bedenklich ist.

Bei der Darstellung der Interpretationsaufgabe des Vertrauensprinzips wird

<sup>62</sup> Etwa BINDER, ArchRWPhil. 1912/13, 425 ff., 460 ff.; DÜRINGER-HACHENBURG Einl. Rdz. 10.

<sup>63</sup> Insoweit überzeugt FLUME, AT Bd. II, S. 413 f. nicht.

<sup>64</sup> Vgl. etwa OERTMANN, BGB Rechtsgeschäfte Vorbem. 9 d. §; BROSE AcP 1929, 201 ff.; WIEACKER, JZ 1967, 389; GÖTZ S. 68.

<sup>65</sup> Hingehen gehört § 116 BGB nicht hierher, vgl. FABRICIUS, JuS 1966, 7; FLUME JT-Festschr. Bd. I, S. 154; LARENZ, Auslegung S. 88 f.; TORRENTE, Manuale S. 138. Die gegenteilige Auffassung von DANZ, Auslegung S. 18 entstand aus einer Vermengung von Entschluß und Rechtsfolgebewußtsein, vgl. dazu BINDER, ArchRWPhil. 1911, 279, 424 f.

<sup>66</sup> Auffallend bei MANIGK, ArchRWPhil. 1932/33, 377 unten, 378 oben und BYDLINSKI S. 68 f., der das Verhältnis von Autonomie und Bindung verkennt.

noch gezeigt,<sup>66a</sup> daß in seinem Namen häufig auf andere Maßstäbe insbesondere Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit zurückgegriffen wird. Infolge unzulänglicher methodischer Analyse werden sogar Vertrauen und Verkehrstypik identifiziert. So entsteht erstens die Gefahr, daß hier ein Auffangbecken für vertragliche Bindung aus Billigkeitsgründen geschaffen wird. Damit wird die Vertragslehre aufgelöst und zu einer allgemeinen Haftungslehre.

Zweitens wird das Problem der Vertrauenshaftung, sobald man es als bloßen Sonderfall vertraglicher oder vertragsähnlicher Bindung betrachtet, zu sehr vereinfacht. Selbst wenn das Vertrauensprinzip eine Grundlage für Schuldverhältnisse abgibt<sup>67</sup> ist nicht gesagt, daß diese den gleichen Regeln wie vertragliche Schuldverhältnisse unterliegen.<sup>68</sup> Es ist weiter nicht gesagt, daß die Haftungsfolgen einer vertraglichen Bindung entsprechen.<sup>69</sup> Gerade dies wird häufig übersehen.<sup>70</sup>

Das Thema außervertraglicher Verbindlichkeiten ist hier nicht weiter zu verfolgen. In einigen typischen Fällen der Zurechnung schweigenden Verhaltens wird es freilich in Verbindung mit Verkehrssitten gebracht und insoweit noch näher geprüft.<sup>71</sup> Allgemein ist daran festzuhalten, daß Schuldverträge einen rechtsgeschäftlichen Handlungswillen voraussetzen. Gegebenenfalls muß er durch Beweiserhebung festgestellt werden. Verkehrssitten können dabei weder als Auslegungskriterien, noch als Elemente des Vertrauensprinzips eingreifen.<sup>72</sup> Der Verdrängung der rechtsgeschäftlichen Entschlußfreiheit durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes, die außerhalb des deutschsprachigen Raumes wenig Anklang gefunden hat,<sup>73</sup> kann deshalb nicht gefolgt werden.

<sup>66a</sup> Unten Nr. 128.

<sup>67</sup> Zum Streit darüber einerseits bejahend STAUDINGER—COING Bem. 3 f. vor § 116 BGB; grundsätzlich WIEACKER, OLG-Celle Festschr. S. 263 ff.; HÜBNER, Nipperdey-Festschr. Bd. I, S. 381 f.; SCHMIDT—RIMPLER, AcP 1941, 171 f., 195 und MAYER—MALY, Nipperdey-Festschr. Bd. I, S. 521 äußern sich andererseits zurückhaltend. Vgl. auch BRANDNER, AcP 1965, 231, 257 ff.

<sup>68</sup> Vgl. HÜBNER, Nipperdey-Festschr. Bd. I, S. 390; FABRICIUS, JuS 1966, 5.

<sup>69</sup> Vgl. GÖTZ, S. 66, Fußn. 168; WIEACKER, OLG-Celle-Festschr. S. 271, 280; EHRENBURG HGB Bd. IV, 2, S. 95; differenzierend ENNECERUS—NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 1013; HÜBNER, Nipperdey-Festschr. Bd. I, S. 389. Auch BYDLINSKI S. 142 ff. räumt das ein, freilich von seiner Sicht aus über das Institut der Anfechtung. Merkwürdigerweise geht MANIGK, ArchRWPhil. 1932/33, 379 daran trotz der Parallelen zur culpa in contrahendo vorüber.

<sup>70</sup> Etwa bei STAUDINGER—COING 3 f. c vor § 116 BGB. Insoweit trifft die Kritik von BYDLINSKI S. 162 zu. Aber dies rechtfertigt nicht, den ganzen Fragenkomplex in die Rechtsgeschäftslehre einzubeziehen, vgl. etwa S. 161 f., 178.

<sup>71</sup> Vgl. Nr. 168.

<sup>72</sup> Vgl. z. B. Hof Leeuwarden v. 15. 2. 1912 = W 9315 (Anwendung der Art. 1382, 1383 BW abgelehnt). Vgl. auch OERTMANN, BGB Rechtsgeschäfte Vorbem. 9 d α βß. 2 am Ende. Zugegeben sei, daß bei ausdrücklichen und konkludenten Erklärungen die Beweislage unterschiedlich ist. In beiden Fällen müssen aber typisierende Auslegungskriterien ausscheiden. Abzulehnen daher BGH v. 22. 6. 1956 = BGHZ 21, 107 f.

<sup>73</sup> In Frankreich ist nach den Ausführungen zum Willensproblem im I. Kap. die

106. Nach den obigen Ergebnissen wird es erforderlich, das Willensproblem weiter zu vertiefen und nach dem *Einfluß der Parteivorstellungen* auf den Vertragsinhalt zu fragen. Dies gilt um so mehr, als in Deutschland die psychologische Interpretationslehre zahlreiche Anhänger gefunden hat.<sup>74</sup> Diese gingen weit über den Begriff der Willenserklärung als autonomer Geltungserklärung hinaus und betrachteten sie als Erklärung des wirklichen *Rechtsfolgewillens*.<sup>75</sup> Verträge kommen danach so zustande, wie es den Vorstellungen der Partner entspricht. Der Interpret hat folglich diese Vorstellungen zu ermitteln. § 157 BGB wird als „Trübung“ wahrer Auslegung nur aus Billigkeitsgründen geduldet, weil er in Wirklichkeit das Geschäft „zurechtbiegt“.<sup>76</sup>

Um die psychologische Interpretationslehre beurteilen zu können, ist wiederum davon auszugehen, daß Verträge der autonomen Gestaltung des privaten Rechtsbereiches dienen. Liegt ein als solcher gewollter vertraglicher Erklärungstatbestand vor, so wird aber im weiteren Verlauf nicht mehr die rechtsgeschäftliche Entschlußfreiheit berührt. Vielmehr geht es nur noch um das zweite Element der Privatautonomie, die *Regelungsfreiheit*. Danach haben die Geschäftspartner die Befugnis, den Inhalt ihrer Beziehungen selbst zu gestalten. Daraus ergibt sich eine Verbots- und Schutzfunktion der Regelungsfreiheit. Infolge der Verbotsfunktion darf nicht unter dem Vorwand der Auslegung eingegriffen werden, wenn die Partner ihr Verhältnis einverständlich geregelt, also im Sozialakt des Vertrages gestaltet haben.<sup>77</sup> Aus der Schutzfunktion ergibt sich, daß der

---

Rechtslage eindeutig. Zusammenfassend vgl. CARBONNIER, Dr. civ. Bd. II, S. 340. In Italien hat BETTI keine wesentliche Nachfolge gefunden, vgl. TRABUCCHI, S. 151; MESSINEO, Manuale Bd. I, S. 480; Cass. it. v. 26. 3. 1968 Nr. 947 = Giust. civ. mass. 1968, 475 f. Leitsatz 8. Ebenso die bereits zit. Entscheidung öst. OGH v. 25. 6. 1958 = EVBl. 1958, 331. In der neueren deutschen Literatur vgl. etwa LEHMANN, NJW 1958, 4; HÜBNER, Nipperdey-Festschr. Bd. I, S. 373; WIEACKER, JZ 1967, 388, unklar noch OLG-Celle-Festschr. S. 273, 278; RAISER, JT-Festschr. Bd. I, S. 125 statt vieler.

<sup>74</sup> Anders im Bereich des Cc., wo gerade das Festhalten an den alten Positionen die Ausbildung einer psychologischen Interpretationstheorie verhinderte. Eindeutig wohl nur DE CALLATAY S. 164: „une convention comprend les choses sur lesquelles les parties se sont proposées de contracter, auxquelles elles ont pensé.“ Nicht einmal TALAMON S. 34 hält an der psychologischen Lehre fest, obwohl er von einer analyse psychologique spricht. BARRAULT, Silence S. 85 f. MARTY, Trav. Capitant Bd. V, S. 92 ff. und ASQUINI, Scritti Bd. I, S. 57 weisen darauf hin, daß die Praxis der ursprünglichen Willenstheorie sich mit einer psychologischen Interpretationslehre nicht vereinbaren läßt, denn diese duldet die üblichen Vermutungen und Fiktionen nicht. Auch in Deutschland haben zahlreiche Vertreter der älteren Willenstheorie den Psychologismus vermieden, vgl. etwa v. HAHN, § 2 zu Art. 273 AdHGB; THÖL Bd. I, S. 391 f.; EBBECKE, JherJb. 1920, 6.

<sup>75</sup> Vgl. etwa GEBHARD, Vorentwurf AT. II, 2, 250; WINDSCHEID Bd. I, S. 187 f.; HENLE S. 76; OERTMANN BGB, Rechtsgeschäfte Vorbem. 9, Willenserklärung Vorbem. 3 c (nur hinsichtlich der Grundvorstellungen); STAMMLER, Richtiges Recht S. 507 f. (für die erste Auslegungsstufe); heute noch ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 897 (hinsichtlich der praktischen Gesamtvorstellungen). Vgl. dazu auch WIEACKER, OLG-Celle-Festschr. S. 276, 278.

<sup>76</sup> HENLE S. 77.

<sup>77</sup> Näheres unten Nr. 136.

rechtliche Erfolg des autonomen Sozialaktes garantiert wird, wenn er den gesetzlichen Vorschriften entspricht. In beiden Fällen geht es also um die Achtung der tatsächlich getroffenen Vereinbarungen. Weder aus der Verbots- noch aus der Schutzfunktion der Regelungsfreiheit läßt sich ableiten, daß Verträge nur den Inhalt haben können, der von den inneren Vorstellungen der Partner getragen wird.<sup>78</sup> Hiervon geht aber die psychologische Interpretationslehre aus. Sie verkennt deshalb, daß von einem *privatautonomem Sozialakt auch dann* gesprochen werden kann, *wenn bei der Auslegung nicht auf die Vorstellungen der Partner abgestellt wird.*

107. Um die hermeneutischen Mängel der psychologischen Interpretationslehre freizulegen, müssen Gegenstand, Ziel und Mittel der Vertragsauslegung differenziert werden. Unergiebig ist es zunächst, wenn der Wille einerseits zum Auslegungsziel erklärt, andererseits aber angenommen wird, er sei Auslegungsmittel.<sup>79</sup> Auch ist es wenig aufschlußreich, wenn alle individuellen Umstände, die Vorverhandlungen, ein Einverständnis der Partner über den Geschäftssinn usw. und sogar Vertragszweck und Billigkeit als Wille bezeichnet werden.<sup>80</sup> Wird auf diese Elemente verwiesen, so handelt es sich nicht um Auslegung des Parteiwillens, bzw. der Parteivorstellungen. Vielmehr geht es hier um das Problem des Vorranges individueller vor typisierender Auslegung. Wird das nicht erkannt, dann entsteht die Gefahr, daß sogar Wille und Erklärung identifiziert werden.<sup>81</sup> Eine methodische Behandlung des Auslegungsproblems wird dabei unmöglich.<sup>82</sup>

Es bedarf keiner weiteren Erörterungen, daß die Parteivorstellungen nicht *Gegenstand* juristischer Auslegung sind. Nach den hier einschlägigen Vorschriften sind entweder Willenserklärungen oder Verträge Auslegungsgegenstand.<sup>83</sup>

Die Herstellung der wirklichen Parteivorstellungen kann weiter nicht *Ziel* juristischer Interpretation sein. Abgesehen davon, daß es schwierig ist, die in den

<sup>78</sup> Zutreffend KOHLER, JherJb 1889, 202; DANZ, Auslegung S. 11; ENDEMANN, BGB Bd. I, S. 421; BINDER, ArchRWPhil. 1912/13, 292. Abzulehnen STAUDINGER-COING, Rdz. 7 zu § 133 BGB; SACHSE, AcP 1927, 298. Bei beiden Autoren ist indessen der Willensbegriff unklar, vgl. Fußn. 80, 81.

<sup>79</sup> So z. B. STAUDINGER-COING, Rdz. 7, 30 zu § 133 BGB; typisch MANIGK, Auslegung S. 209: die Erklärung ist Mittel, den Willen kundzumachen, der Wille Mittel, die Erklärung zu deuten.

<sup>80</sup> Z. B. STAUDINGER-COING Rdz. 20 f., 31, 35 zu § 133 BGB; SCHLEGELBERGER Rdz. 20 zu § 346 HGB; ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 1249; OERTMANN, Verkehrssitte S. 109 f.; ders. BGB Anm. 2 a zu § 133; SCHMIDT-RIMPLER, AcP 1941, 148; FABRICIUS, JuS 1966, 7; MANIGK, ArchRWPhil. 1932/33, 370 f., 375, 378; BROX, Irrtumsanfechtung S. 106 ff.; besonders auffallend EBBECKE, JherJb. 1920, 1 ff.

<sup>81</sup> So z. B. SACHSE, AcP 1927, 289; EHRENBERG, HGB Bd. I, S. 271; LEONHARD, AT S. 349 (Ausdruck = Wille).

<sup>82</sup> Kennzeichnend EHRENBERG, HGB Bd. I, S. 273.

<sup>83</sup> TITZE, Richtermacht S. 12; zu weit LEONHARD, AcP 1922, 16 ff., der auch Vorverhandlungen dazu rechnet. Diese sind aber nur dann Auslegungsgegenstand, wenn sie zum Vertragsbestandteil wurden. Andernfalls bleiben sie Auslegungsmittel, vgl. LARENZ, Auslegung S. 18.

Vorstellungen der Vertragspartner zusammenfließenden Motivationen in juristisch verwertbarer Form zu deuten<sup>84</sup> ist der juristische Interpret nicht beauftragt, psychologische Tatsachen ihrer selbst wegen zu ermitteln. Ihm dient Auslegung vielmehr als Mittel zur Erkenntnis dessen, was in einem vertraglichen Rechtsverhältnis gelten soll. Die Vorstellungen der Partner können darauf nur soweit Einfluß haben, als das Vertragsrecht dies anordnet. Einen Beweis dafür, daß dieses den Parteivorstellungen maßgebliche Bedeutung einräumt, hat die psychologische Interpretationslehre bisher nicht erbracht. Der Hinweis auf § 133 BGB überzeugt nicht.<sup>85</sup> Vielmehr spricht das geltende Vertragsrecht, wie noch zu zeigen ist, gegen die hermeneutische Bedeutung der Vorstellungen der Geschäftspartner.<sup>86</sup> Damit aber wird ihre Ermittlung juristisch gegenstandslos.<sup>87</sup>

Schließlich sind Vorstellungen auch als *Auslegungsmittel* unverwendbar. Menschen können nur durch Zeichen miteinander verkehren,<sup>88</sup> mag deren Bedeutung individuell festgelegt sein oder sich aus anderen Umständen ergeben. Sie können aber nicht durch subjektive Vorstellungen ersetzt werden. Wenn eine Kommunikationsbasis zwischen Erklärenden, Erklärungsempfänger und Interpreten nicht besteht, gibt es keine Auslegung. Deshalb wird auch heute noch nach kurzem Hinweis auf den „meist“ nicht eindeutigen inneren Willen dem Richter empfohlen, zu äußerlich erkennbaren Auslegungsmitteln überzugehen.<sup>89</sup> In Wahrheit fängt der Richter mit diesen Mitteln an.

*Die Gesetze lehnen die psychologische Interpretationslehre ab. Zunächst gibt*

<sup>84</sup> Zutreffend BROSE, AcP 1929, 197.

<sup>85</sup> Wenn FABRICIUS, JuS 1966, 7 mangels einer deutlichen Trennung von Wille und Vorstellung ähnlich wie BENDIX, JW 1921, 226 und BGH v. 3. 4. 1957 = LM A 5 § 133 BGB aus dieser Vorschrift ableitet, daß der Wille Interpretationsziel ist, so wird verkannt, daß § 133 BGB gleicherweise wie Art. 18 OR oder Art. 1156 Cc. fr. historisch auf das bei Papinian erscheinende Verbot der Buchstabeninterpretation zurückzuführen ist. Dieses Verbot setzt selbst kein positives Auslegungsziel, vgl. OFTINGER, ZSR NF 58, 183 f.; Larenz, Auslegung S. 4; v. BÜREN S. 172; GUHL, ZSR NF 71, I, 160 f.; BINDER ArchRWPhil. 1912/13, 298; DANZ, Auslegung S. 23; ENDEMANN, BGB Bd. I, S. 295; EHRENBERG, HGB Bd. IV, 2, S. 107. Die Regel PAPINIANS, D. 50, 16, 219 lautete: in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Dazu vgl. HARTMANN, JherJb. 1882, 30 f.

<sup>86</sup> Vgl. vor allem LARENZ, Auslegung S. 58 ff., AT 341, 525; NJW 1956, 1898; OLG Dresden v. 3. 12. 1909 = Seuff. 65, 226 f.; BGH v. 5. 10. 1961 = BGHZ 36, 33. Verkannt bei LEHMANN-HÜBNER S. 213 und BROX, JZ 1966, 764, für die folgerichtig die Erklärung zum Mittel der Willensauslegung wird.

<sup>87</sup> Also auch des Erklärungsempfängers. Verfehlt daher LEONHARD, AT S. 350; ders. Auslegung S. 180. Dies wird auch von einem Teil der Vertrauenslehre verkannt, vgl. Nr. 129.

<sup>88</sup> So SAVIGNY, System Bd. III, S. 258. Dabei ist ihm offenbar entgangen, daß dieser Satz seiner oben geschilderten Irrtumslehre widerspricht, denn er zerschneidet das Band zwischen willentlich gesetzten Zeichen und den Vorstellungen, die der einzelne damit verbindet; OFTINGER, ZSR NF 58, 191; vgl. BG = BGE Bd. 60, II, 242 ff.; MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 66; HÖLDER, Recht 1901, 216 f.

<sup>89</sup> Kennzeichnend z. B. MAY, NJW 1959, 709.

es keine Norm, nach der sich die Beteiligten über die Folgen ihres Geschäftes Vorstellungen machen müssen. Im Gegenteil zeigt die Behandlung der Mentalreservation, daß die tatsächlichen Vorstellungen unbeachtlich sind, sobald bewußt und irrtumsfrei eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben ist.<sup>90</sup> Sodann ist bei den clauses de style schon gezeigt worden, daß jedenfalls bei einer Gruppe von Verträgen die Vertragsformulierung nicht auf den Rechtsfolgevorstellungen der Partner beruht.<sup>91</sup> Andere Fälle, etwa die Blankounterschrift, lassen sich anfügen.<sup>92</sup> Zwar könnte man daran denken, in solchen Rechtslagen mit ZITELMANN<sup>93</sup> wenigstens unbestimmte Vorstellungen zu fordern. Aber eine unbestimmte Vorstellung ist eben keine Vorstellung.<sup>94</sup> Im übrigen ist die Bewertung von Verträgen, bei denen die Partner Zweifel über den Inhalt in Kauf genommen haben, so bekannt, daß es keines weiteren Hinweises bedarf.

Noch deutlicher wird das Gesetz bei der rechtlichen Bewertung tatsächlich vorhandener aber fehlerhafter Vorstellungen. Zwar sagt der Cc.fr. in Art. 1109, „il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur.“ Aber die Formulierung ist irreführend.<sup>95</sup> Nach den damaligen Vorstellungen bedeutet consentement nicht übereinstimmendes Meinen.<sup>96</sup> *Consentement* fand vielmehr im *Verständigungsakt* statt. Der auf gemeinsamen rechtsgeschäftlichen Handlungsentschluß gegründete Sozialakt selbst ist *consentement* und daher konnte im vorigen Kapitel gerade im Hinblick auf die Interpretation auch festgestellt werden, daß POTHIER willentheoretische Absichten erst später unterstellt wurden. Im zeitgenössischen deutschen Recht finden sich entsprechende Parallelen. So erklärt beispielsweise KREITTMAYR, zu den einschlägigen Vorschriften des Codex Maximilianeus, der mit dem Cc. das Konsensualprinzip teilt, es muß „der Consensus declarirt seyn dann der bloße Gedanke, welcher im Gemüth nur verschlossen bleibt, thut . . . keine Wirkung.“<sup>97</sup>

Das Konsensualprinzip bedeutet nicht, daß ein Vertrag nur den Inhalt hat, den sich die Parteien übereinstimmend vorgestellt haben. Auch nach französischer Auffassung ist daher der Vertrag trotz fehlerhafter Vorstellungen der Partner nicht inexistent, sondern lediglich von einer nullité relative bedroht. Diese kann

<sup>90</sup> Vgl. KOHLER, JherJb. 1889, 273.

<sup>91</sup> Nr. 63. Zur Rolle des Notars hinsichtlich des Inhalts notariell verfaßter Rechtsakte, vgl. BayObLG v. 21. 10. 1966 = RPfl. 1967, 11 f.; BGH v. 14. 10. 1966 = JZ 1967, 61; v. 21. 12. 1960 = WM 1961, 408 f.

<sup>92</sup> Vgl. dazu KOHLER, JherJb 1889, 221.

<sup>93</sup> ZITELMANN, JherJb. 1878, 398 f.

<sup>94</sup> vgl. HARTMANN, JherJb. 1882, 25 f.; KOHLER, JherJb. 1889, 210 (eine Fiktion).

<sup>95</sup> Vorbehaltlich der dogmatisch wenig klaren Figur des *erreur-obstacle*, die aber nicht so sehr die Einwirkung von Vorstellungsmängeln, als vielmehr das Fehlen der *cause* betrifft, vgl. Fußn. 137.

<sup>96</sup> So MANIGK, Willenserklärung S. 513.

<sup>97</sup> Anmerkungen Bd. IV, S. 15; vgl. generell zum Begriff des Konsensprinzips LEONHARD, AcP 1922, 76 ff.; ders. Auslegung S. 20 ff.; GIERKE, Privatrecht Bd. III, S. 283.

außerdem nur durch befristete Klage nach Art. 1117 Cc.fr. geltend gemacht werden.

Im deutschen Recht ist § 119 BGB der deutlichste Beweis dafür, daß Vorstellungsmängel den Vertragsinhalt nicht beeinflussen.<sup>98</sup> Art. 1428 Cc.it. hält sogar den Irrenden an seiner Erklärung fest, wenn die Irrtumslage dem Erklärungsempfänger nicht erkennbar war.

#### *IV. Abschließende Beurteilung des Willensproblems im Hinblick auf Verkehrssitten*

Für die Auslegungsfunktion von Verkehrssitten ergeben sich aus der Stellungnahme zum Willensproblem einige wesentliche Folgen. Zunächst können Verkehrssitten nicht den Willen als Existenzgrund von Verträgen ersetzen. Liegt aber ein gewollter Vertrag vor, so ist es nicht erforderlich, ihre Verwendung auf unkontrollierbare Willensvermutungen zu stützen. Sie können zur Auslegung ohne Rücksicht auf die Vorstellungen der Parteien herangezogen werden.<sup>99</sup> Es trifft demnach nicht zu, daß ihre Verwendung in solchen Fällen nicht mehr zur Auslegung gehört und dem Wirkungsbereich des § 242 BGB, Art. 1135 Cc.fr. zuzuordnen ist. Damit entfällt zugleich das erste Argument, das für eine von § 157 BGB zu unterscheidende Anwendung der Verkehrssitten nach § 242 BGB herangezogen werden könnte.<sup>100</sup>

Auf der anderen Seite dürfen die Folgen, die sich aus den gefundenen Ergebnissen ableiten lassen, nicht überschätzt werden. Erstens ist der Ablehnung der psychologischen Interpretationslehre kein Anhaltspunkt über die ergänzende Auslegung zu entnehmen. Diese hängt ausschließlich von der Rolle des Erklärungstatbestandes ab. Zweitens schließt die Ablehnung der psychologischen Interpretationslehre nur die subjektive nicht aber individuelle Auslegung aus. Daher kann nicht aus der Unbeachtlichkeit der wirklichen Vorstellungen abgeleitet werden, daß sich die Auslegung stets nach typisierenden Maßstäben, also etwa Verkehrssitten zu richten habe.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> Eingehend BINDER, ArchRWPhil. 1912/13, 452, 460 ff. Verkannt wird die Bedeutung des § 119 von SACHSE, AcP 1927, 299, 306, weil er begründungslos feststellt, es handle sich um eine Ausnahmevorschrift.

<sup>99</sup> Insoweit wird, wenn auch nur im Ergebnis, der Vertrauenstheorie und der normativen Theorie zugestimmt, auf deren dogmatische Voraussetzungen in § 3 noch einzugehen ist. Siehe dort auch weitere Nachweise.

<sup>100</sup> Nicht zu folgen ist daher etwa v. TUHR Bd. II, 1, S. 542, 545; RAISER, AGB S. 84 f.; PILZ S. 13, 91 ff.; BGH v. 28. 11. 1960 = WM 1961, 243 ff.; im schweizerischen Recht, PFENNINGER S. 77; BG v. 28. 1. 1922 = schwJZ 1923/24, 184; im Bereich des Code Civil etwa DEREUX S. 128 ff.; andeutungsweise Nouvelles Bd. IV, 2 obligations 180 bis, 536; VÖLLMAR Bd. II, S. 268; SCOGNAMIGLIO S. 181; App. Firenze v. 21. 6. 1956 = Foro it. rep. 1956, Consuetudine Nr. 12. Auch DÖLLES Unterscheidung normativer und willensbezogener Funktion der Verkehrssitten in Rheinsteins-Festschr. Bd. I, S. 451 f. wird gegenstandslos und die in S. 449 aufgestellte Willensfiktion überflüssig.

<sup>101</sup> Z. B. für notarielle Verträge SOURIOUX S. 10, 156; in Deutschland kürzlich BAILAS

## § 2. Erklärung und Auslegung

### I. Inhalt und Wirkung der gesetzlichen Regelung

108. Im Folgenden soll ausschließlich untersucht werden, ob sich der Interpret auf die Deutung von Erklärungen zu beschränken hat, bzw. ob er sich darauf beschränken kann. Es ist also nicht beabsichtigt, hier abschließend zu der sogenannten Erklärungstheorie Stellung zu nehmen, denn diese befaßt sich in erster Linie mit den Auslegungsmaßstäben. Das Problem der Erklärung als Auslegungsobjekt hatte für sie nur untergeordnete Bedeutung. Das zeigt sich schon darin, daß sie dem Problem ergänzender Auslegung keine besondere Aufmerksamkeit gewidmet hat.

Durch den Streit um den Parteiwillen wurde die Frage weitgehend verdrängt, weshalb § 133 BGB als Auslegungsgegenstand Willenserklärungen und § 157 BGB als Auslegungsgegenstand Verträge bezeichnet. Dabei war, wie die Entstehungsgeschichte des BGB gezeigt hatte, ursprünglich nur eine Vorschrift für die Auslegung von Willenserklärungen vorgesehen. § 157 BGB fehlte zunächst. Als er dann in das Gesetz aufgenommen wurde, war nicht von Erklärungen, sondern von Verträgen die Rede. Hingegen befaßte sich mit den Erklärungen auch weiterhin § 133 BGB. Eine Analyse der Rolle der Erklärungen muß folglich bei dieser Vorschrift ansetzen.

109. Die Verwendung des § 133 BGB im Vertragsrecht steht weitgehend unter dem Einfluß einer *mechanischen Vorstellung der Vertragsbegründung*. Ein Vertrag, so lauten die Formulierungen bis heute,<sup>102</sup> kommt durch Austausch von zwei Willenserklärungen, Antrag und Annahme zustande. Die tatsächliche Existenz dieser Willenserklärungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses genügt aber nicht, vielmehr müssen sie sich inhaltlich decken. Um diese Deckung festzustellen, muß *jede Willenserklärung zunächst für sich ausgelegt* werden.<sup>103</sup>

Die praktische Bestätigung dieser formelhaften Umschreibung der Interpretationsaufgabe stößt in tatsächlicher Hinsicht auf die Schwierigkeit, daß eine gesonderte Auslegung der einzelnen Willenserklärungen häufig nicht denkbar ist. Wird etwa ein Vertrag durch konkludente, aufeinander bezogene Handlungen begründet, so können die einzelnen Erklärungen nicht isoliert betrachtet werden.

---

S. 33; offenbar auch YUNG, ZBJV 1961, 62; DANZ, Auslegung S. 42; EBBECKE, JherJb. 1920, 7; nicht ganz widerspruchsfrei EHRENBERG, HGB Bd. IV, 2, S. 90. Vgl. dazu die Ausführungen von LEONHARD, AcP 1922, 51 und GOERTZ S. 44; BGH v. 5. 10. 1961 = BGHZ 36, 33 (nicht ganz eindeutig). Widersprüchlich TITZE, Mißverständnis S. 86, 88 gegen 91.

<sup>102</sup> Z. B. ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2 S. 985; vgl. auch ZWEIFERT RabelsZ 1968, 210 zum Entwurf des Max-Planck Instituts zum intGültigkG.

<sup>103</sup> Da diese Vorstellung in der deutschen Literatur geläufig ist, genügt es etwa auf OERTMANN, Verkehrssitte S. 102 ff. hinzuweisen. Bei LANGE S. 271 folgt daraus für die Auslegung eine Zweistufentheorie. Bis zum Zustandekommen des Vertrages gilt § 133 BGB, anschließend § 157 BGB. Ebenso OERTMANN, BGB Anm. 1 b α zu § 157 BGB. Vgl. auch STAMMLER, Richtiges Recht S. 525 und RHODE S. 57 f., 60.

Auch bei notariellen Verträgen, bei Verträgen, die von juristischen Fachleuten vorbereitet werden und bei allen Formularverträgen kann der Interpret Antrag und Annahme inhaltsmäßig nicht trennen. Die Erklärungen der Partner beschränken sich hier auf die Unterschriftsleistung unter das vorbereitete Vertragswerk. Vergeblich würde der Interpret nach selbständigen je für sich auslegbaren Erklärungen suchen. Selbst dort, wo die Partner ihren Vertrag persönlich formuliert haben, ist es oft nicht möglich, die einzelnen Erklärungen auszusondern. Wird etwa dem Interpreten ein schriftlicher Darlehensvertrag vorgelegt, so kann er die darin enthaltenen Klauseln auslegen, nicht aber Erklärungen des Darlehensgebers auf der einen und des Darlehensnehmers auf der anderen Seite.

110. Die mechanische Betrachtung des Vertrages, seine Auflösung in zwei selbständig auszulegende Willenserklärungen, wird im hier betrachteten außerdeutschen Sprachbereich,<sup>104</sup> insbesondere *im Cc.fr.* durch das *Konsensualprinzip* vermieden.<sup>105</sup> Auch dieses Prinzip setzt freilich voraus, daß im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Erklärungen existieren, da ohne sie ein Verständigungsakt nicht herbeigeführt werden kann. Auch können im vorkonsensualen Stadium Rechtsfragen auftreten, die für jede Erklärung gesondert zu prüfen sind.<sup>106</sup> Sobald sie zusammentreffen, verschmelzen sie aber zu einem einheitlichen Erklärungstatbestand, dem *acte*, in dem die Parteien das Vertragskonzept, die *loi contractuelle*, niederlegen.<sup>107</sup> Als unmittelbare Folge ergibt sich, daß die *Willenserklärung als selbständige Größe vernachlässigt* wird. Der Auslegungskatalog der Art. 1156–1164 Cc.fr. steht unter der Überschrift „*de l'interprétation des conventions*“.

Auch wenn zwei inhaltlich ausgearbeitete Erklärungen, Antrag und Annahme vorliegen, werden sie nicht verselbständigt. Für die Vertragsauslegung sind sie, wie es TORRENTE nennt „*elementi prenegoziali*“.<sup>108</sup> Sie sind für den Interpreten

<sup>104</sup> Der deutschen Einteilung entsprechen annähernd §§ 863 (Handlungen und Erklärungen) und § 914 ABGB (Vertrag). Zu Art. 1, 18 OR (übereinstimmende Willensäußerungen, Vertrag) vgl. DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 167; OFTINGER, ZSR NF 58, 193; PFENNINGER S. 75; OSER-SCHÖNENBERGER, Züricher Kommentar Nr. 2 zu Art. 18 OR.

<sup>105</sup> Vgl. beiläufig ZWEIGERT, RabelsZ 1968, 211 zum VertragsabschlG im Gegensatz zu dem oben in Fußn. 102 zitierten intGültigG.

<sup>106</sup> Daß die vorkonsensuale Verselbständigung der Willenserklärungen im gesetzlich vorgesehenen Umfang durch ihre Relativierung als Vertragselemente nicht berührt wird, ergibt sich insbesondere aus den Entscheidungen Cass. fr. v. 22. 1. 1958 = Bull. Cass. 1958, III, 43; v. 15. 10. 1958 = Bull. Cass. 1958, I, 435; Rechtsbank Rotterdam v. 8. 5. 1901 = W 7656 und BG v. 28. 1. 1924 = BGE 50, II, 17. Alle Entscheidungen betreffen die Auslegung von Fristbestimmungen, die über den Fortbestand der Bindungswirkung der Offerte im Zeitpunkt des behaupteten Vertragsabschlusses entscheiden. Vgl. auch eingehend CARBONNIER, Dr. civ. Bd. II, S. 336 f.

<sup>107</sup> CARBONNIER, Dr. civ. Bd. II, S. 492.

<sup>108</sup> Manuale S. 410 Fußn. 3; Ausnahme Art. 1329 Cc. it. Entsprechend CARBONNIER, Dr. civ. Bd. II, 340; im schweiz. Recht äußern sich vor allem v. BÜREN S. 168 ff. und MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 12 in dieser Richtung.

stets Bestandteile des Vertrages als eines Ganzen, geht es doch bei der Auslegung um Ermittlung der jeweiligen vertraglichen Verbindlichkeit.<sup>109</sup>

111. Trifft es zu, daß nach deutschem Recht der Interpret die vertraglichen Erklärungen selbständig auszulegen und erst danach ihre inhaltliche Deckung festzustellen hat, so liegt hierin ein bemerkenswerter Unterschied gegenüber dem Cc. Indessen sind die von der deutschen Dogmatik bezogenen Positionen nicht unanfechtbar.

Zunächst kann vorausgeschickt werden, daß keine sachlogischen Gründe eine selbständige Auslegung der einzelnen Erklärungen verlangen. Vor allem ist das vermutlich tragende Argument der herrschenden deutschen Lehre nicht zwingend, daß nur bei zunächst je selbständiger Erklärungsauslegung festgestellt werden kann, ob der Vertrag zustandegekommen ist oder mangels inhaltlicher Deckung ein *versteckter Dissens* vorliegt. Das beweist der Cc., der ohne eine Dissensvorschrift auskommt, die einschlägigen Fälle von der *Irrtumsregelung* her erfaßt und folglich nicht in Zusammenhang mit der *Vertragsgenesis* bringt. Damit wird vermieden, daß durch *Auslegung des Vertragsinhalts* über das Zustandekommen des Vertrages entschieden wird. Auf die sich daraus ergebenden Konsequenzen ist später noch einzugehen. Hier genügt der Hinweis, daß die Funktion der BGB-Vorschrift über den versteckten Dissens, wie BAILAS überzeugend dargetan hat, neben den Irrtumsvorschriften zweifelhaft wird.<sup>109a</sup>

In der Sache selbst ist festzuhalten, daß die Verfasser des BGB wiederholt den Begriff der *Willenserklärung und des Rechtsgeschäfts* als *gleichbedeutend* erachtet haben.<sup>110</sup> Danach richtet sich § 133 BGB auf die Auslegung von Rechtsgeschäften. Im Vertragsektor betrifft er also wie Art. 1156 Cc.fr. Verträge, denn die Vorschrift unterscheidet nicht zwischen einseitigen und mehrseitigen Geschäften. Hierbei wird vorausgesetzt, daß auch nach dem BGB nicht etwa jede einzelne vertragliche Willenserklärung als einseitiges Rechtsgeschäft gilt.<sup>111</sup>

Da *erst der Vertrag Rechtsgeschäft* ist und die Willenserklärungen geschäftliche

<sup>109</sup> JANSMA S. 6.

<sup>109a</sup> Vgl. unten Nr. 118 und dort besonders Fußn. 137.

<sup>110</sup> Z. B. Motive BGB Bd. I, S. 126.

<sup>111</sup> OERTMANN, BGB, Rechtsgeschäft Vorbem. 2; SCHMIDT-RIMPLER, AcP 1941, 176; GIERKE, Privatrecht Bd. III, S. 285; LEONHARD, AT S. 257; FLUME, AT Bd. II, S. 137 ff. Daher ist die synonyme Verwendung von Willenserklärung = Rechtsgeschäft bei v. TUHR, AT Bd. II, 1, S. 197 und RG v. 19. 5. 1926 = RGZ 114, 12 verfehlt. Das Gericht spricht bei der Vertragsauslegung von der Auslegung „der“ Erklärung. Ebenso STAUDINGER-COING, Rdz. 14 zu § 133 BGB. Nun kann zwar z. B. die Offerte bereits die Klauseln des künftigen Vertrages enthalten. Aber das rechtfertigt es nicht, sie anstelle des späteren Vertrags als Auslegungsobjekt zu betrachten. Unklar weiter OFTINGER, ZSR NF 58 etwa S. 180 f.; vgl. auch BECKER, Berner Kommentar Rdz. 1, 3, 19 zu Art. 18 OR, wo zunächst von der Auslegung von Willenserklärungen, sodann von Verträgen gesprochen wird; zutreffend hingegen BG v. 5. 12. 1961 = BGE 87, II, 237 ff. und GUHL, ZSR NF 71, I, 184.

Elementarbestandteile bilden,<sup>112</sup> können sie nicht zu Auslegungszwecken selbstständig werden.<sup>113</sup> Ziel der Vertragsauslegung ist, wie schon festgestellt wurde, die Ermittlung dessen, was zwischen den Partnern als vertragliche Pflicht oder Berechtigung gelten soll. Darüber kann die isolierte Auslegung der einzelnen Erklärungen nichts aussagen. Sie ist deshalb juristisch unergiebig.

Die formelle gesetzliche Aufspaltung der *Auslegungsgegenstände* verhindert demnach nicht, daß insoweit *bei Verträgen § 133 BGB in § 157 BGB aufgeht*. Die Auslegung richtet sich im Vertragsbereich von Anfang an nicht auf Sinnermittlung der einzelnen Erklärungen, sondern der Verträge und geht dabei vom gesamten Erklärungstatbestand als einheitlichem Auslegungsgegenstand aus.

112. Richtet sich Auslegung darauf, den Vertragssinn zu ermitteln, so kann auch die über die Erklärungen hinausgehende ergänzende Auslegung besser eingeordnet werden. Sie bereitet stets Schwierigkeiten, weil nicht genau ersichtlich ist, wo sie zwischen der Auslegung von Willenserklärungen und ergänzender gesetzlicher Regelung, bei der Verkehrssitten dann nur subsidiär nach § 242 BGB zu berücksichtigen sind, untergebracht werden soll.

Die Schwierigkeit, ergänzende Auslegung richtig zu erfassen, entfällt, da sich eine auf den Vertrag gerichtete Auslegung am Begriff des Vertrages orientieren muß. Ein Vertrag ist aber nicht eine Summe von Erklärungen, sondern eine Regelung,<sup>114</sup> d. h. eine Gesamtheit aufeinander bezogener Klauseln. Die Tätigkeit

<sup>112</sup> Noch deutlicher als im Cc. werden sie freilich hinsichtlich besonderer vorkonsensualer Rechtsfragen selbstständig. Vgl. etwa RG v. 20. 11. 1902 = RGZ 53, 60; v. 19. 12. 1931 = RGZ 131, 350 f. Bei Lösung dieser Fragen können auch Verkehrssitten bereits eine Rolle spielen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Bindung des Antragsenden nach § 147 Abs. 2 BGB, wo Verkehrssitten gesetzeskonkretisierende Funktion bei Bestimmung der „regelmäßigen Umstände“ ausüben können. Vgl. Nr. 89. Da § 148 BGB es freistellt, in der Offerte eine Frist für die Antwort anzugeben, kann insoweit auch Auslegung erforderlich werden, vgl. RG v. 17. 9. 1919 = RGZ 96, 273. Da dabei über die Existenz der Offerte im Zeitpunkt des angeblichen Vertragsschlusses und nicht über den Inhalt des Vertrages entschieden wird, können wie RG v. 20. 11. 1902 aaO feststellt die Maßstäbe der Vertragsauslegung nicht ohne weiteres herangezogen werden. Vor allem wirkt sich das im Stadium typisierender Auslegung hinsichtlich der örtlichen Anwendbarkeit aus. Vgl. Fußn. 305.

<sup>113</sup> Vgl. etwa JERUSALEM S. 202; GÖTZ S. 72. Aus anderen Gründen ähnlich WIEACKER, JZ 1967, 387 und LARENZ, AT S. 341, 344, 522 f., der aber die einzelne Erklärung noch zu stark betont. Danach soll § 157 BGB zwar auch auf die Erklärungsauslegung anwendbar sein, ergänzende Auslegung nach § 157 BGB jedoch erst beim Vertrag stattfinden. Wenn aber § 157 BGB bereits auf die einzelnen Erklärungen anwendbar ist, so kann auch hier ergänzende Auslegung stattfinden. Umgekehrt werden auch für die Vertragsauslegung selbst die Erklärungen bedeutsam. Damit geht die Auslegung nach §§ 133 und 157 BGB ineinander über. Zutreffend daher zu § 133 BGB MANIGK, ArchRWPhil 1932/33, 370 (Auslegungsobjekt ist das vertragl. Rechtsgeschäft.) Vgl. TITZE, Mißverständnis S. 84.

<sup>114</sup> Vgl. Nr. 93; OERTMANN, Verkehrssitte S. 174; LARENZ, Auslegung S. 36; AT S. 522; FLUME, AT Bd. II, S. 327; ders. JT-Festschr. Bd. I, S. 162. Anders HENCKEL, AcP 1960, 120 mit beachtlichen Einschränkungen S. 118. So wird ergänzende Auslegung einerseits

des Interpreten ist folglich darauf gerichtet, ein Regelungsgefüge herzustellen. Bei *ergänzender Vertragsauslegung* handelt es sich deshalb nicht um Ergänzung des Vertrages, sondern um *Auslegung, bei der die erklärten Klauseln im Sinne der Gesamtregelung ergänzt werden.*

Es können hier noch nicht die einzelnen formellen und sachlichen Voraussetzungen typisierend ergänzender Interpretation behandelt werden. Doch ergibt sich bereits, daß der französische Begriff der *clause d'usage* die Hilfsmittel typisierender Ergänzung wesentlich deutlicher umschreibt, als der deutsche Begriff *Verkehrssitte* oder *Handelsbrauch*. Nach den Ergebnissen des vierten Kapitels unterscheiden sich die rechtsgeschäftlichen Übungen im Vertragsbereich von den Übungen mit Realzielen gerade durch ihre äußere Form als übliche Klauseln. Nur wenn eine Übung rechtsgeschäftlichen Charakter erlangt hat, also übliche Vertragsklausel geworden ist, kann sie zur Vertragsergänzung verwendet werden.

Die unterschiedliche Bedeutung von Übungen rechtsgeschäftlichen und außerrechtlichen Inhalts für die ergänzende Auslegung läßt sich deutlich am Arztvertrag nachweisen. Außerrechtliche Übungen sind hier unter Umständen: Beachtung eines bestimmten Narkoseverfahrens, einer Operationsmethode, Durchführung gewisser Nachbehandlungen usw. Es ist unvorstellbar, daß derartige Übungen vertragsergänzend herangezogen werden. Doch sind gerade beim Arztvertrag auch typisch geschäftsbezogene Übungen bekannt, die bei Mängeln der Vertragsabsprachen ausshelfen können: die übliche Vereinbarung jederzeitigen Rücktrittsrechts des Patienten, der Honorarfestsetzungsbefugnis des Arztes usw.<sup>115</sup>

Sieht man die Aufgabe des Interpreten darin, ein vertragliches Gesamtgefüge herzustellen, so kann eine auf Erklärungen beschränkte Interpretation ihr Ziel nur erreichen, wenn die Erklärungen das Regelungsgefüge stets umfassend enthalten.<sup>116</sup> Tatsächlich beweist jedoch die Erfahrung, daß dies oft nicht der Fall ist.

---

richterliche Rechtsfindung, andererseits über die Erklärung hinausgehende Auslegung der unbewußt in ihr mitgedachten Urteile. Letzterer Gedanke findet sich auch bei ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 1254 (Z. 1). Unklar MANIGK, Willenserklärung S. 293 f.; Auslegung S. 133, 146 f.; Verhalten S. 157. Vgl. hingegen Auslegung S. 162 ff. Willenserklärung S. 294. Neuerdings wieder EISEMANN, Incoterms S. 47 ff., der aber schließlich den Unterschied zwischen ergänzender Auslegung und Ergänzung als bedeutungslos bezeichnet. Kritisch zu alledem MANGOLD, NJW 1961, 2286 und BROX, Irrtumsanfechtg. S. 129 f.

<sup>115</sup> Vgl. etwa RYCKMANN'S-ZWICK S. 175, 199; DE PAGE, Bd. IV, 879; Trib. civ. Liège v. 18. 1. 1949 = Jur. Liège 1949, 195. Entsprechend verhält es sich mit anderen technischen Übungen, soweit sie nicht ausnahmsweise zur rechtsbezogenen Übung geworden sind, vgl. oben Nr. 80.

<sup>116</sup> OLG Stuttgart v. 29. 10. 1947 = NJW 1949, 27, wo allerdings der, wie noch zu zeigen, verfehlte Lückenbegriff verwendet wird. Vgl. weiter vor allem BETTI, Interpretazione S. 301 f., der ergänzende Auslegung schon aus Art. 1368 Cc. it. herleitet. Allerdings hält BETTI daneben eine „normative“ Funktion der *usi* nach Art. 1340, 1374 Cc. it. für notwendig, weil Auslegung auch eines mangelhaften Geschäfts „ha il suo indispensabile addentellato in una manifestazione“. Aber BETTI äußert sich über die Besonderheiten der Ergänzung gegenüber der ergänzenden Auslegung unbestimmt „La

Häufig sind den Erklärungen nur die Punkte zu entnehmen, die den Partnern besonders wichtig erschienen. Da in solchen Situationen oft sogar der Aussagewert des Erklärten erst vom Gesamtgefüge her richtig verstanden werden kann, ist es nicht möglich, die Ergänzung von der Auslegung abzutrennen.<sup>117</sup> Vielmehr wird, will man nicht § 157 BGB durch § 242 BGB ersetzen<sup>118</sup> und damit eine organische Interpretation unterbinden, eine ergänzende Auslegung des Erklärten erforderlich.<sup>119</sup> So geht die Interpretation des Erklärten und seine Ergänzung im Sinne des Vertragsgefüges ineinander über: „L'interpretazione e l'integrazione del contratto non sono attività distinte ma organicamente dirette all'unitaria ricerca del contenuto obbligatorio e degli effetti.“<sup>120</sup>

Dabei ist es überflüssig, die Ergänzung auf *vermutete stillschweigende Er-*

differenza . . . non è da concepire quasi in modo naturalistico . . . ma come una differenza del profilo . . .“, *Negozio giur.* S. 350.

<sup>117</sup> Etwa bei SCHMIDT-RIMPLER, *AcP* 1941, 194; PILZ S. 93; OPSTALL in Hofmann, *Verbintissenrecht* A. L. 1. D. S. 425; SCOGNAMIGLIO S. 181; BARBERO, *Sistema* Bd. I, S. 467 ff. und LUITHLEN S. 22 f. zu Art. 9 des Entwurfes *IntKaufG.* Zur letztgenannten Vorschrift vgl. auch RIESE, *RabelsZ* 1957, 38.

<sup>118</sup> So MANGOLD, *NJW* 1961, 2284 ff., der § 157 BGB auf die Auslegung eindeutiger (?) Verträge beschränkt. Aber eindeutige Verträge sind eben nicht auslegungsbedürftig. Wenn sich die Eindeutigkeit hingegen erst durch die Auslegung nach § 157 BGB ergibt, so liegt ein mehrdeutiger und damit nach MANGOLD S. 2285 lückenhafter Vertrag vor.

<sup>119</sup> PERREAU, *Rev. trim. civ.* 1911, 267 (er fällt aber S. 275 ff. in die Willenstheorie zurück); CALLATAY S. 124; Scholten-Asser A. D. S. 138. Auch *App. Firenze* v. 18. 12. 1909 = *Foro it.* 1910, I, 763 ff. geht von der Untrennbarkeit von Auslegung und Ergänzung aus. Ähnlich OERTMANN, *BGB Anm.* 1 b β zu § 133 BGB. DAVID S. 28; LEONHARD, *AT* S. 348; TITZE, *Richtermacht* S. 14 ff. VERGA S. 257; DANZ, *Auslegung* S. 75; EHRENBERG, *HGB* Bd. IV, 2, S. 96 betrachten jede typisierende Auslegung als Ergänzung, freilich ohne daraus die Konsequenzen von MANGOLD zu ziehen (vgl. Fußn. 118).

<sup>120</sup> *Cass. it.* v. 11. 6. 1965 Nr. 1189 = *Giust. civ.* 1965, I, 1545. Die Entscheidung ist mit Art. 1374 begründet. Angefochten war die Anerkennung eines Schiedsurteils durch die Vorinstanzen mit der Begründung, die Schiedsrichter hätten ihre Befugnis überschritten. Den Schiedsrichtern war nur die Aufgabe übertragen, den strittigen Vertrag auszulegen. Sie hatten ihn aber nach Art. 1374 ergänzt. Mit der zitierten Begründung hat die *Cass. it.* die Anerkennung des Schiedsspruches bestätigt und damit die Vertragsergänzung zur Auslegung gerechnet. Ähnlich auch schon *Cass. it.* v. 7. 8. 1964 Nr. 2259 = *Foro it. mass.* 1964, 606.

<sup>121</sup> Z. B. GALLOIS, *NJW* 1954, 294; BAG v. 21. 10. 1966 = *MDR* 1967, 158; *Motive* *BGB* Bd. I, S. 9; CROME, *BGB* Bd. I, S. 87 (stillschweigende weil selbstverständliche Festsetzung); PEDAMON in *Jur. comm.* S. 12 ff. (14); JULLIOT DE LA MORANDIÈRE-RODIÈRE-HOUIN Bd. I, S. 11; *Cass. fr.* v. 25. 2. 1964 = *G. P.* 1964, I, 391; *SUIJLJN* Bd. I, S. 415; Bd. II, S. 280 f. (287); *Cass. it.* v. 27. 4. 1961 Nr. 940 = *Giur. it.* 1962, I, 1, 1260; OSTI, *Noviss. dig. it.* Bd. IV, *Contratto* Nr. 71; PISKO, *Handelsrecht* S. 25. Damit entfällt auch das sich aus Art. 1341 *Cc. fr.* ergebende Hindernis der ergänzenden Auslegung, das etwa THALLER-PERCEROU S. 46 und *Cass. fr.* v. 27. 12. 1868 = S. 87, 1, 204 Schwierigkeiten bereitete. Die Umdeutung des Art. 1160 in *Novelles* Bd. IV, 2. obligations Nr. 180 bis, 536 und *Trib. comm. Vervier* v. 14. 4. 1960 = *Jur. Liège* 1960/61, 45 f. wird gegenstandslos. Zutreffend daher *Cass. belge* v. 8. 12. 1853 = *Belg. jud.* 1854, 137; *Trib. civ. Louvain* v. 21. 6. 1889 = *P. B.* 1889, II, 285.

klärungen<sup>121</sup> oder *stillschweigend vereinbarte Klauseln*<sup>122</sup> zu stützen. Versuche dieser Art überschätzen die Rolle der Erklärungen für das Vertragsverhältnis und übersehen, daß das Gesetz gerade beim Schuldvertrag einen umfassenden Erklärungsstatbestand nicht verlangt.<sup>123</sup> Eine am Vertragsgefüge selbst orientierte Auslegung kann auf diesen Kunstgriff verzichten, weil sie von vornherein ihr Ziel nicht in der Deutung von isolierten Willenserklärungen sieht.

## II. Erklärungsstatbestand und Auslegung in der Vertragspraxis

113. Erklärergänzende Auslegung wird vor allem erforderlich,

- (1) wenn die Erklärungen in Nebenpunkten aneinander vorbeilaufen;
- (2) wenn Klauseln innerhalb eines Vertrages widersprüchlich sind;
- (3) wenn der Vertragsabschluß konkludent erfolgte.

114. Zur ersten Gruppe gehört der Fall, daß sich beide Parteien äußerlich gleichlautend erklären, aber infolge von Umständen, die jeweils nur für eine Partei gelten, jede Erklärung einen anderen Sinn hat.<sup>124</sup> Kennzeichnend ist der im Urteil der französischen Cour de Cassation vom 7. 4. 1908<sup>125</sup> entschiedene Fall:

Ein Kaufmann aus Marseille hatte bei einem Geschäftspartner aus Algier einen Posten Ware gekauft, der von einem nordafrikanischen Hafen aus verschifft werden sollte. Die mangelhaften Hafenverhältnisse führten regelmäßig zu längerer Lagerung der Waren am Quai. Nun hatten die Vertragspartner abgesprochen, daß die Ware „franco-bord“ zu liefern war. Über den Sinn dieser Klausel entstand Streit. Der Käufer berief sich auf den in französischen Mittelmeerhäfen geläufigen usage, wonach franco-bord-Verträge den Verkäufer zur Verladung der Ware auf das Transportschiff verpflichteten. Die Beklagten machten dagegen eine, den Hafenverhältnissen am Verladeort entsprechende Übung geltend, nach welcher „franco-bord“ i. S. von „quai pour bord“ praktiziert wurde.

Legt man die abgegebenen Erklärungen aus, so bleibt die Wahl des einen oder anderen usage willkürlich. Der Interpret kann nur feststellen, daß die Erklärungen aneinander vorbeilaufen<sup>126</sup> und insoweit eine Regelung nicht zustandegekommen ist.

<sup>122</sup> Z. B. RG v. 29. 10. 1910 = GruchBeitr. 54, 387 f.: „Der erklärte Wille entscheidet, aber erklärt ist auch das, was sich als selbstverständliche Folge aus dem ganzen Zusammenhang der getroffenen Abrede darstellt.“ Ebenso HENLE, S. 127 f. Zur dogmatischen Herkunft der stillschweigenden Nebenabrede EHRLICH, WE S. 12 ff. (15 ff.).

<sup>123</sup> BG v. 27. 6. 1928 = BGE 54, II, 303; OERTMANN, Verkehrssitte S. 174; insoweit auch zutreffend W. DAVID S. 46. Mißverständlich sind insoweit Cass. it. v. 13. 5. 1968 Nr. 1510 = Giust. civ. mass. 1968, 759 und v. 17. 7. 1968 Nr. 2589 = Giust. civ. mass. 1968, 1337, denn auch der Codice verlangt nicht, daß in allen Nebenpunkten umfassende Vereinbarungen getroffen wurden, vgl. z. B. Cass. it. v. 17. 10. 1968 Nr. 3342 = Foro it. rep. 1968 obbligazioni e contratti Nr. 119.

<sup>124</sup> MERZ, ZSR NF 61, 406 a betrachtet diese Situation als typischen Beweis für die Untrennbarkeit der Auslegung unklarer und der Ergänzung fehlender Vertragsklauseln, vgl. auch FISCHER, Handelsusanz S. 44.

<sup>125</sup> S. 1910, I, 67 f.

<sup>126</sup> Darauf geht soweit ersichtlich nur LEONHARD, Irrtum S. 193 ein. Er „löst“ das Problem durch eine Vermutung.

Betrachtet man dagegen den Vertrag als Regelungsgefüge und die franco-bord-Formel als Klausel dieses Gefüges, so ist es möglich über die Erklärungen hinauszugehen, sie also zu ergänzen. Der Interpret muß dabei zunächst das Vertragsgefüge ermitteln. Franco-bord-Verträge sind durch die Vereinbarung gekennzeichnet, daß der Verkäufer mit der Verladung seine Leistungspflicht erfüllt hat. Nach französischem Recht hat das zur Folge, daß von diesem Zeitpunkt ab die Preisgefahr auf den Käufer übergeht.<sup>127</sup> Nach den bis zur Verladung zu erbringenden Leistungen und zu tragenden Risiken hat der Verkäufer seine Preise kalkuliert und vereinbart. Nun stellt sich heraus, daß das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung infolge der Hafenerhältnisse gestört wird. Lagert die Ware lange Zeit am Quai, so ist sie Wettereinflüssen, Diebstählen und sonstigen Gefahren ausgesetzt. Das Leistungs-Gegenleistungsäquivalent ist aber bei normalen Handelsverträgen typisch und der Vertrag läßt davon keine Abweichung erkennen. Von diesem Vertragsbild aus zeigt sich, daß die Klausel franco-bord nach den Umständen des Falles in das Vertragsgefüge paßt, wenn sie im Sinne der Übung im Verladehafen interpretiert wird.<sup>128</sup>

115. Zur Gruppe der von beiden Partnern gebilligten, aber in sich selbst widersprüchlichen Vereinbarungen gehört der vom LG Hamburg am 6. 9. 1965<sup>129</sup> entschiedene Fall:

In einem Seefrachtvertrag enthielt eine Klausel die Bestimmung, daß die Fracht zur Hälfte bei Ankunft des Schiffes und zur anderen Hälfte während der Entlöschung zu zahlen ist. Eine zweite Klausel sah Zahlung bei richtiger Auslieferung des Frachtgutes vor. Das Gericht prüfte die allgemeine Übung und legte sodann die Zahlungspflicht im Sinne der ersten Klausel aus.

Wird von den Erklärungen ausgegangen, so war wiederum eine Regelung nicht zustande gekommen. Einander ausschließende, aber für sich betrachtet eindeutige Vereinbarungen gleichen einem Vereinbarungsmangel. Der Erklärungsakt bleibt endgültig zweideutig. Wenn trotzdem unter Heranziehung von Verkehrsitten einer der sich widersprechenden Klauseln der Vorzug gegeben wird, so wird durch Auslegung der Erklärungstatbestand ergänzt. Dennoch zeigt gerade der geschilderte Fall, daß die Ergänzung nicht aus dem Auslegungsvorgang ausgeschlossen werden kann. Dies hätte dazu geführt, daß die einschlägige Verkehrssitte erst bei Fehlen einer gesetzlichen Vorschrift anwendbar geworden wäre. Trotz Widersprüchlichkeit der Erklärungen haben aber die Parteien bei Vertragsabschluß unter dem Einfluß des branchenüblichen gehandelt und das Vertragsgefüge danach ausgerichtet. Läßt man hier zunächst das Gesetz eingreifen, so kann dieses Gefüge wesentlich gestört werden.

116. Auch wenn bei großzügiger Handhabung in den beiden erstgenannten Fällen noch von Erklärungsauslegung gesprochen wird, so scheidet sie bei den Verträgen kraft konkludenten Handelns bzw. par déclaration tacite aus. Beim konkludenten Handeln sind zwei Fragen zu prüfen. Zunächst ist zu untersuchen, ob das Verhalten der Partner rechtsgeschäftlichen Charakter besitzt.<sup>130</sup> Damit liegt aber der Geschäftsinhalt noch nicht fest. Vielmehr muß der Interpret jetzt ermitteln, welche Rechte und Pflichten den Partnern obliegen. Erklärungen, die

<sup>127</sup> Vgl. dazu Art. 1624, 1138 Cc. fr.

<sup>128</sup> Zum gleichen Ergebnis kam Cass. fr. aaO, jedoch in Anwendung einer nicht abschätzbaren Willensvermutung.

<sup>129</sup> MDR 1966, 57; ähnlich der Fall Cass. fr. v. 7. 12. 1950 = Bull. Cass. 1951, III, 619.

<sup>130</sup> Oben Nr. 104, 105.

die Rechte und Pflichten ausdrücklich bestimmen, enthält das konkludente Handeln nicht. Wird Auslegung auf Sinnermittlung von Erklärungen beschränkt, so bleibt nur der Weg, den Vertragsinhalt unmittelbar nach dem Gesetz zu beurteilen. Verkehrssitten greifen nur nach § 242 BGB subsidiär ein.

Abgesehen davon, daß hinsichtlich der elementaren Verpflichtungen dieser Weg versperrt ist, entsteht hinsichtlich der sonstigen Einzelpflichten, wie schon im letzten Fall, die Gefahr, daß die Eigenart der vertraglichen Beziehungen gestört wird. Es muß daher bei konkludent abgeschlossenen Verträgen erklärungs-ergänzende Auslegung zugelassen werden, will man nicht die konkludenten Handlungen überhaupt unberücksichtigt lassen. In neuerer Zeit hat sich BAILAS in dieser Richtung geäußert und den Vertragsschluß auf den Austausch von Worterklärungen beschränkt.<sup>131</sup> Aber diese Abspaltung der konkludenten Handlungen geht an der Wirklichkeit des Geschäftslebens vorbei.<sup>132</sup> Sie begünstigt außerdem, wie etwa § 151 BGB oder Art. 1327 Cc.it. zeigen, einen gesetzefremden Formalismus.<sup>133</sup>

### III. Vertragsauslegung in Ergänzung des Erklärungstatbestandes

117. Die ergänzende Auslegung soll Mängel des Erklärungstatbestandes beheben. Dabei ergeben sich zwei noch ungeklärte hermeneutische Probleme. Das erste Problem betrifft die untere Grenzlinie bis zu der auf einen Erklärungstatbestand verzichtet werden kann, ohne daß der Interpret den Vertrag erst schafft. Das zweite Problem betrifft die obere Grenzlinie, bis zu der ein Erklärungstatbestand ergänzt werden darf, ohne daß daraus ein neuer Vertrag entsteht. In einer weit verbreiteten Terminologie, die hier jedoch nur verwendet wird, um die Probleme zu veranschaulichen, kann das Thema der folgenden Seiten auch so umschrieben werden: Wie groß darf die „Lücke“ des Erklärungstatbestandes sein, die durch Auslegung aufgefüllt werden kann und wonach bestimmt sich, ob der Erklärungstatbestand überhaupt eine Lücke enthält?

118. Nach den herkömmlichen Vorstellungen setzt *ergänzende Auslegung* eines Vertrages dessen Bestehen voraus. Die *untere Grenze* ist folglich erreicht, wenn sich aus dem Erklärungstatbestand kein Vertrag mehr ergibt. Diese Abgrenzung stößt auf keine Hindernisse, wenn die Parteien verabredet haben,

<sup>131</sup> BAILAS S. 14, 33.

<sup>132</sup> Wie Cass. fr. v. 20. 10. 1958 = Bull. Cass. 1958, I, 353 zeigt, kann es sogar geschehen, daß erst bei Berücksichtigung eines usage die weitere gesetzliche Qualifizierung des konkludenten Handelns möglich wird.

<sup>133</sup> So auch BYDLINSKI, S. 4; OERTMANN, BGB Rechtsgeschäfte Vorbem. 9 d a ßß. 2 mit ausführlicher Darstellung der Problemlage. Zutreffend auch FABRICIUS, JuS 1966, 58, der allerdings aus anderen Gründen die Fälle des § 151 BGB hier ausklammert, vgl. Nr. 161 Fußn. 61. Weiter siehe STAUDINGER-COING Rdz. 3 e f Vorbem. § 116 BGB, der zwischen Handlungen mit und ohne rechtsgeschäftlichen Handlungsentschluß eine deutliche Trennlinie zieht und erstere den Worterklärungen gleichstellt.

welche Punkte Voraussetzung für ein wirksames Vertragsband sein sollen.<sup>134</sup> Erklären die Parteien selbst, daß sie ohne bestimmte Absprachen einen Vertrag als nicht geschlossen betrachten, also bei sogenanntem *offenen Dissens*, so hat der Interpret kein Recht zum Eingreifen.

Fraglich ist die Beurteilung der Fälle, in denen maßgebliche Absprachen der Partner nicht vorhanden sind. Zwar liegt es hier nahe, eine Geschäftsergänzung auszuschließen, wenn ein vertragshindernder *versteckter Dissens* vorliegt. Doch wird damit das sachliche Problem nicht gelöst.

Nach der üblichen Umschreibung des Dissenses ist ein Vertrag dann nicht geschlossen, wenn die vertragsbegründenden Erklärungen in wesentlichen Punkten nicht übereinstimmen.<sup>135</sup> Es soll hier dahingestellt bleiben, ob diese Wirkung des Dissenses noch vorstellbar ist, wenn die einzelnen Willenserklärungen nur als unselbständige Elemente eines einheitlichen Erklärungsstatbestandes anzusehen sind. Auffallend ist, daß der Cc. und die Nachfolgerechte eine besondere Dissensregelung nicht kennen. Weichen äußerlich die Erklärungselemente voneinander ab, so ist der Vertrag selbst mehrdeutig und daher nicht sanktionsfähig.<sup>136</sup> Irrt sich hingegen der eine Partner bei Abgabe seiner Erklärung über den Inhalt der Erklärung des anderen und umgekehrt, so schlägt dieser Irrtum auf seine eigene Erklärung zurück und kann wie ein Irrtum abgehandelt werden.<sup>137</sup> Das Thema des Zustandekommens eines Vertrages wird davon nicht berührt.

Unabhängig davon, ob das Vorliegen eines Vertragsabschlusses oder die Sanktionsfähigkeit des mangelhaften Vertrages verneint wird, muß nach dem BGB wie nach dem Cc. bestimmt werden, wann ein wesentlicher Mangel vorliegt. Darüber aber enthalten weder § 155 BGB noch Art. 1108 ff. Cc.fr. genauere Angaben.<sup>138</sup> Auch ein Rückgriff auf die naturrechtliche Unterscheidung von *essen-*

<sup>134</sup> Vgl. z. B. BG v. 27. 6. 1928 = BGE 54, II, 303 f.; v. BÜREN S. 132, 170.

<sup>135</sup> ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 1002.

<sup>136</sup> Vgl. etwa RHODE S. 21 f., aber auch S. 60.

<sup>137</sup> Kennzeichnend ist, daß die französische Literatur dafür den Begriff des *erreure obstacle* gewählt hat. Weitgehend wird aber von Autoren, die mehr auf objektive Kriterien abstellen auch von Verträgen gesprochen, die *manque de cause* oder *par fausse cause* unwirksam sind. Vgl. dazu CARBONNIER, Dr. civ. Bd. II, S. 349, 358 f. In Italien ist die besondere Kategorie des *errore ostativo* 1942 beseitigt und in die Regelung des *errore vizio* einbezogen worden, vgl. TORRENTE, Manuale S. 152; SANTTORO-PASSARELLI S. 157; BIGIAMI, Riv. dir. civ. 1968, 519 (mit der Folge bloßer *annullabilità*). Ein Teil der italienischen Literatur folgt allerdings der deutschen Auffassung und nimmt in den Fällen des *errore ostativo* Dissens an, vgl. z. B. BETTI, *Negozio giur.* S. 433; STOLFI, Riv. dir. proc. civ. 1954, 281. Folgt man hingegen dem Cc. so entfällt der Widerspruch den BAILAS, Vertragsschließung S. 8 zwischen §§ 119 und 155 BGB hinsichtlich der zweiten Fallgruppe im deutschen Recht feststellt. STAUDINGER-COING, Rdz. 2a zu § 155 BGB und zuvor schon KOHLER, JherJb. 1889, 206 läßt sie ohnehin nicht unter den Dissensbegriff fallen, denn dieser setze stets objektive Geschäftsmängel voraus. Vgl. auch WEDEMEYER, Auslegung und Irrtum S. 32 ff. (bei ganzheitlicher Betrachtung des Vertrages wird das Problem des versteckten Dissenses zum Irrtumsproblem).

<sup>138</sup> zu § 869 östABGB vgl. GSCHNITZER, Anm. III 2 d zu § 914 ABGB.

*tialia, naturalia* und *accidentalialia* negotii ist nicht möglich. Er setzt voraus, daß ihre rechtsphilosophischen Grundlagen bejaht werden und das ist heute ausgeschlossen.<sup>139</sup>

Die Frage nach der unteren Grenze der ergänzenden Auslegung ist das Spiegelbild der anderen Frage, wie weit zur Begründung eines Vertrages ein Erklärungsstatbestand erforderlich ist. Es handelt sich dabei um eine Rechtsfrage, die im schon erörterten Sinne die Gültigkeit des Vertrages betrifft. Auf diese Rechtsfrage gibt weder das BGB noch der Cc. eine allgemeingültige Antwort,<sup>140</sup> obwohl sich aus Art. 1108 Cc.fr. wenigstens entnehmen läßt, daß ein bestimmtes *Objekt*, der Vertragsgegenstand, sowie eine *cause*, der *Grund* oder *Zweck* der eingegangenen Verpflichtung vorhanden sein müssen. Indessen ist der Begriff des *objet* offen und die *causa*-Lehre so umstritten,<sup>141</sup> daß sie für das Thema der ergänzenden Auslegung keinen praktisch verwertbaren Anknüpfungspunkt bieten.

In Deutschland wird besonders bei OERTMANN sichtbar, daß die Bindung der ergänzenden Vertragsauslegung an den *causa*-Gedanken scheitert. OERTMANN schreibt: „Die ergänzende Auslegung hat es mit der Regelung der nicht durch Erklärung geregelten Punkte aus dem Zweck des Geschäftsganzen“ zu tun.<sup>142</sup>

<sup>139</sup> Zutreffend lehnt daher RODOTA, Foro Pad. 1965, I, 1436 den Begriff der Wesentlichkeit ab; ebenso PIOTET, Contrat S. 148 ff. (allerdings ersetzt er ihn durch den ebenso unbestimmten hypothetischen Parteiwillen). Inciderent ebenso LG Detmold v. 3. 11. 1965 = MDR 1966, 233; LEONHARD, AcP 1922, 42. Ohne nähere Angaben greifen auf die naturrechtliche Unterscheidung zurück v. TUHR Bd. II, 1, S. 194 f.; EBBECKE, JherJb. 1920, 19; SANTORO-PASSARELLI S. 231, 240 und Cass. it. v. 27. 11. 1963 Nr. 3044 = Monitore trib. 1964, 219, 749 f. (zu Art. 1374); BECKER, Berner Kommentar Rdz. 1, 2 zu Art. 2 OR; DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 171 f. Andeutungen in dieser Richtung auch bei MERZ, ZSR NF 80, I, 347; BLOMEYER S. 22; RG v. 12. 12. 1907 = RGZ 67, 214; v. 1. 11. 1901 = RGZ 49, 161 f., wo sogenannte Haupt- und Nebenpflichten unterschieden werden; vgl. im übrigen PIOTET, Contrat S. 145 f. Dabei ist aber anzumerken, daß die Rechtsprechung des schw. BG zum Begriff des Wesentlichen in Art. 2 OR selbst nicht einheitlich war, vgl. Entscheidung v. 10. 10. 1885 = BGE 11, 525; anders BG v. 1. 6. 1894 = BGE 20, 521. Differenzierend OSER-SCHÖNENBERGER, Züricher Kommentar Rdz. 7 f., 13 zu Art. 2 OR.

<sup>140</sup> Unproblematisch sind hier die Fälle, in denen das Gesetz eine ausdrückliche Vereinbarung verlangt, vgl. OERTMANN, Verkehrssitte S. 148 ff. und hinsichtlich der Formalgeschäfte S. 188, sowie LARENZ, SchR Bd. I, S. 89; ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 1264. Einen derartigen Fall stellt z. B. § 244 BGB dar. PABBRUWE S. 97; östOGH v. 27. 9. 1927 = SZ 1927, 238 zum damaligen § 8 östHandelsagentenG; Cass. fr. v. 6. 7. 1967 = JCP 1969, II, 15747 m. Anm. v. PEDAMON zu Art. 23 Décr.-L. v. 30. 10. 1935 über das Scheck-Indossement. In Italien können danach z. B. Verträge auf der Basis von AGB nicht in Punkten ergänzt werden, die unter Art. 1341 Abs. 2 Cc. it. fallen.

<sup>141</sup> Näheres bei HALFMANN S. 178 ff.; vgl. auch ZWEIGERT, Rheinsteinst-Festschr. Bd. II, S. 502.

<sup>142</sup> Vgl. OERTMANN, Verkehrssitte S. 176 (gekürzt). Ohne genauere Angaben gehen vom Vertragszweck aus, LEONHARD, AT S. 361 f. (Wille-Wunsch-Zweck); BGH v. 8. 7. 1966 = NJW 1966, 825 f. (Lage der Sache). Für ESSER, SchR (3) Bd. I, S. 25 werden Zweck und nature du contrat nach Art. 1135 Cc. fr. identisch. Nun steht aber dieser Begriff in engem Zusammenhang mit der *causa*-Lehre und teilt ihre Unbestimmtheit, auf die ESSER S. 20 Fußn. 8 hinweist.

Nun versäumt OERTMANN den Begriff des Zwecks, der vor etwaiger Ergänzung ermittelt werden müßte, näher zu bestimmen. Ist damit der jeweilige individuelle wirtschaftliche Zweck der Parteien gemeint, so wird ergänzende Auslegung praktisch unmöglich, weil sie durchwegs entgegengesetzte Zwecke verfolgen.<sup>143</sup> Außerdem sind die wirtschaftlichen Zwecke kaum zu verallgemeinern, so daß jedenfalls eine typisierend ergänzende Auslegung ausscheidet. Wenn OERTMANN trotzdem ergänzende Auslegung mittels Verkehrssitten zuläßt und dies sogar in Punkten, die dem Vertrag erst sein wirtschaftliches Gesicht geben,<sup>144</sup> so verwendet er offenbar den Begriff des Zwecks noch in einem anderen Sinn, nämlich als rechtlich typisierte causa.<sup>145</sup> In diesem Fall ist aber nicht verständlich, daß bei Nominatverträgen ergänzende Auslegung der Gesetzesanwendung vorgehen soll.<sup>146</sup> Bei atypischen Verträgen wird man hingegen vergeblich nach einer typischen causa bzw. überhaupt nach einer den Vertragspartnern gemeinsamen causa suchen.<sup>147</sup> Vermutlich aus diesem Grunde greift OERTMANN auf einen *hypothetischen Parteiwillen*, bzw. stillschweigenden Unterwerfungsvertrag zurück.<sup>148</sup> Vom Zweckgedanken bzw. der causa negotii bleibt nichts mehr übrig.<sup>149</sup>

Anstelle des Vertragszwecks empfiehlt es sich, beim allgemeinen Charakter von Verträgen anzusetzen. *Verträge* sind oben als *Mittel zur Gestaltung der privaten Lebenssphäre* bezeichnet worden. Zugleich werden im Vertrag häufig auch die Normen geregelt, die die Durchsetzung dieses Ziels sichern sollen.<sup>150</sup> Soweit es sich um die Gestaltung der privaten Lebenssphäre selbst, also beim Schuldvertrag um irgendeinen *wirtschaftlichen Vorgang* handelt, *kann auf einen Erklärungstatbestand nicht verzichtet werden*. Läßt man hier eine Ergänzung zu, so wird der Entschluß der Parteien, ihre Eigensphäre zu gestalten, ersetzt.<sup>151</sup> Dies ist aber unzulässig, weil damit in die gesetzlich garantierte Entschlußfreiheit eingegriffen

<sup>143</sup> Vgl. SCHMIDT-RIMPLER, Nipperdey-Festschr. S. 25. Auch OERTMANN ist diese Schwierigkeit nicht entgangen, vgl. Verkehrssitte S. 236, wengleich er daraus keine Folgerungen gezogen hat.

<sup>144</sup> Z. B. hinsichtlich unterlassener Preisabsprache. Vgl. im übrigen OERTMANN, Verkehrssitte S. 183 und zum Problem der Preisabsprachen unten Fußn. 152.

<sup>145</sup> Die Doppeldeutigkeit des Zweckbegriffs erscheint beiläufig Verkehrssitte S. 185.

<sup>146</sup> OERTMANN vermeidet hier eine konsequente Lösung vgl. S. 186 ff. gegen S. 250 und unten Fußn. 148.

<sup>147</sup> Zutreffend SCHMIDT-RIMPLER, Nipperdey-Festschr. S. 25 f.

<sup>148</sup> OERTMANN, Verkehrssitte S. 183, 253, 314; vgl. auch BROX, JZ 1966, 766.

<sup>149</sup> LARENZ, der NJW 1963, 738 ff. zunächst von einem von den Parteien anerkannten Vertragszweck ausgeht, ersetzt ihn wohl aus diesem Grund durch den Begriff des Vertragstypus. In diesem Fall besteht freilich die Aufgabe des Interpreten nicht mehr darin, die Planung der Parteien zu Ende zu denken, vgl. AT S. 523. Vielmehr handelt es sich darum, den Vertrag einem Typus zuzuordnen. Näheres Nr. 134. Vorausgesetzt wird dabei jedenfalls, daß ein ausreichender Erklärungstatbestand gegeben ist und der Vertragszweck dafür unergiebig ist.

<sup>150</sup> Nr. 93.

<sup>151</sup> Ähnlich v. BÜREN S. 132 und 170 und App. Rouen v. 29. 11. 1968 = D. 1969 J. 146 f. (vermengt mit willenstheoretischen Argumenten).

wird. So kann, um ein bekanntes Beispiel zu nennen, der Interpret bei Fehlen einer Preisabsprache nicht einfach den Erklärungstatbestand ergänzen und selbst den Preis festsetzen.<sup>152</sup> Selbstverständlich muß ein Vertrag den Preis nicht in allen Einzelheiten bestimmen.<sup>153</sup> Die Partner können etwa vereinbaren, daß der tagesübliche Preis geschuldet ist. Auch muß der Preis nicht durch Verbalerklärungen festgelegt sein. Es genügt, daß der Käufer nach Preisliste, bzw. Tarif bestellt,<sup>154</sup> oder sich zuvor über den Preis informiert hat und der Erklärungstatbestand ergibt, daß die Zahlung in bestimmter Form zu geschehen hat. Sind aber solche Absprachen nicht vorhanden, so ist der wirtschaftliche Vorgang offen und eine erklärungsergänzende Auslegung nicht möglich.<sup>155</sup>

Die gesetzlich geregelten Vertragstypen beweisen dagegen, daß die Rechtsordnung eine Vereinbarung nur verlangt, soweit es sich um den wirtschaftlichen Vor-

<sup>152</sup> Davon sind die Fälle zu unterscheiden, in denen (1) das Gesetz selbst auf eine Preisabsprache verzichtet, vgl. etwa §§ 453, 612, 632 BGB, § 354 HGB, Art. 1474, 1657 Cc. it.; allgemein vgl. Trib. Torino v. 6. 4. 1964 = Foro. pad. 1964, I, 1323 ff.; Art. 1339 Cc. it. und dazu ZICCARDI, Riv. dir. proc. civ. 1969, 140; Art. 184 Abs. 3, 212 ZGB. Zutreffend stellt HANAU, AcP 1965, 265 ff. fest, daß es sich hier nicht um ein Thema der ergänzenden Auslegung, wie FLUME, JT-Festschr. Bd. I, S. 165 und DANZ, Auslegung S. 46 f. meinen, sondern um gesetzliche Vergütungsfiktionen handelt. Eine andere von HANAU S. 269 ff. angeschnittene, hier nicht weiter interessierende Frage, betrifft die analoge Anwendung solcher Vorschriften auf ähnliche Vertragsverhältnisse. (2) wegen mangelnder anfänglicher Festsetzbarkeit sich eine Verkehrssitte entwickelt hat, daß ein Vertragspartner den Preis nachträglich festsetzt, z. B. bei Arzthonoraren, Trib. civ. Liège v. 18. 1. 1949 = Jur. Liège 1949, 195. Wird eine solche Verkehrssitte vertragsergänzend herangezogen, so maßt sich der Richter nicht eine eigene interpretationsfremde Entscheidung über den wirtschaftlichen Gehalt des Geschäfts an. Im übrigen ist für das deutsche Recht auf § 315 Abs. 3 und § 316 BGB hinzuweisen. Vgl. dazu NEUMANN-DUESBERG, JZ 1952, 705 ff. Dort wird auch S. 709 überzeugend dargetan, daß insbesondere § 315 Abs. 3 BGB keine Vorschrift über ergänzende Auslegung darstellt.

<sup>153</sup> Vgl. etwa BGH v. 18. 11. 1957 = NJW 1958, 180 (Ergänzung eines einzelnen Honorarpostens).

<sup>154</sup> SUIJLING Bd. II, S. 265.

<sup>155</sup> Ebenso, wenn auch mit anderer Begründung BECKER, Berner Kommentar Rdz. 4 f. zu Art. 2 OR mit weiteren Nachweisen; LEONHARD, AcP 1922, 42; HR v. 14. 6. 1968 = NJ 1968, 331 (Nebenbezüge); Cass. belge v. 2. 10. 1968 = Journ. trib. 1969, 46 f.; zu weit daher Gounot S. 160 ff. gegen die herrschende Auffassung der frz. Literatur; bedenklich Cass. belge v. 19. 2. 1953 = P. B. 1953, I, 477 und östOGH v. 20. 2. 1952 = SZ 1952, 46 (allerdings unter Anwendung eines angeblichen Gewohnheitsrechts); teilweise zu weit SUIJLING Bd. II, S. 265. OERTMANN, Verkehrssitte S. 185 f. will ebenfalls eine unterbliebene Vereinbarung über den Preis ersetzen und beruft sich dazu auf § 140 BGB, vgl. S. 177, 183. Indessen gelangt man nur dann zur Umdeutung, wenn ein Geschäft vorliegt. „Mithilfe der Konversion können nicht fehlende, (aber notwendige) Tatbestandselemente fingiert werden“, STAUDINGER-COING, Rdz. 3 Ziff. c zu § 140. Umdeutung setzt also, was auch LEONHARD, AT S. 363 erkennt, voraus, daß ein ausgelegtes Geschäft gegeben ist und kann daher nicht über die Auslegung entscheiden; SOERGEL-HEFERMEHL Rdz. 1 zu § 140. Sie stellt daher eine neue Qualifizierung des Geschäfts unter einem anderen gesetzlichen Typus dar, vgl. auch die Reform Diskussion zum Cc. fr. Travaux 1946/47 S. 106 Art. 17 und 1947/48 S. 77.

gang handelt. Ein Kaufvertrag etwa, der diese Voraussetzungen erfüllt und nicht an anderen Gültigkeitsbedingungen scheitert, wird auch dann sanktioniert, wenn er keine individuellen Normen über die rechtliche Durchführung enthält. Das Gesetz fordert also nicht, daß die Partner Absprachen über die von FERRI betreffend als *struttura mezzo*<sup>156</sup> bezeichnete *rechtliche Konstruktion* ihrer Durchführungspflichten treffen. Von dieser Haltung des Gesetzes geht die Möglichkeit eines gültigen Vertragsschlusses durch konkludentes Handeln aus. Eine Selbstregelung der *struttura mezzo* fehlt bei ihnen vollständig. Nur der wirtschaftliche Vorgang wird in der Handlung verwirklicht.

Es ist andererseits schon nachgewiesen, daß in solchen Fällen nicht ohne weiteres die gesetzlichen Vorschriften angewendet werden können. Vielmehr verlangt die Vertragssituation häufig differenziertere Maßstäbe, als sie das Gesetz bieten kann. So bildet das Fehlen vertraglicher Absprachen über die rechtliche Vertragskonstruktion keine Schranke für die ergänzende Auslegung, sondern fordert sie häufig gerade heraus. In welchem Umfang sie möglich ist, kann freilich hier noch nicht erörtert werden. Es ging nur darum, die generellen Mindestvoraussetzungen ergänzender Auslegung näher zu bestimmen.

119. Weitere Schwierigkeiten hat stets die *obere Grenze der ergänzenden Auslegung* bereitet. Das gilt schon für den Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie, wo als äußerste Linie der Ergänzung ein vermutlicher oder hypothetischer Parteiwille gesetzt oder die Formel der schweigenden Erklärung verwendet wurde.

Wie die untere, so ergibt sich auch eine obere Grenze erklärungsergänzender Auslegung aus der Unzulässigkeit des Eingriffs in den wirtschaftlichen Vorgang.<sup>157</sup> So können etwa Ergänzungen, die zu einer *Verschiebung der Risiko- verteilung* führen, nicht vorgenommen werden. Haben die Partner eines Vertrages auf der Basis der Gleichheit ihrer gegenseitigen Leistungen kontrahiert, so verbietet sich die Ergänzung des Erklärungstatbestandes durch eine, sei es auch

<sup>156</sup> FERRI unterscheidet zwischen *operazione economica* und *struttura mezzo*, vgl. Causa S. 264 f., 282 ff. Andeutungsweise aber vermengt mit willentheoretischen Erwägungen schon PERRENET, Rev. crit. lég. jur. 1906, 372. Obwohl FERRI's Unterscheidung zutrifft, können seine Schlußfolgerungen vgl. S. 290 ff., 322 nicht geteilt werden. Ergänzende Auslegung nach Art. 1340 Cc. it. betrifft nämlich nach FERRI den *assetto di interessi*, also die von der Ergänzung ausgeschlossene *operazione economica*. Ergänzung der *struttura mezzo* hingegen soll unter Art. 1374 Cc. it. fallen, während hier in Wahrheit das eigentliche Gebiet ergänzender Auslegung liegt. FERRI's Auffassung ist darauf zurückzuführen, daß er sich zu sehr von der Stellung der Art. 1340, 1374 Cc. it. im Gesetz leiten läßt, obwohl diese die sachliche Bedeutung der Vorschriften gegenüber dem Cc. fr. nicht verändert hat vgl. Nr. 57. Auf diese Weise vernachlässigt er zu sehr das hermeneutische Problem des Art. 1340 Cc. it.

<sup>157</sup> Andeutungsweise FLUME, AT Bd. II, S. 327 und BGH v. 22. 4. 1953 = BGHZ 9, 273 ff. (278) wonach eine Erweiterung des Vertragsgegenstandes ausgeschlossen ist. Vgl. auch RG v. 1. 4. 1916 = Warn. 1916 Nr. 157 und v. 19. 6. 1915 = RGZ 87, 211 ff.

verkehrsübliche Haftungsbefreiung zugunsten eines von ihnen.<sup>158</sup> Aber damit wird nur ein geringer Teil des Begrenzungsproblems erfaßt.

Verbreitet hat sich im übrigen die Auffassung durchgesetzt, daß die Zulässigkeitsgrenze der ergänzenden Auslegung im Vertrag selbst zu suchen sei. Die Lehre von der *Vertragslücke* verdankt dem ihre Entstehung. Fehlende Elemente des Erklärungsstatbestandes können danach ergänzt werden, wenn zwischen diesem und dem als vollständig und richtig gedachten Regelungsgefüge eine Differenz besteht, also der Erklärungsstatbestand hinter dem hypothetisch vollständigen Regelungsgefüge zurückbleibt.

Die hiergegen sprechenden Einwände hat LÜDERITZ<sup>159</sup> in einer ausführlichen Analyse vorweggenommen. Er schließt mit dem Ergebnis, daß bei der Vertragsinterpretation Feststellung und Schließung der Lücke notwendig zusammenfallen.<sup>160</sup> Die Lehre von der Vertragslücke kann daher nur eine Scheinlösung bieten. Nach der ausgewogenen Darstellung des Themas in der Schrift von LÜDERITZ ist es überflüssig, hierzu nochmals in Einzelheiten zu gehen. Wohl aber sind seine Ausführungen um einige Gedanken zu erweitern.

Bei LÜDERITZ fällt auf, daß er selbst eine feste obere Grenze für erklärungs-ergänzende Auslegung nicht setzt. Er beschränkt sich auf die Feststellung, daß erklärungs-ergänzende Auslegung insoweit zulässig ist, als sie noch zu einer individuellen und autonomen Regelung gegenüber der generellen und heteronomen des Gesetzes führt.<sup>161</sup> Das Thema der Auslegungsmaßstäbe (individuell-typisierend), das LÜDERITZ hier mit dem Auslegungsziel verbindet, ist jetzt nicht zu erörtern. Sicher trifft es angesichts der gesetzlichen Interpretationsvorschriften nicht

<sup>158</sup> Mit nicht ganz zutreffender Begründung östOGH v. 21. 11. 1956 = EVBl. 1957, 63. Zu weit Rechtbank Zwolle v. 20. 11. 1968 = NJ 1969, 187. Hof's-Gravenhage v. 13. 6. 1927 = NJ 1928, 984 lehnte entsprechend die ergänzende Einfügung eines Eigentumsvorbehalts ab. Hier ist auf den nicht weiter zu erörternden in Italien bekannten Streit hinzuweisen, ob Art. 1341 Abs. 2 Cc. it. auch für *clausole d'uso* gilt soweit es sich um Ergänzung von Verträgen handelt, die nicht auf der Basis allgemeiner Geschäftsbedingungen (dazu vgl. oben Fußn. 140) abgeschlossen wurden. Überzeugend ist das zwar von PAVONE LA ROSA, Polizza di carrico S. 165 ff.; ders. Encicl. dir. Bd. IX consuetudine (dir. priv.) Ziff. f. § 13 und ASCARELLI, Corso S. 410 verneint worden, dennoch haben die Befürworter nicht ganz Unrecht. Art. 1341 Abs. 2 Cc. it. enthält weitgehend Fälle, in denen das vertragliche Gleichgewicht zugunsten des Mächtigeren verschoben wird, worauf vor allem GIORDANO, contratti S. 166 hinweist. Daher kann diese Norm auch für das deutsche Recht Anhaltspunkte für die Grenze ergänzender Auslegung geben.

<sup>159</sup> Auslegung S. 401 ff.; vor ihm schon MESSINEO, Encicl. dir. Bd. IX contratto (dir. priv.) Nr. 92; KLANG-GSCHNITZER Anm. III, 2 c zu § 914 ABGB.

<sup>160</sup> Auffallend z. B. BETTI, Negozio giuridico S. 352 und Interpretazione S. 302. DISTASO, Giust. civ. 1951, 641 ff. bestimmt den zur Ergänzung eines Vertrages berechtigenden „scopo pratico“ selbst unter Umständen unabhängig von den Zielsetzungen der Parteien. Vgl. auch PIOTET, ZSR NF 80, I, 376 f. und 398: der hypothetische Parteiwille ist Kriterium der Lückenfeststellung und ihrer Schließung.

<sup>161</sup> Auslegung S. 409; ähnlich schon bei MOSSA, ArchRWPhil. 1923, 544 ff. (allerdings verwendet er den Begriff der Lücke).

zu, daß Auslegung nur auf Individualität hin ausgerichtet ist. Löst man sich von der einseitigen Formel von LÜDERITZ, und erweitert sie entsprechend dem gesetzlichen Auslegungskatalog, so *ergeben die Auslegungsmaßstäbe selbst*, je nach ihrer gleich noch näher zu bestimmenden Anwendbarkeit, *die obere Grenze der erklärungsergänzenden Auslegung*.<sup>162</sup> Dabei ist erstens das gesetzlich vorgesehene Rangverhältnis der Auslegungsmaßstäbe untereinander und zweitens ihr Verhältnis zum auszulegenden Vertrag maßgeblich.<sup>163</sup> Teilweise handelt es sich also um Auslegungsmethode, teilweise um Wertungen.<sup>164</sup>

#### *IV. Abschließende Beurteilung des Erklärungsproblems im Hinblick auf Verkehrssitten*

Nur einer mechanischen Vorstellung des Abschlusses von Verträgen ist es zuzuschreiben, daß als Auslegungsgegenstand des § 133 BGB die einzelnen Willenserklärungen betrachtet werden. Nach dem Cc. gilt der Vertrag als einheitlicher Auslegungsgegenstand und werden die einzelnen Erklärungen als Elemente betrachtet. Da Verträge Regelungsgefüge sind, wird dem Erklärungsstatbestand so der Ausschließlichkeitswert genommen. Die Auslegung richtet sich auf die Herstellung dieses Regelungsgefüges.

Die ganzheitliche Betrachtung des Vertrages ist in § 157 BGB auch in das deutsche Recht übernommen worden. Sie widerspricht § 133 BGB nicht, da die Gesetzesverfasser nicht deutlich zwischen Willenserklärung und Rechtsgeschäft unterschieden. Da nun erst der Vertrag Rechtsgeschäft ist, geht insoweit für die Vertragsauslegung der Auslegungsgegenstand des § 133 in § 157 BGB auf. Der Unterschied beider Vorschriften betrifft nur die Auslegungsmaßstäbe.

Da Verträge Regelungen und nicht Willenserklärungen sind, kann bei diesem Verständnis des Gesetzes die ergänzende Auslegung sachgerecht eingeordnet wer-

<sup>162</sup> Illustrativ ist der Fall in Trib. civ. Seine v. 8. 6. 1909 = S. 1911, 2, 59; andeutungsweise im hier vertretenen Sinne BARASSI, obbligazioni Bd. II, 232 f. und scheinbar BGH v. 3. 4. 1957 = WM 1957, 671 ff.

<sup>163</sup> Entsprechend YUNG, ZBJV 1961, 42 ff., 63. Nicht eindeutig ESSER, SchR (2) S. 44, der unter dem Scheinvorgang der Lückenfüllung ausführt, daß sich ergänzende Auslegung gemäß § 157 BGB nach der Individualverfassung des Vertragswerkes beurteilt. Aber S. 45 fährt er fort – und hier liegt das kritische Moment – daß eben diese Individualverfassung (wörtl.: der Individualsinn) ebenfalls nach den Maßstäben des § 157 BGB zu ermitteln sei. Vgl. aber auch SchR (3) Bd. I, S. 19 f., wo der Gedanke der Individualverfassung anscheinend aufgegeben ist. Offenbar auch BGH v. 3. 4. 1957 = LM A 5 § 133 BGB (die Verkehrssitte wird nicht dem individuellen Vertragszweck unterstellt, sondern neben diesen gesetzt).

<sup>164</sup> CATAUDELLA S. 117 behauptet hingegen, Auslegung über den Erklärungsbestand hinaus sei nur zulässig, wo ein logisches Bedürfnis sie erfordere. Der logische Zusammenhang ergibt sich jedoch aus dem ambiente sociale und dem Zweck des Vertrages S. 127 ff. Damit muß CATAUDELLA die wertneutrale Logik verlassen und die Ergänzungsbedürftigkeit des Vertrages sachlich wertend feststellen. So muß der Vorwurf, den er S. 114 ff. gegen die Autoren erhebt, die ergänzende Auslegung über das logisch Notwendige hinaus zulassen, ihn selbst treffen.

den: sie ist ordentliche Vertragsauslegung. Ihre Grenze liegt deshalb dort, wo der rechtsgeschäftliche Handlungsentschluß ersetzt oder verändert werden muß. Das ist der Fall, sobald es sich um den wirtschaftlichen Vorgang handelt. Das eigentliche Gebiet der ergänzenden Auslegung liegt daher bei den rechtstechnischen Einzelfragen, die den Erfolg des wirtschaftlichen Vorgangs sichern sollen. Insofern können ihre Grenzen aber nicht von sogenannten Vertragslücken abhängig gemacht werden. Lücken sind nur in Richtung auf vorgegebene Ordnungen denkbar. Da solche Ordnungen hier fehlen, können die Grenzen der ergänzenden Auslegung nur nach der gesetzlichen Wertung und methodischen Anwendbarkeit der Auslegungsmaßstäbe selbst gezogen werden.

Für die auslegende Rolle der Verkehrssitten ergibt sich demnach, daß sie nicht auf Deutung unklarer Erklärungen beschränkt sind. Damit entfällt ein weiteres Argument für eine besondere Funktion von Verkehrssitten nach § 242 BGB oder Art. 1135 Cc.fr. Auch nach diesen Vorschriften können Verkehrssitten nicht den wirtschaftlichen Vorgang als solchen ersetzen, denn sie knüpfen an ein bestehendes Vertragsverhältnis an. Den Verkehrssitten bleibe hier folglich gerade der Wirkungsbereich, der zur ergänzenden Auslegung gehört und von § 157 BGB bzw. Art. 1160 Cc. erfaßt wird.

### § 3. Verkehrssitten als Auslegungsmaßstäbe

#### I. Einführung

120. Nach den Untersuchungen zum Willens- und Erklärungsproblem ist die am Ende des vorigen Kapitels offen gebliebene Frage entschieden. Als Auslegungsmittel haben Verkehrssitten unklare Verträge zu deuten und gegebenenfalls zu vervollständigen. Damit wird § 242 BGB hinsichtlich der ergänzenden Vertragskorrekturen bedeutungslos und scheidet somit für die weitere Erörterung aus. Zu prüfen bleibt, welchen sachlichen Wert Verkehrssitten bei der ihnen zufallenden Aufgabe der Auslegung besitzen. Es muß deshalb jetzt auf das bereits angedeutete Wertungsproblem, das vom positivrechtlichen Vertragsverständnis abhängt,<sup>165</sup> eingegangen und die Auslegungsmethode genauer untersucht werden.

---

<sup>165</sup> ZEYLEMAKER, NJV 1948, 83; HOETINK, Ind. t. v. h. r. 1933, 950; REICHEL, Stammler-Festschr. S. 307. Privatinstitutionen, die Sammlungen von Verkehrssitten vornehmen, können deshalb nicht deren Anwendbarkeit bestimmen, wie es gelegentlich geschieht, vgl. Nr. 60: Auf die rein vertragsrechtliche Natur des Themas weist BG v. 18. 7. 1911 = BGE 37, II, 410 ausdrücklich hin (arbeitet dabei allerdings mit einer Willensvermutung); vgl. entsprechend schon v. 24. 10. 1908 = BGE 34, II, 640 (betreffend Züricher Platz-usancen für den Seidenhandel) und v. 27. 9. 1927 = BGE 53, II, 310. Widersprüchlich SCHLEGELBERGER HGB, wo einerseits erklärt wird, die Anwendung von Handelsbräuchen folge aus dem Gesetz, andererseits aber für den überstaatlichen Verkehr festgestellt wird, internationale Gebräuche entscheiden über Anwendung eines nationalen Handelsbrauchs, Vgl. Rdz. 29, 38 zu § 346 HGB.

121. Abzulehnen ist zunächst die begriffsjuristische Form der *Erklärungstheorie*, die zur ausschließlich-typisierenden Interpretation gelangt, weil sie die Willensermittlung ablehnt. Sie geht dabei von dem oben erwähnten Fehlschluß aus,<sup>166</sup> daß alle individuellen Auslegungskriterien ausscheiden, sobald der Wille für unerheblich erklärt ist. Die Frage nach der positivrechtlichen Wertung des Vertrages wird auf diese Weise ausgeschaltet. Schon aus diesem Grunde kann auf eine weitere Erörterung dieser Interpretationstheorie verzichtet werden, denn der formale Ansatzpunkt verhindert sowohl eine Stellungnahme zu den sachlichen Anwendungsvoraussetzungen der Verkehrssitte als auch zum Verhältnis individueller und typisierender Interpretation.

122. Das methodische Problem verkennt hingegen die gleichfalls schon geschilderte Lehre, die eine Anwendung von *Verkehrssitten* nur deshalb für möglich hält, weil sie selbst *Rechtsnormen* darstellen. Soweit sich hier soziologische Rechtsvorstellungen oder willentheoretische Fehldeutungen ausgewirkt haben, sind die erforderlichen Einwände schon vorgebracht worden.<sup>167</sup> Davon abgesehen sind die vertragsrechtlichen Konsequenzen, die sich für die normative Theorie aus der zwangsläufigen Vernachlässigung der Interpretationsmethode ergeben, bedenklich.

Werden bei der Auslegung eines Vertrages Rechtsnormen angewendet, so sind es die Auslegungsvorschriften, nicht die Verkehrssitten auf die diese verweisen.<sup>168</sup> Werden dennoch in Verkehrssitten Normen und sogar Rechtsnormen gesehen, so besteht die Gefahr, daß Vertragsauslegung zur Vertragskontrolle wird.<sup>169</sup>

Weiter wird die Auslegung mit allen Schwierigkeiten der Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre belastet und methodenfremden Einflüssen ausgesetzt.<sup>170</sup> Betrachtet z. B. der Interpret eines Börsenvertrages eine an der Frankfurter Börse geübte Verkehrssitte als Rechtsnorm, so kann er sich auf eine hermeneutische Prüfung nicht mehr einlassen. Stattdessen muß er feststellen, unter welchen Voraus-

<sup>166</sup> Vgl. oben Nr. 102 und Fußn. 101 (zu oben Nr. 107).

<sup>167</sup> Vgl. oben Nr. 55.

<sup>168</sup> Verkannt bei DANZ, Auslegung S. 131 f.; RG v. 6. 1. 1922 = JW 1922, 706 und PABBRUWE S. 119 (zu Art. 1383 BW).

<sup>169</sup> Das Problem ist neuerdings in Frankreich anlässlich des im IV. Kap. Fußn. 28 zitierten Falles bedeutsam geworden. Betrachtet man usages als Rechtsnormen, so werden Verträge, die sich üblicherweise entwickeln, auch bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung zu Nominatverträgen mit normativ festliegender cause. Jeder Vertrag, der dem Typus nicht entspricht, ist mangels cause unwirksam. Entsprechend urteilte das Gericht und CORNU stimmt dem Rev. trim. civ. 1967, 189 f. zu, weil der strittige Vertrag nicht dem kraft usage entstandenen „contrat de lancement“ entsprochen habe. Die hier der Vertragsfreiheit erwachsenden Gefahren sind nicht zu übersehen und deshalb ist ESMEIN, S. 1899, II, 217 zuzustimmen, der in einer entsprechenden Situation dagegen Stellung genommen hatte, daß der damals noch gesetzlich unregelte Verlagsvertrag kraft usage zum Nominatvertrag mit festliegender cause wird. Daß der zit. Fall sich auch mit den herkömmlichen dogmatischen Argumenten lösen ließ, wurde bereits dargelegt.

<sup>170</sup> Zutreffend insoweit die Kritik von SACHSE, AcP 1927. 311 f. an DANZ.

setzungen Verkehrssitten zu Rechtsnormen werden, ob sie als örtliches Recht möglich und inhaltlich verfassungsgemäß sind und schließlich, nach welchen intertemporalen und interlokalen Konfliktsnormen sie anzuwenden sind.

123. Da die Anwendung der Verkehrssitten davon abhängt, wie das Gesetz den Vertrag bewertet, können *Auslegungsvorschriften nicht als bloße Anleitungen zu praktischer Logik*<sup>171</sup> verstanden werden. Sie besitzen vielmehr auch einen materiellrechtlichen Inhalt und sind insoweit der Entwicklung des positiven Vertragsrechts unterworfen. Beispielhaft ist dafür das östABGB. In der Erstfassung von 1811 erwähnen die Auslegungsvorschriften §§ 863 und 914 Verkehrssitten nicht. Das Gesetz verfolgte einen liberal-individualistischen Kurs und so lehnten die Gerichte Verkehrssitten sogar als Ausdruck stillschweigenden Parteiwillens ab.<sup>172</sup> Im Jahre 1862 trat das AHGB in Kraft, nach dessen Art. 279 auf Handelsgebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Langsam ging in den folgenden Jahrzehnten die Rechtsprechung dazu über, die Regel im gesamten Schuldvertragsrecht anzuwenden.<sup>173</sup> In der dritten Teilnovelle von 1913 bestätigte der Gesetzgeber die Gerichtspraxis durch Neufassung der Auslegungsvorschriften des ABGB. Die Abkehr von der individualistischen Vertragswertung war damit gesetzlich sanktioniert und Auslegung auf Übungen eines redlichen Verkehrs hin ausgerichtet. Die Rechtsprechung ging bald auch darüber hinaus. Sie löste den Vertrag von den Erklärungen der Partner und ließ Verkehrsgebräuche auf seine Ergänzung einwirken.<sup>174</sup>

124. Die österreichische Entwicklung zeigt zwar, daß die auslegende Bedeutung der Verkehrssitten vom jeweiligen Rechtszustand abhängig ist. Wie in allen anderen deutschsprachigen Rechtsordnungen und dem Cc. bleibt aber der Grund typisierender Auslegung offen. Vor allem ist den Gesetzen nicht zu entnehmen, ob hinter ihr ein *wertbezogenes Prinzip* oder ein bestimmter *funktionaler Vertragsbegriff* steht. In den neueren Interpretationslehren erscheinen beide Gesichtspunkte: der erste in der Vertrauenstheorie, der zweite in der Lehre von der sozialen Typisierung des Vertrages. Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden. Zunächst geht es darum, unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Verkehrssitte angewendet werden darf, sobald die Stufe typisierender Auslegung erreicht ist. Sodann handelt es sich um das Verhältnis von individueller zu typisierender Auslegung. Entsprechend den Zielen dieser Arbeit wird zunächst nur die erste Frage geprüft, ohne daß damit der Vorrang typisierender vor individueller Auslegung behauptet werden soll.<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> So Motive BGB Bd. I, S. 155; HENCKEL, AcP 1960, 121; FLUME, JT-Festschr. Bd. I, S. 195.

<sup>172</sup> Nachweise bei TILSCH, ABGB Festschr. Bd. II, S. 42.

<sup>173</sup> STAUB-PISKO, Anm. V § 20 zu Art. 279 AHGB.

<sup>174</sup> Vgl. KLANG-GSCHNITZER Anm. III, 2 c, d zu § 914 ABGB.

<sup>175</sup> Vgl. dazu Nr. 136 und 140.

## II. Anwendung von Verkehrssitten nach dem Vertrauensprinzip

125. Die wertende Vertragsauslegung beginnt mit der Wiederentdeckung des *Vertrauensprinzips* vor allem durch JHERING.<sup>176</sup> In der Folgezeit wird dieses Prinzip als Auslegungsgrundsatz so weit ausgebaut, daß ihm heute die deutschsprachige Literatur allgemein zustimmt. Zurückhaltender und seltener sind dagegen seine Befürworter in den Ländern des Cc.<sup>177</sup> Dies verdient besondere Aufmerksamkeit, da auch dort erkannt wurde, daß die herkömmlichen Interpretationstheorien versagen.

126. Trotz der Verbreitung des Vertrauensprinzips läßt sich von keiner einheitlichen Theorie sprechen. Einigkeit besteht nur darin, daß es bei der Vertragsauslegung um Zurechnungsprobleme geht. Auf die richtigen Ansätze dieser Betrachtungsweise ist schon hingewiesen worden.<sup>178</sup> Die Zurechnungskriterien unterscheiden sich aber erheblich und es wurde deshalb auch oben von mehreren Vertrauenstheorien gesprochen.

Teilweise wird das Vertrauensprinzip mit dem *Gemeinschaftsgedanken*<sup>179</sup> verbunden und dabei bisweilen irreführend als „Erklärungstheorie“<sup>180</sup> bezeichnet. Ausdrücke und Geschehnisse haben danach Zeichenwert immer innerhalb einer weiteren oder engeren Gemeinschaft. Deshalb muß sich der Erklärende das Erklärte im gemeinschaftsüblichen Sinn zurechnen lassen. Das Vertrauensprinzip verlangt, daß er als verantwortlicher Rechtsgenosse die gemeinschaftsbedingten Verständnismöglichkeiten des anderen Teils berücksichtigt.<sup>181</sup> Dabei wird die

<sup>176</sup> Vgl. dazu vor allem die eingehende Analyse bei MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 85 ff. Danach leitete JHERING das Vertrauensprinzip aus culpa in contrahendo ab und vermengte Auslegung mit haftungsrechtlichen Fragen. Ähnlich PFENNINGER, Übung und Ortsgebrauch S. 19; LANGE S. 271 und andeutungsweise JOSSE RAND, Rev. trim. civ. 1937, 15, 25.

<sup>177</sup> Vgl. GOUNOT S. 146 f. In Italien vor allem BETTI, *Negoziio giuridico* S. 349, der von der deutschen Dogmatik beeinflusst ist. Ihm folgend SANTORO-PASSARELLI S. 229; BARASSI, *Obbligazioni* Bd. II, 232 f.; GIORDANO, *contratti* S. 157 ff. Anklänge bei TUNC, *Mélanges Ripert* Bd. II, S. 136 ff. (153, 155); Cass. it. v. 22. 8. 1953 Nr. 2841 = *Foro it. rép.* 1953. *obbligazioni et contratti* Nr. 164; bei DELAMARRE-LE POITVIN Bd. I, S. 57 vermengt mit der Annahme, Auslegung nach Verkehrssitten sei Anwendung von „usages-lois“ (S. 55); Cass. belge v. 29. 5. 1947 = P. B. 1947, I, 218 in Verbindung mit einem *postulat de volonté*; unklar auch DEL MARMOL, *Dr. comm. terr.* Bd. I, S. 53 und 55; *Trib. comm. Bruxelles* v. 31. 12. 1947 = *Jur. comm. Brux.* 1948, 1 ff.

<sup>178</sup> Vgl. oben Nr. 101.

<sup>179</sup> Vgl. MANIGK, *Verhalten* S. 96 ff.; LARENZ, *Auslegung* S. 70; FISCHER, *Handelsusanz* S. 11, 28 f.; GOUNOT S. 142; OFTINGER, *ZSR NF* 58, 186 f.; EGGER, *Züricher Kommentar* Nr. 13, 16 zu Art. 2 ZGB; vorausgesetzt offenbar in BG v. 13. 9. 1888 = BGE 14, 476 und LG Stade v. 24. 10. 1955 = BB 1956, 94.

<sup>180</sup> Z. B. östOGH v. 3. 7. 1957 = EVBl 1957, 397 als Wirkung der Vertrauensstheorie bezeichnet.

<sup>181</sup> Vgl. v. BÜREN S. 171: „Der Inhalt der Vertragserklärung ist nach Vertrauensgrundsätzen, also nach dem zu bestimmen, was im Verkehr üblich ist.“ LARENZ, *Aus-*

Grenze der Verständnismöglichkeit letzten Endes Treu und Glauben oder Billigkeit unterstellt.<sup>182</sup> Will der Erklärende etwas anderes, so muß er das seinem Partner gegenüber zum Ausdruck bringen.<sup>183</sup>

Vorwiegend nach der schweizerischen Literatur beherrscht dagegen das Vertrauensprinzip die Auslegung, weil Verträge *individuelle Treuverhältnisse*<sup>184</sup> begründen. Aus dem Treugedanken folgt, daß die Vertragsauslegung von der individuellen gegenseitigen Verbundenheit der Partner auszugehen hat.<sup>185</sup> Weil diese individuelle Verbundenheit den Beteiligten auferlegt, sich mit zumutbarer Klarheit zu äußern, bzw. sich bei der Deutung zumutbar anzustrengen, wurde diese Form der Vertrauentheorie auch als Theorie des Sichverständlichmachens bezeichnet.<sup>186</sup> Individuelle Auslegung ist bei dieser Betrachtungsweise vorrangig. Nur subsidiär wird auch mittels typisierender Maßstäbe ausgelegt, um nach Treu und Glauben das Geschäft nicht scheitern zu lassen.<sup>187</sup>

127. Zu den deutlichen Anliegen beider Richtungen der Vertrauentheorie gehört die Klärung des Verhältnisses von individueller zu typisierender Auslegung. Dieses Problem wird jedoch, wie gesagt, zurückgestellt. Hinsichtlich der typisierenden Auslegung scheint die Aufgliederung der Vertrauentheorie in zwei Richtungen anzudeuten, daß ihr eine endgültige Lösung nicht gelungen ist. Dies gilt zunächst für die Auslegung eines vorhandenen Erklärungstatbestandes. Noch fraglicher ist aber, ob die Vertrauentheorie zur erklärungsergänzenden Auslegung etwas beisteuern kann. Ausgangspunkt für das Eingreifen des Vertrauensprinzips ist das Verständnisvermögen der Vertragspartner. Dieses kann jedoch nach erstem Anschein nur eine Rolle spielen, soweit Erklärungen vorliegen. Ist

---

legung S. 72: „im allgemeinen diejenige Bedeutung, die in dem Lebenskreis, dem der Erklärende zugehört, als die übliche gilt“. Ebenso AT S. 342; v. TUHR, AT Bd. II, 1, S. 535 f., der damit Bd. I, S. 30 f. anscheinend noch willentheoretische Gedanken verbindet.

<sup>182</sup> LARENZ, Auslegung S. 76; AT S. 344 f. mit geringfügigen Verschiebungen zugunsten des Adressaten; EBEBECKE, JherJb. 1920, 7 f.; v. BÜREN S. 128, 170.

<sup>183</sup> LARENZ, Auslegung S. 72; noch deutlicher AT S. 345; FISCHER, Handelsusanz S. 26.

<sup>184</sup> HUG, JZ 1968, 74; MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 131; KELLER, schwJZ 1961, 313 f.; scheinbar DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 167; BECKER, Berner Kommentar Nr. 6, 11, 19 zu Art. 18 OR (mit Rückgriff auf den Parteiwillen); auch noch MANIGK, Willenserklärung S. 459 und Auslegung S. 219, Verantwortlichkeit gegenüber dem Partner. Der Übergang MANIGK's zum Gemeinschaftsprinzip vgl. FußN. 179 ist offensichtlich ideologisch bedingt. Auch finden sich Auslegung S. 195 f. noch Anklänge an das Willensprinzip.

<sup>185</sup> Vgl. etwa die Formulierung von ESSER, SchR (2) S. 101, wo allerdings das Vertrauensprinzip ausschließlich im Rahmen des § 242 BGB behandelt wird. Hinsichtlich der Auslegung vgl. SchR (3) Bd. I, 19.

<sup>186</sup> KELLER, schwJZ 1961, 315. Vgl. auch ähnliche Gedanken bei BAILAS S. 42 ff. im Anschluß an WIEACKER, OLG-Celle-Festschr. S. 278. Bei BAILAS erscheint der Begriff der Zumutbarkeit nur indirekt S. 43.

<sup>187</sup> MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 139.

ein Erklärungstatbestand nur unvollkommen vorhanden, so scheint es zwecklos, den Interpreten auf die Verständnismöglichkeiten des Erklärungsempfängers zu verweisen.

128. Wird vom Gemeinschaftsgedanken ausgegangen, so ergibt sich eine Auslegung nach typisierenden Maßstäben, weil Erklärungen oder Handlungen Zeichenwert in einer Sozialgemeinschaft haben. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip muß folglich versagen, wenn die *Beteiligten nicht der gleichen Gemeinschaft angehören*. Dies ist zunächst bei Vertragspartnern der Fall, die aus verschiedenen Sprachgemeinschaften kommen. Bei der Verflechtung der Märkte tritt diese Situation in zunehmendem Maße ein.<sup>188</sup> Viel häufiger geschieht es freilich, daß die Partner verschiedenen sozialen oder wirtschaftlichen Gruppen angehören. Hierzu kann auf den oben zitierten Fall<sup>188a</sup> der handelsüblichen Bedeutung der Klausel „franco-bord“ im französisch-nordafrikanischen Seefrachtverkehr hingewiesen werden. Derartige Fälle lassen sich heute beliebig vermehren, da mit der technischen Spezialisierung auch die Aufgliederung des Wirtschaftsverkehrs voranschreitet. Die in solchen Situationen fehlende gemeinschaftliche Basis von der die Vertragspartner ausgehen könnten, schließt eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip aus.<sup>189</sup> Entweder läßt man daher die Auslegung scheitern oder es muß nach einem anderen Leitprinzip gesucht werden.<sup>190</sup>

Eine weitere Schwierigkeit bildet die *Zuordnung der Partner zu einer Gruppe*, aus der sich ergibt, ob die Kenntniss der einschlägigen Verkehrssitte gefordert werden kann. Schon bei der Entstehung von Verkehrssitten wurde erörtert, wie schwer es ist, den soziologisch offenen Gruppenbegriff zu umgrenzen. Hier soll aber nicht mehr der Gruppenbegriff festgelegt, sondern eine bestimmte Person der Gruppe zugeordnet werden. Diese Zuordnung kann entweder nach sachlichen oder persönlichen Kriterien vorgenommen werden.

Wählt man den ersten Weg, dann genügt schon der Abschluß eines Geschäfts, um die Vertragspartner der Gruppe zuzurechnen. Das Vertrauensprinzip wird dabei gegenstandslos. Es besagt nur noch, daß derjenige, der ohne besondere Absprachen ein Geschäft vornimmt, die dabei üblichen Gebräuche kennen und sich zurechnen lassen muß.<sup>191</sup> An die Stelle des Vertrauensprinzips tritt so eine am

<sup>188</sup> Vgl. auch WIEACKER, JZ 1967, 388.

<sup>188a</sup> Oben Nr. 114.

<sup>189</sup> Es sei denn, daß willkürlich ein Anknüpfungspunkt gesetzt wird, so etwa bei FISCHER, Handelsusanz S. 28 f. der Ort des Vertragsabschlusses; aber diese Betrachtung ist zu formalistisch. Näheres vgl. Nr. 148.

<sup>190</sup> So will beiläufig LÜDERITZ, Auslegung S. 301 in solchen Fällen das Willensprinzip in Verbindung mit Unterrichtsobliegenheiten des Erklärungsempfängers eingreifen lassen. Offen bleiben Voraussetzung und Umfang dieser Obliegenheiten. Außerdem versagt diese Lösung, wenn beide Parteien sich über das Bestehen der Verkehrssitte keine Gedanken gemacht haben, der Vertrag aber gleichwohl auslegungsbedürftig ist. Zweifelfund zur Verwendbarkeit des Gedankens der Obliegenheiten auch FLUME, JT-Festschr. Bd. I, S. 196 f.

<sup>191</sup> Z. B. HEINI, schwJZ 1958, 116 f. oder BG v. 13. 9. 1888 = BGE 14, 476; RAISER,

Vertrag selbst orientierte Auslegung. Deshalb ist etwa LARENZ zuzustimmen, wenn er die Auslegung von Verträgen, die auf der Grundlage verbreiteter AGB abgeschlossen werden, nicht mehr auf das zurechenbare Verständnis des anderen Partners, sondern den Typ der Regelung stützt.<sup>192</sup> Es ist aber zu fragen, weshalb dieses Verfahren auf AGB-Verträge beschränkt sein soll.<sup>193</sup>

Ermittelt man die Gruppenzugehörigkeit nach persönlichen Kriterien, so wird die Zuordnung noch schwieriger. Diese Kriterien sind so vielfältig, daß der jeweiligen Auswahl stets mangelnde Überprüfbarkeit anhaftet. Vermutlich erklärt sich daraus, daß die Verständnismöglichkeiten der Partner gelegentlich nach Treu und Glauben oder der Vernünftigkeit beurteilt werden.<sup>194</sup> Auf diese Weise wird freilich das Vertrauensprinzip durch das Billigkeitsprinzip ersetzt.<sup>195</sup> Es spricht für sich, daß dabei Autoren, die grundsätzlich vom gleichen Prinzip ausgehen, bei der Lösung eines konkreten Falles zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangen.<sup>196</sup>

129. Begründet man das Vertrauensprinzip mit dem *individuellen Treueband*, dann wird eine Auslegung nach typisierenden Maßstäben überhaupt fragwürdig. Allenfalls kann hier die Auslegung am Vorstellungsvermögen des Erklärungsadressaten ausgerichtet werden. Damit wird aber *nur die psychologische Interpretationslehre umgekehrt*.<sup>197</sup> Der Übergang zu typisierender Auslegung geschieht in Form von Verständnisvermutungen. So stellt etwa LÜDERITZ<sup>198</sup> bei Fehlen besonderer Kriterien zugunsten des Vertrauensschutzes eine „Faustregel“<sup>199</sup> auf: „Von unterschiedlich tatsächlich gewollten und tatsächlich verstandenen Erklärungsinhalt ist maßgebend, was den allgemeinen Sprach- und

AGB S. 166. Kennzeichnend BGH v. 3. 2. 1967 = MDR 1967, 482 f.; SACHSE, AcP 1927, 298 (anders S. 301); EBBECKE, JherJb. 1920, 3 (anders S. 4); vgl. den bei EHRlich, Willenserklärung S. 32 zitierten Kontokorrentfall; DOVE, JW 1922, 692; TITZE, Mißverständnis S. 89, 136; unklar COSACK, HGB S. 236.

<sup>192</sup> LARENZ, SchR Bd. I, S. 95 f.; vgl. auch Fußn. 207.

<sup>193</sup> In diesem Sinn zutreffend die Kritik von FLUME, JT-Festschr. Bd. I, S. 196 (oben).

<sup>194</sup> LARENZ, Auslegung S. 75 f.; SANTORO-PASSARELLI S. 229; Giordano, contratti S. 157 ff. Vgl. auch ESSER, SchR (3) Bd. I, S. 19 (das Vertrauensprinzip wird dem Vernünftigen, Sachgemäßen untergeordnet).

<sup>195</sup> Z. B. bei PISKO, Handelsrecht S. 131 im Hinblick auf Börsengeschäfte. Auslegung nach dem Vertrauensprinzip wird hier freie bona-fides-Interpretation i. S. von LEONHARD, AcP 1922, 56, 58. Vgl. auch LEHMANN-HÜBNER S. 212.

<sup>196</sup> So im bekannten Stockwerksfall HARTMANN, JherJb. 1882, 36 und LARENZ, Auslegung S. 73 f.

<sup>197</sup> Vgl. dazu schon Fußn. 87.

<sup>198</sup> Die Auslegungslehre von LÜDERITZ ist freilich umfassender von der Funktion des Rechtsgeschäfts her entwickelt. Vgl. Auslegung S. 76 ff. Daraus ergeben sich für ihn vier Leitprinzipien der Auslegung, d. h. Willens- und Vertrauensschutz, Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitserwirklichung aaO S. 79 ff. Die Auslegung nach Verkehrssitten erscheint bei ihm praktisch jedoch nur im Zusammenhang mit dem Willens- und Vertrauensschutz.

<sup>199</sup> Auslegung S. 299.

Erfahrungssätzen am nächsten kommt.“ Nahezu unverändert findet sich bei LÜDERITZ das gleiche Argument hinsichtlich der Rolle der Verkehrssitten beim Willensschutz. Dort soll nämlich ein Rückgriff auf Verkehrssitten deshalb möglich sein, weil sie die Erfahrungssätze liefern, mit deren Hilfe eine Brücke zwischen dem wahrnehmbaren Verhalten und dem steuernden Willen geschlagen werden kann.<sup>200</sup>

Es muß erst noch begründet werden, weshalb bei fehlendem Einverständnis der Partner die Wertung des Vertrages als eines individuellen Treuebandes zur typisierenden Auslegung führen soll. Von der individuellen Richtung der Vertrauenstheorie ist diese Begründung bisher nicht gegeben worden.<sup>201</sup> Typisierende Auslegung hat zur Folge, daß der Vertrag so ausgelegt wird, wie ihn jedermann versteht und berücksichtigt die individuellen Beziehungen gerade nicht.

130. Zu prüfen ist noch die Bedeutung des *Vertrauensprinzips* für die *ergänzende Auslegung*. Da hierbei durchwegs nur das Fehlen einer vertraglichen Absprache, nicht aber die dafür maßgeblichen Ursachen festzustellen sind, findet das Vertrauensprinzip keine Anknüpfungsläche.<sup>202</sup> Lassen sich hingegen die Ursachen des Erklärungsmangels ermitteln, so kann auf das Vertrauensprinzip verzichtet werden, weil dann regelmäßig individuelle und unmittelbar vertragsbezogene Ergänzungsmittel gegeben sind.

Die Unverwendbarkeit des Vertrauensprinzips im Rahmen ergänzender Auslegung kommt in der Literatur deutlich zum Ausdruck. Teilweise wird unbedenklich ein Verständigungsakt der Partner fingiert und daraus das Eingreifen des Vertrauensprinzips abgeleitet; teilweise wird es nur noch nominell beibehalten und zu anderen Auslegungshilfen gegriffen.

Die wohl merkwürdigste aber in ihrer extremen Art charakteristische Konstruktion eines Verständigungsaktes findet sich bei KELLER, wenn er vom hypothetischen Verstehen des hypothetischen Sich-Verständlichmachens spricht,<sup>203</sup> dessen Sinn nach dem Vertrauensprinzip beurteilt wird. Bei LARENZ hingegen,

<sup>200</sup> Auslegung S. 321 f.

<sup>201</sup> Kennzeichnend SCHMIDT-RIMPLER, AcP 1941, 193. Haben sich die Partner tatsächlich nicht verständigt, so soll der Grundsatz der Verkehrssicherheit die Auslegung beherrschen. Aber S. 136 ff. heißt es: Schutz der Verkehrssicherheit bedeute, daß der Einzelne sein Sondersüppchen am Feuer der Gemeinschaft koche und dies könne nur in Ausnahmefällen zugelassen werden. Über das Problem geht z. B. auch BAILAS S. 39 hinweg. MEIER-HAYOZ, Vertrauensprinzip S. 139 und SACHSE, AcP 1927, 299, 305 setzen den Übergang zur typisierenden Auslegung als gegeben voraus. Erkannt wird das Problem von GUHL, ZSR NF 71, I, 165. Als Begründung weist er jedoch nur auf den hier nicht einschlägigen Art. 5 ZGB hin.

<sup>202</sup> Vgl. GUHL, ZSR NF 71, I, 166 f. Obwohl LÜDERITZ sich neben dem Willensschutz in besonderem Maße für den Vertrauensschutz ausgesprochen hat, greift er bei der ergänzenden Auslegung nur beiläufig darauf zurück, vgl. Auslegung S. 416. Übersehen wird das Fehlen einer Anknüpfungsmöglichkeit des Vertrauensprinzips in BGH v. 1. 12. 1965 = MDR 1966, 230 f.

<sup>203</sup> schwJZ 1961, 317.

der zutreffend davon ausgeht, daß die ergänzende Auslegung an verstehbare Erklärungselemente nicht anknüpfen kann,<sup>204</sup> wird das Vertrauensprinzip weitgehend verdrängt. Ergänzende Auslegung ist für ihn Ergänzung des Geschäfts aus seinem Zusammenhang, und „lediglich an den Verständnismöglichkeiten der Beteiligten zu messen und dabei das Sachgemäße und Richtige zu erforschen“.<sup>205</sup> Das Vertrauensprinzip und die Verständnismöglichkeiten der Partner sind hier nicht mehr Grundlage der ergänzenden Auslegung, sondern nur noch deren äußerste Grenze. Als solche sind sie nicht mehr beherrschende Maßstäbe und treten schließlich ganz zurück. Die Ergänzung des Vertrags beurteilt sich nach dem Sachgemäßen und Richtigen oder nach dem Zweck und Sinnzusammenhang des Geschäfts.<sup>206</sup> Weiter taucht noch der Gedanke auf, Geschäfte, die einem Sozialtypus entsprechen, nach dem Modell des Typus zu ergänzen.<sup>207</sup>

131. Wird das Vertrauensprinzip bei der erklärungsergänzenden Auslegung verdrängt, so ergeben sich außer den obigen Einwänden noch zusätzliche Zweifel an seiner Rolle bei der Erklärungsauslegung. Da ergänzende und ordentliche Auslegung nicht logisch voneinander zu trennen sind, können sie nicht unterschiedlichen Maßstäben unterstellt werden.<sup>208</sup> Noch einmal sei auf das Beispiel der „franco-bord“ Klausel hingewiesen. Wollte man die Auslegung der Erklärungen „franco-bord“ zunächst nach dem Vertrauensprinzip beurteilen, so gelangt man zur endgültigen Zweideutigkeit: Der Kaufmann aus Marseille und sein nordafrikanischer Partner redeten aneinander vorbei. Man müßte nun ergänzend auslegen und die unklar gebliebene Klausel ersetzen. Geschieht dies nach sachbezogenen Kriterien, statt nach dem Vertrauensprinzip, so wird durch eine künstliche Konstruktion der Auslegungsvorgang zweigeteilt. Im Ergebnis wird dabei das Vertrauensprinzip aufgegeben.

### III. Anwendung von Verkehrssitten durch vergleichende Auslegung

132. Die Vertrauenstheorie kann das methodische Problem der Vertragsauslegung nicht lösen, weil sie zu sehr von den einzelnen Willenserklärungen aus-

<sup>204</sup> LARENZ, Auslegung S. 104, SchR Bd. I, S. 89 ist von Auslegung des Vertrages als Sinngebilde die Rede, soweit der Sinn „aus den getroffenen Vereinbarungen und den sie begleitenden Umständen gefunden werden kann“. Noch klarer AT S. 525, wo ergänzende Auslegung an den Sinnzusammenhang anknüpft.

<sup>205</sup> LARENZ, Auslegung S. 102.

<sup>206</sup> LARENZ, AT S. 525; ähnlich SCHLEGELBERGER Rdz. 20 zu § 346 HGB (Interessenabwägung); GIORDANO, contratti S. 155 und 159 (anstelle des Vertrauensprinzips ist die „natura degli interessi in giuoco“ bzw. die Zugehörigkeit des Vertrages zu einem Typus maßgeblich); KLANG-GSCHNITZER Anm. III 2 c zu § 914 ABGB; EGGER, Abhandlungen Bd. II, S. 104 ff.

<sup>207</sup> AT S. 524.

<sup>208</sup> Von dieser Erwägung geht offenbar auch OERTMANN, Verkehrssitte S. 112 f. aus, wenn er die Auslegung unklarer Erklärungselemente in gleicher Weise wie später S. 176 die ergänzende Auslegung am Vertragszweck orientiert.

geht. Sie vernachlässigt deshalb das Auslegungsziel, d. h. die Herstellung eines Vertragsgefüges. Stattdessen betont sie übermäßig das Verständnisvermögen des Erklärenden und Erklärungsempfängers, für die es bei der ergänzenden Auslegung keine Anknüpfungspunkte gibt. Aber auch auf die Auslegung des Erklärungstatbestandes mit Hilfe von Verkehrssitten gibt sie keine ausreichende Antwort. In ihrer individuellen Form muß sie ähnlich der Willenstheorie auf Vermutungen zurückgreifen. In ihrer gemeinschaftsbezogenen Form führt sie entweder zu einer Art Billigkeitsinterpretation oder ist gezwungen das Vertrauensprinzip aufzugeben.

Die offenbaren Mängel der Vertrauentheorie können nur überwunden werden, wenn eine am Auslegungsziel orientierte Auslegungsmethode gefunden wird. Diese muß sodann in Einklang mit der gesetzlichen Wertung des Vertrages gebracht werden, die sich in der Verweisung auf Verkehrssitten ausdrückt.

133. Auslegungsmethode ist nicht eine Lehre von den Auslegungsmaßstäben, sondern vom *Auslegungsverfahren*. Da das oft nicht erkannt wird, gerät die Methodenfrage leicht auf den zweiten Rang oder wird sogar übersehen. Statt zunächst zu prüfen, wie sich der Interpret grundsätzlich gegenüber dem Auslegungsobjekt verhält, wird deshalb sofort geprüft, unter welchen Voraussetzungen er diesen oder jenen Auslegungsmaßstab heranziehen darf. Diesem verbreiteten Verfahren kann nicht zugestimmt werden.

Die Auslegungsmethode, so ist gesagt worden, muß sich am Auslegungsziel ausrichten. Auslegungsziel der Vertragsinterpretation aber ist es, aus einem unklaren und mangelhaften Erklärungstatbestand eine vertragliche Regelung zu entwickeln. Da der Interpret diese Regelung noch nicht kennt, muß er zuerst nach einem Wertmesser suchen, mit dem er die vorhandenen Mängel beurteilen kann. Wenn etwa das Problem auftritt, ob die erklärte Regelung durch eine bestimmte Klausel ergänzt werden soll, so muß zunächst festgestellt werden, ob ihr Fehlen ein Mangel und der Vertrag daher unrichtig ist. Ebenso verhält es sich bei der Auslegung einer erklärten aber strittigen Klausel. *Der erste Teilprozeß der Auslegung ist also darauf gerichtet, den Wertmesser für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Auslegungsobjektes zu finden.* BETTI hat dies treffend als „attuazione di valore dello spirito“<sup>209</sup> bezeichnet.

Nun wäre es ein der Vertrauentheorie offenbar unterlaufener Irrtum anzunehmen, daß die Bestimmung des Richtigen bereits auf außerhalb des Vertrages liegende Kriterien hinweist. Es kann vielmehr auch eine ausschließlich individuelle Richtigkeit geben. Wenn der Begriff des Richtigen hier verwendet wird, so geschieht das also nicht in einem heteronom wertenden Sinne.<sup>210</sup>

<sup>209</sup> Teoria Generale Bd. I, S. 38.

<sup>210</sup> Z. B. der Vertragsgerechtigkeit, ZWIGERT, Rheinsteins-Festschr. Bd. II, S. 501; STAMMLER, Richtiges Recht S. 508 ff.; SCHMIDT-RIMPLER, AcP 1941, 130 ff., der aber den Begriff des Richtigen formalisiert, weil er den Vertragsmechanismus als Richtigkeitskriterium ausreichen läßt. Damit nähert sich Richtigkeit i. S. SCHMIDT-RIMPLERS weitgehend dem hier verwendeten Sinn des Begriffes an.

Außer Frage steht, daß der Maßstab des Richtigen nicht aus der unklaren oder fehlenden Klausel entnommen werden kann. Aber die unklare Klausel steht in Zusammenhang mit anderen Klauseln. Es liegt infolgedessen nahe, die einzelnen Klauseln zunächst miteinander in Beziehung zu setzen und so durch *Analyse der Vertragsstruktur* eine zwar objektive, aber doch individuelle Auslegung zu ermöglichen. Art. 1161 Cc.fr. schreibt dem Interpreten dieses Verfahren vor: „Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.“ Noch deutlicher bestimmt Art. 1363 Cc.it., unklare Klauseln auszulegen „le une per mezzo delle altre“. Das Kernstück des Auslegungsverfahrens besteht also darin, die Struktur des Gesamtvertrages zu ermitteln.<sup>211</sup> Diese Struktur ergibt zunächst, ob die von einer Partei als unklar behauptete Klausel wirklich unklar und damit unrichtig ist. Sie setzt zugleich den Maßstab für das weitere Vorgehen des Interpreten der nun die unklare Klausel neu formulieren und damit ersetzen muß. Bei der ergänzenden Auslegung verhält es sich entsprechend. Nur tritt hier die Neuformulierung nicht an die Stelle einer unklaren Klausel, sondern rückt unmittelbar in das Vertragsgefüge ein. Ein wesentlicher Unterschied liegt darin jedoch nicht. Für die Richtigkeit des Vertrages ist das Vorhandensein einer mehrdeutigen Klausel oder ihr Fehlen gleich mangelhaft.<sup>212</sup>

Die *Neuformulierung der mangelhaften Klausel* ist Angelegenheit des Interpreten. Häufig kann er sich dabei aber auf *Vorgänge* beziehen, die *außerhalb des Vertragswerkes* liegen. So können etwa die Vorverhandlungen oder die Korrespondenz der Parteien die richtige Formel enthalten. Es kann weiter der Fall eintreten, daß der auszulegende Vertrag nach seiner Struktur früheren, besser ausgearbeiteten Verträgen der gleichen Partner oder eines von ihnen mit Dritten entspricht. Für unsere Zwecke ist gerade diese Möglichkeit von Interesse, denn hier setzt der Interpret eine besondere Methode ein. Er vergleicht die jeweiligen Vertragsstrukturen und *erweitert* damit *die Richtigkeitsbasis*, die bei isolierter Betrachtung des einzelnen Vertrages sehr eng ist. Auf ein Beispiel ist oben schon hingewiesen worden: gleichartige Mietverträge, die der Eigentümer eines Miethauses mit verschiedenen Mietern abschließt und unter denen einige unklar oder mangelhaft sind.<sup>213</sup> Die Identität der Vertragsstruktur ermöglicht hier mittels individuell-vergleichender Methode den Mangel des auszulegenden Vertrages zu beseitigen.

---

<sup>211</sup> Cass. it. v. 11. 6. 1965 Nr. 1189 = Giust. civ. 1965, I, 1544 ff.; DESCHENAUX in schw. Privatrecht S. 169 (obwohl dieser Autor zunächst vom Vertrauensprinzip ausging); ebenso STIEFEL, schwJZ 1937/1938, 289 ff., für den Versicherungsvertrag, wobei die Unterschiede dieser Methode zur Vertrauenstheorie klar hervortreten. In Deutschland andeutungsweise BGH v. 20. 9. 1960 = BGHZ 33, 163 ff. (165), wo eine Auslegung nach Interessenabwägung gefordert wird. Ganz klar BGH v. 20. 3. 1953 = LM C 1 § 157 BGB.

<sup>212</sup> Zutreffend CALLATAY S. 124.

<sup>213</sup> Nr. 57.

134. Wenn der Gesetzgeber auf Verkehrssitten verweist, so wird die individuelle Richtigkeitsbasis verlassen. Ihre jeweilige Anwendung kann folglich auch nicht aus der individuell-vergleichenden Methode als logische Konsequenz abgeleitet werden. Wohl aber kann die Beachtung der vergleichenden Methode den Sinn der in der Verweisung auf Verkehrssitten vorausgesetzten Richtigkeitsbasis bewußt machen.<sup>214</sup> Von hier aus können dann die Grenzen der Verwendbarkeit von Verkehrssitten genauer festgelegt werden.

Verkehrssitten sind sozialtypische Übungen bzw. Klauseln, die durch Abstraktion an sich nicht aufeinander bezogener einzelner geschäftlicher Vorgänge ermittelt werden. Dies ist nur möglich, wenn vorausgesetzt wird, daß sich individuelles Verhalten und Erklären strukturmäßig soweit mit anderem individuellen Verhalten und Erklären vergleichen läßt, daß daraus ein Typus zu bilden ist. Wie dies geschieht ist gezeigt worden: indem die einander entsprechenden und im Wesen auf gleiche Gegenstände gerichteten Vorgänge als Regel zusammengefaßt werden. Es wird also nicht planlos einmal hier, einmal dort ein Vorgang aus der gesellschaftlichen Wirklichkeit zusammengetragen, sondern ausgewählt. Dies kann nur geschehen, weil *jeder individuelle Vorgang* in seinem sachlichen Gehalt zugleich auch als *möglicher Teil eines Typus* verstanden wird. Diese für die Bestimmung einer Verkehrssitte unverzichtbare Voraussetzung ist zugleich der einzig vorstellbare Schlüssel für die Auslegung eines individuellen Vertrages mit Hilfe von Verkehrssitten. Falls das *Stadium typisierender Auslegung* erreicht ist, so ist eine Verkehrssitte zu beachten, wenn der Vertrag dem Typus von Geschäften zuzurechnen ist, für den sie als typisch entwickelt wurde.<sup>215</sup> So kommt es

---

<sup>214</sup> Daher kann nicht mit SCOGNAMIGLIO S. 181 von der „finalità perseguita delle parti“ oder mit Cass. belge v. 29. 9. 1957 = P. B. 1958, I, 15 f. von der économie eines Vertrages unmittelbar auf die Anwendbarkeit von usages geschlossen werden. Methodisch entsprechen beide jedoch dem hier gezeigten Verfahren.

<sup>215</sup> FERRARINI, Dir. maritt. 1965, 161; SERRA, Banca, borsa 1963, I, 351 f.; HOLLÄNDER, Rvgl. Hwb. Abladegeschäft D. 1; offenbar auch CABRILLAC S. 17. Alle sonstigen Fundstellen, die diesen Gedanken aufgreifen, verbinden ihn mit willens- und vertrauentheoretischen Erwägungen oder verknüpfen ihn mit der normativen Theorie. Vgl. etwa LEHMANN-HÜBNER S. 216; COSACK Bd. I, S. 251; LEONHARD, Irrtum S. 230 (einschränkend S. 235); FISCHER, Handelsusanz S. 18 ff., 25; PEDAMON, Rev. trim. comm. 1959, 346. In der Rechtsprechung vgl. BGH v. 29. 10. 1956 = BGHZ 22, 109 ff. (119); v. 23. 4. 1964 = BGHZ 41, 216 ff.; LG Hamburg v. 6. 9. 1965 = MDR 1966, 57. Vor allem vgl. BGH v. 15. 6. 1954 = BGHZ 14, 61 f. und v. 22. 1. 1957 = BGHZ 23, 132 ff. In beiden Fällen wird zwar darauf verwiesen, daß die Rechtssicherheit die typisierende Auslegung gebiete. Indessen untersuchte der BGH sorgfältig, ob die Verträge typenmäßig denjenigen entsprachen, für die die Verkehrssitte entwickelt wurde. Wäre tatsächlich der Hinweis auf die Verkehrssicherheit maßgeblich gewesen, so hätte sich eine solche Prüfung erübrigt. Illustrativ sind ferner: Trib. Comm. Tourcoing v. 15. 2. 1952 = D 1952 J. 211; Cass. fr. v. 12. 6. 1936 = GP 1936, II, 378; v. 23. 5. 1900 = DP 1901, I, 269 ff.; App. Grenoble v. 23. 11. 1928 = S 1929, 2, 88. Sehr klar im hier vertretenen Sinn Trib. Comm. Le Havre v. 14. 8. 1936 = GP 1936, II, 603; östOGH v. 8. 2. 1950 = SZ 1950, 29 allerdings mit zu starker Betonung der persönlichen Stellung der Vertragspartner.

beispielsweise nicht darauf an, ob die Vertragspartner der gleichen Branche angehören, sondern ob das Geschäft strukturell den branchenüblichen Geschäften entspricht.<sup>216</sup> Entsprechend kommt es bei der oben <sup>216a</sup> zitierten Klausel „franco-bord“ nicht auf den Sitz der Kontrahenten sondern darauf an, ob der Vertrag seiner Anlage nach den unter gleichen Verhältnissen abgeschlossenen franco-bord Lieferverträgen entspricht.

Auslegung mit Hilfe von Verkehrssitten ist daher Auslegung nach einer *typisierend-vergleichenden Methode*, weil das Gesetz den einzelnen Vertrag nicht isoliert, sondern als Einzelvorgang eines gesellschaftlichen Prozesses betrachtet.<sup>217</sup> Sie ist damit im Wesen des Vertrages selbst als eines Sozialaktes begründet.

Im Ergebnis wird so die vereinzeltete Lehre<sup>218</sup> von der interpretierenden Funktion des *ambiente sociale*, des *climat sociale* auf eine überprüfbare Grundlage gestellt. Zugleich wird eine Entwicklung bestätigt, die sich in der gemeinschaftsbezogenen Alternative der Vertrauens-*theorie* bereits angedeutet hatte. Diese Lehren haben aber Verkehrssitten und Vertrag erst mit Hilfe anderer Richtig-

<sup>216</sup> BGH v. 27. 10. 1951 = NJW 1952, 257. Deshalb kann ein Handelsbrauch auch auf juristische Personen des öffentlichen Rechts angewendet werden, wenn sie branchentypische Handelsgeschäfte vornehmen, vgl. RG v. 1. 3. 1927 = RGZ 116, 227 ff. Das Urteil betrifft im übrigen ein später noch zu erörterndes Problem der Schweigenszurechnung. Wie STOUFFLET, *Crédit S. 96* hervorhebt, kann z. B. ein beim CAF-Kauf entwickelter usage nicht ohne weiteres für ein dabei eröffnetes Dokumentenakkreditiv herangezogen werden. Ein für Landpachtverträge entwickelter usage kann nicht für die Pacht von Grundstücken für gärtnerische Betriebe verwendet werden, Cass. fr. v. 17. 3. 1949 = Bull. Cass. 1949 Soc. 225. Zutreffend daher auch die Kritik CARBONNIER's, *Rev. trim. civ.* 1948, 81 f. an Cass. fr. v. 19. 6. 1947 = S. 1947, I, 175, wo entgegen der Vorinstanz Trib. Bayonne v. 6. 2. 1945 = S. 1945, II, 83 ein usage über die typengleichen Vertragsverhältnisse hinaus „dans des emplois similaires“ also analog i. S. von DANZ, Auslegung S. 139 für anwendbar erklärt wurde. Nicht zu folgen ist App. Bordeaux v. 30. 6. 1964 = D. 1964 J. 633, wo die Anwendbarkeit des usage damit begründet wurde, daß eine unterschiedliche Behandlung der vor das gleiche Gericht gelangenden Streitigkeiten nicht gerechtfertigt werden könne. Alle drei Entscheidungen betreffen Verkehrssitten im Zusammenhang mit Kündigungen nach Art. 23 Abs. I Livre I C. trav. fr.

<sup>216a</sup> Oben Nr. 114.

<sup>217</sup> Vgl. etwa die schon beiläufig erwähnten Ausführungen bei LARENZ, *SchR* Bd. I, S. 95 f. und AT S. 524, der sich aber in dieser Frage auf Verträge nach AGB oder Handelsklauseln beschränkt. Vor allem aber FLUME, *AT* Bd. II, S. 315, 324; *JT-Festschr.* Bd. I, S. 164 f., 197 f. Indessen bezieht FLUME daraus offenbar zugleich Kriterien für das Verhältnis individueller zu typisierender Auslegung. Dazu vgl. Fußn. 226. Weiter KOOPMANN S. 8 ff.; beiläufig EISEMANN, *Incoterms* S. 48; MARTY, *Trav. Capitant* Bd. V, S. 92 f.; CASELLA S. 217; YUNG, *ZBJV* 1961, 63. Vom Typenvergleich geht auch PABBRUWE S. 80, 96 aus, aber das Methodenproblem unterschätzt er infolge gewohnheitsrechtlichen Verständnisses der Verkehrssitten.

<sup>218</sup> Vgl. GIORDANO, *Contratti* S. 20, 113, 123; MESSINEO, *Encicl. dir.* Bd. IX, Nr. 94 B, E; BARASSI, *Obbligazioni* Bd. II, S. 228 ff.; HÉBRAUD, *Mélanges Maury* Bd. II, S. 435 f. Deutliche Ansätze in dieser Richtung in Art. 13 Z. b *IntKaufG* i. d. F. der Konferenz von 1956 (anders Z. a), Art. 13 Abs. 2 *VertragsabschlG*, Art. 5 Abs. 2 *intGültigG*, Entwurf des Max-Planck-Instituts, *RabelsZ* 1968, 342 ff.

keitsmaßstäbe, Treu und Glauben, Gerechtigkeit oder Billigkeit verknüpft.<sup>219</sup> Dagegen wird hier *der Geschäftstypus*, für den sich die Verkehrssitte entwickelt hat, als *eigener Richtigkeitsmaßstab* verstanden. Dies ist möglich, weil die Verkehrssitte als Produkt der entsprechenden Geschäftsart die „in der gesellschaftlichen Tradition vorgegebenen Maßstäbe mit der Gegenwart, dem aktuell vorliegenden Fall“ verbindet.<sup>220</sup> So kam es nur noch darauf an, die Methode zu erarbeiten, die diese Vermittlung übernimmt. Da nur eine vergleichend-typisierende Methode dazu geeignet ist, handelt es sich bei der Interpretation nach Verkehrssitten um eine Auslegung im Stile des Denkens in empirischen Standards, wie es kürzlich STRACHE in anderem Zusammenhang dargestellt hat.<sup>221</sup> Damit soll nicht gesagt werden, daß der Interpret nicht auch andere Richtigkeitsmaßstäbe bei der Interpretation eines Vertrages beachten muß. Je nach der Lage des Falles können diese es sogar verhindern, daß eine an sich einschlägige Verkehrssitte tatsächlich angewendet wird. Darauf wird im folgenden Paragraphen eingegangen. Methodische Grundlage für die Interpretation nach Verkehrssitten sind sie jedoch nicht.<sup>222</sup> An den Interpreten müssen daher hinsichtlich der Anwendung von Verkehrssitten größere Anforderungen als bisher gestellt werden. Die Anwendung der Verkehrssitte kann nicht mehr damit begründet werden, daß sich die Partner bei gehöriger Anspannung um gegenseitige Verständnismöglichkeiten hätten bemühen können. Sie kann auch nicht mehr damit begründet werden, daß bei billiger Abwägung dieser oder jener Geschäftsinhalt als Wille zu gelten habe. Vielmehr muß der Interpret den auszuliegenden Vertrag auf seine Vergleichbarkeit mit dem Realtypus der Verträge gleicher Struktur sorgfältig überprüfen.

#### IV. Zusammenfassung

Ob und in welchem Umfang Verkehrssitten zur Auslegung herangezogen werden können, hängt von der Auslegungsmethode und der positivrechtlichen Wertung des Vertrages ab. Weder die begriffsjuristische Form der Erklärungstheorie noch die Rechtsnormtheorie konnten dem Rechnung tragen.

Erst die Vertrauenstheorien haben als Zurechnungstheorien das Wertungsproblem deutlich hervortreten lassen. Indessen ist es diesen Theorien nicht gelungen, die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes einheitlich zu formulieren. Sie zer-

---

<sup>219</sup> Vgl. etwa COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité* Bd. II, S. 455; BARASSI, *Obbligazioni* Bd. II, S. 228 ff.; *intKaufG* in Art. 9 Abs. 2 i. d. F. v. 1. 7. 1964, dazu KAHN, *Rev. trim. comm.* 1964, 700 und RIESE, *RabelsZ* 1957, 38, der von richterlicher Ermessensauslegung spricht. Hinsichtlich der deutschen Literatur genügt es, auf die oben geschilderten vertrauens-theoretischen Argumente zu verweisen.

<sup>220</sup> STRACHE, S. 100.

<sup>221</sup> STRACHE S. 64 f., 100 ff. Vgl. vor allem auch ESSER, *SchR* (3) Bd. I, S. 19 f., 86 (hier nicht ganz zutreffend § 242 BGB zugeordnet).

<sup>222</sup> Verfehlt daher STAMMLER, *Richtiges Recht* S. 529. Dort wird die Verkehrssitte infolge des materiellen Richtigkeitsprinzips ausschließlich kraft Treu und Glauben angewendet. Die Verweisung des Gesetzes ist also im Grunde überflüssig, vgl. S. 333.

fallen in eine individuelle und eine gemeinschaftsbezogene Richtung. Die individuelle Richtung vermag den Übergang zu typisierender Auslegung und deren sachliche Voraussetzungen nicht zu erklären. Die gemeinschaftsbezogene Richtung hingegen berücksichtigt nicht hinreichend, daß eine am Gruppenbegriff orientierte Verständnismöglichkeit als Auslegungsbasis in vielen Fällen versagt oder zur Fiktion wird. Beide Richtungen haften außerdem zu sehr an der Vorstellung, daß Auslegung den Sinn von Erklärungen zu ermitteln hat. Sie verkennen folglich, daß das Vertrauensprinzip bei der ergänzenden Auslegung keine Anknüpfungsmomente findet. Deshalb wird es hier häufig nur nominell beibehalten und zu anderen Bewertungsmomenten gegriffen. Die Vertragsauslegung gerät dabei in Gefahr, sich zu einer unkontrollierbaren Billigkeitsinterpretation zu entwickeln.

Die Anwendung von Verkehrssitten ist zunächst eine Frage der Auslegungsmethode, also des Auslegungsverfahrens. Dieses Verfahren wird eingeleitet, indem der Interpret einen Wertmesser sucht, von dem aus die Unklarheiten des auszulegenden Vertrages beseitigt werden können. Diesen Wertmesser gewinnt er in erster Linie mittels einer individuell-vergleichenden Methode, die ihn zu einer Analyse der Vertragsstruktur führt. Von hier aus kann er dann die unklar gebliebenen Punkte deuten und ergänzen.

Die gleiche Methode beherrscht auch die Stufe der typisierenden Auslegung. Sie führt zu einer Auslegung nach Verkehrssitten, wenn der Vertrag seiner Struktur nach dem durch die Verkehrssitte vorgebildeten Geschäftstypus entspricht. Die Anwendung von Verkehrssitten beruht folglich auf einer typisierend-vergleichenden Methode. Ihre Beobachtung wird möglich, weil das Gesetz die einzelnen Geschäftsvorgänge zugleich als Elemente eines gesellschaftlichen Prozesses bewertet und ist daher im Wesen des Vertrages als Sozialakt begründet.

#### § 4. Einzelfragen der Anwendung von Verkehrssitten

135. Bisher wurde nicht behandelt, wie Verkehrssitten zu den anderen Auslegungskriterien stehen. Es muß daher noch das Verhältnis von individueller zu typisierender Auslegung und der Einfluß von Treu und Glauben geprüft werden. Weiter ist noch offen, welche Folgen sich aus den bisherigen Ergebnissen für die Irrtumsanfechtung und die räumliche und zeitliche Anwendung von Verkehrssitten ergeben.

##### *I. Individuelle und typisierende Auslegung*

136. In neuester Zeit ist bezweifelt worden, ob ein Ausgleich zwischen individueller und typisierender Auslegung erzielt werden kann, da es sich offenbar um Gegensätze handelt.<sup>223</sup> Indessen ist ihr Verhältnis bei den bisherigen Interpreta-

---

<sup>223</sup> FLUME, AT Bd. II, S. 300 f.; STAUDINGER-COING, Rdz. 18 zu § 133 BGB spricht von einem gewissen Widerspruch; ähnlich will Cass. it. v. 4. 8. 1948 Nr. 1364 = Giur.

tionslehren, mit Ausnahme der Vertrauenslehre, von einer falschen Alternative bestimmt: entweder wird eine durch typisierende Elemente aufgelockerte subjektiv-individuelle oder eine durch individuelle Elemente aufgelockerte objektiv-typisierende Auslegung angestrebt. Der hier aufgestellte Gegensatz lautet also nicht *individuell-typisierend*, sondern *subjektiv-objektiv*.<sup>224</sup> Dem Subjektivismus, d. h. der psychologischen Interpretation, kann nach den obigen Ergebnissen nicht gefolgt werden. Der Streit zwischen subjektiven und objektiven Interpretationslehren, dieses Ergebnis ist das wesentliche Verdienst der Vertrauenslehre,<sup>225</sup> ist daher gegenstandslos. Andererseits ist schon festgestellt worden, daß sich das Verhältnis zwischen individueller und typisierender Auslegung nicht logisch ableiten, sondern nur nach dem positivrechtlichen Vertragsverständnis bestimmen läßt.

Die Rechtsordnung räumt den Einzelnen im gesetzlich näher umschriebenen Rahmen die Freiheit ein, durch Verträge als individuelle Sozialakte ihre private Rechtssphäre eigenverantwortlich zu regeln. Haben die Partner von dieser Freiheit Gebrauch gemacht, so muß sie der Interpret beachten. Er darf also, wenn gleich Verträge als Sozialakte zu verstehen sind, nicht außer Acht lassen, daß sie Sozialakte in erster Linie als individuelle Akte sind<sup>226</sup> und sich folglich seine Tätigkeit als Interpret zunächst darauf richtet, ihnen als Akten individueller Privatrechtsgestaltung zum Erfolg zu verhelfen. Wie er das im konkreten Fall zu bewerkstelligen hat, sagt ihm das Gesetz nur unzulänglich. Aber von der Aufgabe her ergibt sich, daß er die Interpretationsmaßstäbe einzusetzen hat, die dem Auslegungsziel am nächsten kommen und daß es ihm verwehrt ist, in die private Gestaltung des Vertrages einzugreifen. Zur typisierenden Auslegung darf daher erst übergegangen werden, wenn der vertraglichen Regelung näherliegende Interpretationsmaßstäbe, etwa ein besonderer vertraglicher Sprachgebrauch,<sup>227</sup> eine

---

compl. 1948, III, 1636 den Auslegungskatalog des Cc. it. in zwei einander entgegengesetzte Auslegungsprinzipien aufteilen.

<sup>224</sup> Das wird von FLUME, AT Bd. II, S. 300 f. verkannt. Zutreffend v. TUHR, AT Bd. II, 1, S. 537 f.

<sup>225</sup> Vgl. insbesondere LARENZ, Auslegung S. 71, der zutreffend als Alternative konkret-objektiv und generell-objektiv herausstellt. Vor ihm vor allem LEONHARD, AcP 1922, 79.

<sup>226</sup> Diese scheint FLUME, JT-Festschr. Bd. I, S. 197 f. und AT Bd. II, S. 324 hinsichtlich der ergänzenden Auslegung zu übersehen, da er meint, sie sei nur auf typisierender Ebene möglich. FLUME geht davon aus, daß ergänzende Auslegung eine Wertung des unvollkommenen Vertrages voraussetzt und diese nur am Vorbild eines Typus geschehen kann. Wie die Ausführungen zur individuell-vergleichenden Auslegung zeigen, trifft das jedoch nicht zu. Der Kritik von LARENZ, AT S. 523 ist daher insoweit zuzustimmen.

<sup>227</sup> In Deutschland ist, beeinflußt von der Vorstellung, daß Auslegung den Sinn der einzelnen Erklärungen zu ermitteln hat, gefragt worden, ob ein dem Adressaten unbekannter individueller Sprachgebrauch des Erklärenden zu beachten ist, vgl. OERTMANN, Verkehrssitte S. 129. Diese Frage entfällt, wenn wie hier die isolierte Auslegung der Erklärungen abgelehnt wird. Zur Auslegung einer Vertragsklausel können nur Umstände herangezogen werden, die beiden Partnern zugänglich sind. Hierher gehören der von OERTMANN, Verkehrssitte S. 89 f. geschilderte Fall und seine Ausführungen S. 97 f.

bestimmte Verfahrensweise oder Interessenlage usw. nicht greifbar sind. Verkehrssitten sind in diesen Fällen unanwendbar, weil sie der privaten Rechtsgestaltung entgegenstehen.<sup>228</sup> Dies gilt sowohl für Erklärungs- als auch erklärungsergänzende Auslegung.<sup>229</sup> Der *Übergang von individueller zu typisierender Auslegung* steht damit unter dem *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*: es sind jeweils die der individuellen Lage am nächsten liegenden Kriterien zu wählen, bevor zu den allgemeineren gegriffen wird.<sup>230</sup> So erhält die in der französischen Judikatur gelegentlich bei Behandlung der *dénaturation de volonté* verwendete Formel „l'on n'interprète pas une convention précise“, der etwa der deutsche Satz „ein eindeutiger Vertrag wird nicht interpretiert“ entspricht, einen greifbaren Sinn.<sup>231</sup> Beide Formeln betreffen nicht die Auslegungsbedürftigkeit eines Vertrages als solche, sondern die Verhältnismäßigkeit des eingesetzten Mittels. Der scheinbare Gegensatz zwischen individueller und typisierender Auslegung löst sich in ein *Nacheinander mehrerer Auslegungsstufen* auf, das im Wesen des Vertrages als Individualakt und zugleich als Sozialakt begründet ist.

---

hinsichtlich des bekanntgewordenen „Willens“, d. h. der „Äußerungen“ anlässlich des Vertragsabschlusses vgl. S. 109 f. Damit können seine Hilfskonstruktionen S. 104 und 107 ff. entfallen.

<sup>228</sup> Aus der zahlreichen Literatur vgl. KOHLER, JherJb 1889, 217 (allerdings zu stark auf das Erklärungselement abstellend); SCHÖNLE, NJW 1968, 731; TITZE, Mißverständnis S. 91 ff., der allerdings mit dem wenig ergiebigen Begriff der „Sonderbeziehung“ arbeitet, vgl. dazu kritisch LARENZ, Auslegung S. 23; VALERY, Rev. crit. lég. jur. 44, 428; SCOGNAMIGLIO S. 176; OSER-SCHÖNENBERGER, Züricher Kommentar Rdz. 23 zu Art. 18 OR; GUHL, ZSR NF 71, I, 154. Aus der Rechtsprechung vgl. RG v. 19. 5. 1926 = RGZ 114, 12; v. 27. 3. 1913 = RGZ 82, 316; OLG Frankfurt v. 17. 1. 1967 = MDR 1967, 498; Cass. fr. v. 26. 10. 1964 = Bull. Cass. 1964, III, 443; App. Paris v. 22. 3. 1961 = Dr. marit. 1961, 419; Trib. civ. Seine v. 4. 11. 1941 = D. A. 1942 J. 28 f.: les usages ne permettent pas de déroger aux conventions particulières; HR v. 27. 12. 1918 = NJ 1919, 155 f.; Cass. it. v. 20. 10. 1964 Nr. 2036 = Foro. it. rep. obbl. e contratti Nr. 229; v. 4. 8. 1948 Nr. 1364 = Giur. compl. 1948, III, 544 f.; v. 24. 6. 1966 Nr. 1613 = Giust. civ. mass. 1966, 926; östOGH v. 24. 3. 1925 = SZ 1925, 96. Verfehlt PEDAMON, Rev. trim. comm. 1959, 346, der einen nach Vertragsabschluß entstandenen usage einer individuellen Vereinbarung vorgehen lassen will. Seine These ist umso unverständlicher, als er S. 350 auf die Willenstheorie verweist. Abzulehnen auch v. TUHR, AT. Bd. II, 1, S. 537 ff., der begründungslos typisierender Auslegung den Vorrang einräumt. Unklar LEHMANN-HÜBNER S. 212 (vgl. aber S. 218 hinsichtlich ergänzender Auslegung).

<sup>229</sup> Ebenso PIOTET, ZSR NF 80, I, 379 ff. Der hypothetische Parteiwille ist dafür nicht erforderlich. YUNG, ZBJV 1961, 62 kann insoweit nicht gefolgt werden, da er die Begriffe individuell-typisierend und subjektiv-objektiv nicht klar genug trennt. In BGH v. 22. 4. 1953 = BGHZ 9, 273 ff. (278) muß es richtig heißen, daß ergänzend-typisierende Auslegung nicht in die individuelle Vereinbarung eingreifen darf. Die Formulierung, es dürfe nur der Vertragsinhalt, nicht der Parteiwille ergänzt werden, ist gegenstandslos.

<sup>230</sup> Cass. belge v. 20. 6. 1957 = P. B. 1957, I, 1262 ff.; OPPO S. 159 f.; FLUME, AT Bd. II, S. 313, jedoch, wie schon erwähnt, subjektiv und individuell verwechselnd.

<sup>231</sup> Vgl. oben Nr. 11, auch STAUDINGER-COING, Rdz. 25 zu § 133 BGB und OFTINGER, ZSR NF 58, 196 f.; BECKER, Berner Kommentar Rdz. 22 zu Art. 18 OR; LEONHARD, AcP 1922, 27 ff.

Infolge des Nacheinanders der Auslegungsstufen kann es freilich geschehen, daß mangels fallnäherer Kriterien die individuelle Stufe übersprungen wird. Häufig<sup>232</sup> tritt diese Situation bei Verträgen ein, die auf der Basis von AGB abgeschlossen werden.<sup>233</sup> Man darf nur nicht in das Extrem verfallen, dieses als wesensnotwendig zu betrachten.<sup>234</sup> Auch AGB können von so wichtigen Sonderabsprachen begleitet sein, daß ihre Klauseln nur aus dem individuellen Zusammenhang des Geschäfts sachgemäß interpretiert werden können.

Vor allem aber wird die *individuelle Stufe* dann *übersprungen*, wenn der Vertrag *branchenübliche Klauseln* oder typische Handelsklauseln enthält. Da hier die vertragliche Vereinbarung auf der Basis der Verkehrssitten zustandekommt, führt die Vertragsauslegung unmittelbar zum Thema der Auslegung der Verkehrssitte selbst, das anschließend noch besonders erörtert wird.

137. Wegen des Verbotes, durch Auslegung in die private Gestaltung einzugreifen, können unter Umständen auch<sup>235</sup> nach Abschluß der individuellen Interpretationsphase Verkehrssitten unanwendbar sein. Verkehrssitten sind nicht die einzigen überindividuellen Auslegungshilfen. So können die Parteien etwaige *Verkehrssitten für unanwendbar erklären*. Ist der Vertrag gleichwohl auslegungsbedürftig, so hat der Interpret nur die Wahl zwischen den verbleibenden über-

<sup>232</sup> Verkannt von DANZ, JherJb 1898, 414.

<sup>233</sup> Verkehrssitten wirken also auch hier als Interpretationsmittel, vgl. LARENZ, AT S. 348. Mit einem Normcharakter der Verkehrssitten hat das nichts zu tun. Ob ein gewisser Vertrag massen-üblich abgeschlossen wird, ist dabei bedeutungslos. Insoweit kann LARENZ nicht gefolgt werden. Darüber, daß auch bei überindividueller Interpretation von AGB die Verwendung von Verkehrssitten ausgeschlossen sein kann, vgl. Fußn. 236.

<sup>234</sup> Vgl. etwa RG v. 13. 12. 1912 = RGZ 81, 117 ff.; BGH v. 29. 9. 1960 = BGHZ 33, 217; v. 5. 10. 1966 = NJW 1966, 2352; LARENZ, AT S. 350 f.; LANGE S. 274. Bei HERSCHEL, DR 1942, 756; RG v. 13. 10. 1942 = RGZ 170, 233 ff. und OLG Köln v. 28. 5. 1951 = VersR 1951, 160 wird dabei der Gedanke wirksam, AGB seien fertige Rechtsordnungen, vgl. Nr. 55 Fußn. 14, und daher wie Gesetze auszulegen. Kritisch dazu SCHMIDT-SALZER, AcP 1967, 513 f.; BRANDNER, AcP 1963, 249. Auch die Judikatur weicht gelegentlich davon ab, vgl. BGH v. 14. 10. 1966 = MDR 67, 33, weitere Nachweise bei BRANDNER S. 256 ff. Ob die individuelle Stufe zu überspringen ist, ist daher Tatfrage. In diesem Sinn zutreffend BGH v. 8. 3. 1955 = BGHZ 17, 1 ff. (3). Freilich ist zu erinnern, daß erstens individuelle Auslegung der Bedingungen nicht die inneren Vorstellungen zu erforschen hat, vgl. etwa RG v. 28. 5. 1937 = RGZ 155, 133 ff.; LEONHARD, AcP 1922, 23 und daß zweitens sich die Ausführungen des Textes nur auf Schuldverträge, nicht aber auf Geschäfte beziehen, die sich an die Öffentlichkeit richten, etwa börsenfähige Papiere und ähnliches, vgl. dazu BGH v. 23. 10. 1958 = BGHZ 28, 263 f.; RG v. 15. 3. 1937 = RGZ 154, 187 ff. (190).

<sup>235</sup> Wegen des Vorranges individueller Auslegung ist es zu eng, Verkehrssitten nur für unanwendbar zu erklären, wenn die Parteien sie abbedingen haben, wie etwa BEUDANT-LEREBOURS-PIGEONNIÈRE Bd. I, S. 88 f.; LEBRUN, Rép. dr. civ. Bd. V, usages Nr. 5, 13 und anscheinend BGH v. 14. 11. 1951 = LM 1 § 284 BGB annehmen. Unklar OERTMANN, Verkehrssitte S. 90, wo er von Abdingung spricht, hingegen S. 93 von einem Verbot bei individueller Deutungsmöglichkeit zur typisierenden Auslegung übergeht. Unklar auch SCHLEGELBERGER Rdz. 29, 35 zu § 346 HGB.

individuellen Kriterien.<sup>236</sup> Da die Parteien jederzeit Herren ihres Vertrages bleiben, kann eine solche *Absprache* auch *nach Vertragsabschluß* getroffen werden.<sup>237</sup> Beispielsweise können die Partner auch nach Vertragsabschluß zu erkennen geben, daß sie über einen auslegungsbedürftigen Vertragspunkt tatsächlich einig sind.<sup>238</sup>

Zweifel sind an der Möglichkeit eines *einseitigen Vorbehalts* entstanden.<sup>239</sup> Vorausgesetzt sei, daß ein bloß innerlicher Vorbehalt unbeachtlich ist.<sup>240</sup> Auch kann ein Vertragspartner nicht nach Abschluß des Vertrages in das entstandene Rechtsverhältnis einseitig eingreifen.<sup>241</sup> So ist nur der Fall offen, wo ein Partner dem anderen erklärt, es dürfe keinesfalls auf diese oder jene Verkehrssitten zurückgegriffen werden. Erwidert der andere, daß er die Anwendung der Ver-

<sup>236</sup> So schon v. HAHN, AdHGB Zusatz zu Art. 273; OERTMANN, Verkehrssitte S. 88 f.; BGH v. 20. 5. 1952 = BGHZ 6, 128 ff. (135). Die Abdingung kann sich auch indirekt aus sachlichen Vertragsklauseln ergeben, vgl. Cass. it. v. 17. 7. 1948 Nr. 1135 = Giur. compl. 1948, II, 3, 121 f., vorausgesetzt, daß diese eine Auslegung nach anderen typisierenden Gesichtspunkten indizieren. Bisweilen ist das bei Verträgen auf der Basis von Verbandsformularen der Fall. Haben die Partner sich etwa auf die deutschen Seeversicherungsbedingungen bezogen, so scheiden davon abweichende Verkehrssitten des allgemeinen Seefrachtverkehrs aus, vgl. RITTER, Seeversicherung Bd. I, S. 6 f., weil diese Bedingungen in mehreren Punkten gerade zwecks Ausschaltung von Verkehrssitten aufgestellt wurden. Durch Bezugnahme auf die York-Antwerpener Havereiregeln werden nach BOURGEON D. P. 1933, I, 182 die französischen usages des Seeverkehrs ausgeschlossen. Zu den im Entwurf eines neuen holländischen BW vorgesehenen Standardregelungen vgl. DE SMIDT S. XXXIX; unzutreffend GOUNOT S. 229 f., der AGB lois interprétatives gleichstellt und den usages nachgehen läßt.

<sup>237</sup> BECKER, Berner Kommentar Nr. 2 zu Art. 18 OR; vgl. auch OFTINGER, ZSR NF 58, 195. Dies gilt jedoch nur soweit nicht Rechte Dritter betroffen werden, vgl. LEONHARD, AcP 1922, 113 ff.; EHRENBURG, HGB Bd. IV, 2, S. 88. Zu weit daher MANIGK, Auslegung S. 194.

<sup>238</sup> SACHSE, AcP 1927, 294 f.; GOLDSCHMIT Anm. 2 zu § 346 HGB; RG v. 29. 7. 1907 = JW 1907, 825 f.; v. 28. 5. 1909 = SOERGEL, Rspr. 1909, 57 Nr. 3; obiter östOGH v. 17. 12. 1968 = östJZ 1969, 295. Hierher gehört auch die von ZWEIGERT, RabelsZ 1968, 213 f. geschilderte Situation. Einigsein bedeutet dabei nicht, wie schon beim Begriff des consentement festgestellt wurde, Deckung der inneren Vorstellungen, sondern geäußerte Übereinstimmung, vgl. RG v. 15. 4. 1912 = Warn. 1912, 288.

<sup>239</sup> Vgl. aus der umfangreichen in- und ausländischen Judikatur im bejahenden Sinn BGH v. 16. 5. 1956 = BB 1956, 868; v. 1. 12. 1965 = MDR 1966, 230 f.; App. Paris v. 4. 11. 1934 = Ann. dr. comm. 1934, 244; Cass. it. v. 23. 2. 1942 Nr. 510 = Foro it. mass. 1942, 121; BG v. 8. 10. 1957 = BGE 83, II, 522 ff. Im verneinenden Sinn, wobei Verkehrssitten teilweise als Normen verstanden werden BG v. 7. 3. 1950 = BGE 76, II, 45 ff.; App. Rouen v. 6. 3. 1952 = JCP 1952, II, 6934; Trib. comm. Bruxelles v. 31. 12. 1947 = Jur. comm. Brux. 1948, 1 ff. In der deutschen Literatur anscheinend STAUDINGER-COING, Rdz. 15 zu § 133 BGB. DÜRINGER-HACHENBURG, Rdz. 9 b zu § 346 HGB; GOLDSCHMIT Anm. 8 zu § 346 HGB.

<sup>240</sup> Vgl. Nr. 107; RG v. 6. 10. 1908 = Warn. 1909 Nr. 4 und v. 27. 10. 1903 = Recht 1903, 582 Nr. 3035.

<sup>241</sup> RG v. 6. 10. 1908 = Warn. 1909, 4; Cass. fr. v. 31. 7. 1930 = DH 1930 J. 457; Nouvelles Bd. IV, 1 Obl. Nr. 396; Trib. comm. Anvers. v. 7. 1. 1949 = Jur. d'Anvers

kehrssitten wünsche, so liegt ein offener Einigungsmangel vor, der gegebenenfalls nach den üblichen gesetzlichen Regeln zu korrigieren ist.<sup>242</sup> Geht aber der andere auf den Vertrag ein, ohne gegen den Vorbehalt Einwendungen zu erheben, so ist zu bedenken, daß nicht jede Erklärung isoliert für sich ausgelegt wird. Vielmehr wird der Vertrag unter Berücksichtigung des Erklärungstatbestandes als eines Ganzen ausgelegt.<sup>243</sup> Bei dieser ganzheitlichen Betrachtung entfällt das Problem des einseitig geäußerten Vorbehalts, denn er erscheint als Element des einheitlich zu betrachtenden Erklärungstatbestandes.

138. Vor Anwendung einer Verkehrssitte im Stadium typisierender Auslegung kann es bisweilen erforderlich werden, daß sich zunächst der Richter über ihren Sinn Klarheit verschafft. Besonders in der außerdeutschen Literatur ist wegen der unterschiedlichen prozessualen Folgen strittig geworden, ob es sich dabei um Auslegung oder Tatsachenfeststellung handelt und ob gegebenenfalls auch eine richterliche Fortbildung im Wege eines Analogieverfahrens möglich ist.

Nach den Ausführungen des IV. Kapitels genügt zu diesen Fragen eine kurze Stellungnahme. Die *Ermittlung einer tatsächlichen Übung ist Tatsachenfeststellung*. Die anschließende Abstraktion der Übung zu einer Regel ist das Ergebnis eines rein analytischen Verfahrens. Insoweit kann eine Verkehrssitte weder ausgelegt noch durch Analogie erweitert werden.<sup>244</sup> Allenfalls wird es erforderlich, die einzelnen Rechtsakte auszulegen, da sie nur bei gleichartigem Inhalt die Verkehrssitte begründen. Daneben kann eine *Verkehrssitte* auch durch wiederholte Verwendung einer vorgefertigten Klausel oder Regel entstehen.<sup>245</sup> In solchen Fällen ist die Klausel oder Regel bereits abstraktes Sinngebilde und eine *Auslegung* möglich.<sup>246</sup> Das Problem liegt hier in der Wahl der Auslegungskriterien.

1950, 195 f.; Obergericht Thurgau v. 29. 1. 1920 = schwJZ 1921/22, 131. Verkannt in Cass. fr. v. 22. 12. 1924 = S. 1927, I, 343 und in der im Ergebnis richtigen Entscheidung Cass. fr. v. 8. 12. 1924 = S. 1925, I, 298; vgl. auch OERTMANN, Verkehrssitte S. 90. Nicht zu folgen ist SCHNORR, Gschnitzer-Gedenkschr. S. 374.

<sup>242</sup> Ausdrücklich Art. 2 Abs. 2 schwOR.

<sup>243</sup> App. Paris v. 4. 11. 1934 = Ann. dr. comm. 1934, 244; wohl auch BG v. 8. 10. 1957 = BGE 83, II, 522 ff.

<sup>244</sup> Vgl. oben IV. Kap. Fußn. 3 und zur Analogie oben Nr. 59.

<sup>245</sup> Das verkennen BALOSSINI, Accertamento S. 169, Consuetudini S. 509 ff.; GALLONI S. 119 f.; AUBRY-RAU Bd. XII, S. 54 Fußn. 9; GÉNY, Méthode Bd. I, S. 387 (vor allem für die coutume). Indirekt Trib. civ. Seine v. 4. 11. 1941 = D. A. 1942 J. 28 f.; unklar PACHE S. 242; JAHRREIS, Mélanges Gény Bd. I, S. 165. Nur mittelbar SCHLEGELBERGER Rdz. 17 zu § 346 HGB; Merkblatt DIHT für die Feststellung von Handelsbräuchen (vor allem Ziff. III).

<sup>246</sup> Vgl. OGHbriZ v. 22. 9. 1950 = NJW 1951, 111 ff.; BGH v. 15. 6. 1954 = BGHZ 14, 61 ff.; GROSSMANN-DOERTH, JW 1927, 3449; ders. Überseeauf S. 84 f.; Cass. it. v. 9. 8. 1934 Nr. 3083 = Foro it. mass. 1934, 553; v. 20. 3. 1935 Nr. 1013 = Foro it. mass. 1935, 234; indirekt Cass. fr. v. 15. 6. 1900 = S. 1900, I, 526. Zu Unrecht beschränken BETTI, Interpretazione S. 231 f.; VIVANTE, Trattato Bd. I, S. 56; GORLA S. 128 ff. die Auslegung auf Gebräuche mit Normwert. Voraussetzung der Auslegung ist freilich, daß zunächst die einheitliche Verwendung der Klausel festgestellt wird, vgl. etwa Trib.

Verschiedentlich wurde versucht, die Auslegung solcher Verkehrssitten *als Geschäftsauslegung* zu deklarieren und nach den für die Auslegung individueller Rechtsgeschäfte vorgesehenen Kriterien vorzunehmen.<sup>247</sup> Indessen ist dieser Weg versperrt, weil der wesentliche Anknüpfungspunkt, das konkret faßbare Interessenverhältnis, fehlt.<sup>248</sup> Da aber die hier in Frage stehenden Regeln durchwegs aus branchenüblichen Bedingungen, von Interessengruppen ausgehandelten oder von Verbänden und Fachkommissionen erarbeiteten Formularen stammen, bieten sich die *für Verbandsbedingungen und Kollektivabsprachen*<sup>249</sup> entwickelten *Auslegungsregeln* an. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Entwicklung auch über den ursprünglichen Sinn einer Klausel hinausgehen kann.<sup>250</sup>

Dagegen besteht *bei Verkehrssitten keine Möglichkeit, Lücken analog*<sup>251</sup> auszufüllen. Lücken setzen ein Ordnungssystem voraus. Nun wird zwar bei vorformulierten Vertragsmustern ein rational erfassbares Ordnungssystem typisch juristischen Charakters bisweilen feststellbar sein. Es genügt, auf die Regeln der Tradeterms und Incoterms oder des Dokumentenakkreditives hinzuweisen. Auch daß solche Regelungen fortentwickelt oder durch Analogie ergänzt werden können, ist denkbar.<sup>252</sup> Als Verkehrssitten werden die in ihnen formulierten Regeln aber nicht beachtet, weil und soweit sie zu diesem oder jenem Ordnungssystem

comm. Gand v. 11. 2. 1959 = Jur. d'Anvers 1959, 156 ff.; App. Gand v. 31. 3. 1960 = Jur. d'Anvers 1960, 124 ff.; OLG München v. 19. 12. 1957 = NJW 1958, 426. Inso- weit treffen die Argumente der in Fußn. 245 zitierten Autoren zu.

<sup>247</sup> Vgl. Cass. it. v. 15. 10. 1958 Nr. 3267 = Giur. it. 1959, I, 1, 1365 ff.; unklar JANSMA S. 145; anscheinend auch die schon zitierte Entscheidung des BGH v. 15. 6. 1954 sowie RG v. 14. 12. 1928 = RGZ 123, 97 ff. und v. 13. 5. 1917 = RGZ 90, 1 ff.; unklar LÜDERITZ, Auslegung S. 243.

<sup>248</sup> Zutreffend HOUIN, S. 1944, I, 21 f.; vgl. auch KADEN, *Mélanges Lambert* Bd. I, S. 516 f. Eine andere Frage ist es dann, ob im Einzelfall die ausgelegte Verkehrssitte auch angewendet werden kann, vgl. im Ergebnis für den Sonderfall der Arglist STAUDINGER-COING, Rdz. 51 zu § 133. Unklar SCHLEGELBERGER, Rdz. 31 zu § 346 HGB. In den Fundstellen der vorigen Fußn. werden diese zwei Fragen unbewußt vermengt.

<sup>249</sup> Hinsichtlich der Auslegung von Kollektivverträgen muß auf die einschlägige arbeitsrechtliche Literatur verwiesen werden. Hinsichtlich der Verbandsregeln und sonstigen Absprachen von Interessengruppen vgl. HOUIN, S. 1944, I, 21 ff.; RITTER Bd. I, S. 7; BECKER, *Berner Kommentar* Nr. 2 zu Art. 18 OR; SCHÖNLE, NJW 1968, 730; HUG, JZ 1968, 74 (Ziffer b, c).

<sup>250</sup> Vgl. GROSSMANN-DOERTH, *Überseekauf* S. 88.

<sup>251</sup> Unklar Cass. it. v. 15. 2. 1945 Nr. 19 = *Foro it. rep.* 1943, 45, *consuetudine* Nr. 5; wiederum ausgehend von der Unterscheidung *uso normativo-uso BETTI*, *Interpretazione* S. 234; VIVANTE, *Trattato* Bd. I, S. 56; unklar FORMIGGINI, *Usi* S. 21; VANNI, *Saggi* S. 103; Cass. fr. v. 19. 3. 1954 = *Bull. Cass.* 1954, IV, 196; EHRENZWEIG Bd. I, S. 262.

<sup>252</sup> Zu eng ASQUINI, *Scritti* Bd. I, S. 58. Allerdings weist SCHINNERER *ZfR* vgl. 1963, 213 zutreffend darauf hin, daß es doch sehr fraglich sei, ob die Praktiker, die solche Regeln erarbeiten, wirklich an ein ergänzungsfähiges System denken. Bei den York-Antwerpener Havereiregeln etwa wird das von HOUIN, S. 1944, I, 21 ff. stillschweigend bejaht; ebenso offenbar GROSSMANN-DOERTH, *JW* 1927, 3448 (der Richter könne an der Beseitigung von Mängeln mitarbeiten).

gehören, sondern weil und soweit sie tatsächlich Übung geworden sind.<sup>253</sup> So ist es unvorstellbar, daß etwa das System des Dokumentenakkreditivs im Wege einer Analogie ergänzt und die gefundene Regel als Verkehrssitte angewendet wird. Hier fehlt das notwendige Element von Verkehrssitten, nämlich die verkehrssittliche Verwendung.

## II. Verkehrssitten, Treu und Glauben und Billigkeit

139. Der Einfluß von Treu und Glauben und Billigkeit auf die Anwendung von Verkehrssitten ist vom Gesetz nur unbestimmt umschrieben und daher ein offenes Problem der Interpretationslehre. Mit der vergleichenden Methode kann es nicht gelöst werden. Hier werden Wertvorstellungen aktualisiert und deshalb ist nur eine normative Methode anwendbar. Für die Vertragsauslegung ergibt sich ein durch die gesetzliche Wertung begründeter Methodendualismus, der teilweise auch Ansätze der Vertrauenstheorien in sich aufnimmt. Allerdings werden diese nicht im Sinne der Vertrauenstheorien als Grund sondern als Schranke typisierender Auslegung bedeutsam. Damit sei auch vorausgeschickt, daß die normative Theorie hier nicht erschöpfend behandelt werden kann. Sie wird nur bedeutsam, soweit sie das Thema der Verkehrssitten berührt.

Es ist bekannt, daß die bona fides im herkömmlichen Sinn ein individuelles und ein generelles Element enthält. Sie verpflichtet die Vertragspartner gutgläubig und frei von Arglist zu handeln und bei ihren Vereinbarungen die Regeln sozialethischer Überlieferung, zu der auch der Grundsatz der ausgleichenden Gerechtigkeit gehört, zu beachten. Diese Doppelrolle haben im heutigen deutschen Recht Treu und Glauben übernommen.<sup>254</sup> Der Cc. und die Nachfolgerechte lösten dagegen die bona fides in zwei Begriffe auf. Die *équité* erscheint in Art. 1135 Cc.fr., die *bonne foi* in Art. 1134 Abs. 3 Cc.fr.<sup>255</sup> Diese Vorschriften stehen außerhalb des Interpretationskatalogs. Nur Art. 1366 Cc.it. beruft die bona fides in ihrer individuellen Prägung für die Vertragsauslegung.

Da § 157 BGB uneingeschränkt Vertragsauslegung nach Treu und Glauben anordnet, werden sowohl das individuelle, als auch das generelle Element bedeutsam. Nun sind aber beide unterschiedlicher Natur und damit ergibt sich ein Problem, das beim Vergleich des § 157 BGB mit Art. 1366 Cc.it. deutlicher hervortritt. Nach Art. 1366 Cc.it. ist die individuelle *buona fede* eines unter mehreren Auslegungskriterien. In § 157 BGB hingegen sind Treu und Glauben zunächst selbst Auslegungskriterien und sodann Maßstab für die Heranziehung der Ver-

<sup>253</sup> Vgl. BALOSSINI, *Consuetudini* S. 521 ff.; ausdrücklich Cass. fr. v. 30. 11. 1966 = Bull. Cass. 1966, IV, 905; indirekt Trib. comm. Bruxelles v. 28. 6. 1949 = Jur. comm. Brux. 1953, 373 ff. (vor allem 376); App. Liège v. 1. 12. 1897 = PB 1898, II, 139.

<sup>254</sup> Vgl. BLOMEYER S. 24. WIEACKER § 242 BGB S. 19; ENDEMANN, BGB Bd. I, S. 423 und OERTMANN, Verkehrssitte S. 414 betonen zu einseitig das Element der sozial-ethischen Überlieferung, STAUDINGER-COING Rdz. 8 zu § 133 BGB hingegen das individuelle Element.

<sup>255</sup> Art. 1366, 1374 Cc. it.; Art. 1374, 1375 BW.

kehrssitten, also anderer Auslegungsmaßstäbe. Es ist daher zu prüfen, ob diese doppelte Funktion von beiden in Treu und Glauben enthaltenen Elementen ausgefüllt werden kann oder ob sie vielmehr jeweils auf verschiedenen Stufen der Auslegung bedeutsam werden.

140. Soll nach dem *bona fides* Prinzip bei der Auslegung die *Gutgläubigkeit der Partner* beachtet werden, so kann das nur die Unklarheiten betreffen, die auf den bösen Glauben zurückzuführen sind. Der Maßstab der Gutgläubigkeit ist deshalb ein *individueller Interpretationsmaßstab*.<sup>256</sup> Ist der Vertrag infolge außerhalb des Parteiverhaltens liegender Umstände unklar, so kann die individuelle *bona fides* nicht wirksam werden.

Ogleich die Gutgläubigkeit zur individuellen Auslegungsstufe gehört, kann sie maßgeblich die Anwendung von Verkehrssitten beeinflussen. Nach den obigen Ergebnissen kommt typisierende Auslegung nur in Betracht, wenn individuelle Auslegung zu keinem Ergebnis geführt hat.<sup>257</sup> Der Grundsatz der Gutgläubigkeit kann also indirekt die Anwendung von Verkehrssitten verhindern, indem er den Übergang zur typisierenden Auslegung versperrt.<sup>258</sup>

Übernimmt etwa ein Elektroinstallateur die Verlegung von Leitungen, so kann der Vertrag nicht dahin ausgelegt werden, daß er berechtigt ist, die ihm am bequemsten erscheinenden Maßnahmen zu ergreifen. Da seine Befugnisse an der Gutgläubigkeit zu messen sind, muß er auch die dem Auftraggeber entstehenden Kosten beachten.<sup>259</sup> Auf eine an sich neutrale Verkehrssitte, wonach der Installateur freie Hand hat, kann keine Rücksicht genommen werden, weil die Gutgläubigkeit als individueller Auslegungsmaßstab vorgeht.

Nach dem Maßstab individueller Gutgläubigkeit ist vor allem der Fall zu beurteilen, wo sich ein Partner auf eine ihm günstige Verkehrssitte beruft, obwohl er wußte, daß sie dem anderen unbekannt war. Zwar hindert nach den obigen Ergebnissen Unkenntnis die Verwendbarkeit von Verkehrssitten grundsätzlich nicht. Im Einzelfall kann aber eine *bösgläubige Ausnutzung der Unkenntnis* des anderen Partners vorliegen. Nicht die Unkenntnis als solche, sondern das Verhalten des anderen Teiles kann die Anwendung der Verkehrssitte ausschließen.<sup>260</sup>

<sup>256</sup> SCOGNAMIGLIO S. 179.

<sup>257</sup> Zu eng daher DE SMIDT S. XXXIX.

<sup>258</sup> In diesem Sinne einer negativen Schrankenfunktion der *bona fides* ist den Ausführungen von LARENZ, Auslegung S. 76 zuzustimmen. Vgl. DÜRINGER-HACHENBURG Rdz. 11 zu § 346 HGB. Unzutreffend ENDEMANN, BGB Bd. I, S. 423 Fußn. 9.

<sup>259</sup> Cass. fr. v. 19. 1. 1925 = D. H. 1925, 77. Weiter vgl. Trib. Paix Paris v. 20. 2. 1924 = S. 1925, II, 31; im Ergebnis Trib. civ. Seine v. 27. 3. 1900 = S. 1902, I, 230. Illustrativ Trib. civ. Toulouse v. 11. 1. 1939 = D. H. 1939, J. 160: Ein Vermieter beruft sich gegenüber einem Offizier, der plötzlich versetzt wird, auf einen an sich neutralen usage hinsichtlich Kündigungsfristen. Vgl. auch den entgegengesetzten Fall bei EHRENBERG, HGB Bd. IV, 2, S. 108 und BGH v. 23. 3. 1964 = BGHZ 41, 216 ff. (220 Ziffer IV).

<sup>260</sup> Vgl. SCHLEGELBERGER Rdz. 37 zu § 346 HGB; SACHSE, AcP 1927, 302; beiläufig schon MANICK, Willenserklärung S. 468; BENDIX, JW 1921, 226; DE KAT, WPNR 3894, der aber das Erfordernis der Bösgläubigkeit nicht hinreichend berücksichtigt. In Deutschland werden diese Fälle bisweilen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensprinzips ge-

141. Soweit Treu und Glauben Normen sozialetischer Überlieferung umschreiben, kann es sich nicht mehr um eine Sperre des Übergangs von individueller zu typisierender Auslegung handeln. Ihr Einfluß auf Verkehrssitten muß deshalb ausschließlich auf der Ebene der typisierenden Auslegung gesucht werden. Gelegentlich ist er mit der Kontrolle verglichen worden, die der *ordre public* gegenüber ausländischen Normen ausübt.<sup>261</sup> Tatsächlich wird in beiden Fällen die Regelung eines Rechtsverhältnisses auf ihre Vereinbarkeit mit bestimmten Wertvorstellungen überprüft. Unterschiedlich sind nur Gegenstand und Maßstab dieser Prüfung.

Aus der funktionsmäßigen Ähnlichkeit der Kontrolle, die Treu und Glauben bei typisierender Auslegung und *ordre public* bei Anwendung ausländischen Rechts ausüben, kann für deren hermeneutische Bedeutung ein interessanter Schluß gezogen werden. Der *ordre public* bildet nur den *Grenzwert* für die Anwendung der ausländischen Normen. Er greift nicht selbst regelnd in das dem ausländischen Recht unterliegende Rechtsverhältnis ein. Das Prinzip von Treu und Glauben verhält sich ebenso.<sup>262</sup> Es kann zwar eine Auslegung nach Verkehrssitten ausschließen.<sup>263</sup> *Ersatzregeln*, die an Stelle der Verkehrssitten angewendet werden können, *enthalten Treu und Glauben nicht*.<sup>264</sup> Da sie Wertmaßstäbe sind, fehlt ihnen der vertragsbezogene Inhalt. Die nach Treu und Glauben unangewendet gebliebene Verkehrssitte muß deshalb durch sonstige Auslegungsmittel oder durch das Gesetz ersetzt werden.<sup>265</sup>

An der Hamburger Börse hatte sich die Gepflogenheit eingebürgert, daß bei Verkaufskommissionen der Kommissionär dem Verkäufer nicht den erzielten Realpreis,

---

sehen und daher gleichfalls Bösgläubigkeit nicht gefordert, vgl. z. B. LÜDERITZ, Auslegung S. 234. Folgt man hingegen der hier vertretenen Auffassung, so ergibt sich die gleiche Rechtslage wie bei der Berufung auf einseitig übervorteilende AGB, vgl. die oben Nr. 92 zitierten Entscheidungen, sowie LG Berlin v. 25. 4. 1966 = NJW 1966, 1818 ff. und BRANDNER, AcP 1963, 258 ff. Dieser Gleichklang ist besonders wichtig, da Verkehrssitten häufig aus der Verwendung von AGB entstehen, so daß eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt wäre.

<sup>261</sup> HIRSCH, JZ 1962, 333; RIESE, RabelsZ 1957, 39 zu Art. 12 intKaufG; DE SMIDT S. XXXIX; Trib. Perugia v. 25. 2. 1956 = Foro it. rep. 1956 vendita Nr. 196 (ordine pubblico interno); ebenso Pret. Gualdo Tadino v. 19. 5. 1956 = Foro it. rep. 1956 vendita Nr. 197 f.; KLANG-GSCHNITZER, Anm. III 2 a zu § 914 ABGB und GSCHNITZER, AT S. 137.

<sup>262</sup> MARTY, Trav. Capitant Bd. V, S. 92 f.

<sup>263</sup> Das verkennt TANAKA, Mélanges Gény Bd. II, S. 253 und BGH v. 1. 12. 1965 = MDR 1966, 230. Zutreffend spricht dagegen OERTMANN, Verkehrssitte S. 82 ff. von einer „Einschränkung“, „Grenze“ und „Schranke“. Ebenso LÜDERITZ, Auslegung S. 417 f.

<sup>264</sup> Vgl. HOETINK, Ind. t. v. h. r. 1933, 945; unklar Nouvelles Bd. IV, 2 obligations Nr. 181, die einerseits die *équité* im hier vertretenen Sinn verwenden, sie zugleich aber als Auslegungsmittel neben Verkehrssitten stellen.

<sup>265</sup> Zu einem anderen Ergebnis kommt REICHEL, Stammer Festschr. 298, 308, da er Treu und Glauben als volkstümliche Umschreibung des „richtigen Rechts“ betrachtet. Dem Begriff wird damit jedoch eine Wendung gegeben, die zu seiner Auflösung in ein allgemeines Billigkeitsprinzip führt, das mehrfach abgelehnt wurde.

sondern die innerhalb der Börsennotiz liegende Durchschnittsnotierung gutschrieb. Ein etwa erzielter Mehrpreis verblieb beim Kommissionär. Das Reichsgericht<sup>266</sup> erklärte diese Verkehrssitte für unanwendbar, weil sie durch Ausnutzung einer Machtstellung entstanden war, die in dieser Form im Rechtsleben nicht gebilligt werden kann.<sup>267</sup> Das Gericht formulierte nun nicht aus Treu und Glauben eine Ersatzregel. Vielmehr beurteilte es den Rechtsstreit, da sonstige Auslegungsmittel nicht vorhanden waren, nach den einschlägigen Vorschriften. Ein rechtsethischer Grundsatz kann eben nicht an die Stelle einer geschäftsbezogenen Übung treten.

Soweit Treu und Glauben auf sozialetische Normen verweisen, können sie nicht als Auslegungsmittel neben den Verkehrssitten angewendet werden. Ihre Aufgabe besteht vielmehr darin zu verhindern, daß Verträge zum wertneutralen Instrument privaten Eigennutzes werden. Als materielles Grenzprinzip stehen damit Treu und Glauben über dem gesamten Auslegungsprozeß, weil der Vertrag als solcher von ihnen beherrscht wird.<sup>268</sup> Die von POTHIER übernommene Regel lautet nicht: „in contractibus debent venire quae sunt bonae fidei, moris et consuetudinis“, sondern sie lautet: „in bonae fidei contractibus debent venire quae sunt moris et consuetudinis“. In diesem Sinn kann sie auch heute noch Gültigkeit beanspruchen.

### III. Vertragsanfechtung und Verkehrssitten

142. Verkehrssitten können auch angewendet werden, wenn die Partner ihren Bestand und Inhalt oder ihre Anwendbarkeit nicht berücksichtigt oder falsch eingeschätzt haben. Deshalb ist abschließend die Möglichkeit einer Anfechtung des ausgelegten Vertrages zu erörtern.<sup>269</sup>

Wenn die *Anfechtbarkeit heute oft in Frage gestellt* wird, so ist dafür teilweise die schon abgelehnte Vorstellung maßgeblich, daß Verkehrssitten als Rechtsnormen angewendet werden. Es genügt daher auf die obigen Ausführungen zu verweisen.<sup>269a</sup>

<sup>266</sup> RG v. 19. 5. 1926 = RGZ 114, 9 ff.

<sup>267</sup> Da hierbei eine Wertung des Einzelfalls erforderlich ist, geht App. Paris v. 4. 1. 1934 = D. H. 1934 J. 105 ff. (107) zu weit, wenn ergänzende Wirkung eines usage bancaire verneint wird, weil generell Bankkunden gezwungen seien, die Bedingungen der Banken hinzunehmen.

<sup>268</sup> Vgl. SCHLEGELBERGER Rdz. 36 f. zu § 346 HGB; RABEL, *RabelsZ* 1935, 54 deutet in diesem Sinne die Vernünftigkeitbedingungen des intKaufG; vgl. auch DÖLLE, *Rhein-stein-Festschr.* Bd. I, S. 450. Im Ergebnis App. Paris v. 5. 7. 1933 = GP 1933, II, 756; Cass. fr. v. 12. 6. 1936 = GP 1936, II, 378; Juge de Paix Gembloux v. 15. 6. 1898 = Journ. j. p. 1899, 340 f.; SUIJLING Bd. II, S. 283; HR v. 26. 2. 1960 = NJ 1965, 373; v. 11. 1. 1957 = NJ 1959, 37.

<sup>269</sup> Bejahend LÜDERITZ, *Auslegung* S. 304, 306; LEHMANN-HÜBNER S. 212; HAEMMERLE, *Handelsrecht* Bd. I, S. 23; OERTMANN, *BGB Anm.* 2 b zu § 157 BGB; SCHLEGELBERGER Rdz. 30 zu § 346 HGB; HUECK, *JherJb.* 1923, 53; STAUDINGER-COING Rdz. 16 zu § 133 BGB; DANZ, *Auslegung* S. 140; östOGH v. 5. 9. 1963 = EVBl. 1964, 63; schWBG v. 3. 10. 1913 = BGE Bd. 39, II, 579.

<sup>269a</sup> oben Nr. 55, 122.

Soweit es sich um ergänzende Auslegung handelt, werden aber auch vertragsrechtliche Gründe geltend gemacht. Insbesondere in Deutschland ist angenommen worden, daß nach § 119 BGB nur der Inhalt der eigenen Erklärung angefochten werden kann.<sup>270</sup> Der ergänzte Vertragsinhalt wird danach von § 119 BGB nicht erfaßt, gleichgültig ob individuelle oder typisierende Auslegungsmittel verwendet wurden.

Wenn der Irrrende auf die Anfechtbarkeit seiner eigenen Erklärung beschränkt wird, so steht dahinter eine Isolierung der einzelnen vertraglichen Äußerungen, die sich nach den obigen Feststellungen nicht verwirklichen läßt und dem Gesetz widerspricht. Vor allem wird auch verkannt, daß sich Auslegung und ergänzende Auslegung nicht voneinander trennen lassen. Damit aber entfällt eine wesentliche Voraussetzung für die Unanwendbarkeit von § 119 BGB bei der ergänzenden Auslegung.<sup>271</sup> Zwar kann nach dem Wortlaut der Vorschrift der Irrrende „die Erklärung anfechten“. Die Gesetzesverfasser haben aber die Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft nicht genau unterschieden. Es ist deshalb bedeutsam, daß nach § 142 BGB das Rechtsgeschäft den Anfechtungsgegenstand bildet. Infolgedessen ist *der Vertrag selbst* und nicht die einzelne Erklärung *Objekt der Irrtumsanfechtung*. Zum Vertrag gehören aber *auch die durch Auslegung ergänzten Elemente*.<sup>272</sup>

143. Obwohl grundsätzlich auch von der Anfechtbarkeit ergänzter Vertrags-elemente auszugehen ist, wird sie aus tatsächlichen Gründen weitgehend ausgeschlossen. Ein Irrtum kann nur vorliegen, soweit sich der Irrrende überhaupt Vorstellungen gemacht hat. Wird die vertragliche Regel erst durch ergänzende Auslegung ermittelt, so liegt diese Voraussetzung meist nicht vor.<sup>273</sup> Dies gilt ins-

<sup>270</sup> LARENZ, AT S. 526; SchR Bd. I, S. 89 Fußn. 1 (anders noch Auslegung S. 92) unter Hinweis auf RHODE S. 71, der von der unzutreffenden Auffassung ausgeht, daß es keine ergänzende Auslegung, sondern nur Ergänzung gibt. Zu typisierten Massenverträgen vgl. LARENZ, AT S. 348; HENCKEL, AcP 1960, 125. Zweifelhaft MANIGK, ArchRWPhil 1932/33, 379, Verhalten S. 280, 152, wonach Erklärtes und schlüssig Miterklärtes (?) anfechtbar ist. Obendrein will MANIGK, Auslegung S. 165, nur „regelmäßig“ die Anfechtbarkeit zulassen. Merkwürdig ENNECCERUS-NIPPERDEY, Bd. I, 2, S. 1262, der die Anfechtbarkeit verneint, obwohl er von der Unterwerfungstheorie ausgeht.

<sup>271</sup> Vgl. SANDROCK, Auslegung S. 120 ff., allerdings nur hinsichtlich atypischer Ergänzung, da er, wie dargestellt, die Verwendung von Verkehrssitten als Rechtsfortbildung betrachtet.

<sup>272</sup> Vgl. Art. 1117 Cc. fr. (*la convention est nulle*). STAUDINGER-COING Rdz. 36 Einl. Rechtsgeschäfte spricht daher zutreffend von Geschäftsanfechtung, setzt dann allerdings Rdz. 8 zu § 142 ungenaue Erklärung und Geschäft gleich. Zutreffend EHRENBERG, HGB Bd. IV, 2, S. 95. Die Konstruktion von OERTMANN, Verkehrssitte S. 190 ff. wird überflüssig. Danach ist nur die eigene Erklärung anfechtbar: Da aber schon bei ausdrücklichen Erklärungen Willensmängel beachtet werden, so seien sie erst recht bei ergänzten Vertragselementen beachtlich. Scheidet Anfechtung aus, so bleibe nur Nichtigkeit *ipso iure*.

<sup>273</sup> Es handelt sich um eine Tatfrage, die nicht generell beantwortet werden kann, wie anscheinend FLUME, AT Bd. II, S. 325 f.; GRASSETTI, Interpretazione S. 111 und MESSINA, S. 12 meinen. Zutreffend insoweit SANDROCK, Auslegung S. 120 f.

besondere bei Verwendung von Verkehrssitten. Der Irrtum muß nämlich nicht die Verkehrssitte als solche sondern den Vertrag betreffen. Fehlvorstellungen über Verkehrssitten sind demnach stets ein Irrtum über den Geschäftsinhalt.<sup>274</sup> Der Irrtum richtet sich also entweder auf den wirtschaftlichen Vorgang oder seine rechtstechnische Regelung. Nur letztere ist aber ergänzungsfähig und dabei sind bezüglich der Verkehrssitten drei Möglichkeiten denkbar. Entweder hatte der betreffende Partner keine Kenntnis vom Bestehen der Verkehrssitte, oder er hielt sie nicht für einschlägig, oder er war sich über ihren Inhalt nicht im Klaren.

Kannte der Partner die Verkehrssitte nicht, so kommt ein Irrtum über den Inhalt des Geschäfts nur in Betracht, wenn er sich über den fraglichen Punkt besondere, von der Verkehrssitte abweichende Vorstellungen gemacht hat. Diese Situation scheidet jedoch bei ergänzender Auslegung aus, weil der strittige Punkt erst durch Auslegung Vertragselement wird. Hier handelt es sich nicht um einen Irrtum, sondern um ein unbeachtliches Fehlen von Vorstellungen.<sup>275</sup>

Beim zweiten Fall hat sich der Partner Vorstellungen über den Vertragsinhalt gemacht. Da er die Reichweite der Verkehrssitte falsch einschätzte, stellte er sich den Vertragsinhalt fehlerhaft vor. Die Situation unterscheidet sich also nicht von der normalen Irrtumslage. Der ausgelegte Vertrag entspricht nicht dem vorgestellten.

Beim dritten Fall schließlich handelt es sich nicht um einen Irrtum. Vielmehr wird der Vertragsinhalt, so wie er sich durch die Auslegung ergibt, in Kauf genommen. Der betreffende Partner macht sich keine fehlerhaften Vorstellungen, sondern verhält sich uninteressiert.

Nur für den zweiten Fall werden somit die Irrtumsvorschriften beachtlich. Auch hier ist ihre Bedeutung aber praktisch gering. Ausschließlich ein rechtserheblicher Irrtum berechtigt zur Anfechtung des Vertrages. Verkehrssitten betreffen jedoch danach wichtige Punkte nur in beschränktem Umfang.<sup>276</sup> Nach § 119 Abs. 1 BGB ist ein Irrtum nur beachtlich, wenn der Irrende „bei verständiger Würdigung“ sein Einverständnis zu dem Geschäftsinhalt nicht gegeben hätte. Damit wird auf die individuelle Wesentlichkeit des vom Irrtum betroffenen Vertragspunktes abgestellt.<sup>277</sup> Eine allgemeingültige Aussage über den beachtlichen Irrtum ist deshalb zwar nicht möglich. Regelmäßig nehmen aber die Vertragspartner die ihnen wesentlich erscheinenden Punkte in den Erklärungsstatbestand auf. Die ergänzenden Elemente können somit als unwesentlich gelten, so-

<sup>274</sup> Vgl. etwa OERTMANN, Verkehrssitte S. 305, der allerdings auch hier zu sehr auf die Erklärung abstellt.

<sup>275</sup> Andeutungsweise OERTMANN, Verkehrssitte S. 190 f.

<sup>276</sup> Andeutungsweise DEREUX S. 265 f.; Rieg S. 131, der sich eingehend mit dem Irrtumproblem befaßt, geht bezeichnenderweise auf die Verkehrssitten mit keinem Worte ein.

<sup>277</sup> ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 1050. Art. 1110 Abs. 2 Cc. fr. nimmt Rücksicht auf die „considération“ der Partner, Art. 24 OR verweist mehrfach auf die Sicht des Irrenden und Art. 1429 Cc. it. berücksichtigt bei Bestimmung der *essenzialità* das *apprezzamento* der Partner.

lange nicht der Nachweis des Gegenteils erbracht ist. Dies gilt um so mehr als sich die ergänzbaren Klauseln ohnehin nur auf die rechtstechnische Regelung beziehen. Für das Anfechtungsproblem ist es daher kennzeichnend, daß es in der Rechtsprechung praktisch gegenstandslos blieb.

#### IV. Räumlicher und personeller Anwendungsbereich von Verkehrssitten

144. Wird eine Verkehrssitte geltend gemacht, so handelt es sich zunächst darum, ob die auf Verkehrssitten verweisende *Auslegungsvorschrift selbst anwendbar* ist. Diese Frage ist *kollisionsrechtlicher Natur* im eigentlichen Sinn. Ihre Lösung folgt dem maßgeblichen Vertragsstatut,<sup>278</sup> so daß sie hier nicht weiter zu verfolgen ist.

Sind nach den maßgeblichen Auslegungsvorschriften Verkehrssitten anzuwenden, so kann der Fall eintreten, daß die Parteien entweder voneinander abweichende Übungen nachweisen oder die *räumliche* bzw. *personelle Anwendbarkeit einer einzelnen Übung* bestreiten. Es können daher Anknüpfungsprobleme entstehen, die äußerlich *kollisionsrechtsähnlichen Charakter* besitzen. Dies gilt zunächst, wenn die Verkehrssitte über den nationalen Bereich hinausreicht.<sup>279</sup> Aber auch innerhalb eines Staatsgebietes können Verkehrssitten interlokale oder interpersonelle Unterschiede aufweisen. Die Frage, ob die sich daraus ergebenden Anwendungsgrenzen entsprechend den Regeln des Kollisionsrechts zu beurteilen sind, ist bisher offengeblieben.

Es steht außer Frage, daß die *Partner eines Vertrages bestimmen* können, nach welchen örtlichen oder branchenmäßigen Verkehrssitten sie ihr Verhältnis beurteilt wissen wollen.<sup>280</sup> Eine solche Vereinbarung hält sich im Rahmen der materiellrechtlichen<sup>281</sup> *Privatautonomie* und ist nach den obigen Ausführungen bei der Auslegung zu beachten. Das Anwendungsproblem tritt jedoch auf, wenn entsprechende Vereinbarungen fehlen.

<sup>278</sup> Vgl. die unübertroffenen Ausführungen von ZITELMANN, IPR Bd. II, S. 212 ff.; QUADRI, Studi Romano Bd. I, 1, S. 249; MORELLI S. 154; VENTURINI, dir. int. priv. S. 161; BG v. 5. 12. 1961 = BGE 87, II, 237 ff. Zu Unrecht zweifelnd, LUTHLEN S. 25. Insoweit verfehlt BGH v. 29. 11. 1961 = JZ 1963, 167 ff. (169): Auf ein englisches Recht unterstehenden Vertrag wird § 346 HGB angewendet. Kritisch dazu Anm. LÜDERITZ (171).

<sup>279</sup> Vor allem bei internationalen Geschäften ergibt sich aus der kollisionsrechtlichen Festlegung des Vertragsstatuts nicht automatisch die Anwendbarkeit der in seinem Geltungsgebiet geübten Verkehrssitten. Vielmehr liegt ein selbständiges Anknüpfungsproblem vor. Vgl. ZITELMANN, IPR Bd. II, S. 215. Unklar die (im Ergebnis zutreffende) Entscheidung BG v. 7. 3. 1950 = BGE 76, II, 45 ff. Verkannt bei RIPERT in Rép. dr. comm., usages comm. Nr. 18 und STOUFFLET, JC. Int. Fasc. 565 Nr. 43.

<sup>280</sup> Vgl. z. B. zum Dokumentenakkreditiv die bei VENTURINI, Moneta credito 1950, 241 ff. zitierten Geschäftsbedingungen der Banca Commerciale Italiana und der Banca Nazionale del Lavoro.

<sup>281</sup> Nicht, wie GÉNY, Méthode Bd. I, S. 428 und DEREUX S. 133 meinen, der kollisionsrechtlichen Privatautonomie.

145. Vom Bestehen eines räumlichen kollisionsrechtsähnlichen Problems und von der Möglichkeit, es nach abstrakten Regeln zu lösen, gehen Art. 1159 Cc.fr. und Art. 1368 Cc.it. aus. Als interlokale Grundregel gilt danach, daß der Interpret die Verkehrssitten des Ortes zu beachten hat „où le contrat est passé“. Die italienische Vorschrift fügt bei Verträgen, an denen ein Unternehmer beteiligt ist, den Unterehmenssitz als Anknüpfungspunkt hinzu.<sup>282</sup>

Eine weitere Regel enthält Art. 23 Abs. 2 Livre I C. trav. fr. hinsichtlich der Verkehrssitten bei Kündigungen. Als Anknüpfungspunkt dient danach die *localité*. Doch fehlt hier schon eine nähere Konkretisierung, so daß die Rechtsprechung zu unterschiedlichen Anknüpfungen gelangte. Teilweise wird der Ort des Arbeitsplatzes,<sup>283</sup> teilweise der Ort der *exécution* des Vertrages für maßgeblich erklärt.<sup>284</sup> Diese sind zwar meist identisch, können jedoch im Einzelfall auch auseinanderfallen. Tritt ein solcher Fall ein, so soll der Ort entscheiden, an welchem der Arbeitnehmer tatsächlich den Hauptteil seiner Leistungen erbringt.<sup>285</sup>

*Das deutsche Recht kennt allgemeine Vorschriften mit abstrakt gefaßten örtlichen Anknüpfungsmaßstäben nicht.* Auch die österreichischen und schweizerischen Gesetze schweigen. Lediglich einige Spezialvorschriften verweisen auf den Erfüllungsort, etwa § 359 HGB hinsichtlich der Leistungszeit oder § 380 HGB für den Gewichtsabzug der Verpackung. Trotzdem ergibt sich auch hier ein dem Cc. entsprechendes Bild. So soll die örtliche Anwendbarkeit einer Verkehrssitte eine „kollisionsrechtliche Frage“ darstellen,<sup>286</sup> weil interessenmäßig die Problemlage im internationalen Schuldrecht ähnlich ist.<sup>287</sup> Diese Ähnlichkeit soll vor allem gegeben sein, soweit Verkehrssitten nach § 242 BGB „normativ“ die Rechtsfolgen eines Vertrages beeinflussen.<sup>288</sup> Aber auch wenn dieses Argument außer Betracht bleiben muß, im Ergebnis wird bei der auslegenden Rolle der Verkehrssitten entsprechend verfahren. So werden der Ort der Erklärung, des Vertrags-

<sup>282</sup> Die Vorschrift greift nach allgemeiner Auffassung nur ein, wenn der andere Partner kein Unternehmer ist. Sind beide Unternehmer, so soll wieder der Abschlußort maßgeblich sein, vgl. MARTINI-GIANNATTASIO Bd. IV, 2, S. 357; OPPO S. 76 f.

<sup>283</sup> Cass. fr. v. 22. 6. 1966 = Bull. Cass. 1966, I, 1; v. 15. 6. 1966 = Bull. Cass. 1966, IV, 589.

<sup>284</sup> Cass. fr. v. 21. 10. 1964 = Bull. Cass. 1964, IV, 684.

<sup>285</sup> Cass. fr. v. 4. 12. 1958 = Bull. Cass. 1958, IV, 1295.

<sup>286</sup> KREUZER S. 9; DANZ, Auslegung S. 209 f.; SIEG, BB 1953, 985.

<sup>287</sup> So LÜDERITZ, Auslegung S. 299 ff.; ESSER, SchR (2) S. 44; HAEMMERLE, Handelsrecht Bd. I, S. 42; GSCHNITZER, AT S. 137; LYON-CAEN-RENAULT Bd. I, S. 90; DEREUX S. 133; SCHINNERER, ZfRvgl. 1961, 5 f. (es sei § 37 ABGB anzuwenden).

<sup>288</sup> Etwa OERTMANN, Verkehrssitte S. 387 ff. und 411 ff. Er läßt jedoch S. 393 f. weitgehend stillschweigende Unterwerfung zu und entwertet damit seine Ausführungen zu § 242 BGB weitgehend. Bei § 242 BGB soll es regelmäßig auf den Wohnsitz ankommen, während bei der Auslegung die Verkehrssitte des Ortes der Erklärungsabgabe, S. 133 f., und der Verkehrskreise S. 391 ff., maßgeblich sein soll. Insgesamt sind OERTMANN'S Ausführungen unklar. Zu Art. 1375 holl. BW. vgl. OPSTALL in Hofmann, Verbintenissenrecht A. L. Bd. I, S. 427.

abschlusses<sup>289</sup> oder der Erfüllungsort<sup>290</sup> als generelle Anknüpfungselemente verwendet. Vereinzelt wird auch ein offenes System von Anknüpfungspunkten empfohlen.<sup>291</sup>

146. Im Gegensatz zur Behandlung des räumlichen Anwendungsbereiches von Verkehrssitten fällt auf, daß bereits im Cc. und den Nachfolgerechten Vorschriften über die personelle Anwendbarkeit fehlen. Eine Ausnahme stellt dort Art. 23 Abs. 1 Livre I C. trav. fr. dar. Maßgeblich soll danach die „profession“ sein. Wie schon hinsichtlich der Verweisung auf die „localité“ fehlen jedoch nähere Angaben.<sup>292</sup>

Eine *allgemeine Norm hinsichtlich der personellen Anknüpfung* enthalten demnach nur § 346 des deutschen und österreichischen HGB, soweit sie Handelsbräuche auf Geschäfte „unter Kaufleuten“ beschränken. Die Rechtsprechung hat sich daran jedoch häufig nicht gehalten. Aus hermeneutischen Gründen wurden Handelsbräuche unter Umständen auch auf Verträge zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten angewandt. Entweder wurde in solchen Fällen eine stillschweigende Unterwerfung konstruiert<sup>293</sup> oder auf die Art des Geschäfts abgestellt.<sup>294</sup>

Die Rechtsprechung zu § 346 HGB entspricht vollständig den sonstigen Äußerungen der Literatur. Auf die Behauptung, daß der personelle Anwendungsbereich von Verkehrssitten auf kollisionsrechtsähnliche Weise festzulegen sei, wird allgemein verzichtet. Stattdessen beherrschen interpretationsmethodische Erwägungen diese Frage und je nach dem Standort des Autors wird willens- oder vertrauenstheoretischen Argumenten der Vorrang gegeben.<sup>295</sup>

<sup>289</sup> BGH v. 20. 5. 1952 = BGHZ 6, 134; v. 12. 12. 1953 = LM B 1 § 157 BGB; RG v. 20. 11. 1902 = RGZ 53, 67; GOLDSCHMIT Anm. 6 zu § 346 HGB; COSACK Bd. I, S. 250; DÜRINGER-HACHENBURG Rdz. 9 c zu § 346 HGB; DANZ, Auslegung S. 210, der aber S. 222 Ausnahmen für möglich hält OERTMANN, BGB Rechtsgeschäfte Vorbem. 9 d; ESSER, SchR (2) S. 44; LEHMANN-HÜBNER S. 212; LANGE S. 273; östOGH v. 5. 9. 1963 = EVBl. 1964, 63. – Mit Einschränkungen FLUME, AT Bd. II, S. 316; BECKER, Berner Kommentar Nr. 14, 23 zu Art. 18 OR; FISCHER, Handelsusanz S. 25 f., der einen generellen und einen individuellen Wirkungsbereich der Verkehrssitten unterscheidet und so zur Auflockerung starrer Ortsanknüpfung gelangt.

<sup>290</sup> ESSER, SchR (2) S. 44 (Wirkungsort bei Auslegung nach § 157 BGB). Zum früheren AHGB vgl. STAUB-PISKO § 7 zu Art. 1 und § 16 zu Art. 279; RG v. 23. 3. 1923 = RGZ 102, 41; DÜRINGER-HACHENBURG, Rdz. 9 c zu § 346 HGB (hinsichtlich der Vertragspflichten); offenbar HAAGE S. 7 f. mit dem Vorbehalt der Vereinbarung eines Schiedsgerichts (dann „lex fori“).

<sup>291</sup> SIEG, BB 1953, 985 ff.

<sup>292</sup> Zur personellen Anwendbarkeit dieses usages vgl. die bei Fußn. 216 zitierten Entscheidungen.

<sup>293</sup> RG v. 19. 11. 1926 = JW 1927, 764; zustimmend SCHLEGELBERGER Rdz. 27 zu § 346 HGB; vgl. weiter SACHSE, AcP 1927, 301 (aber S. 302); DANZ, Auslegung S. 230.

<sup>294</sup> BGH v. 27. 10. 1951 = NJW 1952, 257; RG v. 3. 4. 1914 = JW 14, 673 f.; vgl. DÜRINGER-HACHENBURG Rdz. 12 zu § 346 HGB; GIERKE, Handelsrecht S. 25 (Handelsbrauch wirkt kraft Verkehrssitte ins Privatrecht).

<sup>295</sup> Vgl. z. B. die Ausführungen von RAISER, AGB S. 164 ff.; FLUME, AT Bd. II,

147. Die Kritik an der kollisionsrechtsähnlichen Bestimmung des örtlichen Anwendungsbereiches von Verkehrssitten hat wegen der gesetzlichen Lage in den Ländern des Cc. größere Aufmerksamkeit als im deutschsprachigen Raum gefunden.

Die Erfordernisse einer fallbezogenen Auslegung haben die Gerichte wiederholt gezwungen, über Art. 1159 Cc.fr. hinauszugehen.<sup>296</sup> Diese Praxis setzt voraus, daß die Verweisung auf Verkehrssitten des Abschlusortes nicht als kollisionsrechtsähnliche Vorschrift verstanden werden kann, sondern Bestandteil einer Interpretationsregel ist.<sup>297</sup> Ihre Anwendung ist daher, und hier liegt der entscheidende Unterschied zur kollisionsrechtlichen Betrachtung, von der Methode abhängig, die die Auslegung beherrscht.<sup>298</sup> Daher wird Art. 1159 Cc.fr. als bloßes Beispiel „de cette conséquence forcée qu'aucun usage ne peut régir que les actes qui viennent à se produire dans le milieu où il est établi“<sup>299</sup> verstanden.

Auch die Literatur hat sich mit dem Problem wiederholt beschäftigt. Die starre Anwendung des Abschlusort-Prinzips wird gemildert, indem man Art. 1159 Cc.fr., 1368 Cc.it. als Sonderfälle der *bonne foi* betrachtet.<sup>300</sup> Am eingehendsten ist die historisch begründete Kritik von DE CALLATAY<sup>301</sup> gewesen. Danach ist Art. 1159 Cc.fr. das Ergebnis eines mißverstandenen Strebens nach rechtlicher Klarheit, dem die von POTHIER und DOMAT übernommenen Vorlagen nicht entsprechen. Während DOMAT zahlreiche, je nach den Umständen des auszulegen- den oder zu ergänzenden Vertrages anzuwendende Anknüpfungskriterien aufzählte, beschränkte sich POTHIER auf die allgemeine Formel, daß die usages du

S. 313; LÜDERITZ, Auslegung S. 299 f.; BECKER, Berner Kommentar Nr. 12 zu Art. 18 OR; HAMEL-LAGARDE Bd. II, S. 690 f.; TUNC, Mélanges Ripert Bd. II, S. 152 ff.

<sup>296</sup> z. B. Trib. Comm. Gand v. 11. 2. 1959 = Jur d'Anvers 1959, 156 ff.; App. Gand v. 31. 3. 1960 = Jur d'Anvers 1960, 124 ff.; App. Bruxelles v. 15. 4. und 9. 6. 1904 = P. B. 1904, II, 331 ff.; Cass. it. v. 24. 8. 1959 Nr. 1546 = Giust. civ. 1959, I, 1652 ff.; Trib. comm. Le Havre v. 17. 12. 1924 = G. P. 1925, I, 566; Cass. fr. v. 22. 4. 1874 = S. 1874, I, 311.

<sup>297</sup> Zu Art. 1159 Cc. fr. LOUSSOUARN-BREDIN S. 609 (question de fait); FUZIER-HERMAN-DEMOGUE Bd. III, Note 2 zu Art. 1159. Zu Art. 1368 Cc. it. QUADRI, Studi Romano Bd. I, 1, S. 249 f.; VENTURINI, Riv. dir. int. 1940, 47, 53; CARRESI, Riv. trim. dir. proc. civ. 1964, 552; Cass. it. v. 29. 7. 1930 Nr. 2974 = Foro it. mass. 1930, 556; impliciter Cass. fr. v. 4. 7. 1961 = Dr. marit. 1961, 589 (Kassationsbeschwerde gegen die tatsächlichen Feststellungen des Instanzrichters über die örtliche Anwendbarkeit eines usage wird für unzulässig erklärt. Enthält Art. 1159 Cc. fr. eine Kollisionsregel, so wäre dies nicht möglich gewesen).

<sup>298</sup> Nicht genügend berücksichtigt wird das von BALOSSINI, Consuetudini S. 656 f. Obwohl er die kollisionsrechtsähnliche Betrachtung des Art. 1368 Cc. it. ablehnt, übernimmt er doch die starre Ortsanknüpfung, S. 664 ff. Hingegen ergibt sich bei Art. 1368 Abs. 2 bei BALOSSINI eine typisch hermeneutische Lösung, S. 668 f.; vgl. auch Accertamento S. 163 f.

<sup>299</sup> VALERY, Rev. crit. lég. jur. 1915/24 S. 422 f.

<sup>300</sup> GHIRON in d'Amelio-Finzi Bd. I, Anm. 2 zu Art. 1368.

<sup>301</sup> Vgl. Interprétation S. 124 f.; Nouvelles IV, 2 obligations Nr. 522.

pays anzuwenden sind. Im Gegensatz zu Art. 1159 Cc.fr. legte sich also auch POTHIER nicht auf einen bestimmten Anknüpfungspunkt fest.

Erscheint schon das Abschlusort-Prinzip zweifelhaft, so gilt das noch mehr hinsichtlich des Unternehmenssitzes des Art. 1368 Abs. 2 Cc.it. Der Vorschrift wird vorgeworfen, daß sie die jeweiligen Vertragsumstände zugunsten der ohnedies stärkeren Partei vernachlässigt.<sup>302</sup> Damit wird zugleich ausgedrückt, daß Auslegungsfragen nicht durch starre Anknüpfungspunkte gelöst werden können.

148. Kollisionsrecht für räumliche Rechtsanwendungskonflikte ist erforderlich, weil verschiedene Rechtsordnungen nebeneinander gelten. Dieses Nebeneinander führt dazu, daß ein Sachverhalt bisweilen gleichzeitig Kontakt zur mehreren Rechtsordnungen hat. Fehlt eine kollisionsrechtliche Regelung, so bleibt in solchen Fällen offen, welche der gegebenen Ordnungen ihren Herrschaftsanspruch durchsetzen kann.

Bei Verkehrssitten stellt sich das spezifisch kollisionsrechtliche Problem nicht. Zwar kann auch hier zweifelhaft werden, ob diese oder jene räumliche Verkehrssitte anzuwenden ist. Im Unterschied zu Rechtsnormen erhebt jedoch die Verkehrssitte keinen eigenen rechtserheblichen Herrschaftsanspruch.<sup>303</sup> Ihr Kontakt zum Sachverhalt wird erst durch das positive Recht und nur in den Grenzen, die vom positiven Recht gesetzt werden, begründet.

Wenn Verkehrssitten zur Vertragsauslegung einschließlich der erklärungs-ergänzenden Auslegung herangezogen werden, so entscheiden ausschließlich die maßgeblichen *Interpretationskriterien* über ihre Anwendbarkeit.<sup>304</sup> Nun ist die Anwendbarkeit von Verkehrssitten nach der *typisierend-vergleichenden Methode* zu bestimmen. Da Konflikte kollidierender Verkehrssitten nur das Spiegelbild ihrer Anwendbarkeitsgrenzen sind, müssen diese ebenfalls nach der typisierend-vergleichenden Methode gelöst werden. Wird der örtliche Anwendungsbereich der Verkehrssitten kollisionsrechtsähnlich nach allgemeinen Anknüpfungspunk-

<sup>302</sup> OPPO S. 76 f.

<sup>303</sup> Von einem „Geltungsbereich“ der Verkehrssitte sprechen hingegen BGH v. 20. 5. 1952 = BGHZ 6, 134 und PISKO, Handelsrecht S. 22. Entsprechend betrachten HIRSCH, JZ 1962, 333 und GRASSETTI, Riv. dir. civ. 1937, 265 ff., sowie Interpretazione S. 150 ff. die Begrenzung des „Geltungsbereichs“ von Normen und sozialtypischen Fakten als einheitliches Problem. MÄLZIG, NJW 1954, 605 argumentiert bei in Deutschland geübten Verkehrssitten sogar mit Art. 2 EGBGB und leitet daraus ab, daß sie auch gegenüber Ausländern gelten. Vereinzelt wird der „Geltungsbereich“ der Verkehrssitte aber auch dem Geltungswillen der beteiligten Kreise überlassen. Infolgedessen ist seine Bestimmung Aufgabe der Gutachter, vgl. die Kritik von WERNER zu RG v. 19. 11. 1926 = JW 1927, 764. Zutreffend BGH v. 12. 12. 1953 = LM B 1 § 157 BGB; BALOSSINI, Accertamento S. 156; FISCHER, Handelsusanz S. 18 f.; beiläufig VENTURINI, Dir. int. priv. S. 136; ISHIZAKI, Vente Bd. I, S. 50; GOERTZ, Handelssitte S. 49.

<sup>304</sup> Das Problem liegt somit nicht auf der Ebene kollisionsrechtlicher Anknüpfung. Deshalb kann LÜDERITZ, Auslegung S. 300 f. nicht zugestimmt werden, wenn er meint, es sei ein Gleichklang mit den Kollisionsnormen des IPR anzustreben. Richtig VISCHER, S. 12.

ten bestimmt, so wird die zur Interpretation erforderliche Analyse abgeschnitten. Zu hermeneutisch befriedigenden Ergebnissen führt dieses Verfahren nicht. Zutreffend wurde hinsichtlich des personellen Anwendungsbereichs die Entwicklung fester Regeln vermieden. Dies muß aber gleicherweise auch für den räumlichen Anwendungsbereich gelten.

Schließen zwei Bauern anläßlich eines Besuches in der nächsten Stadt einen Kaufvertrag über eine Kuh, so besteht kein Anlaß, diesen Vertrag anhand eines Platzbrauches auszulegen. Der Abschlußort ist rein zufällig und weist keine innere Beziehung zum Vertrag auf.

Bei einem Mietvertrag über einen Ferienbungalow an der See, der zwischen zwei Einwohnern einer Stadt im Binnenland geschlossen wird, kann es erforderlich werden, auf Verkehrssitten Rücksicht zu nehmen, die sich am Belegenheitsort wegen der besonderen klimatischen und witterungsbedingten Verhältnisse entwickelt haben. Abschlußort und gemeinsamer Wohnsitz der Partner müssen außer Betracht bleiben.

Bei einem Vertrag über die Lieferung von Halbfertigwaren vereinbaren die Partner als Erfüllungsort einen Zweigbetrieb des Käufers, in dem die Weiterverarbeitung erfolgt. In einem anderen Vertrag wird als Erfüllungsort aus nicht ausdrücklich besprochenen prozessualen Interessen des Käufers dessen Hauptsitz vereinbart. In beiden Fällen sind für den Erfüllungsort Gründe maßgeblich, die mit der Vertragsstruktur und der materiell-rechtlichen Interessenlage nur bedingt etwas zu tun haben. Die Interessenlage kann vielmehr zur Anwendung von Verkehrssitten am Firmensitz des Verkäufers führen. Dieser Fall kann etwa eintreten, wenn der Verkäufer Maßnahmen zu ergreifen hat, die nur nach den Verkehrssitten am Ort der Vornahme durchführbar sind.

Es steht außer Betracht, daß eine typisierend-vergleichende Analyse *im Einzelfall* dazu führt, daß ein Vertrag entsprechend den Verkehrssitten am *Erklärungs-*<sup>305</sup> oder *Erfüllungsort*<sup>306</sup> auszulegen oder zu ergänzen ist. Aber diese Kriterien besitzen *keinen ausschließlichen Wert*, der es rechtfertigt, sie zu allgemeingültigen Regeln auszubauen.<sup>307</sup> Sie sind lediglich *Teilindizien* auf die bei der Struktur- und Interessenanalyse Rücksicht zu nehmen ist. Als solche können sie, wie die Beispiele zeigen, auch nicht in Subsidiärregeln festgelegt werden.<sup>308</sup> Dabei

<sup>305</sup> Der Erklärungsort spielt insbesondere für Fragen des vorkonsensualen Stadiums, vgl. Fußn. 112, eine Rolle, da hier die Erklärung noch selbständig zu beurteilen ist. Zutreffend daher RG v. 20. 11. 1902 = RGZ 53, 67; ZANDER, GruchBeitr. 1905, 575 hinsichtlich der Bindungsdauer der Offerte.

<sup>306</sup> Insoweit zutreffend SCHLEGELBERGER Rdz. 31 zu § 346 HGB; vgl. auch die Gedanken von DOVE, JW 1916, 370.

<sup>307</sup> Vgl. DÖLLE, Rheinwein-Festschr. Bd. I, S. 451; ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 1257; EHRENBERG, HGB Bd. IV, 2, S. 94 f.; beiläufig LARENZ, AT S. 349. Im Ergebnis auch RUTTEN-ASSER S. 243; STAUB-PISKO § 16 zu Art. 279 AHGB; FISCHER, Handelsusanz S. 25 ff. und WEISS, Bd. IV, 2, S. 333 ff., sowie SCHLEGELBERGER Rdz. 31 zu § 346 HGB. In der deutschen Rechtsprechung im Ergebnis etwa OLG Hamburg v. 7. 11. 1893 = Seuff. 50, 415 f.; v. 5. 1. 1923 = Seuff. 78, 153; RG v. 29. 11. 1919 = RGZ 97, 218; OLG Frankfurt v. 17. 1. 1967 = MDR 1967, 498 f. Entscheidungen und Literatur im Bereich des Cc. sind in Fußn. 296 und 297 bereits wiedergegeben.

<sup>308</sup> Wie es LEONHARD, AcP 1922, 61 f. hinsichtlich des Erfüllungsortes vorschlägt. Kennzeichnend TITZE, Mißverständnis S. 148 ff., der zunächst vom Satz ausgeht, locus

ist es gleichgültig, ob am Geschäft ein Ausländer beteiligt ist oder die Verkehrssitte über die Grenzen eines Staates hinaus geübt wird.<sup>309</sup> Auch in diesen Fällen bleibt das Interpretationsproblem bestehen. Nur wird z. B. eine Anwendung von Verkehrssitten, die sich für reine Inlandsgeschäfte entwickelt haben, oft wegen der besonderen Struktur von Export-Importgeschäften scheitern.

#### V. Zeitlicher Anwendungsbereich von Verkehrssitten

149. Im Gegensatz zur räumlichen Anwendung fehlen kollisionsrechtsähnliche Lösungen hinsichtlich der temporalen Anwendbarkeit von Verkehrssitten fast vollständig.<sup>310</sup> Statt dessen leitet ein Teil der Literatur aus der doppelten Verweisung der §§ 157 und 242 BGB feste temporale Regeln ab. So sollen nach § 157 BGB nur Verkehrssitten beachtet werden, die bereits bei Vertragsabschluß bestanden. Hingegen wird bei § 242 BGB auch die Anwendung von Verkehrssitten für möglich gehalten, die erst nach Vertragsabschluß entstanden.<sup>311</sup> Aus den bereits bekannten Gründen kann diese Auffassung aber nicht geteilt werden. Die Frage kann nur lauten, welche temporalen Voraussetzungen Verkehrssitten bei der Vertragsauslegung erfüllen müssen.

150. Nahezu übereinstimmend wurde bisher angenommen, daß *nach Vertragsabschluß entstandene Verkehrssitten keine auslegende Bedeutung* haben.<sup>312</sup> Erst in neuerer Zeit werden in Deutschland im Anschluß an zwei Entscheidungen des

regit actum, diesen dann aber für zahlreiche Fälle willkürlich ausschaltet. Vgl. etwa S. 158: Maßgeblich ist die Verkehrssitte desjenigen, der beim Vertragsschluß als erster das auslegungsbedürftige Wort gesprochen hat.

<sup>309</sup> Ebenso ZITELMANN, IPR Bd. II, S. 215, 219; mit willentheoretischem Einschlag GOLDSCHMIT Anm. 6 zu § 346 HGB in Widerspruch mit seiner in Fußn. 289 geschilderten Auffassung; LÜDERITZ Anm. zu BGH v. 29. 11. 1961 = JZ 1963, 167 ff. (169, 171). Nach östOGH v. 2. 3. 1932 = Clunet 1932, 1070 ff. wird ein in Österreich geübter Handelsbrauch infolge einer Kombination von Art. 1, 279 AHGB auch einem Ausländer gegenüber wirksam. Ohne genauere Begründung will DÜRINGER-HACHENBURG Rdz. 9 c zu § 346 HGB davon abweichen. Ebenso RG v. 26. 6. 1928 = JW 1928, 3109 und schwBG v. 18. 7. 1911 = BGE 37, II, 407 (aus willentheoretischen Erwägungen); offenbar auch SCHLEGELBERGER, Rdz. 32, 38 zu § 346 HGB. Vgl. aber Rdz. 34, wo die Anwendungsvoraussetzungen des Handelsbrauches den Vorschriften des Vertragsstatuts, also auch dessen Auslegungsnormen entnommen werden.

<sup>310</sup> So meint etwa BIANCHETTI S. 314 f. zu den sich aus den York-Antwerpener Havereiregeln entwickelnden Handelsbräuchen, es gelte der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori*. Ohne auf das Problem der Rückwirkung auf zurückliegende Verträge näher einzugehen, meint er dann allerdings, es herrsche der Handelsbrauch, der zur Zeit des Vertragsabschlusses bestand. Vgl. auch Trib. Genova v. 23. 12. 1940 = Dir. maritt. 1941, 288.

<sup>311</sup> Z. B. OERTMANN, Verkehrssitte S. 413, 419; SANDROCK, Auslegung S. 124; PILZ S. 82; GENOVESE, Condizioni S. 356 f.; BETTI, Interpretazione S. 298; *Negoziio giuridico* S. 342; SCHLEGELBERGER Rdz. 29, 33 HGB; RG v. 30. 11. 1937 = JW 1938, 859.

<sup>312</sup> Eine besondere Situation im Arbeitsrecht ergibt sich aus Cass. it. v. 16. 2. 1949 Nr. 254 = Giur. it. 1949, I, 1, 596 ff.: Während der Laufzeit eines Kollektivvertrags

BGH vom 24. 2. 1954<sup>313</sup> und vom 7. 2. 1957<sup>314</sup> *Ausnahmen* von diesem Grundsatz gemacht.<sup>315</sup> Insbesondere FLUME meint, daß jedenfalls *Ergänzungen* in Hinsicht auf die geschäftliche Regelung ex nunc vorzunehmen sind: „so ist eine erst nachträglich für ein Geschäft dieser Art entstandene Verkehrssitte zu berücksichtigen und ist von den Rechtsanschauungen im Zeitpunkt der ergänzenden Auslegung auszugehen“.

Da sich FLUME ausdrücklich auf den Bundesgerichtshof beruft, ist zunächst einzuwenden, daß die Entscheidungen den zitierten Satz nicht decken. In beiden Fällen handelte es sich um Pensionsansprüche von Kommunalangestellten, die wegen ihrer Beziehung zum NS-System 1945 entlassen worden waren. Da die Verträge keine Pensionsklausel enthielten, beriefen sich die Kläger unter anderem auf ergänzende Vertragsauslegung. Das Verlangen wurde abgelehnt, weil Treu und Glauben nach den gesellschaftlichen Maßstäben zur Zeit des Richterspruchs der Ergänzung entgegenstehen. Wie SANDROCK<sup>316</sup> zutreffend bemerkt, ging es also nicht um eine Auslegung nach Verkehrssitten, sondern um eine nachträgliche normative Bewertung des Vertrages. Insoweit meint allerdings auch SANDROCK, daß es sich um Auslegung nach zwischenzeitlich entstandenen Maßstäben handelt. Nun haben sich aber beide Urteile nicht positiv mit den Kriterien der ergänzenden Auslegung befaßt, sondern das Ergänzungsverlangen als solches abgelehnt. Der Bundesgerichtshof hat demnach nur die Berufung der Kläger auf die Ergänzbarkeit des Vertrages für unzulässig erklärt. Diese Situation entspricht den sonstigen Fällen unzulässiger Berufung auf formal mögliche Rechtsgestaltung. Man braucht als Gegenprobe die den Urteilen zugrundeliegenden Sachverhalte nur umzukehren: den Klägern sind während der NS-Zeit wegen ihrer Funktionäreigenschaft Pensionszusagen gemacht worden, deren Erfüllung die Beklagten nun verweigern. Nach den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen müßten auch in diesem Fall die Klagen abgewiesen werden. Dies könnte aber nicht durch Auslegung sondern nur wegen rechtsmißbräuchlicher Ausnutzung eines formell erworbenen Anspruches geschehen. Die Fälle gehören damit zum Themenkreis der *exceptio doli* Funktion des § 242

war ein Einzelarbeitsvertrag geschlossen worden. 1933 trat der Kollektivvertrag außer Kraft, doch gewährten die Arbeitgeber regelmäßig bestimmte darin vorgesehene Leistungen weiter. Auf diese Übung berief sich der Kläger. Das Gericht wendet die Übung an, obwohl sie nach Abschluß des Einzelarbeitsvertrags entstanden war, indem es kraft *opinio iuris* einen Gewohnheitsrechtssatz unterstellte. Indessen sind hier Fragen der Nachwirkung von Kollektivverträgen und der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer entscheidend gewesen. Anhaltspunkte für eine Ausweitung der Entscheidung auf das allgemeine Schuldvertragsrecht können daraus nicht entnommen werden.

<sup>313</sup> BGHZ 12, 337 ff.

<sup>314</sup> BGHZ 23, 282 ff.

<sup>315</sup> FLUME, AT Bd. II, S. 326; SANDROCK, Auslegung S. 126 f.; LÜDERITZ, Auslegung S. 415. In Frankreich vgl. PEDAMON, Rev. trim. comm. 1959, 346; PERREAU, Rev. trim. civ. 1911, 279 (vgl. dazu aber Fußn. 325).

<sup>316</sup> Auslegung S. 126 f.

BGB. Von hier aus kann zwar der nachträgliche Ausschluß gewisser bei Vertragsabschluß bestehender<sup>317</sup> nicht aber die Anwendung nachträglich entstandener Verkehrssitten begründet werden.<sup>318</sup>

Wenn FLUME die Anwendung nach Vertragsabschluß entstandener Verkehrssitten sachlich damit begründet, daß ergänzende Auslegung ex nunc vorzunehmen ist, so setzt er voraus, was erst zu beweisen ist. Nun geschieht jede Auslegung in gewissem Sinne ex nunc, denn der Interpret muß für den gegenwärtigen, teils in die Zukunft weisenden Streitfall den mangelhaften Vertragspunkt klären. Für die Auslegungsmaßstäbe ergibt sich daraus jedoch nichts. Auch die Herstellung einer zukunftsweisenden Regelung kann an Umstände gebunden werden, die bereits bei Vertragsabschluß vorlagen.

Auch LÜDERITZ hat dies nicht genügend berücksichtigt.<sup>319</sup> Bei der ergänzenden Auslegung, so meint er, geht es nicht mehr um den Willen und das Verständnis der Parteien. Daher könne die Grenze, die Wille und Verständnis an sich den nach Vertragsabschluß entstandenen Verkehrssitten entgegengesetzt, kein Hindernis darstellen. Dabei übersieht LÜDERITZ, daß typisierende Auslegung insgesamt nicht an den Parteiwillen oder das Verständnis der Partner gebunden ist. Also müßte es auch hierbei möglich sein, nach Abschluß eines Vertrages entstandene Verkehrssitten zu verwenden. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Unbeachtlichkeit des Willens bei der typisierenden Auslegung eine ausschließlich negative Feststellung enthält. In welchem Maße Verkehrssitten herangezogen werden können, ergibt sich daraus noch nicht.

151. Über die Möglichkeit, nach Vertragsabschluß entstandene Verkehrssitten zu verwenden, kann nur die maßgebliche *Auslegungsmethode* entscheiden. Diese Methode *bedingt, daß der zu interpretierende Vertrag dem einschlägigen Typus zugeordnet werden kann. Dies setzt aber voraus, daß der Typus bereits zur Zeit der Entstehung des Vertrages feststellbar ist.*<sup>320</sup>

<sup>317</sup> Vgl. z. B. RG v. 30. 4. 1935 = RGZ 148, 81 ff., allerdings deutlich ideologisch gefärbt. Das Urteil enthält aber zugleich eine zusammenfassende Darstellung der dogmatischen Entwicklung. Hierher gehört auch Trib. Paix Paris v. 20. 2. 1924 = S. 1925, II, 31 (Anwendung eines usage auf einen Mietvertrag abgelehnt, weil die durch den 1. Weltkrieg veränderten Verhältnisse eine neue Situation geschaffen hatten, in der die Berufung auf den usage unbillig erschien).

<sup>318</sup> Ein anderer Fall, in dem Verkehrssitten unanwendbar werden, ergibt sich bei Erlassen einer zwingenden Gesetzesvorschrift, die den Vertrag beherrscht und dabei auf entgegenstehende frühere Verkehrssitten trifft, vgl. BALOSSINI, *Consuetudini* S. 400; GENOVESE, *Condizioni* S. 346 f.

<sup>319</sup> LÜDERITZ, *Auslegung* S. 415.

<sup>320</sup> Im Ergebnis vgl. BGH v. 10. 2. 1954 = LM A 6 § 157 BGB. Vgl. auch RG v. 16. 2. 1929 = RGZ 123, 315 ff. Nicht erforderlich ist es, daß zur Zeit des auszulegenden Vertrags andere typengleiche Geschäfte nachweisbar sind. Deshalb kann z. B. auf eine durch die Zwangswirtschaft während des Krieges entstandene Verkehrssitte zurückgegriffen werden, sobald die Geschäfte wieder im bisherigen Stil fortgesetzt werden können, BGH v. 27. 10. 1951 = NJW 1952, 257; SCHLEGELBERGER *Rdz.* 9 zu § 346

Während Normen sich in den Grenzen der Rechtsordnung eine gewisse Rückwirkung auf inhaltlich bereits festliegende Rechtsverhältnisse beilegen können,<sup>321</sup> ist das bei sozialtypischen Tatbeständen nicht möglich. Auf eine eingreifende Rückwirkung läuft aber die Beachtung nachträglicher Verkehrssitten hinaus, denn die Rechtsbeziehungen der Partner sind mit dem Geschäftsabschluß festgelegt. Jede *Berücksichtigung späterer Verkehrssitten ist daher Abänderung*.<sup>322</sup> Sie führt weiter zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß *Einzelvorgänge*, die möglicherweise selbst erst zum Entstehen eines Verhaltenstypus beitragen, *bereits als Ergebnis des Typus qualifiziert* werden. Schließlich wird der Inhalt eines Vertrages, stellt man auf den Zeitpunkt ab, in dem die vertraglichen Rechte geltend gemacht werden, in unannehmbare Weise dem Zufall ausgeliefert. Besonders bei Verträgen mit längerer Laufzeit ist ein solches Verfahren bedenklich. Es führt im Ergebnis dazu, daß die Vertragsbeziehungen je nach dem Wandel der Verkehrssitten selbst veränderlich werden.<sup>323</sup>

Um ein Mißverständnis auszuschließen ist freilich gerade hinsichtlich der temporalen Anwendbarkeit der Verkehrssitten zu beachten, daß die technischen Gebräuche davon nicht berührt werden.<sup>324</sup>

Ein Arzt, der die langjährige Behandlung eines Patienten übernommen hat, kann sich bei fortgeschrittenen wissenschaftlichen Forschungen nicht auf Behandlungsmethoden berufen, die bei Übernahme der Behandlung üblich waren. Kraft Gesetzes ist er verpflichtet, die Behandlung mit gebotener Sorgfalt durchzuführen, und so muß er die Entwicklung der medizinischen Wissenschaft beachten.

Ähnlich verhielt es sich im Mietvertragsrecht mit der Einführung elektrischer Beleuchtung. Diese technische Neuerung war an sich rechtlich neutral. Sie stellte insbesondere keine Verkehrssitte dar.<sup>325</sup> War nun in älteren Mietverträgen etwa eine Klausel über die Beleuchtungsart vorgesehen, so konnte jetzt eine Berufung auf die formelle Rechtslage mißbräuchlich werden. Enthielten solche Verträge hingegen keine einschlägigen Vereinbarungen, so konnte sich die technische Neuerung über die gesetz-

HGB. Jedoch ist Vorsicht geboten und zu prüfen, ob veränderte soziale Verhältnisse zur Herausbildung neuer Vertragstypen geführt haben, vgl. BÖSHAGEN, NJW 1956, 696. Zur Suspendierung einer Verkehrssitte im Gegensatz zu ihrem zeitlichen Verfall vgl. die bei BALOSSINI, Consuetudini S. 378 Fußn. 60 zitierte Stellungnahme der camera di commercio Milano v. 14. 1. 1947.

<sup>321</sup> Vgl. aber zum Ausschluß der Rückwirkung gesetzlicher Vorschriften vertragsrechtlichen Inhalts, ROUBIER, Dr. transit. S. 392.

<sup>322</sup> Zutreffend daher trotz seiner normativen Theorie DANZ, Auslegung S. 90, 138; anders ders. JherJb. 1898, 453.

<sup>323</sup> Inkonsequent LEONHARD, AcP 1922, 63, obwohl er S. 36 ff. Abänderung nicht mehr zu den Befugnissen des Interpreten rechnet. TITZE, Richtermacht S. 14 kann nicht gefolgt werden.

<sup>324</sup> Vgl. Nr. 80.

<sup>325</sup> Deshalb berühren die Auffassungen von PERREAU, vgl. Fußn. 315, nur scheinbar das Thema der temporalen Anwendbarkeit von Verkehrssitten. Auf der Zuordnung der technischen Gebräuche zu den Verkehrssitten beruhen wohl auch die in Fußn. 322 geschilderten Widersprüche bei DANZ, JherJb. 1898, 453.

liche Bestimmung der Ordnungsmäßigkeit der Leistungspflicht unmittelbar auf die Vertragsdurchführung auswirken.<sup>326</sup>

Da die sich aus technischen Entwicklungen ergebenden Rechtsfragen das Thema der Verkehrssitten nicht berühren, mag diese Klarstellung genügen. Hinsichtlich der Verkehrssitten ist abschließend festzustellen, daß sie aus methodischen Gründen zur Auslegung nur herangezogen werden können, sofern sie zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden.<sup>327</sup> Nach dieser Grundregel sind zugleich die temporalen Konflikte zu lösen, die sich bei aufeinanderfolgenden Verkehrssitten mit abweichenden Inhalten ergeben.

---

<sup>326</sup> Im Prinzip ebenso RG v. 30. 1. 1896 = RGZ 37, 212 ff. (218). Entsprechend hinsichtlich technischer Neuerungen bei Heizungsanlagen AG Neuwied v. 11. 1. 1964 = MDR 1964, 508.

<sup>327</sup> Im Ergebnis ebenso Hof Amsterdam v. 26. 11. 1924 = W. 11298; Cass. Torino v. 27. 7. 1921 = Giur. Cass. Tor. 1922, 94 ff.; Trib. Genova v. 9. 12. 1949 = Dir. maritt. 1950, 281 ff.; Trib. Roma v. 18. 12. 1952 = Temi rom. 1953, 101 ff.; vgl. auch BGH v. 23. 10. 1958 = BGHZ 28, 264 (Auslegung von börsenfähigen Papieren nach den Verkehrssitten am Ausgabetag).

## VII. Kapitel. Schweigen und Verkehrssitten

152. Die rechtsgeschäftliche Funktion des Schweigens, die wegen ihrer Besonderheiten einen eigenen Abschnitt erfordert, reicht weit über das Thema der Verkehrssitten hinaus und kann daher nicht abschließend erörtert werden. Folgt man aber der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur, so spielen in einigen Fällen Verkehrssitten eine wesentliche Rolle. Diese Fälle berühren vor allem das Handelsrecht. Aber auch im bürgerlichen Recht wird behauptet, daß der Grundsatz „qui tacet consentire non videtur“ verschiedentlich durch entgegenstehende Verkehrssitten verdrängt wird. Auf diese Sonderfälle müssen sich die Ausführungen beschränken.

### § 1. Problemstellung und Abgrenzungen

#### I. Abgrenzungen

153. Die Frage nach der Rolle des Schweigens stellt sich nicht, wenn ein positiver, sei es auch nur *konkludenter* rechtsgeschäftlicher *Akt* vorliegt und dieser den Mindestanforderungen des Gesetzes genügt. Hier ist zunächst auf die bekannte Unterscheidung zwischen *Duldungs- und Anscheinsvollmacht* zu verweisen. Nur bei letzterer liegt, wie schon RÜMELIN festgestellt hat, „kein Rechtsakt vor, den man als Willenserklärung auffassen könnte“.<sup>1</sup>

154. Indessen sind die Sachverhalte in der Regel schwerer einzuordnen. So tritt das Problem des Schweigens und damit die Notwendigkeit, das Prinzip „qui tacet consentire non videtur“ mit Hilfe von Verkehrssitten zu durchbrechen, nicht auf, soweit *ergänzende Auslegung* möglich ist.<sup>2</sup> Z. B. kann ein *Bestätigungsschreiben* oder eine *Faktura*<sup>3</sup> Klauseln enthalten, die durch ergänzende Aus-

---

<sup>1</sup> AcP 1902, 298 (im Anschluß am SCHLOSSMANN).

<sup>2</sup> Illustrativ Hof's-Hertogenbosch v. 19. 6. 1928 = NJ 1929, 176 ff. (178).

<sup>3</sup> Nach deutscher Auffassung werden regelmäßig Fakturen und Bestätigungsschreiben unterschiedlich behandelt. Eine Begründung wird jedoch fast nie gegeben. Eine Ausnahme sind die Äußerungen von SCHLEGELBERGER, Rdz. 132 zu § 346 HGB. Wenn er jedoch meint, Fakturenzusätze stellen ein unzulässiges vertragsänderndes Angebot dar, so trifft das auch für einen Teil der relevanten Fälle des Bestätigungsschreibens zu, vgl. unten Nr. 156. Auch das Argument, daß Bestätigungsschreiben früher, Fakturen später zugesandt werden, überzeugt nicht, da es sich um eine bloße Tatfrage handelt. Sie trägt eine juristische Differenzierung nicht, vgl. schon DÜRINGER-HACHENBURG, Rdz. 13 a zu § 346 HGB. Oft werden außerdem beide miteinander verbunden, vgl. GOLDSCHMIT, Anm. 16 zu § 346 HGB. Allgemein siehe auch EHRlich, WE S. 277 ff. und SCHNEIDER, BB 1951, 743. Daher zutreffend östOGH v. 2. 5. 1951 = HS 1542 und incidenter KG

legung Bestandteil des Vertrages werden. Das bekannte Problem des Schweigens auf Bestätigungsschreiben stellt sich daher nicht.<sup>4</sup>

Zwischen der Zurechnung des Schweigens und ergänzender Auslegung können sich unter Umständen erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben. Sie treten besonders bei gemischten Verträgen auf.

In dem von der französischen Cour de Cassation am 22. 12. 1924<sup>5</sup> entschiedenen Rechtsstreit hatten die Beklagten von den Klägern Wein in Fässern gekauft. Die Kläger machten für die Fässer unter Berufung auf eine clause d'usage Mietzins geltend. Das Gericht nahm an, die Mietklausel stelle keinen mit dem Kaufvertrag nur verbundenen Mietvertrag dar, sondern sei ein beim Faßkauf von Wein üblicher Nebenpunkt. Daher ergänzte es den Kaufvertrag im entsprechenden Sinn, ohne zum Problem eines schweigenden Vertragsabschlusses Stellung zu nehmen.<sup>6</sup>

Wohl schon im Bereich des Schweigensproblems liegt der Fall der Cour d'Appel Douai v. 4. 12. 1929.<sup>7</sup> Eine Brauerei hatte an den Beklagten eine Gastwirtschaft verpachtet. Der Pächter hatte sich zur Abnahme des für den Betrieb erforderlichen Bier- und Lebensmittelbedarfs verpflichtet. Später war dieser Vertrag durch einen neuen Pachtvertrag ersetzt worden, der die Abnahmeklausel nicht mehr enthielt. Die Brauerei erhob Auflösungsklage, weil der Beklagte sich anderweit mit Lebensmitteln eindeckte. Hier lag im zweiten Stadium der Vertragsbeziehungen ein reiner Pachtvertrag vor. Eine Ergänzung durch eine Abnahmeklausel hätte eine neue Hauptverpflichtung hinzugefügt und damit die Grenzen der Auslegung gesprengt. Infolgedessen kam nur der Abschluß eines selbständigen Sukzessivlieferungsvertrages in Betracht. Hätte beispielsweise die Brauerei den Vertragsabschluß bestätigt und dabei auf die bisherigen Verpflichtungen hingewiesen, so wäre die Frage stillschweigender Annahme durch den Pächter entstanden.

Eindeutig nicht mehr zur ergänzenden Auslegung gehört der Fall BGH v. 24. 9. 1952.<sup>8</sup> Die Parteien hatten einen Kaufvertrag über einen größeren Posten Reis geschlossen. Das Gericht stellte fest, bei den hanseatischen Importeuren und Exporteuren seien Schiedsgerichtsklauseln üblich. Zutreffend prüfte das Gericht nicht, ob diese Klausel im Wege der Vertragsauslegung Bestandteil des Vertrages geworden war. Vielmehr stellte es die Frage, ob das Stillschweigen des Käufers auf ein Bestätigungsschreiben des Verkäufers, das eine mittelbare Verweisung auf die Schiedsklausel enthielt, als Annahmeerklärung zu bewerten sei. Der Schiedsvertrag hat über den sachlichen Teil des Geschäfts hinaus einschneidende prozessuale Bedeutung und stellt schon aus diesem Grunde nicht ein bloßes, gegebenenfalls ergänzbares Element des sachlichen Geschäfts dar.<sup>9, 10</sup>

v. 10. 10. 1959 = NJW 1960, 632. Illustrativ auch RG v. 22. 4. 1904 = RGZ 57, 408 (verbundene Faktur und Bestätigung).

<sup>4</sup> Beiläufig VALERY, Ann. dr. comm. 1914, 123. Es trifft deshalb nicht ganz zu, wenn die deutsche Literatur das Schweigen auf Bestätigungsschreiben als geschlossenes Spezialproblem behandelt.

<sup>5</sup> S. 1927, I, 343.

<sup>6</sup> Vgl. auch OGHBrZ v. 2. 2. 1950 = NJW 1950, 345 (Ziff. 1); östOGH v. 8. 2. 1950 = SZ 1950, 29 u. den bei EHRlich, WE S. 32 zit. Fall. Unklar östOGH v. 26. 11. 1968 = östJZ 1969, 297 f.

<sup>7</sup> S. 1929, II, 63 f.

<sup>8</sup> BGHZ 7, 188 ff.

<sup>9</sup> Das wird in OGHBrZ v. 22. 9. 1950 = NJW 1951, 11 f.; LG Berlin v. 27. 3. 1928 = Feilchenfeld Nr. 76 und RG v. 6. 1. 1922 = JW 1922, 706 übersehen. OGHBrZ lehnt

Die Grenze zwischen Auslegung eines gemischten Vertrages und selbständiger Begründung eines neuen Vertrages, der mit einem anderen nur verbunden ist, läßt sich nur von Fall zu Fall bestimmen. Da sich aber Auslegung im Rahmen eines bestehenden Vertrages hält, bleibt sie vom Problem des Schweigens unberührt.

155. Von hier aus kann auch die dogmatisch ungesicherte Frage der vertraglichen Wirksamkeit *verkehrsüblich verwendeter AGB*, vor allem der Banken-, Versicherungs- oder Transportbedingungen und sonstiger Privatkodifikationen besser erfaßt werden. Dabei ist, um Mißverständnisse zu vermeiden, vorauszusetzen, daß die Wirksamkeit von AGB infolge dauernder Geschäftsbeziehungen, infolge Abschlusses eines sogenannten Grundvertrages oder einer sonstigen konkludenten Einigung<sup>11</sup> das hier interessierende Thema nicht berührt.

Verkehrsüblich können einzelne Klauseln von AGB sein. Daneben wird aber, wie schon im IV. Kapitel gezeigt wurde, häufig auch lediglich die Verweisung verkehrsüblich. Da die Verwendung einzelner verkehrsüblicher Klauseln praktisch problemlos ist und regelmäßig in den Bereich ergänzender Auslegung gehört, bleibt nur die *verkehrsübliche Verweisung* zu prüfen.<sup>12</sup>

Vertragsergänzung durch eine *stillschweigende Verweisklausel* auf einen Gesamtkomplex von AGB führt im Ergebnis zu einer *Blankoergänzung* des Ver-

eine ergänzende Arbitrageklausel nur ab, weil der Antragsgegner nicht am Ort der Usance ansässig war. Nur unter dieser Voraussetzung gelangte er weiter zur Schweigensproblematik. Vor allem bei Sachverhalten mit internationalem Einschlag zeigt sich, daß es hier nicht mehr um ergänzende Auslegung geht. Sachliches Geschäft und Schiedsvertrag können verschiedenen Rechtsordnungen unterstehen. Vgl. andeutungsweise BG v. 22. 11. 1950 = BGE 1950, I, 349. Zu weitgehend SCHOTTELIUS S. 64. Zutreffend hingegen Rechtbank 's-Gravenhage v. 23. 2. 1967 = NJ 1969, 73; SCHREIBER, Handelsbräuche S. 66 und PABBRUWE S. 124 ff. Die Frage stellt in Holland im Hinblick auf Art. 170 Abs. 1 GrW noch ein besonderes, hier nicht interessierendes Problem dar. Weitere Besonderheiten ergeben sich, wenn die Schiedsklauseln in AGB enthalten sind, vgl. auch Fußn. 13.

<sup>10</sup> Gleiches gilt auch für die Gerichtsstandsvereinbarungen. Das ist im österreichischen Recht in § 88 Abs. 2 JN durch den besonderen Faktorengerichtsstand hervorgehoben, dessen Voraussetzungen nicht denen der Vertragsergänzung entsprechen, vgl. z. B. OGH v. 14. 6. 1963 = SZ 1963 Nr. 87. Für die Schweiz vgl. BG v. 15. 12. 1931 = ZBJV 1933, 228 ff. (231); MERZ ZBJV 1969, 18 und Art. 59 BV. In Italien Trib. Genova v. 6. 10. 1952 = Dir. maritt. 1953, 481 ff. (486 f.), jedoch im Ergebnis unzutreffend, vgl. die Kritik von TORRENTE, Banca borsa 1953, II, 87 und FERRARINI, Riv. dir. nav. 1953, 287; im übrigen wird in Italien das Problem meist wegen Anwendung von Art. 1341 Abs. 2 Cc. it. nicht bedeutsam, vgl. z. B. Trib. Milano v. 22. 1. 1959 = Giur. it. 1959, I, 2, 715 ff.

<sup>11</sup> Diese darf mit dem Schweigensproblem nicht vermengt werden, wie es gelegentlich geschieht. Vgl. etwa die Kritik von MÖLLER, BB 1962, 394 f. an FIKENTSCHEK, BB 1961, 297 ff.; sowie LÉAUTÉ, Rev. trim. civ. 1953, 138 f. Typische Fälle der Praxis sind BGH v. 20. 5. 1952 = BGHZ 6, 128 ff. und v. 14. 3. 1963 = NJW 1963, 1248.

<sup>12</sup> Zum Gesamtproblem FISCHER, Handelsusanz S. 17, 31 ff.

trages.<sup>13</sup> Da hierbei der Richter nicht mehr abwägen kann, ob die Ergänzung sich noch im Rahmen des Vertragsgefüges hält, ist eine solche Ergänzung unvereinbar mit dem Wesen der Auslegung.<sup>14</sup> Durch eine Anhäufung von Klauseln zugunsten einer Bank, eines Versicherungsunternehmens usw. kann das Vertragsverhältnis einseitig zu Lasten des Kunden verschoben werden. Im Vergleich zu den tatsächlichen Vereinbarungen entsteht so ein neuer Vertrag. Diese Fälle gehören daher zum Problem der schweigenden Vereinbarungen.

## II. Das Schweigen und seine Behandlung in der deutschen Rechtsprechung

156. Nach den einleitenden Bemerkungen können einige Fallgruppen ausklammert werden. So taucht das Problem des Schweigens nicht auf:

(1) wenn Bestätigungsschreiben oder Fakturenvermerke unverändert einen bereits vorliegenden Vertragsschluß wiedergeben,<sup>15</sup> oder unveränderte Annahme der während der Vertragsverhandlungen abgegebenen Offerte enthalten.<sup>16</sup>

(2) wenn es sich bei der Erklärung des anderen um Änderungen eines Vertrages handelt, denen der Schweigende von vornherein zugestimmt hat.<sup>17</sup>

(3) wenn die Bedeutung des Schweigens als Erklärung vereinbart war<sup>18</sup>

<sup>13</sup> Häufig wird von der Rechtsprechung eine solche Ergänzung begründungslos für möglich gehalten, vgl. etwa LG Tübingen v. 26. 6. 1967 = MDR 1967, 1007; BGH v. 3. 2. 1967 = MDR 1967, 482 f.; östOGH v. 4. 7. 1953 = SZ 1953, 180 und v. 9. 10. 1968 = östJZ 1969, 156; Trib. comm. Troyes v. 20. 10. 1930 = D. H. 1931 J. 4; Trib. comm. Seine v. 4. 3. 1943 = GP 1943, 1, 215; auffallend Rechtbank 's-Gravenhage v. 28. 6. 1921 = AR 1921 Nr. 35 (AGB enthielten eine Schiedsklausel. Dagegen Rechtbank Amsterdam v. 29. 11. 1918, ebendort); Hof's-Gravenhage v. 18. 10. 1950 = NJ 1951, 629. Dabei werden ergänzende Auslegung und schweigende Unterwerfung häufig vermengt. Die Literatur folgt dem überwiegend mit nur geringen Unterschieden. Vgl. in Deutschland statt vieler ESSER, SchR (3) Bd. I, S. 92; SCHÖNLE, NJW 1968, 729; MÖLLER, BB 1962, 395.

<sup>14</sup> Im Ergebnis ebenso BYDLINSKI S. 217 f.; HÜBNER, Nipperdey-Festschr. Bd. I, S. 382; FISCHER, Handelsusanz S. 36; MERZ ZBJV 1969, 19 und MARX, NJ 1939, 428 f. Offenbar auch SIEG, BB 1953, 987. Illustrativ Rechtbank 's-Hertogenbosch v. 6. 12. 1957 = NJ 1958, 596. In Italien wird sie praktisch durch Art. 1341 Abs. 2 Cc. it. verhindert, vgl. dazu BETTI, Negozio giuridico S. 144 Fußn. 14. Widersprüchlich OERTMANN, Verkehrs-sitte S. 178 f., 183 und 307 ff., 392 ff. Danach soll zwar ergänzende Auslegung eine sorgfältige Prüfung der Einzelpunkte voraussetzen, doch wird zugleich eine schweigende Unterwerfung zugelassen, die durch Auslegung zu ermitteln ist.

<sup>15</sup> Beispiel: BGH v. 18. 3. 1964 = JZ 1965, 184, wenn der Sachverhalt dahingehend ergänzt wird, daß der Vertreter des „Schweigenden“ Abschlußvollmacht besaß.

<sup>16</sup> Beispiel: BGH v. 27. 10. 1953 = BGHZ 11. 1. und HR v. 10. 6. 1932 = NJ 1932, 1594.

<sup>17</sup> Beispiel: BGH v. 4. 4. 1951 = BGHZ 1, 353 ff.

<sup>18</sup> Dazu RUTTEN-ASSER Bd. III, 2, S. 100; KLANG-GSCHNITZER Anm. IV zu § 863 ABGB; OERTMAN, BGB Rechtsgeschäfte Vorbem. 9 d. Hierher gehört auch der instruktive bei LARENZ, AT S. 359 erwähnte Fall über die Abstimmungsmodalität bei Vereinsbeschlüssen. Mag dort auch der Wert des Schweigens als Erklärung nicht konkret festgelegt sein, so haben sich die Mitglieder doch durch ihren Vereinsbeitritt der Verhandlungsführung durch den Vorsitzenden unterworfen.

(4) wenn der Schweigende schon wiederholt Rechtsgeschäfte eines Dritten in seinem Namen anstandslos ausgeführt oder in sonstiger Weise positiv geduldet hat<sup>19</sup>

(5) wenn ein offengebliebener Punkt eines Vertrages durch ergänzende Auslegung geklärt werden kann.

In allen diesen Fällen enthält bereits das vorausliegende Verhalten des Schweigenden den Grund der rechtsgeschäftlichen Bindung. Dem Schweigen selbst kommt allenfalls Beweiswert für das vorangegangene Verhalten zu.

Anders dagegen sind folgende Fallgruppen zu beurteilen:

(1) wenn eine rechtsgeschäftliche Erklärung, eine Faktura oder ein Bestätigungsschreiben in Wirklichkeit erst die Offerte sind

(2) wenn Bestätigungsschreiben oder Fakturen Abänderungen eines vorliegenden Vertrages enthalten und daher insoweit einen neuen Antrag darstellen

(3) wenn die Erklärung des anderen im voraus vereinbarte Abänderungen eines Vertrages enthält, wobei sich der Schweigende aber seine Zustimmung vorbehalten hatte

(4) wenn es sich um verkehrsbliche Verweisung auf AGB handelt

(5) wenn es sich um protestloses Verhalten zum Auftreten eines anderen namens des Schweigenden handelt.

Den aufgeführten Fällen ist gemeinsam, daß sich der Schweigende zu rechtsgeschäftlichen Äußerungen eines anderen neutral verhält und daraus seine Bindung abgeleitet werden soll. Es ist daher gerechtfertigt, sie als einheitliches Problem zu behandeln, obgleich sie in der Literatur häufig als Spezialthemen angesehen werden.

157. Wenn auch die deutsche Rechtsprechung häufig zum Einfluß der Verkehrs-sitten hinsichtlich des Schweigens Stellung zu nehmen hatte, liegt eine eindeutige Lösung bisher nicht vor. Vielmehr wird die Wirkung des Schweigens oft aus verschiedenen, systemlos nebeneinander gestellten oder sogar sich ausschließenden Argumenten abgeleitet. Das trifft vor allem für das Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben oder Fakturen zu. Diese Fälle nehmen mit Abstand den weitesten Raum ein. Aber grundsätzlich gilt Gleiches für die Anscheinsvollmacht oder die Verweisung auf AGB.

In einigen Urteilen ist von *normierender Verkehrssitte* die Rede. Der BGH v. 27. 10. 1953<sup>20</sup> spricht von einer auf Verkehrssitten beruhenden rechtlichen Fiktion gemäß der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheit. Nach BGH v. 20. 11. 1961<sup>21</sup> handelt es sich um Anwendung eines im Handelsverkehr geltenden Brauches, der offenbar eine Norm darstellt. Während hier aber nicht ganz deutlich ist, ob es sich um eine Wirkung des Brauches als *Rechtsnorm* oder als *Norm mittlerer Qualität* handelt, wird in den Entscheidungen des Reichsgerichts

<sup>19</sup> Beispiel: östOGH v. 30. 1. 1930 = SZ 1930, 35: Ehefrau ist damit einverstanden, daß der Ehemann ihren Namen mit auf das Ladenschild setzt.

<sup>20</sup> BGHZ 11, 1 ff. (2, 5).

<sup>21</sup> NJW 1962, 246.

v. 7. 12. 1926<sup>22</sup> und v. 1. 3. 1927<sup>23</sup> die Anscheinsvollmacht bei Wechselgeschäften im Sparkassenverkehr ausschließlich unter dem Blickwinkel eines Gewohnheitsrechtssatzes erörtert.

Häufiger klingt der Gedanke an, daß Verkehrssitten nur im Rahmen bestehender Schuldverhältnisse bedeutsam werden und deshalb eine *vorvertragliche Sonderbeziehung* vorauszusetzen ist. So wirkt sich nach BGH v. 29. 9. 1955<sup>24</sup> Schweigen nur nach Vertragsverhandlungen kraft Verkehrssitte als Erklärung aus. OLG Düsseldorf v. 30. 12. 1964 nimmt ein auf Treu und Glauben gegründetes *Vertrauensverhältnis* an, aus dem sich eine Widerspruchspflicht ergeben könne.<sup>25</sup> BGH v. 26. 6. 1963 spricht von Verschulden bei Vertragsschluß, das sich nach der Verkehrssitte ergebe.<sup>26</sup> BGH v. 27. 9. 1956<sup>27</sup> rechnet dem Schweigenden das Handeln des in seinem Namen auftretenden „Vertreters“ zu, weil der Geschäftsgegner kraft Verkehrssitte im Rahmen von Treu und Glauben darauf vertrauen durfte.

Andere Entscheidungen ordnen das Schweigen der *Auslegung* zu. So scheint RG v. 1. 3. 1927<sup>28</sup> das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht in einem Fall, der dem oben zitierten entspricht, als Auslegung des Schweigens kraft Handelsbrauches zu betrachten. Deutlich in diese Richtung gehen weiter die Ausführungen des BGH v. 24. 9. 1952.<sup>29</sup> Danach durfte der Partner aus dem Schweigen schließen, daß der Schweigende sich seinen Bedingungen unterwerfen wollte. Andernfalls sei nach den Gepflogenheiten des Handels ein Protest zu erwarten gewesen. Dabei stellt das Gericht ausdrücklich fest, daß dies nichts mit normativer Kraft des Handelsbrauchs zu tun habe. In einer Entscheidung des LG Tübingen vom 26. 6. 1967 wird die schweigende Vereinbarung allgemeiner Geschäftsbedingungen ausdrücklich als Gegenstand der Auslegung bezeichnet.<sup>30</sup>

Daneben stehen Entscheidungen, die sich sowohl auf Gewohnheitsrecht, als auch auf auslegende Verkehrssitten berufen. In BGH v. 19. 1. 1951<sup>31</sup> wird der Vertragsschluß zugleich als stillschweigende Annahme der KVO Bedingungen ausgelegt, obwohl diese auch als normativ bezeichnet werden. In diese Richtung weist weiter die Entscheidung des OGHbrZ v. 22. 9. 1950,<sup>32</sup> in der ausgeführt wird, daß sich die Beklagte „nach anerkanntem kaufmännischem Brauch“ den Bedingungen der Klägerin schweigend „unterwarf“.

<sup>22</sup> RGZ 115, 311 ff.

<sup>23</sup> RGZ 116, 247 ff. (in beiden Fällen aus öffentlich-rechtlichen Gründen ablehnend).

<sup>24</sup> BGHZ 18, 212 ff. (215 f.); entsprechend BGHZ 1, 353 ff. (355).

<sup>25</sup> NJW 1965, 762 f.; entsprechend BGH v. 25. 1. 1965 = MDR 1965, 477.

<sup>26</sup> NJW 1963, 1922 (1924).

<sup>27</sup> NJW 1956, 1673 ff.

<sup>28</sup> RGZ 116, 227 ff. (abgelehnt, da öffentlich-rechtliche Normen einer Wirksamkeit der Vollmacht entgegenstünden).

<sup>29</sup> BGHZ 7, 188 ff. (191).

<sup>30</sup> MDR 1967, 1007.

<sup>31</sup> BGHZ 1, 83 ff. (86); entsprechend BGH v. 18. 11. 1952 = BGHZ 8, 56.

<sup>32</sup> NJW 1951, 111.

Schließlich heißt es bisweilen auch, daß es nicht um die Wirksamkeit von Verkehrssitten bzw. Handelsbräuchen, sondern um richterliche Regeln<sup>33</sup> oder Verkehrsanschauungen, Anschauungen des Handelsstandes<sup>34</sup> oder ähnliche Normen geht. Teilweise werden diese offenbar als den Verkehrssitten gleichbedeutend erachtet, oder doch in Zusammenhang mit ihnen gebracht.<sup>35</sup>

## § 2. Auslegung des Schweigens

158. Die maßgeblichen Gesetze enthalten keine Vorschrift, nach der *Schweigen als rechtsgeschäftliche Erklärung ausgelegt* werden kann. Nur nach § 346 des deutschen und österreichischen HGB und § 863 Abs. 2 ABGB sind Verkehrssitten hinsichtlich der Bedeutung von Unterlassungen zu berücksichtigen. Indessen haben diese Vorschriften nur zum Ziel, den Inhalt von *Realakten* zu deuten. Deren *Qualifikation als Rechtsgeschäfte* obliegt ihnen nicht.<sup>36</sup>

Dennoch hat besonders die österreichische Rechtsprechung verschiedentlich das Schweigen mit Rücksicht auf Verkehrssitten als rechtsgeschäftlichen Akt ausgelegt.<sup>37</sup> Sie ist damit über die deutsche Praxis hinausgegangen, die, wie bereits erwähnt, Schweigen im Wesentlichen nur noch im Zusammenhang mit verkehrsüblichen AGB „interpretiert“. Sogar das Schweigen auf Bestätigungsschreiben wird nicht mehr als Gegenstand möglicher Auslegung betrachtet.

Auch in der deutschen Literatur ist die Auslegung des Schweigens als rechtsgeschäftliche Erklärung meist aufgegeben worden. Sie findet sich zwar verbreitet bei älteren Autoren,<sup>38</sup> die darin im Ergebnis dem *silence circonstancié* des fran-

<sup>33</sup> BGH v. 24. 9. 1952 = BGHZ 7, 188 ff. (189); v. 3. 3. 1956 = BGHZ 20, 149 ff. (151); v. 21. 3. 1966 = NJW 1966, 1070 f.

<sup>34</sup> BGH v. 26. 6. 1963 = NJW 1963, 1922 f.; OLG Düsseldorf v. 30. 12. 1964 = NJW 1965, 762 f.; BGH v. 3. 3. 1956 = BGHZ 20, 149 ff. (154); BGH v. 23. 2. 1967 = MDR 1967, 469; BGH v. 3. 7. 1967 = MDR 1967, 919; BGH v. 28. 3. 1962 = NJW 1963, 1003.

<sup>35</sup> BGH v. 10. 3. 1953 = MDR 1953, 345 f.

<sup>36</sup> Vgl. oben Nr. 104.

<sup>37</sup> Vgl. OGH v. 4. 12. 1957 = EVBl. 1958, 74; OGH v. 24. 10. 1951 = EVBl. 1951, 485 (zurückhaltend); OGH v. 9. 12. 1959 = HS I, 150; OGH v. 12. 1. 1910 = GIU NF 4894. Unklar OGH v. 16. 4. 1964 = SZ 1964, 59, der zwar noch von Auslegung spricht, im übrigen aber auf § 362 HGB und bestehende Vertragspflicht zur Äußerung verweist. In der Literatur vgl. KLING-GSCHNITZER, Anm. II, III zu § 863 ABGB; PISKO, Handelsrecht S. 25; STAUB-PISKO § 2 zu Art. 279 AHGB; BYDLINSKI, S. 61, 155, aber im Ergebnis zurückhaltend z. B. S. 204 ff. hinsichtlich ergänzender Bestätigungsschreiben. OstOGH v. 23. 11. 1967 = JBl. 1969, 338 verlangt hingegen als Voraussetzung für eine Anwendung von § 863 ABGB ein tatsächliches Verhalten.

<sup>38</sup> Vgl. etwa LABAND, ZHR 1872, 484 f.; MANIGK, Willenserklärung S. 289 (aber S. 291); ENDEMANN, BGB Bd. I, S. 267; RÜMELIN, AcP 1902, 298 ff.; OERTMANN, BGB Rechtsgeschäfte Vorbem. 9 d; EHRLICH, WE S. 52 ff. (57); LEONHARD, AcP 1922, 68. Grundsätzlich kritisch LARENZ, AT S. 361 anlässlich des sogenannten stillschweigenden Haftungsausschlusses.

zösischen Rechts folgen.<sup>39</sup> Bei neueren Autoren wird sie aber auf *Ausnahmefälle* beschränkt. So meint LANGE,<sup>40</sup> daß Schweigen eine Willenserklärung darstellt, sobald Handlungs-, Kundmachungs- und Rechtsgeltungswille vorhanden und „damit“ die Tatbestandsmerkmale von Willenserklärungen erfüllt sind. FLUME<sup>41</sup> erklärt, daß Schweigen ausnahmsweise dann Erklärungszeichen sei, wenn der Schweigende sich dieser Bedeutung bewußt war oder anzunehmen ist, daß er sich dessen bewußt war.

159. Nach den Ausführungen des vorigen Kapitels setzt Auslegung einen rechtsgeschäftlichen Erklärungstatbestand, sei es auch nur ein konkludentes Handeln, voraus. *Schweigen* kann folglich *nur Auslegungsobjekt* sein, *wenn* es das *Gegenstück des Handelns* ist, also ein Handeln durch Unterlassen.<sup>42</sup> Da nun der Grundsatz gilt, qui tacet consentire non videtur, so müßten zunächst die Voraussetzungen genannt werden, bei deren Vorliegen sich das Prinzip umkehrt: wer schweigt sagt ja. Dies stößt aber auf Hindernisse, die neuerdings FLUME besonders deutlich gemacht hat.<sup>43</sup> Eine Umkehr des verneinenden Prinzips in den Ausnahmesatz, wer schweigt sagt ja, setzt voraus, daß Schweigen wirklich üblicherweise Verneinung und damit eine *negative Erklärung* darstellt. Schweigen aber ist *neutral* und damit fehlt ihm jeglicher Erklärungswert.<sup>44</sup>

Wenn FLUME das Schweigen grundsätzlich als äußerlich neutral betrachtet, so muß er für die schon erwähnte Ausnahme einen besonderen Grund haben. Tatsächlich knüpft er nicht an das Schweigen, sondern an die Unbeachtlichkeit der reservatio mentalis an. Hinweisend auf das Urteil des Reichsgerichts v. 23. 11. 1926<sup>45</sup> sagt er, jedermann und auch der Kläger wußte, oder wußte vermutlich, daß im strittigen Fall sein Schweigen als Erklärung verstanden wurde. Wenn er trotzdem den Erklärungswert des Schweigens leugnete, so bleibt das ein unbeachtlicher *geheimer Vorbehalt*.<sup>46</sup>

<sup>39</sup> Dabei ist allerdings zu beachten, daß hier nicht deutlich zwischen Schweigen und konkludentem Handeln unterschieden wird, vgl. Nr. 15, 16.

<sup>40</sup> AT S. 232; im Ergebnis zustimmend KUCHINKE, JZ 1965, 169 und DIEDERICHSEN, JuS 1966, 133.

<sup>41</sup> AT Bd. II, S. 65; ähnlich LEHMANN-HÜBNER S. 207 f.

<sup>42</sup> So FEIL, öst. Rechtslex. Stillschweigende Willenserklärung Ziff. A, der wie die frz. Judikatur Schweigen und konkludente Handlung vermengt. Auch OERTMANN, Verkehrsrseite S. 163 u. 172 trennt hier nicht genügend.

<sup>43</sup> AT, Bd. II, S. 65; vgl. auch DANZ, JherJb. 1909, 19.

<sup>44</sup> BARRAULT, Silence S. 16 f., 86 f.; POPESCO-RAMMICEANO, Rev. trim. civ. 1930, 1000 ff.; MADJARIAN, S. 199; BETTI, Negozio giuridico S. 141 f.; MESSINEO, Manuale Bd. I, S. 482; GRECO, Arch. ric. giur. 1962, III, 78; BARBERO, Sistema Bd. I, S. 358; FABRICIUS, JuS 1966, 58; LEHMANN-HÜBNER S. 207.

<sup>45</sup> RGZ 115, 266 ff. Die Entscheidung betraf indessen nicht das Problem vertragsbegründender Wirkung des Schweigens, sondern die widerspruchslose Hinnahme eines Nebenpunktes bei Abschluß eines Maklervertrags. Sie gehört damit zu den im VI. Kap. Fußn. 243 erwähnten Fällen.

<sup>46</sup> AT, Bd. II, S. 65.

Ein geheimer Vorbehalt setzt eine vom rechtsgeschäftlichen Handlungsent-schluß getragene Äußerung voraus, die beim Schweigen fehlt. Außerdem wird der Handlungsent-schluß nicht durch Wissen oder vermutetes Wissen ersetzt. Es wäre deshalb zunächst erforderlich, eine weitere Vermutung aufzustellen: wenn der Betreffende wirklich oder vermutlich gewußt hat, daß sein Schweigen als Willenserklärung verstanden wird, so wird er auch einen entsprechenden Willen besessen haben. Seine gegenteilige Behauptung wird an der Beweisfrage scheitern.<sup>47</sup>

Das Problem der schweigenden Willenserklärung ist sachrechtlicher Natur. Es erfordert deshalb auch eine sachrechtliche Antwort. Löst man es mit dem Hinweis auf die *prozessuale Beweisfrage*, so schneidet man das sachrechtliche Problem auf eine nicht ganz ungefährliche Weise ab. Vermutungen haben als Beweismittel seit jeher die Gerichte verleitet, ein Rechtsproblem auf der Ebene der Tatsachenfeststellung abzufangen.<sup>48</sup> So hat sich immer wieder gezeigt, wie beliebt die Vermutung ist, daß sich die Rechtsgenossen entsprechend einer ihnen bekannten Verkehrssitte verhalten haben. Es genügt etwa, die Ausführungen von OERTMANN über den stillschweigenden Unterwerfungsvertrag unter örtliche Verkehrssitten zu lesen, die von Kenntnisvermutungen ausgehend<sup>49</sup> zu dem Ergebnis gelangen<sup>50</sup>: „Nicht der Umstand ist ja maßgebend, daß das Geschäft sich auf die mit dem besonderen Berufskreis des Gegners zusammenhängenden Angelegenheiten bezieht, sondern der, daß man sich mit dem Vertragsschluß am Wohnort des Gegners geflissentlich in dessen Verkehrskreis hineinbegeben hat.“ OERTMANN fährt fort, es sei „in dem Erscheinen und Kontrahieren gerade am Wohnort des Gegners ein genügender Ausdruck des Unterwerfungswillens unter die dort herrschende Verkehrssitte zu erblicken.“

Es ist bereits dargestellt worden, welche beschränkte Rolle der Ort des Vertragsschlusses spielt. Hier ist festzustellen, daß sich schon bei positiven Äußerungen und Handlungen nachteilig bemerkbar macht, daß die Grenzen tatsächlicher Vermutungen nicht in überprüfbarer Weise festgelegt werden können. Die Freiheit des Richters bei der Beweiswürdigung räumt ihm ein nicht zu unterschätzendes Ermessen ein. Beim Schweigen sind die Gefahren unkontrollierbarer Handhabung dieses Ermessens besonders groß, weil dem Richter sogar die objektiven Anknüpfungspunkte für die Anwendung der Vermutung fehlen. Die folgende Entscheidung der Rechtbank Te Leuven vom 28. 3. 1956<sup>51</sup> liefert den treffend-

<sup>47</sup> In dieser Richtung äußert sich FLUME selbst, AT Bd. II, S. 69. Kritisch zur Ableitung von Willensvermutungen aus Wissensvermutungen BG v. 16. 11. 1965 = BGE 91, II, 359 Z. 3.

<sup>48</sup> MADJARIAN, S. 212 ff.

<sup>49</sup> Verkehrssitte S. 307 f.; 392 f.

<sup>50</sup> Verkehrssitte S. 400.

<sup>51</sup> RW 1956/57, 827; in einem ähnlichen Fall lehnte Hof 's-Gravenhage v. 3. 5. 1961, bestätigt durch HR v. 12. 10. 1961 = NJ 1962, 42 schon das Beweisangebot über das Bestehen eines einschlägigen gebruik zutreffend als unbehelflich ab. Bedenklich HansOLG

sten Beweis, wohin es führen kann, wenn vom wirklichen oder vermutlichen Wissen auf eine schweigende Willenserklärung geschlossen wird.

Eine Studentin und ihr Vater waren auf Zahlung von Mietzins aus einem vorzeitig aufgelösten Mietvertrag verklagt worden, den die Studentin abgeschlossen hatte. Das Gericht wies die Klage gegen die Studentin ab, gab aber der gegen den Vater „krachtens een stilzwijgende lastgeving door de ouders“ statt. Der Sachverhalt läßt nicht einmal erkennen, ob die Studentin volljährig war. Vielmehr heißt es nur, in Löwen geben Eltern „volgens vaste en algemene gebruiken“ ihren studierenden Söhnen und Töchtern die Befugnis, in ihrem, der Eltern Namen, Verträge über Zimmer und Verköstigung abzuschließen. Der Gedankengang des Gerichts ist einfach: Der Vater hat die Tochter nach Löwen gehen lassen. Jedermann weiß, daß es dort üblich ist, daß die Studierenden namens der Eltern Mietverträge abschließen. Vermutlich oder wirklich hat das auch der Vater gewußt, folglich hat er schweigend ein Mandat erteilt.

Selbst wenn die Bedenken gegen Vermutungen des rechtsgeschäftlichen Handlungsentschlusses anhand von Wissensvermutungen außer Acht bleiben, so ersetzen diese noch nicht den Erklärungsstatbestand. Das *Schweigen ist als* solches neutral und als *Erklärungszeichen ungeeignet*. Es bleibt deshalb nur die Möglichkeit, auf ein Erklärungszeichen überhaupt zu verzichten oder ein anderes zu fordern. Einem Verzicht auf Erklärungszeichen, von dem offenbar LANGE ausgeht, kann nach den Ergebnissen des vorigen Kapitels nicht gefolgt werden. Sonstige Zeichen fehlen aber beim bloßen Schweigen vollständig. Der Handlungsentschluß ist als psychische Realität als Ersatz nicht geeignet, denn nach den Ergebnissen der letzten Kapitel ist er selbst auf eine auslegungsfähige Manifestation angewiesen.<sup>52</sup> Auch das Argument, daß die bona fides Interpretation ohnehin nur eine Brücke zu einem allgemeinen Billigkeitsrecht bildet<sup>53</sup> kann nach den bisherigen Ausführungen nicht als Diskussionsgrundlage dienen. Also bleibt nur übrig, daß der Interpret selbst das Auslegungsobjekt erfindet, dem er dann bei wirklichem oder vermutetem Willen oder Wissen des Schweigenden eine Erklärungsbedeutung beilegt.<sup>54</sup> Denn daß „Umstände“ und Verkehrssitten ein sol-

---

Hamburg v. 4. 6. 1930 = HansGZ B 1930, 583 ff.: Einem Maklervertrag wird die in Lieferverträgen übliche Schiedsklausel kraft schweigender Unterwerfung inkorporiert, weil der Makler die Klausel gekannt hat.

<sup>52</sup> PIOTET, ZSR NF 80, I, 371 Fußn. 11 letzter Abs.; zutreffend bemerkt BETTI, *Negozio giuridico* S. 141: „Non si tratta . . . di vedere, se qualche volta . . . sia sufficiente che la volontà si presenti come riconoscibile senza bisogno di essere . . . estrinsecata: proposizione contraddittoria perchè la riconoscibilità di un intento . . . non si sa concepire, se non come effetto d'una . . . estrinsecazione.“ MESSINEO, *Manuale* Bd. I, S. 483 bezweifelt die Möglichkeit festzustellen, weshalb jemand geschwiegen hat: Vergessen, Irrtum, Abwesenheit, äußere Hindernisse?; unklar v. TUHR, ZSR NF 48, 273 gegen S. 264; LEONHARD, *Irrtum* S. 208 konstruiert im Gegensatz zu seiner an sich objektiven Auffassung einen „inneren Erklärungsakt“.

<sup>53</sup> RÜMELIN, *AcP* 1902, 298 f. Kennzeichnend EHRENBERG *HGB* Bd. IV, 2, S. 103: Der Erklärungswille wird durch Treu und Glauben ersetzt.

<sup>54</sup> Zweifelhaft daher auch der von Cass. fr. v. 15. 3. 1944 = S. 1945, I, 40 versuchte Ausweg: Wer schweigt, stimmt der Auslegung zu, die der Erklärende durch Abgabe seiner Erklärung bzw. Bestätigung dem Vertrag gibt.

ches Objekt nicht sein können, sondern allenfalls als Auslegungsmittel in Betracht kommen, steht außer Frage: Andernfalls „verläßt man den Boden der Realität und arbeitet mit Unterstellungen, die nur eine Scheinbegründung darstellen“.<sup>55</sup> Deshalb geht auch z. B. FLUME von der Auslegung zur normativen Zurechnung über und stellt fest, daß der Schweigende je nach den Umständen „die Verantwortung für sein Schweigen von Rechts wegen tragen muß“.<sup>56</sup>

160. Das Unvermögen der Praxis, Schweigen als Erklärung „auszulegen“, wird bei Art. 109 Ccomm. fr. bzw. 25 Abs. 2 Ccomm. belge besonders deutlich. Nach diesen Vorschriften beweist protestlose Annahme einer Faktura das Zustandekommen eines Handelskaufes. Nun liegt es nahe, im Schweigen einen Ausdruck fehlenden Protestes zu sehen.<sup>57</sup> Aber als bloße Beweisregel schließen die Vorschriften eine Berufung auf mangelnden Erklärungswillen nicht aus.<sup>58</sup> Sollen sie weitere Bedeutung behalten, so muß gerade beim Konsensualprinzip des Cc. der Erklärungswille unterstellt werden. Dies aber wäre ein normativer Akt. Zu einem solchen ist eine Beweisregel ungeeignet, denn sie kann jederzeit entkräftet werden. Dafür kommen nach den herkömmlichen Auffassungen vor allem auch Vermutungen in Betracht. So stellte im Hinblick auf Art. 25 Abs. 2 Ccomm. belge das Tribunal de Commerce Verviers vom 12. 1. 1953<sup>59</sup> fest: besonders im Handelsverkehr ist es allgemein üblich, daß der Empfänger eines Schriftstückes dieses nicht stillschweigend fortlegt, sondern notifiziert. *Acceptation tacite* ist eine Ausnahme, die nur in ganz seltenen Fällen zutreffen wird. Damit wird die Vorschrift praktisch gegenstandslos, soweit es sich um schweigende Fakturenannahme handelt.

161. Der Erklärungstatbestand kann durch Auslegung des Schweigens nicht ersetzt werden. Dem entspricht es, wenn § 151 Satz 1 BGB bei auf Vertragsabschluß gerichteten Erklärungen nur darauf verzichtet, daß sie in den Wahrnehmungsbereich des anderen Kontrahenten gelangen.<sup>60</sup> Die *Verkehrssüblichkeit* ersetzt nur den Zugang, jedoch nicht das Vorhandensein eines eindeutig bestimm-

<sup>55</sup> LARENZ, AT S. 362; EHRLICH, WE S. 290 (ein Trugschluß).

<sup>56</sup> AT Bd. II, S. 69.

<sup>57</sup> Trib. Civ. Courtrai v. 8. 6. 1951 = RW 1951/52, 1349 ff. (1352).

<sup>58</sup> Kritisch zu Art. 109 Ccomm. fr. BARRAULT, Silence S. 141 f.

<sup>59</sup> Jur. Liège 1952/53, 277.

<sup>60</sup> Eine willentliche Handlung verlangt auch § 864 ABGB, vgl. KLANG-GSCHNITZER, Anm. I zu § 864 ABGB und östOGH v. 23. 11. 1967 = JBl. 1969, 338. Art. 6 Abs. 2 VertragsabschlG verlangt einen tatsächlich vorliegenden „acte“. Nach dem Cc. fr. muß eine émission der Annahme vorliegen, also ein positiv bestimmbares Geschehen, vgl. CARBONNIER, Dr. civ. Bd. II, S. 337, 347 f.; MADJARIAN S. 192. Nach dem Cc. it. kann zwar auf einen Zugang der Annahme verzichtet werden, wenn dies in der Art des Geschäfts liegt. Aber ein positiver Akt der Annahme ist erforderlich und er wird nur in der Ausführung der Offerte gesehen, vgl. TORRENTE, Manuale S. 412; Cass. it. v. 7. 7. 1949 Nr. 1718 = Foro it. rep. 1949, Obbligazioni e contratti 87.

baren Aktes selbst.<sup>61</sup> Für den Interpreten ergibt sich damit neben dem früher schon erwähnten Verbot eines Eingriffes in den Handlungsentschluß die weitere Schranke, daß er einen nicht geäußerten Handlungsentschluß nicht ersetzen darf.<sup>62</sup> Erst wenn beides vorliegt ist Auslegung im Rahmen von §§ 133 und 157 BGB möglich.<sup>63</sup> Somit fällt aber das Schweigensproblem insgesamt nicht in den Bereich der auslegenden Bedeutung von Verkehrssitten und Handelsbräuchen.<sup>64</sup>

### § 3. Zurechnung des Schweigens kraft normativer Verkehrssitte

#### I. Das Bestehen der Verkehrssitten

162. Die *Zurechnung des Schweigens* als geschäftliche Erklärung führt auf die normative Ebene. Der Gesetzgeber selbst hat das in zahlreichen Vorschriften zum Ausdruck gebracht.<sup>65</sup> Soweit eine dieser Vorschriften eingreift, bedarf es keiner anderen *normativen Grundlage*.<sup>66</sup> Außerhalb der gesetzlichen Tatbestände hat man die Zurechnung häufig auf „*normative*“ *Verkehrssitten* gestützt.<sup>67</sup> Nun setzt das zunächst den Nachweis ihres Bestehens voraus und dies soll im Folgenden für zwei schon klassische Fälle geprüft werden: das Schweigen auf Bestätigungsschreiben und das *mandat tacite domestique* des französischen und belgischen Rechts.

163. Beim *Schweigen auf Bestätigungsschreiben* fällt auf, wie wenig sich die Gerichte um eine tatsächliche Feststellung des Brauches bemühen. In der Judi-

<sup>61</sup> § 151 BGB ist insoweit freilich umstritten, vgl. ROTHOEFT S. 124 ff. und FABRICIUS, JuS 1966, 2, 8 f. Auch die Gegner der hier vertretenen Auffassung können aber das Schweigensproblem nicht als Auslegungsfrage behandeln, vgl. FABRICIUS, aaO S. 58. FABRICIUS selbst lehnt das Erfordernis eines Erklärungsaktes nur ab, weil er meint, daß sonst der Begriff der Willenserklärung (= Erklärungsakt in Richtung auf einen Adressaten) nicht aufrecht zu erhalten sei. So führt er im Anschluß an MANIGK, etwa Willenserklärung S. 288 bei § 151 BGB den besonderen Begriff des Willensgeschäfts ein. Dieser ist aber bisher so unbestimmt geblieben, daß ihn die h. M. zu Recht abgelehnt hat, vgl. etwa ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 899, Fußn. 16; STAUDINGER-COING, Rdz. 7 Einl. Rechtsgeschäfte; RG v. 1. 4. 1919 = Warn. 1919, 131.

<sup>62</sup> Anders LEHMANN-HÜBNER S. 217; richtig WIEACKER, JZ 1967, 388.

<sup>63</sup> Das verkennt z. B. LG Tübingen v. 26. 6. 1967 = MDR 1967, 1007, wonach eine Verkehrssitte dazu führen kann, daß von einer Willenserklärung abgesehen werden darf. Zutreffend hingegen Hof Leeuwarden v. 15. 2. 1912 = W 9315.

<sup>64</sup> Vgl. KRAUSE, Schweigen S. 134; EHRLICH, WE S. 290 f.

<sup>65</sup> Zusammenstellungen bei LANGE S. 232; FLUME, AT Bd. II, S. 117; KLANG-GSCHNITZER, Anm. IV zu § 863 ABGB; BARASSI, Obbligazioni Bd. II, S. 122 f. Vgl. besonders Art. 1333 Abs. 2 it. Cc., beschränkt auf Verträge, die den Schweigenden begünstigen.

<sup>66</sup> Verfehlt etwa Trib. Comm. Bruxelles v. 3. 12. 1956 = Jur. comm. Brux. 1957, 35 zu Art. 1738 Cc. belge.

<sup>67</sup> In Deutschland vgl. allgemein RAISER, AGB S. 158; MANIGK, Verhalten S. 283 ff.; ders. Auslegung S. 150 ff.; DÜRINGER-HACHENBURG Rdz. 6 zu § 346 HGB.

katur ist kein Fall auffindbar, in dem eine gutachtliche Stellungnahme etwa der Handelskammern eingeholt wurde. Vielmehr wird regelmäßig ohne weitere Prüfung festgestellt, daß die schweigende Zustimmung zum Bestätigungsschreiben bewährter kaufmännischer Gepflogenheit entspricht. Nun kann zwar im Einzelfall dieses Vorgehen auch prozessuale Ursachen haben. So ist es etwa denkbar, daß kein Beweis erhoben wird, weil der Brauch allgemein bekannt ist. Die tatsächlichen Verhältnisse zeigen aber, daß das Fehlen von Beweiserhebungen sachlich begründet ist.

Ein Brauch ist eine allgemeine Übung, bzw. die aus dieser entnommene Regel. Zurechnung des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben kraft eines Handelsbrauches bedeutet also: das Unterlassen einer Antwort wird dem Schweigenden zugerechnet, weil es allgemein üblich ist, Bestätigungsschreiben stillschweigend zuzustimmen. Gerade dies ist aber nicht der Fall. Nicht weil alle Kaufleute sich Bestätigungsschreiben gegenüber schweigend verhalten, sondern weil ein sorgfältiger Kaufmann protestiert hätte, erfolgt die Zurechnung. Nicht das Übliche,<sup>68</sup> sondern das Erforderliche bildet hier den Maßstab und daher ist ein Beweis des Üblichen für die Entscheidung unerheblich. Er würde sogar scheitern und damit die vorausgesetzte Verkehrssitte entfallen.<sup>69</sup> Deshalb treten auch in den Urteilsgründen immer wieder die Anschauungen ordentlicher Kaufleute oder Rechtsprinzipien an die Stelle des Handelsbrauches.<sup>70</sup> Nicht mehr nach den aus der sozialen Wirklichkeit abgeleiteten Regeln, sondern nach den Grundsätzen einer Berufs- und *Standesmoral* oder einer im Wege der *Rechtsfortbildung* methodisch entwickelten richterrechtlichen Norm wird hier das Schweigen beurteilt.

164. Das zweite Beispiel, der *mandat tacite domestique* im französischen<sup>71</sup> und belgischen Recht, wird teils als Ergebnis eines usage,<sup>72</sup> teils als ein von der Rechtsprechung entwickeltes Institut angesehen.<sup>73</sup> Dabei fällt wieder auf, daß

<sup>68</sup> Üblich ist nur die schriftliche Zusammenfassung von Verhandlungen und deren Zusendung, vgl. KUCHINKE, JZ 1965, 167; BYDLINSKI S. 78 f.; GÖRTZ S. 227. Merkwürdig SCHNEIDER, BB 1951, 742: Treu und Glauben haben nach der Verkehrssitte einen Handelsbrauch gebildet.

<sup>69</sup> Vgl. Trib. Comm. Vervier v. 12. 1. 1953 = Jur. Liège 1952/53, 277.

<sup>70</sup> App. Liège v. 6. 3. 1957 = Jur. Liège 1956/57, 218 ff.; Trib. Comm. Troyes v. 20. 10. 1930 = D. H. 1931, J. 64; deutsche Beispiele sind bereits in Fußn. 33, 34 zitiert. Die Literatur folgt dem weitgehend. Nach EHRlich, WE S. 188, 279, 284, dem offenbar RG v. 16. 4. 1929 = Feilchenfeld Nr. 68 gefolgt ist, liegt richterliches Gewohnheitsrecht vor. Vgl. auch GIERKE, Handelsrecht S. 459. Nouvelles Bd. IV, 1, S. 123 Nr. 379 und im Ergebnis FLUME, AcP 1962, 66 nehmen eine Gutglaubensregel an, die FLUME auf einen allerdings unbewiesenen Handelsbrauch zurückführt, vgl. dazu schon ZANDER, Gruch-Beitr. 1905, 585; HUVELIN, Ann. dr. comm. 1901, 13 geht von einem „principe admis“ aus und VALERY, Ann. dr. comm. 1914, 119 von einer „théorie“ bzw. „idée“.

<sup>71</sup> In Frankreich ist das Problem durch Art. 220 Abs. 1 Cc. fr. heute überholt.

<sup>72</sup> DE PAGE Bd. V, S. 380 f.; JEMOLO, Riv. it. sc. giur. 1959/62, S. 14.

<sup>73</sup> BARRAULT, Silence S. 110; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, Traité él. Bd. I, Nr. 1817.

die Gerichte sich niemals um Beweiserhebungen bemüht haben. Es liegt nahe, daß die Berufung auf den usage richterliche Rechtsfortbildung verschleierte.

Der mandat tacite betrifft, folgt man DE PAGE, nur das Problem der Erklärungsform.<sup>74</sup> Nun kann ein Mandat formlos auch so erteilt werden, daß der mandant das Auftreten des mandataire duldet oder ermöglicht.<sup>75</sup> Eine Berufung auf die Beweisform des Art. 1985, 1341 Cc.fr. ist in einem solchen Fall abus de droit.<sup>76</sup> Ein usage als Grundlage des mandat tacite domestique wird somit überhaupt nur bedeutsam, wenn nicht einmal Duldung vorliegt, die eine Berufung auf die fehlende Beweisform zum abus de droit macht. Praktisch kann es sich dabei um Fälle handeln, wo die Frau nicht den Haushalt führt. Betrifft aber der usage des mandat tacite domestique, wie DE PAGE meint, nur die Form der Willensäußerung, so ist er gerade in diesen Fällen unergiebig und nicht einschlägig. Ein usage kann deshalb beim mandat tacite nur eine Rolle spielen, sofern es sich von vornherein um Ersetzung der Willenserklärung als solcher handelt. Zurechnung des Schweigens des Ehemannes als mandat tacite kraft eines usage bedeutet darum: Im Schweigen des Ehemannes liegt üblicherweise ein mandat domestique; deshalb kann auch im Einzelfall das Schweigen zugerechnet werden. Der Nachweis eines solchen usage als Mandatserteilung muß offenkundig scheitern. Im Normalfall überläßt vielmehr der Ehemann seiner Frau die zur Haushaltsführung nötigen Mittel, so daß ein Duldungsmandat im obigen Sinne vorliegt. Hinsichtlich der Ausnahmefälle, in denen der Ehemann die Haushaltsmittel selbst verwaltet, und nur diese interessieren hier, kann ein usage nicht ermittelt werden. Allenfalls ist zu argumentieren, daß die Verkehrssicherheit vom Ehemann verlangt, in solchen Fällen rechtsgeschäftlichen Handlungen seiner Frau zu widersprechen. Damit gelangt man jedoch wiederum auf das Gebiet der Verkehrsanschauungen und der *Sozialmoral*, die mit usages nicht identisch sind.

## II. Die normativen Grundlagen der Verkehrssitten

165. Wie beim Schweigen auf Bestätigungsschreiben und mandat tacite domestique läßt sich auch in den anderen Fällen das Fehlen entsprechender Handelsbräuche oder Verkehrssitten nachweisen.<sup>77</sup> Damit wird noch einmal die Behauptung der vorangegangenen Kapitel bestätigt, daß die Aufgabe von Verkehrssitten auf die Auslegung beschränkt ist. Einen weiteren Beweis dafür liefert schließlich die Prüfung der normativen Wirkung, die den angeblichen Verkehrs-

<sup>74</sup> Bd. V, S. 380.

<sup>75</sup> Sog. „mandat tacite“, vgl. J. C. Civ. Fasc. B, Mandat S. 10 ff. § 3 im Gegensatz zu dem hier allein interessierenden mandat apparent.

<sup>76</sup> DE PAGE Bd. V, S. 400; im Handelsrecht entfällt die Beweisform ohnehin; außerdem weist J. C. Civ. Fasc. C, Mandat S. 13 Nr. 132 f. und S. 14 Nr. 147 darauf hin, daß die Gerichte verfahrensrechtlich die Beweisform sehr erleichtert haben.

<sup>77</sup> BGH v. 29. 9. 1951 = NJW 1952, 64 (Ausnahmefälle); zur Anscheinsvollmacht FLUME, AT Bd. II, S. 833 (statt Verkehrssitte nur Vorentscheidungen); zu stillschweigend vereinbarten Geschäftsbedingungen HANAU, AcP 1965, 234.

sitten bei der Zurechnung des Schweigens zugeschrieben wird. Dies gilt umso mehr, als die Verkehrssitte keinen eigenen rechtsnormativen Charakter besitzt.<sup>78</sup> Sie kann ihn daher nur durch das Gesetz erhalten. Wie indessen gleich näher zu zeigen ist, haben Lehre und Rechtsprechung gerade hinsichtlich des Schweigensproblems eine befriedigende Erklärung für die normative Kraft der angeblichen Verkehrssitten nicht geben können.

166. Beschränkt auf die Fälle des *Bestätigungsschreibens* hat KUCHINKE versucht, das Problem des Schweigens nicht von der Person des Schweigenden, sondern des Bestätigenden her zu lösen. Da es im Handelsverkehr gebräuchlich ist, Vertragsabschlüsse schriftlich zu bestätigen, soll der Bestätigende ein aus der vertraglichen Beziehung sich ergebendes Nebenrecht zur Bestätigung besitzen. Dieses Recht besteht freilich nur, wenn die objektive Sachlage seine Annahme rechtfertigt, daß ein Vertrag zustande gekommen ist.<sup>79</sup> Der Empfänger hat seinerseits ein *Recht zum Widerspruch*. Übt er dieses Recht nicht aus, so wird ihm infolge des Rechts des Bestätigenden der Inhalt des Bestätigungsschreibens zugerechnet.<sup>80</sup>

Einer kritischen Betrachtung dieses Lösungsversuches sei vorausgeschickt, daß die Frage nach der Rolle des Schweigens bei Bestätigungsschreiben nur auftritt, wenn (1) das Schreiben erst Antrag ist, oder (2) Änderungen des bereits abgeschlossenen Vertrages und damit einen Änderungsantrag enthält. Nur an diesen beiden Situationen müssen sich die Thesen von Kuchinke bewähren.

Soll ein Antrag zum Vertragsschluß führen, so muß er angenommen werden. Nur wenn ein ausreichender Zurechnungsgrund vorliegt, kann die Annahme durch das Schweigen ersetzt werden. *Diesen Zurechnungsgrund vermag aber ein aus den vertraglichen Beziehungen sich ergebendes Nebenrecht des Bestätigenden nicht zu begründen*. Mag auch eine Verkehrssitte bestehen, den Inhalt von Vertragsverhandlungen zu bestätigen, so wird niemand behaupten wollen, daß die Einfügung von Änderungen ins Bestätigungsschreiben einer Verkehrssitte des Handels entspricht. Noch weniger kann eine solche Verkehrssitte als Nebenrecht die Wirkungen herbeiführen, um die es beim Thema des Bestätigungsschreibens geht. Das Nebenrecht wird aus der vertraglichen Beziehung abgeleitet. Gleichzeitig aber soll es den Vertrag bzw. Änderungsvertrag bei ausbleibendem Widerspruch zustandebringen: Das Nebenrecht soll also das Hauptrecht begründen. Das ist ein Ergebnis, das die Struktur des Vertragsrechts von Grund auf verwandelt.

167. Die Zurechnung des Schweigens kann nur aus normativer Beurteilung des *Verhaltens des Schweigenden* selbst hervorgehen. Das gilt nicht nur hin-

---

<sup>78</sup> Daran scheitern, wie BYDLINSKI S. 57; HANAU, AcP 1965, 233 ff. zutreffend hervorheben, vor allem MANIGK, Auslegung S. 156; RAISER, AGB S. 158 ff.; DAVID S. 26; DÜRINGER-HACHENBURG Rdz. 13, 13 a zu § 346 HGB; ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 944; ZANDER, GruchBeitr. 1905, 576. Hier fehlt durchwegs ein präziser Normbegriff und deshalb gehen Auslegung, normative Anordnung und Gewohnheitsrecht ineinander über.

<sup>79</sup> JZ 1965, 172. <sup>80</sup> JZ 1965, 174.

sichtlich des Schweigens auf Bestätigungsschreiben, sondern in allen dem Schweigensproblem zuzuordnenden Sachverhalten.

In den hier betrachteten Rechtsordnungen ist übereinstimmend anerkannt, daß abgesehen von besonderen Rechtspflichten niemand gezwungen ist, zu geschäftlichen Erklärungen eines anderen Stellung zu nehmen. *Besondere Rechtspflichten* können sich ergeben, wenn ein *außer- oder vorvertragliches Schuldverhältnis* besteht.<sup>81</sup> Solche Schuldverhältnisse sind im Rahmen von Vertragsverhandlungen allgemein anerkannt. Nun ist aber für das Schweigen auf Bestätigungsschreiben in der neueren Literatur<sup>82</sup> überzeugend nachgewiesen worden, daß die Herstellung des Vertragsverhältnisses nicht Folge einer Pflichtverletzung bei Vertragschluß sein kann. Die Verletzung solcher Pflichten löst Schadensersatzansprüche aus. Diese wiederum führen zur Herstellung des Zustandes, der durch die Pflichtverletzung verhindert wurde. Wäre aber der Schweigende seiner Pflicht nachgekommen und hätte er widersprochen, so wäre ein Vertrag gerade nicht mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens, sondern mit dem tatsächlich vereinbarten Inhalt zustande gekommen. Gleiches gilt hinsichtlich des Schweigens auf verkehrsbliche AGB oder die Anscheinsvollmacht.

168. Es ist versucht worden, diese Schwierigkeit mit Hilfe eines allgemeiner gefaßten *Vertrauensprinzips* auszuschalten. Nun liegt aber der eigentliche Schwerpunkt dieses Prinzips eben in den vorvertraglichen Schuldverhältnissen, aus denen kein Vertragsabschluß, sondern nur Beseitigung der typischen vorvertraglichen Schadenssituation verlangt werden kann. Es muß daher zunächst der Nachweis erbracht werden, daß das Vertrauensprinzip, dem an sich nur eine Korrekturaufgabe zufällt, auch zur Ersetzung einer bindenden rechtsgeschäftlichen Äußerung berechtigt. In diesem Fall wird nämlich seine korrigierende Wirkung im Wesen verändert. Es vertritt das Rechtsgeschäft, d. h. dessen Bindungswirkung selbst. Auch wenn man schon bisher im Einzelfall aus dem Vertrauensprinzip eine Haftung bis auf das Erfüllungsinteresse zuließ, so kann dies doch nicht ohne genauere Begründung als Regel hingenommen werden. Im Ergeb-

---

<sup>81</sup> STAUDINGER-WEBER, Rdz. A 226 zu § 242 BGB: Schweigen als culpa in contrahendo; vgl. auch LEHMANN-HÜBNER S. 239; RAISER, AGB S. 135: Geschäftsverbindung in der sich Erklärungspflichten ergeben; EHRLICH, WE S. 180; BGH v. 26. 6. 1963 = NJW 1963, 1922; OLG Frankfurt v. 17. 1. 1967 = MDR 1967, 498; AG Medebach v. 8. 2. 1966 = MDR 1966, 585. Nach POPESCO-RAMMICEANO, Rev. trim. civ. 1930, 1006 f., besteht grundsätzlich ein Recht zum Schweigen, aber in bestimmten Situationen kann es zum abus de droit werden. Indes führt diese Theorie aus dem Vertragsrecht ins Deliktsrecht; ebenso MADJARIAN S. 304; App. Bologna v. 13. 4. 1950 = Foro it. 1950, I, 582 unter Hinweis auf Art. 1337 Cc. (culpa in contrahendo); allerdings ist zweifelhaft ob hier nicht konkludentes Handeln vorlag. Gleichlaufend mit Hinweis auf ein comportamento corretto bei Vertragschluß Cass. it. v. 6. 6. 1947, Nr. 858 = Foro it. rep. 1947, Obbl. 74 und App. Firenze v. 6. 2. 1961 = Giur. tosc. 1961, 293; in diese Richtung gehen wohl auch östÖGH v. 31. 10. 1963 = HS IV, 4204 und v. 9. 12. 1959 = HS I, 150.

<sup>82</sup> KUCHINKE, JZ 1965, 174; DIEDERICHSEN, JuS 1966, 134 f.; DE MARTINI, Foro it. 1950, I, 583.

nis läuft aber die Zurechnung des Schweigens kraft des Vertrauensprinzipes darauf hinaus.<sup>83</sup>

Eine bestimmtere Grundlage ist in neuerer Zeit besonders für das Schweigen auf Bestätigungsschreiben und benachbarte Fälle in einer *Verbindung von Vertrauensschutz und Handelsbrauch* gesucht worden.<sup>84</sup> Danach soll ein dreifacher Handelsbrauch bestehen, der einen Vertrauenstatbestand bewirkt: Der Brauch, Vertragsschlüsse zu bestätigen; der Brauch, Abweichungen des Bestätigungsschreibens zu widersprechen; der Brauch, wonach sich ein Widerspruch nur bei Einverständnis erübrigt. Die beiden erstgenannten Bräuche sind problemlos, so verhält man sich tatsächlich. Der dritte „Brauch“ ist aber kein Handelsbrauch, sondern eine postulierte Norm, wonach nur derjenige Empfänger eines Bestätigungsschreibens schweigen darf, der einverstanden ist.<sup>85</sup> Also wirkt auch hier das Vertrauensprinzip nicht aus sich allein, sondern nur als Folge einer *besonderen Norm*. Um diese Norm geht aber die ganze Auseinandersetzung, und solange sie nicht gefunden ist, kann auch ein Zuwiderhandeln hier, wie bei den übrigen Fällen des Schweigens, nicht kraft berechtigten Vertrauens die Wirkung geschäftlicher Bindung auslösen.

Die fehlende Norm, in deren Gefolge das Vertrauen zu schützen wäre, ist gelegentlich in dem Rechtssatz erblickt worden, daß *niemand sich unredlich verhalten dürfe*. Das Vertrauen des Partners führt nicht zur Zurechnung, weil sich der Schweigende in handelsüblicher Weise still verhalten hat, sondern weil trotz seines Schweigens (ondanks) das Verbot unredlichen Verhaltens die Wirkung geschäftlicher Bindung auslöst.<sup>86</sup> Das Schweigen erscheint nicht mehr als Willenserklärung, sondern als Tatbestandselement einer *außergesetzlichen Haftungsnorm*. Wann diese im Einzelnen eingreift, beurteilt sich nach *Billigkeit*.<sup>87</sup>

Bei objektiver Betrachtung des Geschäftsverkehrs gibt es auf diesen sich in allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen auflösenden Vertrauensschutz nur eine Antwort: Wer zu geschäftsändernden Erklärungen anderer oder z. B. auch zu AGB, die ihm nicht vorgelegt werden, schweigt, setzt keinen Tatbestand, an dem

---

<sup>83</sup> Vgl. schon oben Nr. 105. Kritisch auch HANAU, AcP 1965, 229. Zurückhaltend auch HÜBNER, Nipperdey-Festschr. Bd. I, S. 381 f. (aber S. 389). In der älteren Literatur vgl. EHRICH, WE S. 186 f., 220.

<sup>84</sup> Vgl. DIEDERICHSEN, JuS 1966, 135 f.; vgl. weiter die ähnlichen Fälle LG Hamburg v. 13. 5. 1966 = MDR 1967, 130 f.; OLG Köln v. 29. 3. 1966 = NJW 1966, 1817.

<sup>85</sup> Es ist DIEDERICHSEN, JuS 1966, 136 entgangen, daß er S. 129 selbst von einem Rechtssatz spricht. Kritisch auch BYDLINSKI S. 195.

<sup>86</sup> Vgl. etwa RUTTEN-ASSER Bd. III, 2, S. 100 (vgl. aber auch S. 89); andeutungsweise LEHMANN-HÜBNER S. 197. Im Ergebnis wird hier die Zurechnung des Schweigens als Erklärung durch Anseinhaftung ersetzt, vgl. z. B. RG v. 28. 5. 1904 = BGE 30, II, 298 ff.; STAUDINGER-COING, Rdz. 3 ff. vor § 116 BGB.

<sup>87</sup> Vgl. Kantongericht Hilversum v. 23. 2. 1937 = NJ 1937, 45; BG v. 5. 5. 1906 = BGE 32, II, 285 f.; unklar mit Anklängen an culpa in contrahendo und uso interpretativo BETTI, Negozio giuridico S. 141 und Cass. it. v. 6. 6. 1947 Nr. 858 = Giur. it. rep. 1947, 1657 Nr. 234.

er billigerweise festgehalten werden kann.<sup>88</sup> Hier gilt, daß Schweigen Nicht-erklären und daher neutral ist.<sup>89</sup> Ein neutrales Verhalten ist nicht geeignet, Vertrauen in einer bestimmten Richtung zu begründen.

Auch eine gelegentliche Heranziehung des Gedankens der *unzulässigen Rechtsausübung*, der etwa in der österreichischen und schweizerischen Judikatur erscheint, bringt keine Lösung. So hatten in der Entscheidung des österreichischen OGH vom 7. 4. 1926<sup>90</sup> die Parteien zunächst mündlich einen Vertrag abgeschlossen. Später sandte der Kläger des Beklagten Anzahlungsrechnung und legte seine Geschäftsbedingungen bei. Der Beklagte protestierte nicht. Der OGH ließ ungeprüft, ob das Schweigen eine Pflichtverletzung darstellte. Vielmehr erschien ihm nur bedeutsam, ob die nachträgliche Berufung des Beklagten auf die Neutralität seines Schweigens gegen Treu und Glauben verstieß und deshalb unzulässig war. Der Einwand des neutralen Charakters des Schweigens im Prozeß kann aber nur unzulässig sein, wenn überhaupt eine schutzwürdige Position des Partners bestand. Es handelt sich nämlich beim Verbot unzulässiger Rechtsausübung nur darum, daß die Geltendmachung bestehender Rechte verhindert wird. Das Institut kann aber keine neuen Rechte begründen.<sup>91</sup>

### III. Richterliche Rechtsfortbildung statt Vertrauensschutz nach Verkehrssitten

169. Weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht kann Schweigen kraft Verkehrssitte als rechtsgeschäftliche Erklärung zugerechnet werden: in tatsächlicher Hinsicht, weil einschlägige Verkehrssitten nicht vorhanden sind; in rechtlicher Hinsicht, weil sie nach den Grundsätzen des Vertragsrechts keine Vertragsverhältnisse auslösen können. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß das Schweigensproblem endgültig in negativem Sinn zu beantworten ist. Das Gesetz räumt selbst in einigen Vorschriften dem Schweigen Erklärungsbedeutung ein oder rechnet dem Schweigenden die Wirkungen eines vertragsähnlichen Rechtsverhältnisses zu. Es muß daher geprüft werden, ob in Anlehnung an diese Vorschriften allgemeinere Lösungen erreicht werden können.

---

<sup>88</sup> Zutreffend KUCHINKE, JZ 1965, 171 für Bestätigungsschreiben; CALAIS-AULOY S. 29 kritisiert weiter ausholend, daß hier die Vertrauensstheorie in bedenklicher Weise in einen allgemeinen Gutgläubensschutz aufgelöst werde; aus ähnlichen Erwägungen ablehnend gegenüber der Anscheinsvollmacht BENATTI, Riv. dir. comm. 1959, II, 335 ff. (besonders S. 336). Zutreffend weist BYDLINSKI S. 197 f. darauf hin, daß eigentlich der Bestätigende einen Vertrauensbruch begeht.

<sup>89</sup> FLUME, AT Bd. II, S. 665 (für Bestätigungsschreiben); vgl. allgemein schon oben Fußn. 43.

<sup>90</sup> SZ 1926, 114.

<sup>91</sup> Diese Funktion kann nicht ohne weiteres umgekehrt werden, wie offenbar STEIGER, ZSR NF 75, I, 13 ff. annimmt. Auch FLUME, AcP 1962, 70 ff. und HÜBNER, Nipperdey-Festschr. Bd. I, S. 385 f. unterscheiden nicht deutlich genug zwischen unzulässiger Ausübung bestehender Rechte und ihrer Neubegründung, obwohl sie sich auf BGH v. 27. 6. 1957 = BGHZ 25, 47 ff. (51 f.) und BAG v. 2. 11. 1961 = NJW 1962, 463 berufen, die sich ausschließlich auf Verwirkung der Rechtsausübung beziehen.

In der neueren deutschen Literatur hat besonders HANAU Untersuchungen in dieser Richtung aufgenommen.<sup>92</sup> Von den gesetzlich geregelten Fällen ausgehend, führt er den Begriff der *Erklärungsobliegenheiten* ein. Wird eine solche Obliegenheit verletzt, so soll die Wirkung eintreten, die die unterlassene Erklärung gehabt hätte. Nun zieht HANAU außer den gesetzlich geregelten Fällen leider auch solche heran, die ihre Ausgestaltung der Lehre vom Vertrauensschutz verdanken. Der Kreis der Obliegenheiten wird auf diese Weise sehr ausgedehnt und es bleibt unberücksichtigt, daß besondere Obliegenheiten eine normative Anordnung voraussetzen.<sup>93</sup> Im Ergebnis muß sich deshalb HANAU auf unbestimmte Formulierungen beschränken.<sup>94</sup> FLUMES Einwand,<sup>95</sup> daß dem Rechtsverkehr mit Allgemeinformeln nicht gedient ist, hält er nur Zweckmäßigkeitserwägungen entgegen.<sup>96</sup>

Praktisch verwertbare und dogmatisch hinreichend abgesicherte Aussagen setzen eine genaue strukturelle Analyse der vom Gesetz bereits erfaßten Fälle voraus. Damit wird die Einordnung des Schweigens in den *Bereich methodischer Gesetzesfortbildung*<sup>97</sup> zur wesentlichen Voraussetzung seiner richtigen Bewertung. Wenn diese wegen der beschränkten Ziele dieses Kapitels hier auch nicht abschließend erarbeitet werden kann, so soll doch die Richtung der weiteren Untersuchungen verdeutlicht werden. Dies gilt besonders, weil so noch einmal sichtbar wird, daß die Beurteilung des Schweigens weitab vom Wirkungsbereich der Verkehrssitten liegt.

170. Schweigt der Adressat auf Äußerungen seines Partners, so bietet sich als Ausgangsbasis einer Begründung oder Änderung von Vertragsverhältnissen § 362 HGB an.<sup>98</sup> Voraussetzung seiner erweiterten Anwendung ist zunächst die Kaufmannseigenschaft des Schweigenden. Die Vorschrift erfaßt sodann zwei charakteristische Situationen. Satz 1 betrifft das *Schweigen im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehungen*, Satz 2 setzt voraus, daß sich *der Schweigende zum*

<sup>92</sup> AcP 1965, 239 ff. im Anschluß an KRAUSE, BB 1955, 267 (für AGB). Vgl. auch SCHLEGELBERGER Rdz. 117 zu § 346 HGB.

<sup>93</sup> Vgl. LARENZ, AT S. 364 Fußn. 3; FABRICIUS, JuS 1966, 59 f.; ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 2, S. 951, Fußn. 34. Nach ESSER, SchR (3) Bd. I, S. 30 f. berühren Obliegenheiten ohnehin nur die Gläubigersphäre.

<sup>94</sup> Etwa AcP 1965, 242 und 245. Gleiches gilt für KRAUSE, BB 1955, 267.

<sup>95</sup> AcP 1961, 65 ff. (67); ähnlich BYDLINSKI S. 84.

<sup>96</sup> AcP 1965, 248.

<sup>97</sup> Ähnlich BARRAULT, Silence S. 107 f.; CARBONNIER, Dr. civ. Bd. II, S. 347 deutet an, daß es sich um richterliche Rechtsfortbildung handelt; EHRlich, WE S. 291 mit stark freirechtlichem Einschlag.

<sup>98</sup> Diesen Weg weisen KRAUSE, Schweigen S. 126 ff. (der daneben allerdings auch noch Verkehrssitten heranzieht); FLUME, AT Bd. II, S. 66, ders. AcP 1962, 66; FABRICIUS, JuS 1966, 51 f., der auch § 663 BGB heranzieht; FEIL, öst. Rechtslex. Stillschweigende Willenserklärung C. I. m. w. N. In der Rechtsprechung vgl. LG Wien v. 21. 4. 1949 = EVBl. 1949, 549 (aus tatsächlichen Gründen abgelehnt); öst. OGH v. 19. 6. 1931 = SZ 1931, 150 m. w. N.

*Abschluß des Geschäftes erboten* hatte. So schützt § 362 HGB die Sicherheit des Handelsverkehrs in Situationen, die gerade für diesen Rechtszweig charakteristisch sind. § 362 HGB bietet damit in erster Linie einen Anknüpfungspunkt für das Schweigen auf *Bestätigungsschreiben*. Hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft des Schweigenden ist das von der Rechtsprechung, von Ausnahmen abgesehen,<sup>99</sup> im Ergebnis auch beachtet worden. Die von der Vorschrift für schutzwürdig erklärten Fälle bedürfen jedoch noch einer genaueren Abgrenzung.<sup>100</sup> Die danach zu entwickelnde Regel kann dann auch auf verhandlungsergänzende oder ändernde *Fakturenklauseln* angewendet werden.<sup>101</sup>

171. Da § 362 HGB keinen Anknüpfungspunkt für die Zurechnung von AGB enthält, über die bei Vertragsschluß nicht verhandelt wurde, muß sich hier die Einordnung des Schweigensproblems in den Bereich der Rechtsfortbildung negativ auswirken. Zwar meint die Cour d'Appel Poitiers vom 10. 2. 1942,<sup>102</sup> daß etwa die vom Börsensyndikat aufgestellten Bedingungen auch dann verbindlich sind, wenn über sie nicht gesprochen wurde: „parceque ce règlement a force obligatoire au regard des donneurs d'ordre.“ Wie es aber zur Zurechnung trotz Schweigens kommt, bleibt offen. Verständlich wird sie nur durch die oben schon abgelehnte, auch in Deutschland vertretene Theorie der normativen Eigenkraft derartiger Reglements und Bedingungen.<sup>103</sup>

Ebenso unbewiesen ist die Annahme von FLUME, daß AGB von Rechtswegen dann schweigender Vertragsbestandteil werden, wenn sie eine „richtige Ordnung“ enthalten.<sup>104</sup> Die inhaltliche Richtigkeit kann den normativen Zurechnungsgrund nicht ersetzen und dieser fehlt, solange die in der Einleitung angedeuteten Entwicklungen sich nicht durchgesetzt haben.

<sup>99</sup> Vgl. BGH v. 26. 6. 1963 = NJW 1963, 1922 ff.; v. 19. 2. 1964 = NJW 1964, 1223. Beide Entscheidungen stellen jedoch auf die kaufmannsähnliche Tätigkeit ab und beruhen, wie auch schon die oben zitierte Entscheidung RG v. 16. 4. 1929 zeigt, auf Rechtsfortbildung.

<sup>100</sup> Vgl. Götz S. 238 ff., 284 f. Dabei werden auch die Gründe noch genauer zu prüfen sein, die die öst. Judikatur hier zur Zurückhaltung veranlassen, vgl. BYDLINSKI S. 201 (unten).

<sup>101</sup> Eine § 362 HGB entsprechende Vorschrift fehlt im Cc. it. und damit erklärt sich die Ablehnung der it. Rechtsprechung, vgl. Cass. it. v. 18. 5. 1960 Nr. 1223 = Foro it. rep. 1960 fattura 2; v. 17. 6. 1943 Nr. 1505 = Foro it. rep. 1943/45 fattura 4; App. Firenze v. 26. 3. 1956 = Foro it. rep. 1956 fattura 1; a. A. BETTI, *Negoziio giuridico* S. 143, der im oben abgelehnten Sinn den Vertrauensgrundsatz heranzieht. Vgl. bei BETTI aaO Fußn. 14 auch die weiteren Stellungnahmen der Judikatur. In Frankreich wird das Fehlen einer § 362 HGB gleichenden Vorschrift durch eine nach obigen Ausführungen sehr zweifelhafte Auslegung ersetzt. Vgl. Cass. fr. v. 15. 3. 1944 = S. 1945, I, 40.

<sup>102</sup> D. C. 1943, J. 146; entgegengesetzt App. Paris. v. 4. 1. 1934 = D. H. 1934, J. 105 ff. (107).

<sup>103</sup> Vgl. oben Nr. 55.

<sup>104</sup> JT-Festschr. Bd. I, S. 167; zutreffend HÜBNER, *Nipperdey-Festschr.* Bd. I, S. 380 und BYDLINSKI S. 219.

Es besteht auch sachlich *kein Grund, AGB zu schweigend vereinbarten Vertragsbestandteilen zu erklären*. Ist in einer Branche die Verwendung von AGB üblich, so gehen auf den Unternehmer, der bei Geschäftsschluß nicht einmal eine Verweisungsklausel vorlegt, die Zweifel über ihre Anwendbarkeit selbst zurück. Deshalb verdient der Kunde stärkeren Schutz als der Unternehmer.<sup>105</sup> Sogar bei Auslegung einzelner unklarer Klauseln der AGB hat sich die Rechtsprechung zu Ungunsten des Kaufmanns ausgesprochen. Wer sich mit AGB an das Publikum wendet, muß Unklarheiten gegen sich auslegen lassen, erklärt BGH v. 12. 2. 1952.<sup>106</sup> Wenn es sich so schon bei der gewöhnlichen Auslegung einzelner Klauseln verhält, so kann hinsichtlich des Verbindlichwerdens von AGB nicht das Gegenteil gelten und dem Kunden eine Informationspflicht obliegen. Es ist auffallend, daß sich weder die Judikatur noch die Lehre jemals Gedanken darüber gemacht haben, wie sehr sie hier einem nachlässigen Geschäftsgefahren der Unternehmen entgegengekommen sind. Solange eine *Informationspflicht des Kunden* nicht anhand der Wertungen des positiven Rechts begründet werden kann, muß es dabei bleiben, daß der Unternehmer auf sie verweisen muß.<sup>107</sup> Es ist daher zu begrüßen, daß der BGH kürzlich auf das *Aufklärungserfordernis* wieder hingewiesen hat.<sup>108</sup> In dieser Rechtsprechung bahnt sich eine Entwicklung an, von der auch eine verkehrsblich gewordene Verwendung von Geschäftsbedingungen nicht unberührt bleiben kann.

172. Auch die Fälle der *Anscheinsvollmacht*, bei denen dem Schweigenden rechtsgeschäftliche Erklärungen Dritter zugerechnet werden sollen, lassen sich nicht nach einer aus § 362 HGB entwickelten Norm entscheiden. Hingegen treffen die §§ 56 und 75h HGB, wie bereits KRAUSE hervorgehoben hat, so typische

<sup>105</sup> Vgl. östOGH v. 30. 4. 1965 = SZ 1965, 77; andeutungsweise STOLDT, MDR 1951, 142; HUG, JZ 1968, 74.

<sup>106</sup> NJW 1952, 657 f. Vgl. weiter BGH v. 14. 2. 1968 = NJW 1968, 885; COSACK, HGB S. 237; SCHMIDT-SALZER, AcP 1967, 512; MERZ, ZSR NF 80, I, 350. Die Auslegung gegen den Redaktor folgt aus dem Grundsatz der individuellen Gutgläubigkeit, vgl. oben Nr. 140 und HUG JZ 1968, 74 (zum schweizerischen Recht). Anders SCHLEGELBERGER, Rdz. 93 zu § 346 HGB m. w. N. des Streitstandes, da er AGB nicht den Regeln der Geschäftsauslegung unterwirft. Im übrigen vgl. Art. 1370 Cc. it.

<sup>107</sup> Wie hier HANAU, AcP 1965, 256; STOLDT, MDR 1951, 142 und WEBER, NJW 1968, 5 (mit Ausnahmen für den Verkehr unter Kaufleuten). Grundsätzlich auch LG Aachen v. 13. 7. 1951 = NJW 1952, 625. Kritisch weiter BYDLINSKI, S. 211; GÖTZ S. 173, 176; SCHREIBER, NJW 1967, 1446; v. BÜREN S. 171, Fußn. 165 und FISCHER, Handelsusanz S. 36; für die Incoterms kommt KAHN, Vente S. 29 zum gleichen Ergebnis, obwohl er sie als *coutume* bezeichnet. Im Grundsatz auch die bei MERZ, ZSR NF 80, I, 350, Fußn. 26 zitierte Entscheidung App. Gericht Basel-Stadt v. 14. 6. 1957, und BG v. 16. 11. 1965 = BGE 91, II, 360 Z. 4. Wegen des italienischen Rechts wird auf Fußn. 14 und die durch Art. 1341 Abs. II Cc. it. vorgezeichnete Rechtslage hingewiesen; zurückhaltend, aber dogmatisch nicht klar DÜRINGER-HACHENBURG, Rdz. 16 zu § 346 HGB. Im Ergebnis östOGH v. 30. 4. 1965 = SZ 1965, 77 jedoch mit unklarer Begründung.

<sup>108</sup> BGH v. 20. 2. 1967 = BGHZ 47, 212. Vgl. dazu auch WIEDEMANN JZ 1968, 219, der hier bereits eine gewisse Fernwirkung von Art. 1341 Abs. 2 Cc. it. andeutet.

Situationen, daß sie als Ausdruck eines allgemeinen handelsrechtlichen Grundsatzes gelten können.<sup>109</sup>

Im allgemeinen bürgerlichen Recht bestehen wiederum entsprechende, der Analogie fähige Vorschriften nicht. Deshalb kann die Anscheinsvollmacht hier im allgemeinen nicht die Wirkung haben, daß dem Schweigenden das fälschlich in seinem Namen abgeschlossene Geschäft zugerechnet wird.<sup>110</sup> Das deutsche Recht stimmt damit im Ergebnis mit dem Cc. überein.<sup>111</sup> In dessen Geltungsbereich wird aber eine Ausnahme bedeutsam, die heute im Wesentlichen jedoch nur noch das belgische Recht berührt: das *mandat tacite domestique* der Ehefrau. Es ist oben schon angedeutet worden, daß ein Teil der Literatur dieses mandat auf die Rechtsprechung zurückführt. Diese aber hat in Wirklichkeit eine Anscheinsvollmacht nicht entwickeln wollen. Vielmehr handelt es sich um Rechtsfortbildung des Ehrechts, auf dessen Ableitung hier nicht näher einzugehen ist. Es genügt, insoweit auf die Feststellung von CARBONNIER zu verweisen: „ce prétendu mandat tacite de la femme mariée était, en réalité, un effet légal du mariage“.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> Vgl. KRAUSE, Schweigen S. 150 ff. (155), der § 56 HGB als Ausdruck des Veranlassungsgrundsatzes betrachtet. FLUME, AT Bd. II, S. 832 ordnet diese Fälle der Duldungsvollmacht zu. Diese greift aber nur ein, wenn der Vertretene bereits Geschäfte anstandslos erfüllt hat. Sonst liegt eine Vollmachtserklärung nicht vor. Zweifelhaft BGH v. 27. 9. 1956 = NJW 1956. 1637 f. und BG v. 22. 11. 1950 = BGE 76, I, 351 f.

<sup>110</sup> Grundsätzl. schon KRAUSE, Schweigen S. 156. Weiter vgl. § 179 BGB und dazu FLUME, AT Bd. II, S. 832 ff. Der BGH gelangt im Zivilrecht vielfach zum gleichen Ergebnis, indem er den Vertrauensschutz aus tatsächlichen Gründen ablehnt, z. B. BGH v. 10. 3. 1953 = MDR 1953, 345; v. 9. 2. 1951 = NJW 1951, 309.

<sup>111</sup> In Italien grundsätzlich ablehnend MESSINEO, Manuale Bd. I, S. 551; BENATTI, Riv. dir. comm. 1959, II, 338 ff., der auch eine analoge Anwendung einzelner besonderer Vorschriften ablehnt; TORRENTE, Manuale S. 185 läßt eine Heilung der fehlenden Vollmacht nur nach Art. 1399 zu; nach Cass. it. v. 5. 3. 1958 Nr. 2716 = Riv. dir. comm. 1959, II, 335 ff. genügt bloßes Schweigen grundsätzlich nicht, um eine Vollmacht zu begründen. Es bleibt daher nur eine Haftung auf Ersatz des Vertrauensschadens. Hinsichtlich des Vertreters vgl. dazu Art. 1398 Cc. it. Hinsichtlich des Vertretenen vgl. DE MARTINI, Foro it. 1950, I, 583 und BENATTI, Riv. dir. comm. 1959, II, 343 f., der sich auf Art. 1337 Cc. it. beruft. In Frankreich läuft die von CALAIS-AULOY S. 33 f. begründete These des *erreur légitime*, wie sich im Verlauf des Werkes zeigt, auf eine analoge Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften hinaus, insbesondere Art. 8 L. v. 20. 3. 1956 über die *location-gérance* von Handelsunternehmen und Art. 216 Ccomm. fr. (S. 81), Art. 1988 Cc. fr. und 232 Ccomm. fr. (S. 103). Eine allgemeine Ausweitung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes wird abgelehnt (S. 18); Cass. fr. v. 13. 12. 1962 = D. 1963 J. 277 hat die Lehre von CALAIS-AULOY übernommen und der bisherigen Heranziehung des Art. 1382 Cc. ein Ende bereitet.

<sup>112</sup> CARBONNIER, Dr. civ. Bd. I, S. 359.

## VIII. Kapitel. Gewohnheitsrecht und Verkehrssitten

### § 1. Thematische Abgrenzung

#### I. Einführung

173. Wiederholt hatte sich gezeigt, daß ein Teil der Literatur dazu neigt, Verkehrssitten mit dem Problem des Gewohnheitsrechts zu verbinden. Sie haben danach nicht nur vertragsrechtliche Bedeutung, sondern bilden zugleich Elemente der Rechtsquellenlehre. Dabei wird das Verhältnis zwischen Verkehrssitten und Gewohnheitsrecht häufig so umschrieben: *Verkehrssitten sind Gewohnheitsrecht im Zustand der Entstehung*. Sie sind noch nicht Recht, weil ihnen eine dafür erforderliche besondere Eigenschaft fehlt. Aber zu irgendeinem Zeitpunkt schlagen sie in Rechtsnormen um. Ein *qualifizierendes Element* tritt hinzu, das die neue Rechtsnorm vor den Verkehrssitten auszeichnet. Dieses Element wird teilweise als *Verbindlichkeitsgrund*, teilweise aber auch nur als *Existenzgrund*<sup>1</sup> der Norm betrachtet.

Trotz mancher Anfeindungen ist diese Lehre auch heute keineswegs verdrängt.<sup>2</sup> Eine Stellungnahme zur Funktion der Verkehrssitten bleibt deshalb unvollständig, wenn sie das Gewohnheitsrechtsproblem unberücksichtigt läßt. Zugleich ist freilich nicht zu übersehen, daß gerade heute eine Behandlung des Gewohnheitsrechts schwierig geworden ist. Bei kaum einem Gegenstand werden letztlich rational nicht mehr nachprüfbar Vorstellungen von Recht und Staat so wirksam. Der Streit beginnt schon beim Wesen der Rechtsnorm. Nun sollen die folgenden Seiten zunächst nicht den Normwert von Gewohnheitsrecht abschließend bestimmen. Deshalb kann auch die theoretisch vorrangige Frage,<sup>3</sup> ob Gewohnheitsrecht nach einem übergeordneten Prinzip seinen Normwert überhaupt auf qualifizierende Elemente stützen muß, vorerst offen bleiben. Zunächst gilt, daß der Jurist an soziologische Vorgänge nur Erfordernisse herantragen kann, die in

---

<sup>1</sup> So insbesondere, wo die Geltung als Folge staatlicher Gestaltung betrachtet wird, vgl. etwa RÜMELIN, JherJb. 1889, 216 ff. Da Art. 1 Disp. prel. dem *uso* Normwert verleiht, ist diese Auffassung in der it. Literatur verbreitet, vgl. z. B. SCIALOJA, Saggi Bd. I, S. 269; COVIELLO, Manuale Bd. I, S. 55 f.; MORI-CHECCUCCI S. 90 ff.; wegen des ähnlichen Art. 3 AB halten hingegen SCHOLTEN-ASSER A. D. Bd. I, S. 133 f. und SUIJLING, Bd. I, S. 23 ff. eine Qualifizierung des Gewohnheitsrechts für überflüssig; dagegen PITLO, System S. 30 ff. und APeldoorn S. 104 ff.

<sup>2</sup> In der neueren deutschen Literatur z. B. SCHLEGELBERGER, Rdz. 1 zu § 346 HGB; WEYEN, NJW 1954, 629; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Bd. I, S. 273; STAUDINGER-COING Rdz. 12 zu § 133 BGB; und hinsichtlich der ausländischen Literatur die rechtsvergleichende Übersicht, besonders Nr. 8 und 27; BÉGUELIN S. 13.

<sup>3</sup> ZITELMANN, AcP 1883, 356.

rechtlich verwertbarer Form zu verwirklichen sind und die ihrem Wesen nach die ihnen zugedachte Rolle erfüllen können. Soll Gewohnheitsrecht ein besonders qualifizierter Brauch sein, so müssen die qualifizierenden Merkmale und ihre juristische Funktion sachgemäß festzulegen sein. Das Gelingen oder Mißlingen dieses Vorhabens erledigt zwar nicht das Problem des Gewohnheitsrechts, aber doch die Möglichkeit, es entstehungsmäßig gegenüber Verkehrsitten zu qualifizieren.

174. Als Gegenstück zur Gesetzgebung hat sich der Begriff des *Gewohnheitsrechts* in der Literatur vielfach zur *Sammelbezeichnung* aller *außergesetzlichen Rechtsbildung* entwickelt. Diese Betrachtungsweise geht auf die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts zurück. Zuvor wurde nach den Institutionen zwischen dem *usus* bzw. den *diurni mores* und dem *ius scriptum* unterschieden: *Scriptum autem ius est, lex plebiscitum, senatus-consultum, principum placita, magistratum edicta, responsa prudentium*. Der Begriff des Gewohnheitsrechts war danach auf das aus den Gebräuchen entstandene Recht beschränkt.

Das beginnende 19. Jahrhundert ist von der Auseinandersetzung zwischen den Kräften einer gesteuerten nationalen Gesetzgebung und den Verfechtern einer organischen Rechtsfortbildung geprägt. Während in Frankreich die ersteren mit der Ausarbeitung des *Cc.* obsiegen, beherrschen in Deutschland die letzteren in Gestalt der historischen Rechtsschule und später des Freirechts weitgehend die juristische Meinung. Während in Frankreich der *Cc.* als Symbol des Sieges der nationalen Vernunft über die in den *coutumes* des *ancien régime* wirkende Rechtszersplitterung gefeiert wird, lautet in Deutschland die Parole, daß das Wirken der kulturbildenden Kräfte, vor allem des *Volkestums* und der *Rechtsprechung*, nicht durch ein starres Gesetzeswerk gefesselt werden darf. So steht auf der einen Seite das nationale Gesetz, auf der anderen das gewachsene bodenständige Recht und die Judikatur, und beide werden als Gewohnheitsrecht betrachtet.

Bei den alten französischen *Coutumes* und der Tätigkeit der Rechtsprechung handelt es sich indessen um Vorgänge, die mit Gebräuchen der Rechtsgenossen keine Berührungspunkte besitzen. Sie können deshalb dem Begriff des Gewohnheitsrechts nicht zugerechnet werden, ohne ihn zu sprengen. Dies gilt besonders, da die Literatur auch dazu neigt, unbewältigte dogmatische Fragen in die Anonymität des Gewohnheitsrechts zu verweisen. So stellte z. B. EHRENZWEIG<sup>4</sup> in einem Aufsatz zum AHGB ein „altes Gewohnheitsrecht“ über die subsidiäre Haftung des Gesellschafters einer OHG fest. Nach den Einwänden von SCHLESINGER<sup>5</sup> löste er später diesen Rechtssatz in eine Haftung nach Anschauung, Billigkeit und Zweckmäßigkeit auf.<sup>6</sup> Das „alte Gewohnheitsrecht“ war das Ergebnis einer mangelhaften Analyse. Ähnliche Fälle haben sich bis in die neueste Zeit wieder-

<sup>4</sup> JherJb. 1897, 79 f.

<sup>5</sup> JherJb. 1897, 191 ff.

<sup>6</sup> JherJb. 1897, 195.

holt. Sie werden an geeigneter Stelle noch herangezogen. Zunächst sollen die alten coutumes und richterliches „Gewohnheitsrecht“ näher auf ihre Vergleichbarkeit mit dem Gewohnheitsrecht aus qualifizierten Verkehrssitten geprüft werden.

## *II. Die coutume des anciens droit français*

175. Wenn in der französischen oder belgischen Literatur von coutume gesprochen wird, so wird bisweilen gefragt, ob Art. 7 L.30 ventôse an XII nur altes Gewohnheitsrecht abschaffen oder auch die Entstehung eines neuen verhindern wollte. Die rechtsgeschichtliche Forschung zeigt jedoch, daß aus der Weiterverwendung des altrechtlichen Begriffes „coutume“ zumindest teilweise falsche Schlüsse gezogen worden sind.

Herkömmlich wird der französische Rechtsraum vor Inkrafttreten des Cc. in die Teilgebiete des *droit romain* oder *droit écrit* und des *droit coutumier* aufgeteilt. Nicht selten hört man daher bei französischen Juristen: Frankreich ist schon immer ein Land der coutume gewesen. Sollte ausgerechnet in einer Zeit der Volkssouveränität diese fruchtbare Quelle ausgetrocknet sein?<sup>7</sup>

Die Geschichte gibt dieser Fragestellung, bei der unterstellt wird, daß das *droit coutumier* der vorkonstitutionellen Zeit Gewohnheitsrecht ist, nicht ganz recht. Wird heute von Gewohnheitsrecht gesprochen, so meint man damit ungeschriebenes Recht. Die coutume im Gebiet des *droit coutumier* hingegen, das auch Teile Belgiens und der Niederlande umfaßt, war schon vor Erlaß des Cc. längere Zeit geschriebenes Recht. Mit örtlichen Unterschieden ging der *Kodifikationsprozeß* im 16. und 17. Jahrhundert vor sich. Der alte Begriff der coutume entspricht daher, wenn auch mit gewissen Einschränkungen, eher einer heutigen Gesetzes-Sammlung als dem Gewohnheitsrecht. Bisweilen drückt das schon der Titel aus. Die Coutume de Stavelot et Loigne von 1618 lautete „loix, statuts, réformations, ordonnances et réglemens généraux de la justice“.<sup>8</sup> Parallelen dazu gab es auch in anderen Gebieten, die sich vom römischen Recht freigehalten hatten, etwa in der Schweiz.<sup>9</sup> Selbst im Reich entfalteten sich infolge der Subsidiarität des römischen Rechts lokale und territoriale Satzungen und Statuten, die das Reichsgebiet mit einem Netz geschriebenen Rechts überzogen.<sup>10</sup> Doch mag das hier genügen. Auch die Gebiete der coutume sind Gebiete geschriebenen Rechts, nur stammt es aus anderen Quellen als im Einflußbereich des *droit romain*.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. LEBRUN, Coutume S. 343, 390.

<sup>8</sup> Zit. nach BRITZ S. 245; ähnliche Formulierungen enthält der Untertitel der Coutumes de la Ville de Bruxelles, Ausgabe 1762.

<sup>9</sup> Z. B. ist das Gerichtsbuch der Stadt Zürich von 1553 nach HUBER, System Bd. IV, S. 127 ein Satzungsbuch. Vgl. ders. aaO S. 68 und 37.

<sup>10</sup> Da diese Rechts- und Satzungsbücher allgemein bekannt sind, wird auf Beispiele verzichtet. Über ihr Verhältnis zum Gewohnheitsrecht vgl. EHRlich, Gewohnheitsrecht S. 25 ff.

176. Die coutumes waren auch keineswegs nur, oder doch in erster Linie, bloße Aufzeichnungen der im Volk lebendigen Gewohnheiten. Das wird sowohl in der Art ihrer Entstehung als auch in ihrem Verhältnis zu den Volksgewohnheiten sichtbar. Die Entstehung der coutumes reicht in das Hochmittelalter und die beginnenden Auseinandersetzungen zwischen den erstarkenden Stadtr Regimentern und der fürstlichen oder königlichen Zentralgewalt zurück. Für unsere Zwecke genügt es, zwei Beispiele herauszugreifen.

1482 fielen große Teile von Burgund, die vorher zu Frankreich gehört hatten, den Habsburgern zu. Am 7. 10. 1551 erließ Kaiser Karl V. ein Edikt, in dem er verfügte, daß die von den teilweise auch hier am römischen Recht geschulten Richtern angewendeten Regeln und die von den Stadtr Regimentern, Zünften und sonstigen Korporationen erlassenen Vorschriften gesammelt werden sollten.<sup>11</sup> Die *Rechtsgewohnheiten des Volkes spielten* also schon hier *nur eine bescheidene Rolle*. Bisweilen ordneten auch die mit der Sammlung betrauten Ämter, Gerichtsbehörden oder Magistrate ohne Rücksicht auf die heimischen Gewohnheiten die Übernahme einer andernorts schon abgeschlossenen offiziellen Redaktion an.<sup>12</sup>

Wie die Entwicklung der Coutumes de la Prévôté et Vicomté de Paris belegt, verlief der Prozeß in den französisch gebliebenen Gebieten ähnlich. 1453 erließ König Karl VII. die berühmte ordonnance von Montil-les-Tours, die der fortgeschrittenen *Rechtszersplitterung* ein Ende setzen sollte. In einem komplizierten Verfahren<sup>13</sup> wurden zunächst von Provinzialkommissionen die örtlichen Gerichtsregeln, Statuten, Privilegien und Gebräuche gesammelt und einer Redaktionskommission vorgelegt. Diese wählte unter den Texten aus und formulierte einen schriftlichen Entwurf, der schließlich nach weiteren Prüfungen der Ständevertretung vorgelegt und mit Mehrheit verabschiedet wurde.<sup>14</sup> Für die Coutume von Paris wurde dieses Verfahren mit der Veröffentlichung von 1510 abgeschlossen. Da sich aber bald Lücken und Systemwidersprüche herausstellten, wurde schon wenige Jahrzehnte später eine Reformkommission mit der Überarbeitung betraut. 1580 wurde die reformierte Coutume veröffentlicht. Die Änderungen enthielten gleichfalls keine Redaktion neu entwickelter Volks-

---

<sup>11</sup> Vgl. GILISSEN, Rapports belges S. 19 ff.; kennzeichnend der bei GILISSEN, Rédaction S. 25 zitierte angebliche Brauch in Ypres illegitime Abkömmlinge an den Freirechten der Eltern teilnehmen zu lassen. Diese Coutume beruhte auf einer Anordnung der Stadtschöffen, datierbar auf den 9. 9. 1293.

<sup>12</sup> BRITZ, S. 245 hinsichtlich der Übernahme der Coutume von Brügge durch den Rat von Dünkirchen; DOMAT Bd. I Livre Prél, Titre I, Sect. II, XIX. Ähnlich verhielt es sich, wenn die in den Bezirken mehrerer Untergerichte angewendeten coutumes für den Bereich eines Obergerichts zu einer gemeinsamen coutume umgebildet wurden, so z. B. die coutume von Valenciennes, vgl. BRITZ aaO.

<sup>13</sup> Vgl. die ausführliche Schilderung bei LOYSEL Bd. I, S. XXIX ff. Zum Verfahren in schweizer Kantonen vgl. HUBER, System Bd. IV, S. 130 und BLUNTSCHLI, Rechtsgeschichte Bd. II, S. 42.

<sup>14</sup> Daher ist auch nicht von einem Rechtsgeltungswillen des Volkes, sondern vom „consentement du peuple des trois ordres“ die Rede, vgl. LABOULAYE in Loysel S. XXXII.

gebräuche, sondern waren ein Ergebnis *rechtswissenschaftlicher Bemühungen*.<sup>15</sup> Die Parallelen zur Territorialgesetzgebung, die sich seit dem ausgehenden 15. Jahrhundert in Deutschland entwickelte, sind unübersehbar. Wenn daher die altrechtliche *coutume* als Argument zugunsten des Gewohnheitsrechts verwendet wird, so ist dem der gleiche Einwand entgegenzusetzen, den schon BESELER gegen die historische Rechtsschule erhoben hat: Es wird in die Vergangenheit das hineinprojiziert, was man aus ihr zu erhalten wünscht.<sup>16</sup>

177. Der Entstehungsart der *coutume* entsprach ihr Verhältnis zu den Gewohnheiten des Volkes. So konnte sich eine Partei im Rechtsstreit nicht etwa darauf berufen, daß sich die *Gewohnheit entgegen der coutume* entwickelt habe.<sup>17</sup> Enthielt die *coutume Lücken*, so wurden diese teils durch römisches *Gelehrtenrecht*, teils durch *Analogie* aus der *coutume* selbst geschlossen.<sup>18</sup> Die Gewohnheiten des Volkes wurden nicht oder wenig berücksichtigt.<sup>19</sup> Zur *Coutume* von Paris heißt es bei DE LAURIÈRE<sup>20</sup>: Bestehen Unklarheiten, so ist es erforderlich, „de marquer le motif qui a déterminé les Rédacteurs ou les Réformateurs à les concevoir ainsi“. Hier wird die Methode subjektiv-historischer Gesetzesinterpretation, nicht die Ermittlung von Volksgewohnheiten angeordnet.

178. Der Begriff der altrechtlichen *coutume* bringt insgesamt nicht so sehr das Entstehen von Rechtsnormen aus Volksgewohnheiten zum Ausdruck. Vielmehr sind *coutumes* das Ergebnis zentraler Bemühungen, die Rechtsregeln der Gerichte, Städte, Zünfte usw. schriftlich zusammenzufassen.<sup>21</sup> Standen Volksgewohnheiten zur Debatte, so sprach man in Frankreich auch zu Zeiten der *coutume* von *usages*.<sup>22</sup> Die Abschaffung der *coutumes* des *ancien régime* erlaubt unter diesen Umständen keine Rückschlüsse auf die rechtsbildende Kraft von Gewohnheiten im geltenden französischen Recht.

<sup>15</sup> ESMEIN, *Histoire* S. 708; *Loysel* Bd. I, S. XXXI.

<sup>16</sup> Vgl. nach einer eingehenden historischen Einführung vor allem BESELERs Kritik an SAVIGNYS Unterschätzung der gesetzgeberischen Tätigkeit in der deutschen Vergangenheit, *Volksrecht* S. 65 ff.

<sup>17</sup> BRITZ S. 346; *LOYSEL*, Bd. I, S. XXXII. Zwar zeigt MERLIN, *Rép. univ.* Bd. XXXV, S. 295 ff., daß dies nicht unbestritten war. Zugleich aber bestätigt er indirekt, daß die altrechtliche geschriebene *Coutume* nichts mit dem modernen Problem des Gewohnheitsrechts zu tun hat. So zeigt sich besonders S. 298 und S. 300, daß das Verhältnis der geschriebenen *coutume* zu den Gewohnheiten des Volkes häufig so qualifiziert wurde, wie heute das Verhältnis von Gesetz zum Gewohnheitsrecht.

<sup>18</sup> GILISSEN, *Rapports belges* S. 21; LAURENT, *Cours* Bd. I, S. 49.

<sup>19</sup> GILISSEN aaO S. 20.

<sup>20</sup> *Texte des coutumes* Bd. III, S. 285.

<sup>21</sup> GILISSEN, *Rédaction* S. 31; insbesondere für das heute oft als Musterbeispiel von Gewohnheitsrecht zitierte alte Handelsrecht weist PEDAMON, *Rev. trim. comm.* 1959, 337 f., die Abhängigkeit von der Gesetzgebungsmacht der Zünfte nach.

<sup>22</sup> ESMEIN, *Histoire* S. 711; über die Stellung der deutschen Partikularrechte zu den Gewohnheiten vgl. GIERKE, *Privatrecht*, Bd. I, S. 160 f.

III. *Gewohnheitsrecht, Gerichtsgebrauch, Richterrecht*

179. Nach verbreiteter Auffassung sollen Gerichtsgebräuche zu Gewohnheitsrecht werden, wenn eine Rechtsüberzeugung oder ein Rechtsgeltungswille des Volkes hinzutritt. Volksbrauch und Gerichtsgebrauch erscheinen als typische Fälle des Gewohnheitsrechts.<sup>23</sup>

Es liegt nahe, diese Lehre auf SAVIGNY zurückzuführen, der im Anschluß an PUCHTA den praktischen Juristen, vor allem den Richterstand, als Repräsentanten des Volksganzen verstand.<sup>24</sup> Der praktische Jurist ist es, der die Rechtsvorstellungen des Volkes, also das Volksrecht, zum Ausdruck bringt. Den äußeren Vorgang bildet vor allem die richterliche Entscheidungstätigkeit. So sehr sich aber für die Einbeziehung der Gerichtsgebräuche als Unterform des Gewohnheitsrechts die Berufung auf die Autorität SAVIGNYS auch anbietet, geht sie doch an wesentlichen Elementen seiner Lehre vorbei. Galt bei SAVIGNY der Jurist als vertretender Sprecher des Volkswillens, so soll er nach der hier zu beurteilenden Lehre als selbständige soziale Teilkraft neben das Volk treten. Die Tragweite dieser Veränderung wird in vollem Umfang sichtbar, wenn man berücksichtigt, daß SAVIGNY nicht die Absicht hatte, Gewohnheitsrecht im Sinne von Volksgewohnheiten zu verteidigen. Zwar hat er an verschiedenen Stellen den Volkswillen oder Volksgeist zum Ursprung allen Rechts erklärt.<sup>25</sup> Aber dieser *Volkswille* war für ihn *nicht eine soziologische Größe, sondern ein kultureller Begriff*.<sup>26</sup> So konnte SAVIGNY auch ohne Rücksicht auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erklären, daß die Rolle des Volkswillens in einer entwickelten Rechtsordnung auf den *Juristenstand* übergegangen sei.<sup>27</sup> Das dabei vorausgesetzte *Repräsen-*

<sup>23</sup> Aus der zahlreichen Literatur vgl. zu B. CROME, BGB Bd. I, S. 86; WINDSCHEID Bd. I, S. 88; v. TUHR, Bd. I, S. 10; MEYER-LADEWIG, ACP 1962, 109; LARENZ, Methodenlehre (2) S. 340 f.; LANGE S. 44; BGH v. 12. 4. 1951 = BGHZ 1, 369 ff. (377); v. 20. 6. 1963 = JZ 1963, 678 (betraf richtig einen Fall des § 157 BGB); BVerfG v. 19. 12. 1962 = JZ 1963, 363 ff.; DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 102; EGGER, Züricher Kommentar Nr. 27 zu Art. 1 ZGB; widersprüchlich HUBER, ZBJV 1955 bis S. 99, S. 107 ff.; schweiz. BG v. 23. 1. 1920 = BGE 46, II, 307; GSCHNITZER, OGH-Festschr. S. 41; ders. Gewohnheitsrecht S. 36; KOSTERS S. 95; unklar SCHOLTEN-ASSER, A. D. Bd. I, S. 144 ff.; VANNI, Saggi S. 15, 21; anscheinend DEL MARMOL, Dr. comm. ter. Bd. IX, S. 207 und 370 gegen 359; MAURY, Mélanges Ripert S. 43 f.; PEDAMON, Rev. trim. comm. 1959, 346 f.; CHRETIEN S. 117; BEKAERT S. 276; WARLOMONT, Ann. dr. sc. pol. 1951, 80 f.; CARBONNIER, Ann. Poitiers 1961, 45.

<sup>24</sup> System Bd. I, S. 45 ff., 86, 97, 173; PUCHTA, Gewohnheitsrecht Bd. I, S. 147, Bd. II, S. 20.

<sup>25</sup> System Bd. I, S. 14; Beruf S. 5.

<sup>26</sup> Vgl. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte S. 385, 391 ff. (S. 393: „Volk ist also für SAVIGNY gar nicht die politische und gesellschaftliche Realität, sondern ein idealer Kulturbegriff“); zur inhaltlichen Konkretisierung dieses Begriffs vgl. ADICKES S. 21.

<sup>27</sup> System Bd. I, S. 45, 86; COING, ZBJV 1955, 333: „Die Kraft, die SAVIGNY dem Gesetzgeber der Aufklärung entgegenstellt, ist daher nicht das Gewohnheits-, das Volksrecht, es ist vielmehr ein Juristenrecht.“ Das Volksrecht war für SAVIGNY eine vergangene historische Größe. Vgl. auch die Verteidigung SAVIGNYS bei PUCHTA, Gewohnheitsrecht Bd. I, S. 214 f.

tationsverhältnis war ein *politisches Postulat*, aber, wie schon sehr früh erkannt wurde, *rechtlich fiktiv*.<sup>28</sup> Es trug SAVIGNY denn auch den kaum verborgenen Vorwurf ein, in Wahrheit ein Feind des Volksrechts zu sein.<sup>29</sup>

Sowenig SAVIGNY Gewohnheitsrecht verteidigen wollte, so wenig wollte er es durch Gerichtsgebräuche ersetzen. Er war am römischen Recht geschult und hatte stets dogmatischem Systemdenken den Vorrang vor sozialhistorischer Forschung gegeben. So kam es ihm auch nicht darauf an, Richterrecht im Herkommen zu verankern.<sup>30</sup>

Auf SAVIGNY kann die Lehre vom richterlichen Gewohnheitsrecht nicht gestützt werden. Dennoch wäre es übereilt, die Qualifizierung der Gerichtsgebräuche als Sonderform des Gewohnheitsrechts ausschließlich als eine spätere Fehlinterpretation der historischen Rechtsschule abzutun. Vor allem in Frankreich hat die Diskussion dieses Themas weitgehend unter anderen Voraussetzungen stattgefunden. Indessen hat auch dort die Entwicklung unter ungünstigen Vorzeichen gestanden.

Die Verquickung von Gerichtsgebrauch und Volksbrauch ist wesentlich von dem bekannten Streit zwischen GÉNY und LAMBERT und einer unglücklichen Begriffswahl LAMBERTS beeinflusst worden. GÉNY untersuchte in seiner „Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif“, welche begrifflichen Voraussetzungen vorhanden sein müssen, um aus Volksgewohnheiten Rechtsnormen zu bilden. LAMBERT hingegen tat diese Möglichkeit als unreal ab und prüfte stattdessen, ob tatsächlich Gerichtsgebräuche Gewohnheitsrecht sind. Gleichzeitig sagte er: „Vainement cherchait-on à étendre aux règles d'origine jurisprudentielle les justifications théoriques du droit à l'existence de la coutume“. <sup>31</sup> Von dieser Sicht aus entfiel eine dogmatische Auseinandersetzung mit GÉNYs coutume-

<sup>28</sup> BESELER S. 85 ff.; FRAGISTAS, *Mélanges Maury* Bd. II, S. 149 ff.; SAVIGNY, *Beruf* S. 7 und *System* Bd. I, S. 48 f. verwendet den Begriff der Repräsentation, um zu erklären, daß die Juristen der Maßstab des rechtlich gebildeten Volksteils sind. Kritisch zur positivrechtlichen Umdeutung des Repräsentationsverhältnisses BELING, *Mélanges Gény* Bd. I, S. 157 ff. Entsprechend zu PUCHTA vgl. MOKRE, *ZöfR* 1932, 283 f. Wie gering PUCHTA den Repräsentationsgedanken einschätzte, zeigt sich im *Gewohnheitsrecht* Bd. I, S. 161 ff.

<sup>29</sup> BESELER S. 84 f.

<sup>30</sup> COING, *ZBJV* 1955, 334, 339; *Beruf* S. 71 ff. fordert SAVIGNY zwar eine „strenge historische Methode“. Aber dies geschieht nur, um von einer fundierten historischen Rechtskenntnis aus das zeitgenössische Recht systematisch fortbilden zu können. Allgemein zum wissenschaftlichen Recht der historischen Rechtsschule LIVER, *ZBJV* 1955 bis 41 f. und WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, bes. S. 363 ff. Interessant ist, daß PUCHTA in einer Stellungnahme zu BESELERs Angriffen das Richterrecht endgültig aus der Gewohnheitsrechtsproblematik herausgenommen hat und nun Volksgewohnheitsrecht und richterliche Rechtsfortbildung unterschied. Dabei ergaben sich freilich noch einige Unklarheiten, vgl. *JbwissKrit.* 1844, 17 f., die ihm später den Vorwurf mangelnder Wissenschaftlichkeit eintrugen, vgl. EHRLICH, *Soziologie* S. 372.

<sup>31</sup> *Dr. civ. comp.* Bd. I, S. 170; HÉBRAUD, *Rec. ac. lég. Toulouse* 1949, 141, 168 folgt LAMBERT aus verfassungsrechtlichen Gründen in der Annahme, daß nur noch Richterrecht coutume sein könne.

Begriff. Gleichzeitig aber brach LAMBERT die Brücken vom Richterrecht zur coutume des Volkes ab. Seine *richterliche coutume hat mit der coutume des Volkes nur den Namen gemeinsam*.

Nun ist es bei der bloß einheitlichen Bezeichnung nicht geblieben. Viele Autoren haben nicht bemerkt, daß LAMBERT ausdrücklich die Gleichartigkeit von richterlicher coutume und Volkscoutume verneint hat. Folglich erlagen sie einem folgenschweren Irrtum: Sie erklärten die Gerichtsgebräuche neben den Übungen der Rechtsgenossen zu Unterarten des Gewohnheitsrechts und fügten sogar herkömmliche Lehrmeinungen als weitere Untergruppe hinzu.<sup>32</sup>

180. Ideengeschichtlich kann die Unterstellung von Volksgewohnheit und Gerichtsgebrauch unter Gewohnheitsrecht nicht aufrechterhalten werden. Aber auch *systematische Gründe* sprechen dagegen, den Gerichtsgebrauch als Teilelement des Gewohnheitsrechts zu betrachten. Schon die Bezeichnung „*Übung*“ ist für den Vorgang der Ausbildung von Rechtsregeln richterlicher Herkunft *nicht zutreffend*.<sup>33</sup> Richter üben nicht Gewohnheiten, sondern entwickeln als Staatsorgane nach bestimmten Kriterien *Regeln*, die sie je nach den prozessualen Zufällen einer kleineren oder größeren Zahl von Entscheidungen zugrundelegen.<sup>34</sup> Die Gleichsetzung von Regel und Übung ist schon als unzutreffend gekennzeichnet worden.<sup>35</sup>

Nun soll es sich bei den richterlichen Regeln nur dann um einen Unterfall von Gewohnheitsrecht handeln, wenn die Rechtsüberzeugung oder der Rechtsgeltungswille hinzutritt. Der herkömmliche Regelsatz lautet aber: Gewohnheitsrecht entsteht, wenn ein Brauch in der Überzeugung oder dem Willen der Rechtsverbindlichkeit geübt wird. Die Übenden und diejenigen, die diese Übung als Recht wollen, sind die gleichen Personen. Betrachtet man den Gerichtsgebrauch,

<sup>32</sup> LEBRUN, Coutume S. 212 ff.; VALETTE S. 159; RÉGLADE S. 133 f.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité él.* Bd. I, Nr. 118, 132; LANGLOIS S. 11; THALLER-PERCEROU S. 45; RIPERT-BOULANGER, Bd. I, S. 101; BEKAERT S. 276 (anders 297); BEUDANT-LEREBOURS-PIGEONNIÈRE Bd. I, S. 92 ff.; KOSTERS S. 118 f.; PACHE S. 144 ff. Vorsichtig CAPITANT, *Introduction* S. 58; „la masse des décisions judiciaires se rapproche très sensiblement du Droit coutumier“.

<sup>33</sup> Vgl. MAURY, *Mélanges Ripert* Bd. I, S. 48 Fußn. 2; COING, *Rechtsphil.* S. 234; deshalb zutreffend Cass. fr. v. 3. 3. 1937 = S. 1937, I, 183 f.; der Hinweis auf Rechtsprechung ersetzt keinen Brauch. Zustimmung BRUN-GALLAND S. 80.

<sup>34</sup> Vgl. DEL VECCHIO, *Fonti* S. 11: („l'attività del giudice) non si riferisce al ... comportamento ... bensì alla risoluzione di controversie“; GÉNY, *Méthode* Bd. II, S. 2; Geisler S. 25; PUTZIER in KRÜGER, *Seminar* S. 14.

<sup>35</sup> Die sich daraus ergebenden Unklarheiten sind bei EGGER sichtbar. Einerseits soll Richterrecht ein Teil des Gewohnheitsrechts sein, andererseits sollen richterlich überlieferte Regeln keinen Rechtsquellencharakter haben, vgl. *Zürcher Kommentar* Nr. 27 und Nr. 44, 46 zu Art. 1 ZGB; ähnlich unklar GIERKE, *Privatrecht* Bd. I, S. 178 f.; LESS S. 34 (Gewohnheitsrecht kann Richterrecht nur nachträglich legitimieren) und S. 61 (Gewohnheitsrecht ist das Ursprüngliche, das zum Richterrecht wird). Im hier vertretenen Sinn grundsätzlich Cass. fr. v. 26. 3. 1941 = D. A. 1941, 194.

so wird das grundlegend geändert. Die einen, die Richter, stellen die Regel auf, die Rechtsgenossen qualifizieren sie durch ihren Rechtsgeltungswillen.<sup>36</sup> Das ist ein *neuer Entstehungsvorgang*,<sup>37</sup> der auch neuartige Probleme schafft. So kann die Überzeugung oder der Geltungswille der Rechtsgenossen fortbestehen,<sup>38</sup> auch wenn eine gefestigte Rechtsprechung aufgegeben wird. Umgekehrt können Geltungswille und Überzeugung entfallen, ohne daß die Gerichte die betreffende Regel aufgeben.<sup>39</sup> Das Zusammenspiel von Übung und Rechtsgeltungswille wird zu einem zufälligen Ereignis. Wird in Fällen, wo dieses Zusammenspiel fehlt, daran festgehalten, daß dem Willen oder der Überzeugung der Rechtsgenossen die eigentliche normbildende Kraft zukommt, so wird es widersprüchlich, einen Gerichtsgebrauch oder eine gefestigte Rechtsprechung zu verlangen. Der Gerichtsgebrauch kann allenfalls und nicht einmal unbedingt erforderliches vorbereitendes Material sein.<sup>40</sup> Es genügt dafür aber auch eine *einzelne Entscheidung*. Von richterlichem Gewohnheitsrecht als Unterfall des allgemeinen Gewohnheitsrechts läßt sich unter diesen Voraussetzungen nicht mehr sprechen.

181. Die Einbeziehung richterlicher Rechtsbildung in das Thema Gewohnheitsrecht hat dazu geführt, daß der Gewohnheitsrechtsbegriff umgeformt wurde. Nur zwei *Beispiele* seien herausgegriffen: die richterliche Fortbildung des *Aufopferungsanspruches* bei körperlicher Schädigung und *der Fall des § 2 PatG*.

---

<sup>36</sup> GSCHNITZER, AT S. 21; DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 105; BÉGUELIN S. 18; MAURY, Mélanges Ripert S. 43, 48. Typisch BSG v. 29. 8. 1963 = BSGE 20, 11 ff. (18); v. 25. 11. 1965 = NJW 1966, 692, wonach als Rechtsgeltungswille schon mangelnder Protest gegen die Entscheidungen genügen soll; App. Bordeaux v. 30. 6. 1964 = D 1964, J. 633, Gerichtsübung und „accord tacite“ der Interessenten; BG v. 13. 3. 1930 = BGE 56, I, 42. Besonders merkwürdig BGH v. 11. 12. 1956 = BGHZ 22, 317 ff., 328 f.: Vor 1900 haben Preußen, Lippe und Hessen sowie andere Staaten (!) die jeweilige Rechtsprechung der Nachbarstaaten über Ausmäckergrundstücke gegenseitig geduldet und anerkannt und daher sei diese von der erforderlichen Rechtsüberzeugung getragen.

<sup>37</sup> SALEILLES, Einführung S. 85; KAMPHUISEN S. 107 f.; PFENNINGER, S. 51.

<sup>38</sup> Es sei denn, man betrachtet den Geltungswillen mit PACHE S. 150 als eine sich jeweils anpassende „résignation forcée“ derjenigen, die vor Gerichten Rechtsschutz suchen. Ähnlich COING, Rechtsphil. S. 230; CROME BGB Bd. I, S. 87 (es ist erforderlich, daß sich das Volk ihnen anbequemt).

<sup>39</sup> Auf diese Konfliktsituation weist schon BESELER S. 79 Regel IV hin. PEDAMON, Rev. trim. comm. 1959, S. 347 nimmt in solchen Fällen offenbar eine Verselbständigung der Norm an.

<sup>40</sup> Daher folgerichtig GÉNY, Méthode Bd. I, S. 366, Bd. II, S. 50 ff., der die normative Kraft in die *opinio iuris* verlegt; vgl. weiter RIPERT-BOULANGER Bd. I, 108; LARENZ, Methodenlehre (2) S. 341, 408 und NJW 1951, 497; LEHMANN-HÜBNER S. 24 f. Andeutungen in dieser Richtung bei DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 105; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar Nr. 248 zu Art. 1 ZGB (anders Nr. 249); HUBER, ZBJV 1955 bis 99; v. TUHR Bd. I, S. 47. Merkwürdig REICHEL, Stämmler Festschr. der einerseits S. 326 eine Übung überhaupt nicht für erforderlich hält, andererseits aber S. 349 neben der *opinio iuris* eine ständige Rechtsprechung bzw. Überlieferung verlangt. Unklar BÉGUELIN S. 3, 9 f. und 5, 8.

In der Rechtsprechung zum Aufopferungsanspruch bei körperlicher Schädigung hat der BGH, von gewohnheitsrechtlicher Begründung ausgehend, im Urteil vom 5. 2. 1958<sup>41</sup> den Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft für entscheidend erklärt. Nur normalerweise soll er sich in einer Übung äußern. Aber auch der Rechtsgeltungswille der Gemeinschaft wurde nicht ermittelt. Da es sich bei diesem Willen um eine soziale Tatsache handelt, hätte er durch Beweiserhebung festgestellt werden müssen. Dafür wären z. B. repräsentative Meinungsumfragen in verschiedenen Bevölkerungsgruppen und der Rechtspraxis geeignet gewesen. Da es um einen bayerischen Rechtsfall ging, suchte der BGH stattdessen die Erweiterung des Aufopferungsanspruches aus der Wertordnung der bayerischen Verfassung abzuleiten. Der Rechtsgeltungswille wird so durch eine typisch juristische Argumentation ersetzt. Daran ändert sich auch durch die zusätzliche Berufung auf die Entscheidung des BGH v. 19. 2. 1953,<sup>42</sup> die jene Entwicklung einleitete, nichts. Auch dort wird zwar behauptet, daß die vom Reichsgericht verfolgte Beschränkung des Aufopferungsanspruches auf Vermögensbeeinträchtigungen gewohnheitsrechtlich beseitigt sei. Aber als Beleg dafür werden nur zwei Entscheidungen angeführt. Stattdessen leitete der BGH den neuen „Gewohnheitsrechtssatz“ aus der Wertordnung der Grundrechte des Grundgesetzes ab.

Es liegt fern, daran zu zweifeln, daß die Fortentwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung sachlich zutrifft. Jedoch ist es methodisch verfehlt, dies mit Gewohnheitsrecht zu begründen, weil eine ausreichende Stütze im positiven Recht gegeben ist. Wie einige Entscheidungen aus dem Gebiet des Patentrechts zeigen, führt die gewohnheitsrechtliche Argumentation nur zu zahlreichen Ungereimtheiten.

Am 7. 8. 1953 entschied das deutsche Patentamt,<sup>43</sup> daß ausgelegte Unterlagen von Patentanmeldungen den öffentlichen Druckschriften nach § 2 PatG gleichzustellen sind. Es brach damit eine bis 1877 zurückreichende Auslegung des § 2 PatG bzw. der entsprechenden Vorläufer ab. In einem Verfahren vor dem BGH wurde daraufhin vorgebracht, daß die Rechtsprechungsänderung rückwirkend wertvolle Schutzrechte vernichte. Dieses Vorbringen führte den BGH in der Entscheidung vom 8. 7. 1955<sup>44</sup> zum Problem der Rückwirkungsgrenzen bei Rechtsnormen und damit zum Gewohnheitsrecht. Seither hat er mehrfach mit geringeren Korrekturen daran festgehalten.<sup>45</sup> Die Ausführungen zum Gewohnheitsrecht sind dabei besonders lesenswert.

Nach dem Urteil v. 8. 7. 1955 setzte die Entscheidung des Patentamtes v. 7. 8. 1953 das alte Gewohnheitsrecht mit dem Tage ihres Erlasses außer Kraft: „Ihm fehlte von nun an der Rückhalt in der allgemeinen Rechtsüberzeugung“. Gleichzeitig stellte aber der BGH fest, daß bereits seit 1950 in der Literatur die bisherige Auslegung des § 2 PatG umstritten war, ohne daß die Rechtsprechung sich davon hatte beeinflussen lassen. Der zitierte Satz aus den Urteilsgründen ist demnach nur so zu verstehen, daß erst die Rechtsmeinung des Patentamtes ausschlaggebend für die Beseitigung des Gewohnheitsrechts war.

Auf den Widerspruch der Rechtslehre entgegnete der BGH mit Beschluß vom 19. 6. 1962. Danach tritt das Gesetz selbst an die Stelle des Gewohnheitsrechts, wenn eine

<sup>41</sup> NJW 1958, 709. Vgl. dazu weitere Einwände bei ESSER, Hippel Festschr. S. 108 f.

<sup>42</sup> NJW 1953, 857.

<sup>43</sup> NJW 1953, 1646.

<sup>44</sup> NJW 1955, 1553 ff.

<sup>45</sup> BGH v. 19. 6. 1962 = NJW 1962, 2054 ff.; v. 25. 11. 1965 = NJW 1966, 300 ff.; ebenfalls v. 25. 11. 1965 = BGHZ 44, 346 ff.

gewohnheitsrechtliche Gesetzesauslegung abgebaut wird. Der übliche Prozeß der Ablösung von Gewohnheitsrecht sei deshalb nicht erforderlich.

Folgt man der gewohnheitsrechtlichen Begründung, so können diese Ausführungen nicht überzeugen. Die frühere Auslegung des § 2 PatG ist durch eine neue Auslegung abgelöst<sup>46</sup> und nicht etwa durch einen gesetzgeberischen Akt beseitigt worden. Wenn schon eine übliche Gesetzesauslegung als Gewohnheitsrecht bezeichnet wird,<sup>47</sup> dann kann sich eine gegenteilige Auslegung nur durchsetzen, wenn sie selbst Gewohnheitsrecht ist oder auf Gesetz beruht.

Alle bisherigen Einwände betrafen nur die Aufhebung des alten Gewohnheitsrechts. Damit sind aber die Widersprüche noch nicht erschöpft. Bei der neuen Auslegung des § 2 PatG soll es sich nach der Entscheidung des BGH v. 8. 7. 1955 um einen „neuen Rechtssatz“ handeln. Dieser Rechtssatz ist angeblich ebenfalls am 7. 8. 1953 in Kraft getreten. Welche Rechtsnatur er besitzt, erfährt man in einer der Entscheidungen vom 25. 11. 1965. Es soll ein „echter Akt der Rechtsfortbildung“ sein, der „mangels einer gesetzlichen Regelung“ vorzunehmen war.<sup>48</sup> Durch richterliche Rechtsfortbildung, gegebenenfalls eine einzige Entscheidung, entstehen also neue Rechtssätze. Deshalb konnte auch der alte „Rechtssatz“ gerade am 7. 8. 1953 außer Kraft treten und ersetzt werden. Das Thema des Gewohnheitsrechts wird damit verlassen. Den Beweis dafür, daß es bei § 2 PatG nicht um Gewohnheitsrecht geht, erbringt der BGH unbeabsichtigt selbst noch an anderer Stelle. Da Gewohnheiten langsam entstehen und vergehen, enthalten sie einen Unsicherheitsfaktor. In der zitierten Entscheidung v. 25. 11. 1965 heißt es jedoch, „daß eine Verwaltungsbehörde . . . unmöglich mit fließenden Übergängen und unklaren Zeitgrenzen arbeiten könne“.<sup>49</sup>

Deshalb löste sich der BGH in der Entscheidung v. 19. 6. 1962 von einem wesentlichen Element der gewohnheitsrechtlichen Begründung und erklärte, das Prinzip der Rechtssicherheit verlange, für die neue Auslegung des § 2 PatG einen Stichtag festzusetzen.<sup>50</sup>

Es ist zu bezweifeln, ob die veränderte Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift derart schwerwiegende Eingriffe in die Rechtsquellenlehre erforderte. Dies gilt um so mehr, als in zahlreichen anderen Fällen richterlicher Rechtsfortbildung das Gewohnheitsrechtsproblem nicht einmal angedeutet wird. Dennoch sind gerade die Entscheidungen zu § 2 PatG wertvolles Beweismaterial für die Eigengesetzlichkeit des Richterrechts.

182. Entsprechend den Bedingungen des Richteramtes entsteht und verbreitet sich Richterrecht schon äußerlich nach anderen Gesetzen als die Übungen der Rechtsgenossen. *Von maßgeblichem Einfluß ist die jeweilige Gerichtsorganisation*

<sup>46</sup> So ausdrücklich in BGH v. 25. 11. 1965 = NJW 1966, 301.

<sup>47</sup> Vgl. dazu etwa die abgewogenen Ausführungen von GMÜR S. 93 f. und die kritische Äußerung von ESSER, Hippel-Festschr. S. 113. Wie der BGH, so bezeichnen auch BÉGUELIN S. 28, schw. BG v. 18. 2. 1960 = BGE 86, II, 253 eine eingebürgerte Auslegung als „geradezu“ gewohnheitsrechtlich. Nun handelte es sich dort um „ständige Lehre“ und daher liegt die Frage nahe, ob das Gericht sich nicht durch die Berufung auf „Gewohnheitsrecht“ vor allem eine neuerliche Motivierung ersparen wollte.

<sup>48</sup> BGHZ 44, 354.

<sup>49</sup> BGHZ 44, 353.

<sup>50</sup> NJW 1962, 2054 ff. (2057); kritisch zu terminmäßigen Feststellungen beim Gewohnheitsrecht GOERTZ S. 51.

und die Ordnung des Instanzenzuges.<sup>51</sup> Eine einzige höchstrichterliche Entscheidung führt häufig zu einer Umwälzung der Judikatur nachgeordneter Gerichte.<sup>52</sup> Auf die schweizerische Rechtsprechung zur Zulassung von Frauen zum Anwaltsberuf<sup>53</sup> oder die französische Rechtsprechung zur Haftung von Personenbeförderern oder Karussellunternehmern ist hinzuweisen.<sup>54</sup>

Von maßgeblichem Einfluß ist daher vielfach, ob eine Rechtsfrage nach den Verfahrensvorschriften jemals vor eine Zentralinstanz gelangt. Nun kann es sich hierbei teilweise um tatsächliche Zufälligkeiten handeln, die auch bei den Übungen der Rechtsgenossen in ähnlichen Formen auftreten können. Bei den Entstehungstypen der Verkehrssitten ist gezeigt worden, daß etwa der Beschluß einer wirtschaftlich starken Gruppe genügt, um eine Anpassung aller Interessierten zu veranlassen. Aber es handelt sich dabei um einen Vorgang, der nur äußerlich der Befolgung einer höchstrichterlichen Regel durch die unteren Instanzen ähnelt. *Den Richtern fehlt ein Eigeninteresse*, weil sie unparteiische staatliche Organe sind.<sup>55</sup> Die *Organstellung der Richter*<sup>56</sup> macht besonders die Eigenheiten der inneren Gesetzmäßigkeit richterlicher Rechtsbildung sichtbar. Dabei sind vom Richterrecht die Fälle zu unterscheiden, wo Gerichte lediglich ihre Urteilsmaßstäbe im Einzelfall kraft gesetzlicher Anordnung der bona fides und Verkehrssitten entnehmen,<sup>57</sup> denn hier handelt es sich nicht um Ausbildung objektiver Rechtsnormen.

183. Die innere Gesetzmäßigkeit des Richterrechts als Quelle objektiven Rechts hat mit Gewohnheitsrecht auf Grund von Verhaltensformen der Rechtsgenossen nichts gemeinsam. Richterrecht steht heute maßgeblich unter dem Zwang zu *positivrechtlicher Entscheidungsbegründung*. Diese wurde erstmals in den

<sup>51</sup> Vgl. MORNET S. 14 ff., der die Aufgabenänderung der Cour de Cassation in den verschiedenen Gesetzgebungsetappen bis zum L. v. 1. 4. 1837 und ihre Bedeutung für die Ausbildung richterlicher Regeln eindrucksvoll schildert; BRETHER DE LA GRESSAYE-LABORDE-LACOSTE S. 264; DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 125 f.; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar Nr. 250 und 523 zu Art. 1 ZGB.

<sup>52</sup> So auch ESMEIN, Rev. trim. civ. 1952, 19 (unentschieden) und Rev. int. dr. comp. 1957, 417; WARLOMONT, Ann. dr. sc. pol. 1951, 77 ff. (obwohl er auch in einem solchen Fall von einer coutume spricht); auch PACHE S. 155 f. räumt das ein. Vgl. weiter GERMANN, ZSR NF 68, 433 f.; MEIER-HAYOZ, östJZ 1954, 444; ESSER, Grundsatz S. 279.

<sup>53</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ, östJZ 1954, 445 f.

<sup>54</sup> Vgl. Nachweise oben V. Kap. Fußn. 17.

<sup>55</sup> LEFEBVRE S. 64; auf das fehlende Eigeninteresse weist auch LAMBERT, Dr. civ. comp. Bd. I, S. 151 hin; ähnlich BRETHER DE LA GRESSAYE-LABORDE-LACOSTE S. 277.

<sup>56</sup> Vgl. GERMANN, Präjudizien S. 50; andeutungsweise schon ADICKES S. 11. Verkannt wird das von Autoren, die den Richter als sozialen Faktor und nicht als Träger von Staatsgewalt sehen. Vgl. MAURY, Mélanges Ripert Bd. I, S. 43, 48; impliziter FOUCHARD S. 420, der ihn insoweit auf eine Stufe mit privaten Schiedsrichtern stellt; GSCHNITZER AT S. 21; ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 266 (Richter als Gemeinschaftsorgan); ISAY, Rechtsnorm S. 237. Mit naturrechtlichem Einschlag SCHUPPE S. 132 ff.

<sup>57</sup> Dazu Nr. 94. Vgl. auch ESSER, Hippel-Festschr. S. 110 zu BGH v. 20. 6. 1963 = JZ 1963, 678 f.

französischen Revolutionsgesetzen vom 16. bis 24. 8. 1790 und 27. 11. bis 1. 12. 1790 angeordnet<sup>58</sup> und hat sich dann allgemein auch außerhalb Frankreichs durchgesetzt.<sup>59</sup> So unterliegt Richterrecht nach Form und Inhalt einer ausgefeilten *Methodik*.<sup>60</sup> Die Kraft des Arguments und nicht die Zahl der Entscheidungen ist daher maßgeblich.

Der Zwang zur Begründung verhindert, daß die Gerichte sich der Methodik entziehen und bindet sie an die gegebene Rechtsordnung. Sie können die Entwicklung des Gesetzes unter Ausnutzung von Generalklauseln oder System- und Begriffsunklarheiten in Richtungen lenken, die der historische Gesetzgeber nicht voraussah und möglicherweise nicht wollte. Man denke an die deutsche Rechtsprechung zum Sicherungseigentum,<sup>61</sup> zur Unanfechtbarkeit des Beitritts eines Gesellschafters nach Eintragung der GmbH<sup>62</sup> oder die französische Rechtsprechung zum Deliktsrecht.<sup>63</sup> Sie können sich nicht über das Gesetz stellen, außerrechtliche Interessenwertungen verrechtlichen<sup>64</sup> und gegebene Vorschriften aufheben.<sup>65</sup> Der Einfluß des Begründungszwanges auf die Entstehungsart richter-

<sup>58</sup> Vgl. PERREAU, Rev. trim. civ. 1911, 290.

<sup>59</sup> Vgl. vor allem BOULANGER, Trav. Capitant Bd. V, S. 67 ff. und dazu die Diskussionsbeiträge von FRÉMICOULT S. 74 f.; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE S. 75 f. und ANCEL S. 76 f.

<sup>60</sup> Vor allem die methodischen Probleme richterlicher Rechtsfortbildung, vgl. ESSER, JZ 1953, 525; LARENZ, NJW 1965, 1 machen einen Vergleich mit Gewohnheitsrecht unmöglich. Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht werden daher schon von JORDAN, AcP 1825, 233 unterschieden. In neuerer Zeit vgl. ESSER, Hippel-Festschr. S. 115, 117 f.; CANARIS, Lücken S. 29. Weiter KISS, JherJb. 1911, 454 ff.; GERMANN, Rechtsfindung S. 271 und ZSR NF 68, 435; DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 107 ff. und MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar Nr. 316 ff. zu Art. 1 ZGB. Für den Bereich des Cc. SALEILLES, Einführung S. 85; KAMPHUISEN S. 107; WERTHEIM, Gedenkboek BW S. 121 f.; DE RUGGIERO, Istituzioni Bd. I, S. 80 ff.; BEUDANT-LEREBOURS-PIGEONNIÈRE Bd. I, S. 179.

<sup>61</sup> Näheres unten Nr. 210.

<sup>62</sup> Vgl. RG v. 14. 12. 1938 = RGZ 123, 103 ff., wo zutreffend die Bezeichnung Gewohnheitsrecht apostrophiert und die methodische Entwicklung des Problems in den Vordergrund gestellt wird.

<sup>63</sup> Weitere Beispiele aus dem französischen Recht bei LANGLOIS S. 39 ff. In Deutschland vgl. noch die Analyse von STEINDORFF BB 1955, 1001 ff. zu einem Beispiel aus dem Recht der Preisbindung.

<sup>64</sup> Zu weit ESSER, JZ 1953, 525. Zutreffend RÜMELIN, Gewohnheitsrecht S. 52. Andererseits räumt er S. 30 dem Richter die Befugnis ein, sich an „höheren“ Werten contra legem auszurichten; SAUER, RG-Festschr. Bd. I, S. 143.

<sup>65</sup> DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 111. Über Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 und 97 GG und richterliche Rechtsfortbildung vgl. LARENZ, Methodenlehre (2), S. 340. WERTHEIM, Gedenkboek BW S. 121 f.; FLUME, AcP 1962, 54 f., der an der gegenläufigen soziologischen Auffassung vor allem kritisiert, daß sie den Normbegriff umwertet und die Rechtsnormen zu Rechtszeichen abwertet. Vgl. in ähnlichem Sinn MEYER-LADEWIG, AcP 1962, 105; ARNDT, NJW 1963, 280; KISS, ArchbürgR 1913, 218. Anderer Ansicht aus rechtsethischen Gründen für besondere Fälle REICHEL, Richterspruch S. 135 ff. und LESS, S. 62 f., 68 (naturrechtlich begründet).

licher Regeln ist bisher zu sehr vernachlässigt worden.<sup>66</sup> Er verhindert jedenfalls, daß Gerichte sich vom Gesetz, gegebenenfalls vom Gewohnheitsrecht lösen und in *willkürlicher Autonomie* und Originalität Rechtsnormen schaffen.<sup>67</sup>

Weitere Besonderheiten des Richterrechts ergeben sich daraus, daß es unter Bedingungen entwickelt wird, die nur aus dem im Richteramt liegenden Auftrag und seinen Grenzen verstanden werden können. Der Richter hat einerseits Rechtsstreite nach dem Gesetz zu entscheiden, auch wenn er diese jeweils neu aktualisieren muß und darin eine schöpferische Eigenleistung liegt. Andererseits darf er bei Widersprüchen, Wertungszweifeln oder systemwidrigem Schweigen des Gesetzes keine *Rechtsverweigerung* begehen.<sup>68</sup>

184. Schließlich wirft das *Richterrecht verfassungsrechtliche Probleme* auf, die sich nur ergeben, weil Richter Staatsorgane sind. Zwar muß man nicht der verbreiteten Meinung folgen, daß im modernen Verfassungsstaat das *Gewaltenteilungsprinzip* Richterrecht von vornherein ausschließe.<sup>69</sup> Auch berühren die

<sup>66</sup> Von Bedeutung ist auch die Begründungsweise. Die deutsche Rechtsprechung neigt viel stärker zur abstrahierenden Darstellung von Rechtsfragen als die französische, und daher wird der Einwand von RIPERT, *Rev. int. dr. comp.* 1957, 428 f. verständlich, der bezweifelt, ob sich überhaupt hinreichend allgemeine Regeln aus den Urteilen entnehmen lassen.

<sup>67</sup> LEFEBVRE S. 60; grundsätzlich auch LANGLOIS S. 33; BÉGUELIN S. 10; LARENZ, *NJW* 1951, 498; HERZOG S. 132 f. prägt daher einen neuen Begriff der *opinio iuris* für solche Regeln: Sie ist die Überzeugung der Richter, daß sich die Regel vernünftig in die Rechtsordnung einfügt; RIPERT, *Forces créatrices* S. 385 ff.; von maßgeblicher Bedeutung sind auch, trotz ihres freirechtlichen Einschlags im Bereich praeter legem immer noch die Ausführungen von GÉNY, *Méthode* Bd. II, S. 29 ff. und Bd. I, S. 207 ff.; weiter MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber* S. 34 f.; ESSER, *Grundsatz* S. 253 ff.; KISS, *ArchRW-Phil.* 1909/10, 546 insbesondere gegen die Argumente der freien Rechtsschule und *JherJb.* 1911, 448 ff. gegen GÉNY's *libre recherche scientifique praeter legem*. Selbst BÜLOW S. 11, 29 zieht hier dem Richter Schranken, obwohl er das Gesetz nur als Plan und Entwurf bezeichnet, vgl. S. 3 und dem Richter im übrigen weiteste Freiheit einräumt, vgl. S. 31. Seine eigenartige Auffassung hinsichtlich des dispositiven Rechts S. 34, geht von einem heute als falsch erkannten Normverständnis aus. Auch dispositive Vorschriften sind Normen und nicht Ermächtigungen, nach freiem Rechtsgefühl zu entscheiden. Verfehlt daher ISAY, *Rechtsnorm* S. 224 f.; KOHLER, *BGB* Bd. I, S. 111, die beide das Rechtsgefühl zum Maßstab erheben.

<sup>68</sup> Vgl. Art. 4 Cc., 13 A. B. und dazu PABBRUWE S. 55, der feststellt, daß die im Rahmen dieser Vorschrift dem Richter auferlegte methodische Lückenfüllung das Gewohnheitsrechtsthema nicht berührt. Zu Art. 4 schwBV vgl. DESCHENAUX in *schw. Privatrecht* Bd. II, S. 107. BOULANGER, *Rev. trim. civ.* 1961, 422; hinzuweisen ist auch auf BG v. 16. 3. 1948 = BGE 74, II, 106 ff. Über die Grenzen des Einflusses eines Rechtsverweigerungsverbot vgl. aber auch LARENZ, *NJW* 1965, 2; CANARIS, *Lücken* S. 140 f.

<sup>69</sup> Vgl. LAMBERT, *Dr. civ. comp.* Bd. I, S. 164 f.; LANGLOIS S. 24 ff.; CAPITANT, *Introduction* S. 55 f.; CHRETIEN S. 139; GERMANN, *ZSR NF* 68, 427; MEYER-LADEWIG, *AcP* 1962, 128; COING, *Rechtsphil.* S. 234; grundlegend auch ARNDT, *NJW* 1963, 1279. Als formal bezeichnet BOULANGER, *Rev. trim. civ.* 1961, 418 die bloß verfassungsrechtlichen Einwände. ESMEIN, *Bull. soc. ét. lég.* 1905, 542; GÉNY, *Méthode* Bd. II, S. 33 ff. und MORNET S. 40 lehnen Richterrecht wegen Unvereinbarkeit mit Gewaltenteilung ab;

etwa in Art. 5 Cc.fr., Art. 12 AB enthaltenen Verbote der *arrêts de règlement* Richterrecht nicht.<sup>70</sup> Hingegen ergibt sich das Problem der *Präjudizienwirkung*.<sup>71</sup>

Wenn Gewohnheitsrecht den Richter bindet, dann können richterliche Regeln, wie lange sie auch angewendet werden, nur dann Gewohnheitsrecht sein, wenn sie für ihn verbindlich sind. Am weitesten geht hier das schweizerische Recht,<sup>72</sup> das aber klar zwischen Gewohnheitsrecht und Richterrecht unterscheidet. Nach Art. 1 Abs. 2 ZGB ist der Richter bei Gesetzeslücken zunächst an Gewohnheitsrecht gebunden. Ist auch solches nicht vorhanden, dann hat er nach Abs. 3 die *bewährte Überlieferung* zu beachten: also nicht Überlieferung, Präjudizien schlechthin.<sup>73</sup> Soweit er Präjudizien zu beachten hat, spielen verfassungsrechtliche Erwägungen eine wesentliche Rolle: *Rechtssicherheit* und *Gleichbehandlungsgebot*.<sup>74</sup>

ebenso FERRARA, Scritti Bd. I, S. 14 ff.; AZZARITTI-MARTINEZ-AZZARITTI Bd. I, 33; offenbar auch CANARIS, Systemdenken S. 69.

<sup>70</sup> LAMBERT, Dr. civ. comp. Bd. I, S. 166; MORNET S. 40; BEUDANT-LEREBOURS-PIGEONNIERE Bd. I, S. 92 ff. Ebenso wenig kann durch Umkehrschluß etwa aus Art. 8, 5 disp. prel. etwas gegen Gerichtsgebräuche abgeleitet werden. Vgl. aber auch ESMEIN, Bull. soc. ét. lég. 1905, 543. Zur Tragweite des Art. 5 Cc. vgl. Cass. fr. v. 16. 6. 1955 = JCP 1956, II, 9628 m. w. N. in der note. Vor allem auch v. 1. 2. 1882 = D. P. 1882, I, 113: Rückgriff auf allgemeine Grundsätze berührt Art. 5 nicht. Zu der Bedeutung der Gerichtsgebräuche gegenüber § 12 ABGB vgl. auch HAEMMERLE, Grundriß S. 15 f.

<sup>71</sup> BEKAERT S. 283; MARTY-RAYNAUD Bd. I, S. 189, die an LAMBERT beziehungsweise kritisieren, diesen Punkt vernachlässigt zu haben; MEYER-LADEWIG, AcP 1962, 107. Zum historischen Hintergrund des Präjudizienproblems vgl. JORDAN, AcP 1825, 238 ff. Daß Gerichte in ihren Entscheidungsgründen die Rechtsdarlegungen von Vorentscheidungen zugrundelegen und dies z. B. von Cass. fr. v. 11. 7. 1963 = JCP 1963, IV, 118 ausdrücklich für statthaft erklärt wird, ist noch keine Rechtsnormfrage. Deshalb ist auch das Argument des psychologischen Einflusses von Präjudizien z. B. bei EHRlich, Soziologie S. 106 unergiebig. Ebenso sollte der Begriff der „faktischen Bindung“ z. B. ESSER, JZ 1953, 526 Fußn. 59 vermieden werden.

<sup>72</sup> In Österreich erschöpft sich das Thema dagegen in einer Diskussion über die Bedeutung der Eintragung von Entscheidungen in das oben Nr. 51 geschilderte Spruchrepertorium vgl. KAPFER Anm. zu § 12 ABGB (S. 18) und EHRENREICH-KASTNER-KRAUS, Anm. § 12 ABGB. Zu ähnlichen Vorschlägen in Deutschland vgl. BLOMEYER-GERLAND-ZELLER, DJZ 1931, 1348, die aber bisher keine Bedeutung erlangt haben. Für das frühere Recht GIERKE, Privatrecht Bd. I, S. 177 Fußn. 3.

<sup>73</sup> Die Qualität, nicht die Zahl der Urteile entscheidet, vgl. MEIER-HAYOZ, Richter S. 109 f.; andeutend auch EHRENZWEIG Bd. I, S. 62 f. Deshalb weicht auch, wie sich vor allem in kleineren Jurisdiktionsbereichen zeigt, ein Obergericht selbst ständiger Rechtsprechung der Untergerichte nur, wenn sie qualitativ begründet erscheint, vgl. WARLOMONT, Ann. dr. sc. pol. 1951, 78 f. Die Qualitätsprüfung wird, wie BVerfG v. 19. 12. 1962 = JZ 1963, 363 f. (364) zeigt, abgeschnitten, rechnet man Richterrecht zum Gewohnheitsrecht. Inkonsequent BÉGUELIN S. 17.

<sup>74</sup> DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 119, 126, 129; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar Bd. I, Nr. 466, 471, 496 ff. (besonders 501 ff.) zu Art. 1 ZGB; ders. ZSR NF 78, I, 98; Richter S. 258; östJZ 1954, 445, 447. Ausführlich GERMANN, Präjudizien S. 28 ff., der gestützt auf Gleichbehandlungsgebot und Rechtssicherheit vor allem auch die Frage der versteckten unzulässigen Rückwirkung aufwirft. Vgl. ders. ZSR NF 68,

Grundsätzlich ist keine andere westeuropäische Ordnung dieser Begründung der Präjudizwirkung gefolgt. Der spätere Richter kann von früherer Rechtsprechung abweichen.<sup>75</sup> Daran ändert auch eine Berufung<sup>76</sup> auf das für die Bildung objektiven Rechts ungeeignete Prinzip, „error communis facit ius“ nichts. Ein Blick auf die gegenwärtige Diskussion zur Präjudizienbindung zeigt freilich, daß über Richterrecht als objektives Recht, jedenfalls in Deutschland, das letzte Wort noch nicht gesprochen ist.<sup>77</sup> Soll aber dieses Thema nicht von vornherein vorbelastet werden, so muß man es aus dem Gewohnheitsrechtsproblem herauslösen. Nur dann kann seine Eigenart erkannt<sup>78</sup> und zugleich vermieden werden, daß

---

301 f., S. 328. Während er dort S. 431 zusätzlich noch auf *opinio necessitatis* hinwies und so eine Brücke zum Gewohnheitsrecht schlug, ist das in der erstgenannten Schrift nicht mehr der Fall. Unklar PACHE S. 151 ff., der jedoch Rechtsprechungsnachweise anführt. Andererseits vgl. aber auch GMÜR S. 97, 119, 127. Die verfassungsrechtliche Argumentation zeigt, daß die Präjudizierung in der Schweiz nichts mit einem dort angeblich vorherrschenden besonderen Rechtsquellenbegriff zu tun hat, wie LARENZ, Methodenlehre (2) S. 407 meint.

<sup>75</sup> Nur die Bindung des späteren Richters interessiert hier. Das Problem wird daher verfälscht, wenn man darunter auch die Vertragspflicht eines Anwalts subsumiert, bei der Prozeßvorbereitung die bisherige Rechtsprechung zu beachten, so MEYER-LADEWIG, AcP 1962, 113 ff. Auch die Bindung anderer Staatsbehörden an höchstrichterliche Rechtsprechung gehört nicht, wie MEYER-LADEWIG annimmt, zum Präjudizienthema. Insbesondere gilt das für die Bindung des Staatsanwalts, die sich aus strafprozessualen Eigentümlichkeiten (Klageerzwingungsverfahren) ergeben kann. Zu diesen Spezialfragen vgl. SCHMIDT, MDR 1961, 269.

<sup>76</sup> Vgl. LÜDERITZ, Auslegung S. 62 und BOULANGER, Trav. Capitant Bd. V, S. 68 ff. Näheres zum *error communis* Nr. 193.

<sup>77</sup> Da eine Untersuchung dieser Frage außerhalb des Themas liegt, kann nur auf die einschlägige Literatur verwiesen werden. Grundsätzlich kritisch z. B. BÜLOW S. 10, 42; ESSER, Grundsatz S. 280 ff.; ARNDT, NJW 1963, 1283; KISS, JherJb. 1911, 466 f.; LARENZ, Methodenlehre (2) S. 411 ff.; DIESSELHORST S. 243 (unter Hinweis auf § 136 GVG); SALEILLES, Einführung S. 83 f.; WALTER, östJZ 1963, 231; MORNET S. 43; VAN DER EYCKEN S. 158 f.; FERRARA, Trattato Bd. I, S. 138 f.; DE RUGGIERO, Istituzioni Bd. I, S. 83; BARBERO, Sistema Bd. I, S. 83; DE PAGE Bd. I, S. 285; CHRETIEN S. 133; BRETHER DE LA GRESSAYE-LABORDE-LACOSTE S. 264 f.; LAURENT, Avant-Projet Bd. I, Nr. 5 zu Art. 28; SUIJLING, Bd. I, S. 27; GSCHNITZER, OGH-Festschr. S. 42 umgeht die Frage. Unklar ders. AT S. 21. Zu den Ausführungen von MEYER-LADEWIG, AcP 1962, 107 ff. vgl. Fußn. 75. Begründungslos für die Bindungswirkung LANGE S. 44; GIERKE, Privatrecht Bd. I, S. 177, 179 und MEZGER, Heck-Festschr. S. 40, soweit es sich um ständige Judikatur handelt. Zwischen diesen Extremen äußern sich für beschränkte Bindung teils wegen des Vertrauensprinzips, teils aus verfassungsrechtlichen Gründen KNITTEL S. 50 ff.; SANDROCK, JZ 1966, 454, die einen schon von ADICKES S. 54 geäußerten Gedanken aufgreifen, sowie REHFELDT, Einführung S. 143; ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 267 (vgl. aber auch S. 262, 268); EHRENZWEIG Bd. I, S. 62; RÜMELIN, Gewohnheitsrecht S. 11, 47 (16, 46). Letzterer vermengt damit aber S. 63 auch das Gewohnheitsrechtsproblem. Naturrechtliche Argumente für die Bindung macht LESS S. 64 ff. (67) geltend, während REINICKE, MDR 1956, 325 auf die „Interessenlage“ abstellt und NUSSBAUM, ArchbürgR 1916, 152 den allerdings nur rechtspolitischen Gedanken der Rechteinheit anführt.

<sup>78</sup> Es wird regelmäßig übersehen, daß sich die Unterscheidung schon bei PUCHTA, JbwissKrit. 1844, 18 f. anbahnte.

der Begriff des Gewohnheitsrechts mit Sachverhalten belastet wird, die nur willkürliche Namenswahl verbindet.<sup>79</sup> Auch das Richterrecht ist deshalb nicht mit der Rechtsbildung durch qualifizierte Verkehrssitten zu verbinden.

## § 2. Gewohnheitsrecht als qualifizierte Verkehrssitte

185. Die Elemente, die tatsächliche Übungen der Rechtsgenossen, Verkehrssitten, als gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen qualifizieren sollen, sind lange Zeit in zwei Gruppen unterteilt worden. Die erste richtete sich auf äußere, die zweite auf innere Kriterien des Entstehungsvorganges. In zunehmendem Maße hat sich jedoch inzwischen die Diskussion auf letztere konzentriert. Vor allem ist erkannt worden, daß weder die zeitliche noch die räumliche Verbreitung eines Brauches seine Eigenschaft als Rechtsnorm begründet.

Auch der gemeinrechtliche Gedanke der Verjährung hält sich nur noch im kanonischen Recht. Ausschußfristen für subjektive Rechte sind nicht geeignet, objektives Recht zu begründen. Schließlich ist heute auch unbestritten, daß amtliche Sammlungen nur Beweiszwecken dienen. Eine unter ständestaatlichen Einflüssen in den dreißiger Jahren in Italien aufgekommene Meinung, die den Sammlungen der *consigli provinciali dell'economia* konstitutiven Wert zuerkannte, ist gegenstandslos geworden. Damit ist es möglich, die weiteren Erörterungen auf die innere Qualifikation zu beschränken. Diese wird teilweise im materiellen Wert des Brauches, teilweise in einem psychologischen oder kollektivpsychologischen Faktor gesucht.

### I. Ideelle Merkmale

186. Canon 27 Codex iuris canonici lautet in der heute gültigen Fassung:

*Iuri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest aliquatenus derogare; sed neque iuri ecclesiastico praeiudicium affert, nisi fuerit rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos praescripta; contra legem vero ecclesiasticam quae clausulam contineat futuras consuetudines prohibentem, sola praescribere potest rationabilis consuetudo centenaria aut immemorabilis.*

Damit gibt der Kodex eine Tendenz wieder, die darauf gerichtet ist, Gewohnheiten in das *Wertsystem des christlichen Naturrechts* einzubeziehen. Die Rechtsnormqualität einer Gewohnheit ist unmittelbar an eine vorgegebene objektive Ordnung geknüpft.<sup>80</sup> Diese kirchenrechtliche Lehre reicht in das Hochmittelalter zurück. Beiläufig erscheint sie sogar schon zur Zeit Kaiser Konstantins.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Vgl. JANNEAU S. 236 ff.; MORNET, S. 31, 37; AUBRY-RAU Bd. I, S. 60 Fußn. 22; REICHEL, Richterspruch S. 100 f.; GERMANN, Rechtsfindung S. 271 f.; MEIER-HAYOZ, östJZ 1954, 441 f.; PFENNINGER S. 51; COING, Rechtsphil. S. 235; SAUER, RG-Festschr. Bd. I, S. 127.

<sup>80</sup> BROWN, Rapports S. 138 ff.

<sup>81</sup> Näheres bei GAUDEMET, Rapports S. 29 f.; beiläufig NÖRR ZRGR 84, 461.

Die weltanschauliche Geschlossenheit der westeuropäischen Gesellschaft erklärt die Übernahme des *Vernünftigkeitssprinzips* in das weltliche Recht. Hier spielte es auch in einem säkularisierten Naturrecht<sup>82</sup> eine wesentliche Rolle und gelangte schließlich in die moderne Rechtslehre.<sup>83</sup> Dabei erfuhr der Begriff der Vernünftigkeit gewisse Abwandlungen und wurde teils durch die *Natur der Sache*,<sup>84</sup> bzw. die *Wesentlichkeit*, die *Gerechtigkeit* oder die *Nützlichkeit*,<sup>85</sup> ersetzt.

187. Wegen der weltanschaulichen Offenheit der modernen westeuropäischen Rechtsordnungen kann darauf verzichtet werden, den naturrechtlichen Gedanken einer objektiven Vernünftigkeit im einzelnen zu verfolgen. Mit dem *Verlust einer einheitlichen Wertordnung* mußte die Verankerung des Gewohnheitsrechts im Vernünftigkeitssprinzip ins Wanken geraten. Es handelte sich dabei um einen Prozeß, von dem sogar die kirchenrechtliche Entwicklung nicht verschont blieb. So weist PINTOR<sup>86</sup> nach, daß die Vernünftigkeit immer stärker subjektive Züge erhielt und schließlich im Erfordernis der Zustimmung des Papstes und der Bischöfe aufging, soweit ihr jeweiliger Jurisdiktionsbereich betroffen war. Da die kirchliche Gesetzgebung in den Händen dieser Jurisdiktionsträger lag, war es nur natürlich, alle Gewohnheiten, die nicht den jeweiligen kirchlichen Vorstellungen entsprachen, für unvernünftig und damit bedeutungslos zu erklären: „La théorie de l'irrationabilité permet d'écarter sous prétexte de contrariété avec la loi naturelle ou divine, avec la raison, nombre d'usages contraire à l'esprit de la législa-

<sup>82</sup> Noch 1928 spricht ISHIZAKI, *Vente* Bd. II, S. 330 f. von einem „droit naturel“, das sich aus den conditions de vie de commerce ergebe; ebenso COSTE-FLORET S. 96; KAMPHUISEN S. 73 ff.; für Sonderrechtsbeziehungen RÜMELIN, *Gewohnheitsrecht* S. 63. Die naturrechtliche Begründung kehrt neuerdings für den Bereich des Völkerrechts in extremer Form wieder in den Referaten von HOOG und STEINICKE, bei KRÜGER, *Seminar* S. 44 ff., 250 ff.

<sup>83</sup> Allgemein s. dazu BALOSSINI, *Consuetudini* S. 401 f. Im einzelnen vgl. ROMANO, *Autonomia* S. 106 f. und DERNBURG, *BGB* Bd. I, S. 77 (beide mit subjektiven Elementen); RICCA-BARBERIS S. 38; GÉNY, *Méthode* Bd. I, 371 f.; LEBRUN, *Coutume* S. 251; DAVID-GRASSMANN S. 132. In der Rechtsprechung vgl. *Cass. Roma* v. 2. 4. 1891 = *Foro it.* 1891, I, 530; *App. Firenze* v. 20. 3. 1912 = *Riv. dir. comm.* 1912, II, 593 ff.; *Cass. Firenze* v. 16. 1. 1913 = *Foro it.* 1913, I, 434.

<sup>84</sup> VIVANTE, *Trattato* Bd. I, S. 68; *Trib. Firenze* v. 16. 4. 1959 = *Foro it.* 1959, I, 1582 ff. (1597); LEFEBVRE S. 44 ff.; VALETTE S. 224, bei denen der Begriff durchwegs Anklänge an ein modernisiertes und relativiertes Naturrecht aufweist. Seine Vielschichtigkeit, auf die etwa STRATENWERTH S. 2 f. hinweist, bleibt unbeachtet.

<sup>85</sup> So vor allem eine in den romanischen Ordnungen verbreitete sozial-ethische Lehre, vgl. LONIEWSKI S. 174 (*utilité sociale*); *Trib. Paix d'Arras* v. 9. 2. 1928 = *GP* 1928, I, 665 (*rationalité*); GÉNY, *Méthode* Bd. I, S. 371 ff. (*rationabilité*); unklar ISHIZAKI, *Vente* Bd. II, S. 330 f.; BEKAERT S. 285 (*Gruppenbedürfnisse*); DELORS, *Arch. phil. dr.* 1933, 84 ff. (*gemeines Wohl*); ebenso LEBRUN, *Coutume* S. 219, 221 ff.; RÉGLADE S. 72 (*necessité, solidarité sociale*); HERAUD S. 177 f. (*vérité sociologique*); BOBBIO, *Consuetudine* S. 76 ff.; BOLAFFIO, *Ccomm.* Bd. I, Nr. 9 zu Art. 122, S. 54 Fußn. 1 (der Brauch muß der „conciliatione degli interessi antagonistici“ dienen); EISEMANN, *Akkreditiv* S. 13; RAISER, *AGB* S. 69.

<sup>86</sup> *Mélanges Lambert* Bd. I, S. 375 f.

tion canonique ou même de la législation romaine.“<sup>87</sup> Das Naturrecht, ursprünglich als positive Geltungsgrundlage des Gewohnheitsrechts gedacht, besaß also nur noch eine subjektiv gefärbte negative Funktion.

Die *Relativierung der Wertmaßstäbe* mußte sich im weltlichen Bereich noch schwerwiegender auswirken. Eine autorisierte Instanz, welche die Vernunftmäßigkeit als Geltungsgrundlage des Gewohnheitsrechts generell festlegen könnte, existiert nicht. Es ist deshalb der Richter, der das erforderliche Werturteil von Fall zu Fall treffen müßte und diesem steht ein absoluter Maßstab nicht zur Verfügung.<sup>88</sup> Zwar hat WINDSCHEID<sup>89</sup> versucht, ihn in einer Art *ordre public* zu finden. Aber entsprechend der kirchenrechtlichen Entwicklung geht es dabei nicht mehr darum, dem Gewohnheitsrecht einen Geltungsgrund zu geben, sondern nur noch darum, unerwünschte Gewohnheiten auszuschließen. Daß die Vernünftigkeit als positive Grundlage von Gewohnheitsrecht ungeeignet ist, zeigen zwei Entscheidungen aus Frankreich. Das Tribunal de Paix Arras v. 9. 2. 1928<sup>90</sup> erklärte einen Brauch, landwirtschaftliche Zäune 50 cm hinter die Grundstücksgrenze zu setzen, aus Nützlichkeitsabwägungen zur *coutume raisonable*, während die Cour de Cassation v. 12. 2. 1861<sup>91</sup> einen entsprechenden Brauch als eine bloße *tolerance de voisinage* betrachtete.

Am Fehlen absoluter Maßstäbe ist vor allem BOBBIOS Lehre vom Gewohnheitsrecht gescheitert. In seiner Schrift „*La Consuetudine come fatto normativo*“ hatte er die *essenzialità* der Gewohnheit zum Kriterium ihrer Qualität als Rechtsnorm erhoben.<sup>92</sup> Zwanzig Jahre später widerrief er seine Auffassung: Der Wesentlichkeitsgehalt setzt jeweils ein subjektives Urteil des Betrachters voraus.<sup>93</sup> BOBBIO folgte damit einer Lehrmeinung, die sich bald nach Erscheinen seiner Erstschrift verbreitet hatte und der das Tribunale Militare Territoriale Roma vom 20. 7. 1948<sup>94</sup> so Ausdruck gab: „non il rapporto in se stesso, come qualcosa di

<sup>87</sup> LAMBERT, *Dr. civ. comp.* Bd. I, S. 113; für das weltliche Recht vgl. Ripert, *Forces créatrices* S. 25 ff.; PINTOR, *Mélanges Lambert* Bd. I, S. 375 f.

<sup>88</sup> Vgl. GUGGENHEIM, *Mélanges Scelle* Bd. I, S. 279 f.; VIVANTE, *Trattato* Bd. I, S. 49, 51 ff.; BOBBIO, *Consuetudine* S. 20; ablehnend deshalb AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI Bd. I, S. 77; ebenso FERRARA, *Trattato* Bd. I, S. 139; BROCHER DE LA FLÉCHÈRE, *Rev. dr. int. lég. comp.* 1877, 579; SCHOLTEN-ASSER, *A. D.* Bd. I, S. 149; MORI-CHECCUCCI S. 96; CROME, *BGB* Bd. I, S. 88; ders. *JherJb.* 1898, 357; KANTOROWICZ, *ArchRWPhil.* 1909, 59 f.; GEISLER S. 23. Der Hinweis auf die Anschauungen „vernünftiger“ Leute, Art. 9 *intKaufG*-Entwurf, oder die der positiven Rechtsordnung zugrundeliegende sittliche Wertung, so GOERTZ S. 22, sollte darüber nicht hinwegtäuschen, denn sie sind jeweils von den Anschauungen der Glieder der Rechtsgemeinschaft abhängig.

<sup>89</sup> WINDSCHEID *Bd. I*, S. 87 f.

<sup>90</sup> GP 1928, I, 665.

<sup>91</sup> DP 1861, I, 120.

<sup>92</sup> *Consuetudine* S. 76 ff.

<sup>93</sup> *Encicl. dir.* Bd. IX *Consuetudine* (parte gen.) Ziff. a. § 8.

<sup>94</sup> *Foro it.* 1949, II, 163; vgl. auch FRANCESCHELLI, *Noviss. dig. it.* Bd. IV, *Consuetudine* (dir. mod.) Z. 6 und BALOSSINI, *Accertamento* S. 26; GIANNINI, *Riv. int. fil. dir.* 1947, 92 ff.; HIRSCH, *JZ* 1962, 329.

independente, può aiutare a stabilire se la consuetudine che la disciplina sia essenziale ma la particolare essenza che essa ha assunto nella credenza dei consociati“.

Die Erkenntnis, daß eine offene Gesellschaft keine festen Wertmaßstäbe als Grundlage von Gewohnheitsrecht voraussetzen kann, tritt offen hervor, wenn Vernünftigkeit, Gerechtigkeit oder Wesentlichkeit durch die heute gern verwendeten Begriffe der Natur der Sache, Sozialerheblichkeit oder Sozialnützlichkeit ersetzt werden. Sobald der Begriff der Natur der Sache nicht mehr von einem bestimmten materiellen Wertsystem aus definiert wird, hängt seine Ausfüllung vom Standort des einzelnen bzw. der beherrschenden Mehrheit ab.<sup>95</sup> Die Natur der Sache als Maßstab des Vernünftigen bedeutet nur noch die *Vorstellung der wirtschaftlichen und sozialen Funktion* der Tatsachen im Bewußtsein der Gesellschaftsglieder.<sup>96</sup> Der Versuch, die Rechtsnormqualität von Gewohnheiten aus Wertmaßstäben abzuleiten, führt damit entweder dazu, daß die Beständigkeit der Übung selbst als Beweis ihrer Vernünftigkeit gilt<sup>97</sup> oder es wird ein psychisches bzw. *kollektivpsychisches Element* eingeführt.<sup>98</sup>

## *II. opinio iuris seu necessitatis*

188. Kaum ein Begriff ist so sehr angefochten und zugleich verteidigt worden, wie die *opinio iuris seu necessitatis* als psychischer Existenz- und Verbindlichkeitsgrund des Gewohnheitsrechts. So umstritten sie ist, so vieldeutig ist ihre historische Entwicklung und Natur. Als *tacitus consensus omnium* ist die *opinio*

<sup>95</sup> So etwa bei MOSSA, *Trattato* Bd. I, S. 124, 121 und BEKAERT S. 285. Trotz der zum Teil künstlichen Deduktionen gelangen auch die oben zitierten Beiträge von HOOG und STEINICKE zu keinem anderen Ergebnis, vgl. KRÜGER, *Seminar* S. 77 (das von einem Staat als richtig erkannte Recht wird erst Gewohnheitsrecht, wenn sich die Mehrheit anschließt. Sonst bleibt es trotz Richtigkeit Unrecht) und S. 266 (naturrechtliche und kollektivpsychologische Begründung werden gleichgesetzt). Zum heutigen, hier nicht weiter im einzelnen zu verfolgenden Stand der Lehre von der Natur der Sache vgl. noch DIESELHORST S. 3 ff., 206 ff.

<sup>96</sup> ASQUINI, *Scritti* Bd. I, S. 13 ff.; MORRA, *Noviss. dig. it.* Bd. XI, *natura delle cose* S. 44 (Billigkeitsvorstellungen); FERRARA, *Trattato* Bd. I, S. 152 (allgemeine Wertvorstellungen); auch KAMPHUISEN S. 77 kann sich dem nicht völlig entziehen. Offen bleibt die Bestimmung der *nature de chose* bei VALETTE S. 160, 224; kritisch MEYER-LADEWIG, *AcP* 1962, 101 und BOBBIO, *ArchRSPhil* 1958, 312. Zur Relativität der Natur der Sache vgl. auch STRATENWERTH S. 29; ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 218 f. und RADBRUCH, *Laun-Festschr.* S. 157 ff., der S. 162 weiter hervorhebt, daß der Begriff nicht geeignet ist, die Rechtsgeltung eines Satzes zu begründen. Allenfalls kommt er als methodische Stütze der Rechtsfortbildung in Betracht. Damit handelt es sich nicht mehr um eine Frage der Qualifizierung des Gewohnheitsrechts, mag man die Natur der Sache auch wegen der methodischen Funktion mit DIESELHORST S. 244 als Rechtsquelle bezeichnen.

<sup>97</sup> Vgl. dazu ZWEIGERT, *DRZ* 1948, 114 f.

<sup>98</sup> GUGGENHEIM, *Mélanges Scelle* Bd. I, S. 279 f.; vgl. auch die Ausführungen von BÉGUELIN.

iuris nach verbreiteter Auffassung<sup>99</sup> aus dem römischen in das moderne Recht durch Vermittlung der Pandektistik eingeführt worden. Die heutigen Gesetze verwenden sie freilich nicht.<sup>100</sup> Indessen ist es nicht so eindeutig, daß die Wurzeln der opinio iuris in das römische Recht zurückreichen. Neuere Forschungen beweisen, daß opinio iuris oder tacitus consensus erst in der nachklassischen Doktrin genannt werden.<sup>101</sup> Jedoch handelte es sich dort nicht so sehr um die Ausbildung einer Theorie des Gewohnheitsrechts,<sup>102</sup> sondern um einen politischen Angriff gegen die zentrale Staatsgewalt und das Überhandnehmen kaiserlicher Edikte.<sup>103</sup> Rechtliche Bedeutung hat der consensus omnium, der dem Normwert gesetzten wie ungesetzten Rechts zugrunde liegen soll, nicht gehabt. Es handelte sich um eine Erfindung der Philosophen und Rhetoriker.<sup>104</sup>

Bei dieser Lage blieb es nach dem Zerfall des römischen Reiches.<sup>105</sup> Zunächst konnte sich mangels Ausbildung allgemeiner Regeln auch das Problem des tacitus consensus oder der opinio iuris als Grundlage objektiven Rechts nicht stellen. Vom 12. bis 14. Jahrhundert sind dann wieder einige Stimmen vorhanden, aber sie greifen im Wesentlichen auf die römischen Stellen zurück, ohne gedanklich Neues beizusteuern.<sup>106</sup> Vom römischen Recht her bleibt deshalb hinsichtlich der „Wiederentdeckung“ der opinio iuris nur eine Folgerung. Es handelte sich um ein Produkt der Rechts- und Staatsromantik des 19. Jahrhunderts, wie es PUCHTA, unbemerkt von seinen Nachfolgern, selbst gestanden hat: „Wir würden vergeblich bemüht sein, uns die römischen Ansichten näher zu bringen, wenn wir sie nicht mit unseren, mit den modernen Vorstellungen verglichen.“<sup>107</sup>

Unabhängig vom römischen Recht wird das Problem der opinio iuris mit dem Beginn der Aufstellung allgemeiner Regeln bedeutsam, die sich an die Jahr-

<sup>99</sup> WINDSCHEID Bd. I, S. 77.

<sup>100</sup> Anders MORI-CHECCUCCI S. 100 zu Art. 11 Cc. it. Dagegen aber überzeugend BALOSSINI, Consuetudini S. 426 f.

<sup>101</sup> KASER, 2. Abschn. S. 36; GAUDEMET, Rapports franç. S. 55; SENN, Mélanges Lambert Bd. I, S. 220 ff. Andere Stellen verzichten auf opinio iuris vollständig und lassen eine rebus ipsis et factis entstandene Gewohnheit genügen, vgl. DANZ, JherJb 1898, 392 ff.; EHRlich, Gewohnheitsrecht S. 31 ff.

<sup>102</sup> SENN, aaO; EHRlich, Gewohnheitsrecht S. 33; NÖRR, Felgentraeger-Festschr. S. 357 und ZRGR 84, 458.

<sup>103</sup> GAUDEMET, Rapports franç. S. 56 f.; SENN aaO; SCHMIEDEL S. 65 f. mit Hinweis auf LEVY; positive Bedeutung hatten Gebräuche nach den Untersuchungen von GUARINO, Dir. giur. 1956, 423 ff. nachweisbar vor allem in bonae fidei iudicibus, so daß von Gewohnheitsrecht i. S. der heutigen Lehre kaum gesprochen werden kann. Stattdessen spielt die Gewohnheit eine allgemeine methodische Rolle als Topos in der juristischen Argumentation. Ein Normgeltungsproblem stellt sich nicht, vgl. NÖRR, Felgentraeger-Festschr. S. 359, 361. S. aber auch MAYER-MALY, Gnomon 1969, 383 ff.

<sup>104</sup> GAUDEMET, Rapports S. 29; SCHMIEDEL S. 60 ff. (62 f., 64), 76.

<sup>105</sup> GLISSEN, Rapports S. 76 ff.

<sup>106</sup> Stattdessen weist LAMBERT, Dr. civ. comp. Bd. I, S. 125 f. nach, daß man sich zahlreichen Sekundärfragen zuwandte: Genügt einfache oder nur qualifizierte Mehrheit des Volkes? Sind auch die Frauen mitzuzurechnen oder Jugendliche?

<sup>107</sup> Gewohnheitsrecht Bd. I, S. 77.

hunderte reiner Fallentscheidungen und individueller Rechtsverhältnisse anschließt.<sup>108</sup> Zeitlich ist der Anfang des Entwicklungsprozesses, je nach den örtlichen Verhältnissen, im 13. und 14. Jahrhundert zu suchen. Einerseits nahm in dieser Zeit die Kenntnis des römischen Rechts wesentlich zu und wurde das Verständnis der Juristen für allgemeingültige Normen geweckt. Andererseits galt bekanntlich allenthalben der Grundsatz, daß Ortsrecht den Vorrang habe. Die Entwicklung allgemeiner Normen spielte sich folglich auf lokaler Ebene in besonderem Ausmaß ab. Soweit es sich dabei um autonome Rechtssetzung handelt, ist das Erforderliche bereits gesagt worden. Nun waren aber nicht alle Lebensvorgänge in autonomen Satzungen, Statuten usw. geregelt, sondern es wurde auch auf Gebräuche zurückgegriffen. Da die Gerichte von diesen Gebräuchen häufig keine Kenntnis besaßen, mußten sie sich nach anderen Erkenntnismitteln umsehen. Hierzu wurde das Beweisverfahren der *enquête par turbe*<sup>109</sup> verwendet, ein Verfahren, dem im deutschen Rechtsraum etwa der *Inquisitionsbeweis* entsprach.<sup>110</sup> Dabei wurden ausgewählte Personen, regelmäßig alteingesessene Honoratioren oder Experten, vom Gericht geladen. Diesen legte das Gericht seine Frage über das strittige Gewohnheitsrecht vor. Antworteten sie bejahend und einstimmig, so wurde die Regel als Rechtsens angewendet. Hier wird zum ersten Mal die Theorie der *opinio communis* konkretisiert, nur eben mit dem Unterschied, daß die amorphe Masse des Volkes durch einige ausgewählte Repräsentanten ersetzt wird<sup>111</sup> und unter den weitgesteckten Begriff der Gewohnheit auch Verkehrssitten und Handelsbräuche fallen.<sup>112</sup>

Daneben vollzieht sich eine ganz andere Entwicklung im Gefolge des aufkommenden Absolutismus und der Stärkung zentraler Staatsgewalten. Obwohl sie zunächst mit der *opinio iuris* nichts zu tun zu haben scheint, soll sie später noch höchst bedeutsam werden. Vor allem im kirchlichen Bereich wurde es als

<sup>108</sup> Es ist kennzeichnend, wie PUCHTA, *Gewohnheitsrecht* Bd. I, S. 125 ff. diesen Zustand übergeht und selbst hier noch „ohne Zweifel“ vorhandene Volksüberzeugungen unterstellt.

<sup>109</sup> GILISSEN, *Rapports belges* S. 10.

<sup>110</sup> Dieses Beweisverfahren war ursprünglich zwar nicht eigentlich für den Nachweis von Gebräuchen entwickelt worden, sondern diene allgemein dem Beweis von Tatsachen vor Königsgewalten. Nun waren aber auch Gewohnheiten Tatsachen, und so stellt es keine Besonderheit dar, wenn diese Beweisform mit zunehmender Verbreitung auch für Gewohnheitsrecht verwendet wurde. So wurde z. B. nach der Wormser Reformation von 1498 der Nachweis des Gewohnheitsrechts durch Befragung von fünf Ältesten geführt, also ähnlich der *enquête par turbe*, vgl. BRIE, *Dahn-Festschr.* Teil I, S. 162 Fußn. 2. Allgemein zum *Inquisitionsbeweis* BRUNNER-V. SCHWERIN Bd. II, S. 689 f. Im einzelnen wichen freilich die Verfahren zum Teil erheblich voneinander ab, vgl. BRIE aaO S. 159 ff. Für das 15. und 16. Jahrhundert berichtet HEUSLER, *Basler Festschr.* S. 3, 5, daß bei Unkenntnis des Richters vom anzuwendenden Recht der Prozeß einfach dem Rat der Stadt übergeben wurde, der ihn nach Gutdünken entschied.

<sup>111</sup> Zur daraus abgeleiteten Fiktion der Volksüberzeugung nimmt schon ADICKES S. 42 kritisch Stellung.

<sup>112</sup> Vgl. z. B. BESELER S. 121 f.

unerträglich empfunden, blinde Gewohnheit das Rechtsleben beherrschen zu lassen. So formulierten die Theoretiker des kanonischen Rechts durch die schon angedeutete Umwandlung ursprünglich naturrechtlicher Vorstellungen den Grundsatz: Gewohnheiten können nur dann Rechtsregeln darstellen, wenn der zuständige kirchliche Obere nach gewissenhafter Prüfung zugestimmt hat.<sup>113</sup>

Die dem Absolutismus nahestehenden Juristen des weltlichen Rechts übernahmen diesen Grundsatz bereitwillig,<sup>114</sup> denn er bot die Handhabe, unerwünschte Gewohnheiten auszuschalten. Gewohnheit ist nur Recht, sofern der Fürst seine Zustimmung gibt. Sie verdankt ihre normative Kraft dem *consensus principis*, der auch konkludent durch Duldung gegeben werden kann: *tacitus consensus principis*.

Als *verfassungspolitischer Grundsatz* konstruiert, mußte dieser Satz mit dem Zerfall des absolutistischen Prinzips eine Umwandlung erfahren. Schon bei DOMAT heißt es 1766<sup>115</sup>: „Les Coutumes tirent leur autorité du consentement universel du peuple qui les a reçues, lorsque c'est le peuple qui a l'autorité, comme dans les Républiques. Mais dans les Etats sujets à un Souverain, les Coutumes ne s'établissent . . . que de son autorité.“ Hier wird das Erfordernis der Zustimmung von der Person des Fürsten getrennt und dem Träger der Souveränität übertragen. Dieser kann ein Fürst, aber auch das Volk sein. In dem historischen Moment der Geburt der Volkssouveränität mußte so der *consensus tacitus principis* durch den *consensus tacitus communis aut populi* ersetzt werden. Nur ist dabei ein wichtiger Punkt übersehen worden. In der absoluten Monarchie war der Fürst nicht nur vom Prinzip her der Souverain. Er übte vielmehr seine Souveränität von Rechts wegen auch aus. In der jetzt eingeführten republikanischen Staatsform war das Volk der Souverain, aber es übte von Rechts wegen seine Souveränität, jedenfalls bei der Rechtssetzung, nicht aus, sondern nahm sie durch Repräsentanten wahr. Recht zu setzen bedeutete in dieser Staatsform nicht einfach Machtausübung, sondern konstitutionalisierte Machtausübung.<sup>116</sup> Hierdurch erst war es möglich, dem einzelnen gegen staatlich-gesellschaftliche Übermacht einen individuellen Freiheitsraum zu sichern.<sup>117</sup> Verfassungspolitisch hätte deshalb der *consensus principis* in einen *consensus legislatoris* verwandelt werden müssen.<sup>118</sup>

<sup>113</sup> BROWN, Rapports S. 138 f.; canon 25 cic.

<sup>114</sup> GILISSEN, Rapports S. 77 f., 86; LAMBERT, Dr. civ. comp. Bd. I, S. 123.

<sup>115</sup> Loix Civiles Bd. I, Livre Prélim. Titre I, Sect. I, Règle XI; VINNIUS, Commentarius zu den Institutionen Lib. I, Tit. II, 1, 9, 3 schreibt: Proinde in statu populari ius consuetudinis introducendae, quae instar legis sit, solus populus habere potest; in monarchico aut optimatum non item; sed in ea introducenda probabilis Principis aut superioris scientia et patientia requiretur.

<sup>116</sup> Verfehlt ist es daher, wenn DANZ die auf das Rechtsgefühl (vgl. Fußn. 129) des Volkes gestützten Gewohnheitsrechte damit begründet, daß in Deutschland ohne Zustimmung des Volkes kein Gesetz zustandekomme, vgl. JherJb. 1909, 26.

<sup>117</sup> Verkannt bei ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 206: „Weil die Gemeinschaft . . . höchste Macht über den Einzelnen hat, kann sie Recht erzeugen.“

<sup>118</sup> Diese historische Situation wird vor allem in der deutschen Literatur nicht berück-

189. Zusammenfassend ergibt sich bisher, daß schon in der Geschichte die *begriﬄiche Zwiespältigkeit der opinio iuris* angelegt ist. Als Rechtsüberzeugung und Rechtsgeltungswille enthält sie ein voluntatives und ein kognitives Element. Hinsichtlich ihrer Funktion erscheint sie teilweise als Bestandteil der Entstehung, teilweise als Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts. Als Bestandteil der Entstehung von Gewohnheitsrecht ist die *opinio iuris* als kollektivpsychologischer Vorgang zu verstehen. Als Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts drückt sich in ihr ein bestimmter verfassungsmäßiger Zustand oder ein verfassungspolitisches Postulat aus.

Die historische Mehrdeutigkeit der *opinio iuris* läßt noch heute ihre Verfechter und Gegner hart aufeinander stoßen. Um das Problem in ganzer Breite zu erfassen, werden die verfassungsrechtlichen Argumente zurückgestellt. Diese können sich zwar auf die Rechtserheblichkeit der *opinio iuris* als des positiven Geltungsgrundes von Gewohnheitsrecht auswirken. Bestehen und Inhalt einer rechtsschöpferischen *opinio iuris* berühren sie nicht. Deshalb soll zunächst erörtert werden, ob und in welcher Weise die *opinio iuris* als qualifizierendes Kennzeichen des Gewohnheitsrechts möglich ist.

190. Ohne sichtbare Äußerung bleibt ein Kollektivwille ebenso ungreifbar wie der Wille eines Einzelnen. Sollen Rechtsgeltungswille oder Rechtsüberzeugung des Volkes Gewohnheitsrecht begründen, so muß deshalb zunächst die Möglichkeit ihrer *Manifestation* festgestellt werden. Häufig wird dazu auf die Gewohnheiten selbst verwiesen.<sup>119</sup> Auch sollen die Gewohnheiten für die *opinio iuris* gleiche Bedeutung besitzen, wie die Publikation eines Gesetzes für den Willen des Gesetzgebers.<sup>120</sup> Beide Argumente sind jedoch teils aus rechtlichen, teils aus tatsächlichen Gründen unergiebig.

Nach den modernen Verfassungen ist zwar die Verkündung eines Gesetzes die Regel, aber sie ist keine natürliche Voraussetzung seiner Wirksamkeit. Das Verkündungsverfahren beruht vielmehr auf positivrechtlichen Vorschriften, die hinsichtlich des Gewohnheitsrechts fehlen.

Gilt die *Gewohnheit als Äußerungsform der opinio iuris*, so wird der gesellschaftliche Vorgang der Entstehung von Gewohnheitsrecht rhetorisch verfälscht. Sollen nämlich Gewohnheiten den Zugang zum Volkswillen öffnen, so ersetzen

---

sichtigt. Für das geltende Recht gelangen zu diesem Ergebnis VALETTE S. 98 f., 150 f.; DUPEYROUX, Arch. phil. dr. 1938, 7 ff.; HÉBRAUD, Rec. ac. lég. Toulouse 1949, 168; SUIJLING Bd. I, 23; LAURENT, Avant-Projet Nr. 5 zu Art. 28 S. 172; SCHOLTEN-ASSER, A. D. Bd. I, S. 133 f.; unklar BELLEFROID, Inleiding S. 55 f.; TOULLIER-DUVERGIER Bd. I, S. 120 stellen *consentement du peuple et du législateur* auf eine Stufe; bedenkliche Widersprüche enthält MERLIN, Rép. univ. Bd. XXXV, usages S. 298 ff.; vgl. auch die im Ganzen nicht klaren Ausführungen bei KLANG-WOLFF, Vorbem. § 10 ABGB.

<sup>119</sup> Vgl. schon PUCHTA, Gewohnheitsrecht Bd. II, S. 10, 11 (dieses Recht hat keine andere äußere Erscheinung als die Übung) und Bd. II, S. 189 ff. zum Beweisverfahren, das im Ergebnis durchwegs auf Zeugnisse über die Übung hinausläuft, dabei freilich in den prozessualen Einzelheiten heute überholt ist; WINDSCHEID Bd. I, S. 77, 90; GÉNY,

sie ihn. Das aber bedeutet zugleich, daß mit der Feststellung der Gewohnheit, also eines tatsächlichen Zustandes, das Bestehen der Norm bereits erwiesen ist.<sup>121</sup> *Verkehrssitte und Gewohnheitsrecht* werden im Entstehungsvorgang *gleichartig*.<sup>122</sup>

Für die Gewohnheit als Äußerungsform der *opinio iuris* wurde geltend gemacht, die Rechtsordnung verwende oft äußere Vorgänge, um von ihnen auf einen Willen zu schließen.<sup>123</sup> Diese an sich zutreffende Bemerkung trägt indes zur Klärung des Geltungsproblems von Gewohnheitsrecht ebenfalls nichts bei. Hier soll nicht nur aus äußeren Vorgängen ein korrespondierender innerer Zustand abgeleitet werden. Vielmehr soll aus dem inneren Zustand, dem Willen oder der Überzeugung des Volkes, eine besondere Qualität der Gewohnheit erschlossen werden. Wird daher die Gewohnheit als Nachweis für die *opinio iuris* verwendet, so dient sie zur Feststellung ihrer eigenen normativen Kraft. Es bleibt somit dabei, daß hier Normativität unmittelbar aus dem tatsächlichen Geschehen begründet wird, auch wenn man das durch die Formel verschleiert, daß die normative Kraft im Vorgang der Gewohnheit beschlossen ist.<sup>124</sup> Soll *opinio iuris* eine wirkliche Funktion bei der Qualifizierung von Gewohnheiten haben, so müßte sie sich aus Manifestationsformen außerhalb der Gewohnheit ergeben. Dies setzt aber voraus, daß zunächst ihre rechtlich notwendigen Eigenschaften bestimmt werden.

191. Die moderne Lehre vom Gewohnheitsrecht knüpft an der historischen Mehrdeutigkeit der *opinio iuris* an. Sie spricht von dem Rechtsgeltungswillen oder der Rechtsüberzeugung, häufig ohne sie zu unterscheiden.<sup>125</sup> Gewohnheitsrecht ist danach ein Recht, das geübt wird, weil man meint oder will, daß es gilt. Indessen wird übersehen, daß sich gerade beim Gewohnheitsrecht die Rollen des

Méthode Bd. I, S. 319; teilweise *Novelles* Bd. IV, 2, obligations Nr. 169, 171, 173; vgl. auch STAR BUSMAN W 10464; LEHMANN-HÜBNER S. 21 (in der Übung zutage tretender Geltungswille); CROME, BGB Bd. I, S. 90 (der Beweis der *opinio* kann geführt werden, „indem Übungsfälle dargetan werden.“); ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 208 (Z.b), 268; unklar, aber wegen der angeführten Beispiele instruktiv EHRENBERG, HGB Bd. I, S. 269 und 270; MOLLE S. 442 f.; CORRADO S. 63 f.; im Ergebnis auch PAVONE LA ROSA, Polizza di carico S. 160; GIORDANO, contratti S. 161; unklar AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI Bd. I, S. 71 f.; NAVARRINI Bd. I, S. 22; SALEILLES, Einführung S. 66.

<sup>120</sup> VANNI, Saggi S. 95; ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 266.

<sup>121</sup> Folgerichtig in der Praxis Cass. it. v. 16. 2. 1949 Nr. 254 = Giur. it. 1949, I, 1, 596 ff.; v. 22. 4. 1966 Nr. 1035 = Giust. civ. mass. 1966, 590; offenbar it. Cass. v. 17. 7. 1948 Nr. 1153 = Giur. compl. 1948, II, 3, 121 f.; App. Liège v. 1. 12. 1897 = P. B. 1898, II, 139.

<sup>122</sup> Vgl. STAR BUSMANN W 10464; PFENNINGER S. 38.

<sup>123</sup> MORI-CHECCUCCI S. 88; ZICCARDI, Costituzione S. 205 f.; SPERDUTI, Fonte S. 183; anscheinend auch RAISER, AGB S. 83.

<sup>124</sup> FORMIGGINI, Usi S. 15; VANNI, Saggi S. 113; zweifelnd im Sinne des Textes auch BENDER, JZ 1957, 596.

<sup>125</sup> Unklar GIORDANO, Studi Scialoja Bd. III, S. 286; DOSSETTO, Noviss. dig. it. Bd. III, clausola d'uso Nr. 3; FORMIGGINI, Usi S. 15 f.; ESCARRA, Ann. dr. comm. 1910,

Willens und der Meinung des Volkes gegenseitig ausschließen.<sup>126</sup> Mit dem *Willen zur Rechtsgeltung* bringen die Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft zum Ausdruck, daß eine Norm Geltung erlangen soll, die bisher diese Eigenschaft nicht besaß. Die *Rechtsüberzeugung* gibt dagegen eine in der Rechtsgemeinschaft bestehende Auffassung wieder, daß eine Norm vorhanden und ein bestimmtes Verhalten daher verbindlich ist. Der Rechtsgeltungswille geht der Norm voraus, die Überzeugung ihrer Existenz und Verbindlichkeit folgt der Norm nach,<sup>127</sup> oder beruht auf einem Irrtum. Nur dieser letztere Fall ist hier von Interesse, denn die Einstellung der Rechtsgenossen zu einer geltenden Norm ist gleichgültig<sup>128</sup> und berührt das Gewohnheitsrechtsproblem nicht. Im Folgenden sind also nur, und zwar voneinander getrennt, die irriige Rechtsüberzeugung und der Geltungswille zu erörtern.

192. In der Literatur zur *opinio iuris* als Rechtsüberzeugung lassen sich neben zahlreichen Sonderformen, die sich nicht durchsetzen konnten,<sup>129</sup> zwei Hauptrichtungen unterscheiden. Einerseits soll es sich um das Bewußtsein handeln, daß man sich entsprechend der Gewohnheit in einer bevorstehenden Situation zu verhalten habe<sup>130</sup>: „sentiment chez ceux qui partiquent l'usage, qu'ils agissent en vertu d'une règle non exprimée“.<sup>131</sup> Andererseits soll sich die Überzeugung darauf

115 ff.; unklar LE FUR, *Mélanges Gény* Bd. III, S. 363 ff.; LANGE S. 41; LARENZ, *Methodenlehre* (2) S. 339, 341; SCHLEGELBERGER *Rdz.* 2 zu § 346 HGB; ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 264, obwohl dort zunächst eine Differenzierung vorgenommen wird (willenskräftige Überzeugung!); STAUDINGER-BRÄNDL, *Einl. Rdz.* 43. Zur Situation im Völkerrecht vgl. STEINICKE in KRÜGER *Seminar* S. 254, 258.

<sup>126</sup> Eingehend dazu LEBRUN, *Coutume* S. 150 ff.; VALETTE S. 104 ff.; LAMBERT, *Dr. civ. comp.* Bd. I, S. 132 ff.; ZITELMANN, *AcP* 1883, 370.

<sup>127</sup> MESSINEO, *Manuale* Bd. I, S. 19.

<sup>128</sup> Funktionslos wird deshalb *opinio iuris* bei ASQUINI, *Riv. dir. comm.* 1944, I, 74, wonach der Brauch bereits Äußerung einer Rechtsnorm ist.

<sup>129</sup> Auf eine Einzelkritik soll deshalb verzichtet werden. Es handelt sich vor allem um folgende Auffassungen: Trib. mil. ter. Roma v. 20. 7. 1948 = *Foro it.* 1949, II, 160 ff. (Überzeugung von der Erlaubtheit des üblichen Verhaltens); ähnlich Trib. Genova v. 30. 4. 1953 = *Dir. maritt.* 1954, 116 ff.; ANGELONI, *Scritti* S. 884 (Glaube an den zwingenden Charakter von Gewohnheiten); ebenso AIOSA, *Corr. amm.* 1956, 838 ff.; Cass. it. v. 19. 4. 1933 = *Foro it.* 1933, I, 1422. SCHOLTEN-ASSER, *A. D.* Bd. I, S. 133 f. (*opinio iuris* begründet keine Rechtsnormen, aber ihr Fehlen verhindert ihre Entstehung); NUSSBAUM, *ArchbürgR* 1916, 158 f. (*opinio necessitatis* dient der Abgrenzung allgemeiner Verkehrssitten von individuellen Gewohnheiten); DANZ, *JherJb* 1898, 460 (das Gefühl, daß die Gewohnheit dem Rechtsgebiet angehört).

<sup>130</sup> v. TUHR Bd. I, S. 31; CROME, *BGB* Bd. I, S. 87; ENDEMANN, *BGB* Bd. I, S. 50, 53; TRABUCCHI S. 21; Cass. it. v. 7. 2. 1955 Nr. 341 = *Foro it.* 1955, I, 655; v. 23. 9. 1959 = *Temi* 1959, 217 f.; App. Milano v. 23. 5. 1946 = *Foro it. rep.* 1946 *consuetudine* Nr. 3; Cass. it. v. 5. 2. 1957 Nr. 440 = *Foro it.* 1958, I, 425 ff. (427); ANGELONI, *Scritti* S. 583 f.; VIVANTE, *Trattato* Bd. I, S. 51; VÖLLMAR Bd. II, S. 269; LEBRUN, *Rép. dr. civ. Bd. V usage* Nr. 3, 17, 19; BEUDANT-LEREBOURS-PIGEONNIÈRE Bd. I, S. 87; PACHE S. 75; MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar* Nr. 233 zu Art. 1 ZGB; GMÜR S. 84 (vgl. aber S. 90!); ungenau östOGH v. 6. 11. 1957 = *EVBl.* 1958, 56.

<sup>131</sup> GÉNY, *Méthode* Bd. I, S. 364.

richten, daß die Gewohnheit von den Rechtspflegeorganen auf strittige Sachverhalte angewendet wird,<sup>132</sup> bzw. die Anwendung geduldet werden muß. Damit sind beide Theorien wiederum einander entgegengesetzt. Die erste ist zukunftsgerichtet, die zweite zurückschauend.

Auf den *Glauben an die richterliche Anwendung einer Gewohnheit* läßt sich keine rechtsschöpfende Kraft der *opinio iuris* stützen. Die Gerichte beurteilen einen strittigen Sachverhalt nicht deshalb nach bestimmten Regeln, weil die Rechtsgenossen oder gar die Prozeßparteien meinen, diese seien als Rechtsnormen anzuwenden. Im Gegenteil werden sogar Normen zur Streitentscheidung herangezogen, mit deren Anwendung die Rechtsgenossen nicht rechnen. Der Glaube an die richterliche Anwendung einer Regel ist nebensächlich. Soweit er als *opinio iuris* bezeichnet wird, liegt eine Verwechslung von Normsetzung und Sanktion vor.<sup>133</sup> Die Verwechslung bewirkt, daß jede Gewohnheit bzw. die aus ihr abgeleitete Ist-Regel als Gewohnheitsrecht bezeichnet werden muß, sobald sie in den Bereich gerichtlicher Anwendung gerät. Da das auch bei Verkehrssitten der Fall ist, müßten sie ebenfalls als Gewohnheitsrecht bezeichnet werden, sobald die Rechtsgenossen von ihrer Anwendung überzeugt sind.

Als Gewohnheitsrecht begründende Überzeugung kommt daher nur der *Glaube* in Betracht, daß *man sich in künftigen Situationen entsprechend zu verhalten habe*. Aber auch wenn Tausende einer Gewohnheit folgen, übt ihre Überzeugung, sich rechtens zu verhalten, keine Rechtsmacht über diejenigen aus, die davon abweichen wollen.<sup>134</sup> Überzeugungen sind Vorstellungen. Sie können Tatsachen falsch einschätzen und irrig sein. Sie verändern aber dadurch nicht ihre Natur, erlangen also nicht die Kraft, objektives Recht zu schaffen.<sup>135</sup> Aus dem Bestreben, diesem Mangel abzuwehren, erklärt sich das merkwürdige Argument von MEYER-LADEWIG: Gewohnheitsrecht entsteht durch Übung und *opinio necessitatis*, doch ist diese Situation erst dann gegeben, wenn es sich um Institute mit starker Bindungswirkung handelt.<sup>136</sup> Hier wird übersehen, daß es nicht darum

<sup>132</sup> ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 265; unklar App. Trieste v. 31. 5. 1952 = Foro pad. 1952, I, 973 ff. (977); Anklänge bei GÉNY, *Méthode* Bd. I, S. 320, Bd. II, S. 52; LEFEBVRE S. 44 ff.; COSTE-FLORET S. 87; CAPITANT, *Introduction* S. 46; *Novelles* Bd. IV, 2 obligations Nr. 171 begnügen sich gar mit dem Glauben „en l'existence d'une sanction sociale“; DAVID S. 34; RÜMELIN, *Gewohnheitsrecht* S. 60.

<sup>133</sup> Vgl. ANGELONI, *Scritti* S. 883 f.

<sup>134</sup> Daran scheitert der Vergleich von BARBERO, *Sistema* Bd. I, S. 75 f. mit der Bildung der Rechtsüberzeugung in der Volksvertretung, denn diese besitzt die erforderliche Rechtsmacht kraft ihrer institutionellen Funktion. Sehr deutlich unterscheidet DUPEYROUX, *Arch. phil. dr.* 1938, 42 f.: Die Rechtsüberzeugung auch der Mehrheit der in einer Gemeinschaft lebenden Individuen zwingt sich Andersdenkenden nicht als Norm auf. Das wird nur anders, wenn die Mitwirkung des Volkes an der Normsetzung bereits verrechtlicht ist, wie das in der Schweiz der Fall ist. Im hier vertretenen Sinn auch PLANIOL, *Traité. él.* Bd. I, S. 4 f., Fußn. 1 und SUJLING Bd. I, S. 28.

<sup>135</sup> BOBBIO, *Consuetudine* S. 53 ff., der hier einen schon bei SAVIGNY, *System* Bd. I, S. 175 erscheinenden Gedanken aufgreift; ders. *Encicl. dir.* Bd. IX, *consuetudine* Ziff. a § 5; FERRARA, *Trattato* Bd. I, S. 125 ff.; CARNELUTTI, *Riv. dir. proc.* 1963, 514 ff.;

geht, die Rechtsüberzeugung aus der Bindungswirkung, sondern gerade umgekehrt die Bindungswirkung aus der Rechtsüberzeugung abzuleiten.

193. Trifft die Rechtsüberzeugung auf keine existierende Norm, so liegt ein *Rechtsirrtum* vor, der für sich betrachtet eine nicht schöpferische Fehleinschätzung ist.<sup>137</sup> Auch wenn sich solche Fehleinschätzungen hartnäckig halten, ergibt sich daraus noch keine rechtsverbindliche Norm.<sup>138</sup> Einen Versuch, dieses Problem zu überwinden, stellt ZITELMANNs *empirische Deduktion*<sup>139</sup> der *Rechtsgeltung* dar. Der Rechtsirrtum hindert danach Gewohnheitsrecht nicht, weil es sich nicht auf die Rechtsüberzeugung, sondern die Macht der dauernden Tatsachen gründet.<sup>140</sup> Die Rechtsüberzeugung ist nur die Einsicht, daß dieser Zustand andauern wird.<sup>141</sup> Aber mit dieser empirischen Deduktion wird nichts erklärt: weder, daß der tatsächliche Zustand andauert, noch, daß er künftig andauern soll. ZITELMANNs Gewohnheitsrecht ist nichts anderes als eine Apotheose der gesellschaftlichen Machtverhältnisse. Die Rechtsüberzeugung aber wird zur Resignation der Machtunterworfenen: Es ist doch nichts zu ändern und deshalb besser, sich mit der Macht zu solidarisieren.<sup>142</sup> Daß einem solchen „Gewohnheitsrecht“ nicht gefolgt werden kann, steht außer Frage. Häufig ist daher statt dessen auf die *Maxime „error communis facit ius“* verwiesen worden. Die Rechtsüberzeugung wird dabei freilich entwertet, denn die Begründung des Gewohnheitsrechts wird jetzt auf die *Maxime* der rechtsschöpferischen Kraft des Irrtums gestützt. Die fehlgeleitete Rechtsüberzeugung gibt nur noch den tatsächlichen soziologischen Anstoß, der die Wirkung des Rechtsbildungsprinzips auslöst.<sup>143</sup>

---

QUADRI, Dir. int. pubbl. S. 94; wie DE LONGHI, Riv. dir. comm. 1947, II, 356 zutreffend feststellt, kann man dem nicht dadurch ausweichen, daß man mit GIANNINI, Riv. fil. dir. 1947, 94 opinio iuris als bloßes Beweismittel betrachtet.

<sup>136</sup> AcP 1962, 111.

<sup>137</sup> Dagegen meint GÉNY, *Méthode* Bd. I, S. 367 ff. auch der staatliche Gesetzgeber könne sich schöpferisch irren. Indessen handelt es sich dabei um einen bloßen Inhaltsirrtum. Hier aber geht es um einen Geltungsirrtum. Ähnliche Fehleinschätzung bei PACHE S. 90 f. Unklar CROME, BGB Bd. I, S. 88: Es sei eine Rechtsüberzeugung erforderlich, doch dürfe die Befolgung der Übung auf keinem Irrtum beruhen. So bleibt aber das Problem bestehen und auch WINDSCHEID, Bd. I, S. 86, Fußn. 3 kommt darüber nicht hinweg, wenn er meint, irgendwann löse sich die Überzeugung von ihrem irrigen Grund.

<sup>138</sup> Daher ist auch BIERLING Bd. II, S. 301 unergiebig. Er erklärt zwar den Irrtum für unerheblich, leugnet aber die Normkraft solcher Gewohnheiten Dritten gegenüber, vgl. S. 305.

<sup>139</sup> AcP 1883, 453.

<sup>140</sup> AcP 1883, 464; ähnlich argumentiert merkwürdigerweise GIERKE, *Privatrecht* Bd. I, S. 168.

<sup>141</sup> AcP 1883, 459.

<sup>142</sup> Typisch AcP 1883, 458: „erzeugt sich allmählich der Gedanke, daß die Machtstellung dieser (gewalthabenden) Person eine Rechtsstellung sei.“ Vgl. auch REHFELDT, *Wurzeln* S. 62 (*consuetudo* = Weg des geringsten Widerstands).

<sup>143</sup> Daran ändert sich auch nichts, wenn man mit DE FINA, *Foro it.* 1951, IV, 81 ff. annimmt, der Irrtum betreffe nicht die Rechtsüberzeugung, sondern die Rechtssetzungsbefugnis.

Das Prinzip *error communis facit ius* kann Gewohnheitsrecht nur begründen, wenn es selbst als *Rechtsprinzip* gilt. Andernfalls erklärt es zwar Gewohnheiten, bleibt aber für ihre normative Geltung unergiebig.

Eine gesetzliche Verankerung hat das Prinzip nicht erhalten. Es bleibt deshalb zunächst die Annahme, daß es auf Gewohnheit beruht. Da es aber selbst Gewohnheitsrecht begründen soll, kann sein eigenes rechtliches Gelten nicht aus der Gewohnheit und Rechtsüberzeugung abgeleitet werden.

Im deutschen Recht wurde der Grundsatz, *error communis facit ius*, bisher nicht eingehender untersucht. Besonders hat man niemals die Frage gestellt, ob er überhaupt eine sachgemäße Lösung für das Gelten *allgemeiner Rechtsnormen* bietet. Sowohl das römische als auch das französische Recht haben ihn nur verwendet, um rechtsirrig, aber gutgläubig erworbene individuelle Rechte aufrechtzuerhalten.<sup>144</sup> In diesem Sinne äußert sich auch die einzige offizielle französische Stellungnahme des Conseil d'État vom an VIII.<sup>145</sup>

Besteht der juristische Sinn des Prinzips *error communis facit ius* in der *Erhaltung individueller Rechte*, so ist es vergangenheitsbezogen. In die Zukunft reicht es nur insoweit, als es die entstandenen Rechte auch künftig garantiert. Bei Begründung allgemeiner Rechtsnormen ergibt sich gerade das Spiegelbild. Rechtsnormen zeichnen sich dadurch aus, daß sie in der Regel für eine unbestimmte Zahl künftiger Fälle gelten.<sup>146</sup> Nur ausnahmsweise sollen sie in die Vergangenheit zurückreichen. In diesem Sinne können Rechtsnormen nicht auf

<sup>144</sup> LONIEWSKI S. 18 ff.; PFENNINGER S. 29 für das schw. Recht.

<sup>145</sup> Zitat nach LONIEWSKI S. 29: „De tout temps et dans toutes les législations, l'erreur commune et la bonne foi ont suffi pour couvrir . . . des irregularités que les parties n'avaient pu ni prévoir ni empêcher . . . Les actes susdits doivent jouir de l'authenticité“. Eine Parallele dazu zeigt sich im deutschen Recht beim Problem der postmortalen Eheschließung während des Krieges. Auf den Fall wird in Nr. 210 näher eingegangen. Weiter wird auf Fußn. 314 und das Beispiel verwiesen, das NÖRR, *Felgentraeger-Festschr.* S. 360 f. schon für das römische Recht anführt.

<sup>146</sup> Deshalb ist es verfehlt, wenn SCHOLTEN-ASSER, A. D. Bd. I, S. 153 hier die *prescription* anführt. Der *Cc.* unterscheidet bekanntlich *prescription extinctive* und *acquisitive*. Da die erstere, die der deutschrechtlichen Verjährung entspricht, nach den obigen Ausführungen ausscheidet, bleibt nur die Analogie zur *prescription acquisitive*, der deutschrechtlichen Ersitzung. Nun geht es SCHOLTEN vor allem um Gewohnheitsrecht *contra legem* und gerade hier ist der Hinweis auf die *prescription acquisitive* verfehlt. Erstens betrifft erwerbende Verjährung nach Art. 2000 BW nur einen Rechtserwerb. Gewohnheitsrecht *contra legem* zielt aber auf Befreiung von einer gesetzlich angeordneten Pflicht, entspricht also eher der *prescription extinctive*. Zweitens ist *prescription acquisitive* an individuelle Gutgläubigkeit gebunden. Auf Gewohnheitsrecht *contra legem* könnte sich daher nur der Gutgläubige berufen. Dies setzt aber Einzelprüfung voraus und rechtfertigt keine generelle Beseitigung der Gesetzesregel. Vgl. ähnliche Einwände schon bei MERLIN, *Rép. univ.* Bd. XXXV usage S. 293. Die gleichen Bedenken gelten gegenüber GERMANN, *Rechtsfindung* S. 137, Fußn. 8, wonach die „seit Menschengedenken ununterbrochene Ausübung eines Wegerechts“ ein Gewohnheitsrecht darstellt. Auch hier handelt es sich nur um individuellen Rechtserwerb.

das Prinzip des *error communis* gestützt werden.<sup>147</sup> Sobald der Irrtum über das Bestehen einer Norm erkannt ist, besteht kein Anlaß, diese aufrechtzuerhalten.<sup>148</sup>

194. Als Rechtsüberzeugung begründet die *opinio iuris* kein Gewohnheitsrecht.<sup>149</sup> Vielmehr setzt dieses einen *normschaffenden Willen* voraus, wobei ein Irrtum als bloßer Motivationsmangel nicht hinderlich wäre.<sup>150</sup> Ist aber ein solcher Wille vorhanden und tätig, dann ist nicht zu verstehen, weshalb seine norm-schaffende Kraft an vorhandene Gewohnheiten gebunden sein soll. Wenn die Gemeinschaft eine Norm will, so kommt sie mit der Willensäußerung zustande. *Gewohnheiten*, die hinzutreten, sind als solche *überflüssig*,<sup>151</sup> bzw. bereits Anwendungsergebnis der gesetzten Norm.<sup>152</sup> Das ist bereits von SAVIGNY und PUCHTA erkannt worden, wenn sie auch zwischen dem Geltungswillen und der Rechtsüberzeugung nicht unterschieden.<sup>153</sup>

Wird Gewohnheitsrecht auf den Geltungswillen zurückgeführt, so ergeben sich zwei Fragen. Die erste Frage lautet, woraus der Volkswille in einem Staatswesen mit geordneter Rechtssetzungsbefugnis seine rechtssetzende Kraft ableitet. Die zweite betrifft die Möglichkeit des rechtssetzenden Volkswillens selbst. Nur die letzte Frage ist nach den obigen Vorbehalten hier zunächst zu verfolgen.<sup>153a</sup>

Gegen einen rechtsschöpferischen Volkswillen ist eingewendet worden, daß es psychologisch *keinen Kollektivwillen* gibt.<sup>154</sup> Daran ist soviel richtig, daß ein Kollektivwille, der von den einzelnen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft ab-

<sup>147</sup> Deshalb fordern AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI Bd. I, S. 71 zutreffend „non erronea convinzione“, versäumen aber den Umschlag von irriger in schöpferische Überzeugung zu präzisieren.

<sup>148</sup> So schon im römischen Recht D 1. 3. 39. Ähnlich LONIEWSKI S. 166 f. Insoweit zutreffend BSG v. 27. 10. 1964 = MDR 1965, 240. Anderer Ansicht unter Hinweis auf soziale Notwendigkeit und Gerechtigkeitsempfinden GÉNY, *Méthode* Bd. I, S. 367 ff. und GOERTZ S. 20. Damit wird aber die normative Kraft des *error communis* durch materielle Wertmaßstäbe ersetzt und gelten die oben Nr. 186 vorgebrachten Bedenken.

<sup>149</sup> MESSINEO, *Manuale* Bd. I, S. 19; ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 205.

<sup>150</sup> ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 269; GEISLER S. 21 f.

<sup>151</sup> Nr. 190 ist bereits dargelegt worden, daß Gewohnheiten als Willensmanifestation ausscheiden. Von dieser Sicht aus müßte, falls überhaupt Gewohnheiten noch selbständige Bedeutung behalten sollen, angenommen werden, daß es sich neben dem Geltungswillen um eine selbständige Rechtsquelle handelt. In diesem Sinne tatsächlich ADICKES S. 62.

<sup>152</sup> Vgl. CROME, *BGB* Bd. I, S. 88 (Übung ist die Anwendung der Norm auf die darunter fallenden Sachverhalte).

<sup>153</sup> *System* Bd. I, S. 82. Vgl. aber auch S. 35 ff., wo SAVIGNY inkonsequent auch Übungen ohne Geltungswillen als Rechtsnormen anerkennt. Weiter vgl. REICHEL, *Richterspruch* S. 102; ders. *Stammler Festschr.* S. 326; SCHLEGELBERGER *Rdz.* 2 zu § 346 HGB; SALEILLES, *Einführung* S. 66; PINTOR, *Mélanges Lambert* Bd. I, S. 377; unklar BELLEFROID, *Inleiding* S. 55 gegenüber S. 57 f.

<sup>153a</sup> Verfehlt FORIER *Journ. trib.* 1968, 125 ff. der zunächst zwar die Fragen nach dem Geltungswillen (*adhésion*) und der *compétence* trennt, dann aber Nr. 19 meint, das Problem der *compétence* verwandle sich in ein Problem der *adhésion*.

<sup>154</sup> BALOSSINI, *Consuetudini* S. 412; vor ihm PFENNINGER S. 39 f.; ZITELMANN, *AcP* 1883, 420 ff.; ROUBIER, *Théorie* S. 145

sieht, nicht existieren kann.<sup>155</sup> Dort wo er behauptet wird, führt er immer wieder zu naturrechtlichen Kategorien oder bleibt eine unbestimmbare Größe, etwa der objektive Geist der Rechtsordnung oder der allgemeine Geist der Rechtsgemeinschaft.<sup>156</sup> Wie diese normbildende Instanz beschaffen sein soll, wird offengelassen.<sup>157</sup> Für das positive Recht sind solche Begriffe unbrauchbar. Überdies hat die gesellschaftliche Wirklichkeit bewiesen, daß der Wille der in einer Gemeinschaft lebenden Einzelnen nicht zu einem harmonischen *Gesamtwillen* zusammengefaßt werden kann. Anstelle eines Gesamtwillens kann nur vom Willen der Mitglieder einer jeweils interessierten Gruppe gesprochen werden.<sup>158</sup>

Setzt man die Möglichkeit, einen Volkswillen in diesem Sinne statistisch festzustellen, voraus, so ist festzuhalten, daß die Statistik nicht in der Lage ist, ihn gerade als Rechtsgeltungswillen zu qualifizieren. Deshalb wird die Bemerkung von CARBONNIER<sup>159</sup> besonders bedeutsam, daß sich soziologisch die *Willemsklassifizierung* vollständig nach *hypothetischen Schemata* ausrichtet. Neben den Willen, die Verhaltensmaßstäbe der Vorfahren auch künftig zu beachten, treten vertraglicher,<sup>160</sup> religiöser und moralischer Bindungswille. Andere Gesell-

<sup>155</sup> PFENNINGER S. 33 f.; ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 33 f.; GÉNY, *Méthode* Bd. I, S. 361 ff.; widersprüchlich Bd. I, S. 430 f.; DEL VECCHIO, *Lezioni* S. 259; unverstänglich dagegen BETTI, *Interpretazione* S. 229 f., der beim Willen des Individuums „*uti singulus . . . e nella sua qualità di membro della comunione*“ unterscheidet; ähnlich HENKEL S. 18 f.; unklar KOSTERS S. 102.

<sup>156</sup> Wie VOUIN D. 1948 Chr. 149 ff. aufzeigt, hatte der von MONTESQUIEU übernommene Kollektivwille für die Aufklärungsphilosophie nicht als Realität, sondern als Postulat radikaldemokratischer Staatsauffassung und ähnlich wie bei SAVIGNY (vgl. Nr. 179) als politischer Idealbegriff Bedeutung. Vgl. weiter die Kritik von HIRSCH, *JZ* 1962, 330; zu den Anleihen PUCHTAS an das Naturrecht die ausgezeichnete Analyse von MOKRE, *ZöfR* 1932, 281 ff., 290 f.

<sup>157</sup> Typisch *Cass. it. v. 20. 1. 1933 = Foro it. 1933, I, 575*; *v. 19. 4. 1933 = Riv. dir. comm. 1934, II, 109 ff. (111 f.)*; SCIALOJA, *Saggi* Bd. I, S. 266 (*consenso universale*); TESAURO, *Rass. dir. pubbl. 1955, 192, 194*; PICARD, *Droit pur* S. 146 (*l'âme de Peuple entière*); APELDOORN S. 82; HUBER, *ZBJV* 1955 bis, 101 (*objektiver Geist einer geschichtlichen Epoche*); LIVER, *ZBJV* 1955 bis, 26 spricht davon, daß es sich weniger um eine empirische Tatsache, als vielmehr um eine Idee handle. LARENZ, *NJW* 1951, 497 (*objektiv-sittlicher Geist*), ähnliche Formulierungen in *Methodenlehre* (2) S. 339; KEYSNER, *GruchBeitr.* 1868, S. 583 (*Geheimnis des Werdens*); GIERKE, *Privatrecht* Bd. I, S. 119; HENKEL S. 31 (*ein geistiges Gemeingut*); REHFELDT, *Wurzeln* S. 61 spricht daher von einem nicht „*aufflehtbaren Kausalfilz*“.

<sup>158</sup> So schon PUCHTA, *JbwissKrit.* 1844, 14. Einen Gesamtgeist entwickelt er daraus in *Gewohnheitsrecht* Bd. I, S. 170, indem er eine unbewußte Gesamtvorstellung annimmt. Weiter PEDAMON, *Rev. trim. comm.* 1959, 340, der freilich Freiwilligkeit aller Beteiligten fordert und deshalb die Rechtserheblichkeit verneint; VALETTE S. 99 ff.; GERMANN, *Rechtsfindung* S. 138; *BG v. 23. 1. 1920 = BGE* 46, II, 307, Überzeugung der Betroffenen; anscheinend HAEMMERLE, *Grundriß* S. 15.

<sup>159</sup> *Ann. Poitiers* 1961, 46; als obskur bezeichnet ihn DEL VECCHIO, *Lezioni* S. 259; entsprechende Bedenken schon bei ZITELMANN, *ACP* 1883, 371.

<sup>160</sup> Besonders insoweit sind die Ausführungen der Literatur zurückhaltend zu bewerten, denn im vertragsrechtlichen Teil hatte sich gezeigt, daß vertragliches und normatives

schaftsglieder haben lediglich den Willen, Zeit zu gewinnen, indem sie eingefahrene Gewohnheiten befolgen. Die Willensrichtung ändert sich von Individuum zu Individuum,<sup>161</sup> denn die Gewohnheit wird nicht in der Absicht befolgt, fremd-wirkende generelle Normen zu bilden.<sup>162</sup>

Der Begriff des Rechtsgeltungswillens muß bei diesen Voraussetzungen sehr weit gefaßt werden, um praktikabel zu bleiben.<sup>163</sup> Dabei wird er notwendig verfremdet. Wenn die Willensrichtung der einzelnen Gesellschaftsglieder hinsichtlich eines einheitlichen Geschehensvorgangs zum Teil erheblich variiert, so tritt an die Stelle des Rechtsgeltungswillens ein höchst *unsicheres Geltungsbedürfnis*. Die *opinio iuris* wird durch eine allgemeine *opinio necessitatis* ersetzt. Das einsichtige Wollen des Notwendigen erzeugt auf solche Weise Rechtsnormen.<sup>164</sup> Damit sind Gewohnheitsrechtsnormen von Normen der Sozialmoral und wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit nicht mehr zu unterscheiden.<sup>165</sup> Zutreffend bemerkt dazu PFEN-

Gelten oft nicht klar unterschieden werden. Der Grund dafür liegt in früheren willens-theoretischen Lehren zum Vertragsrecht. So ist nach ADICKES S. 47 der Wille eine Rechtsquelle, weil er ohnehin das Privatrecht beherrscht. Indes trifft dies nur für subjektive Rechte im Rahmen der Privatautonomie zu. Kennzeichnend für die Verwechslung beider Problembereiche ist BRUN, *Jur. trav.* S. 22. Gratifikationsansprüche von Arbeitnehmern sollen sich danach in Frankreich aus einer durch *opinio iuris* qualifizierten *coutume* ergeben. Indessen hat sich die Judikatur niemals in dieser Weise geäußert. Nach Cass. fr. v. 11. 7. 1956 = D. 1957 J. 461; v. 26. 6. 1957 = D. 1958 J. 55 handelt es sich um einen *accord tacite des parties*; nach Cass. fr. v. 7. 9. 1957 = Bull. Cass. 1957, IV, 1033 um eine *présomption de volonté*. Cass. fr. v. 9. 5. 1961 = Bull. Cass. 1961, IV, 509; v. 14. 2. 1962 = Bull. Cass. 1962, IV, 190; v. 9. 4. 1962 = D. 1962 J. 491 und v. 30. 1. 1963 = Bull. Cass. 1963, IV, 106 fordern nur einen allgemeinen *usage* und lassen nicht erkennen, ob sie ihn als Norm betrachten oder ergänzende Auslegung annehmen.

<sup>161</sup> BISCOTTINI, *Riv. dir. int.* 1940, 349; FORIER, *Journ. trib.* 1968, 125 (Nr. 3). Dabei handelt es sich nicht nur um die Motivation, so ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 210, sondern den Willensinhalt.

<sup>162</sup> CARNELUTTI, *Riv. dir. proc.* 1963, 516. Die gegenteilige Auffassung von MOKRE, *ZöfFR* 1932, 428, wonach in der individuellen Intention ein allgemeiner Rechtswille „mitgedacht“ und daher durch Auslegung zu ermitteln sei, geht von einer Fiktion aus.

<sup>163</sup> So handelt es sich nach AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI Bd. I, S. 72 f. um den von der Vorstellung getragenen Willen, daß die Übung „*sia conforme a giustizia, ad equità e ad opportunità sociale*“. Deshalb beschränkt sich offenbar auch SAVIGNY, *System* Bd. I, S. 45 darauf, eine Übereinstimmung in den „Grundzügen“ zu verlangen. Vgl. auch RÜMELIN, *JherJb.* 1889, 218 f. (auf die Art der psychischen Vorgänge komme es nicht an).

<sup>164</sup> Aus der zahlreichen Literatur seien nur genannt: ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 270 (Geltungswille, wenn die Übung einem Bedürfnis entspricht); BETTI, *Interpretazione* S. 297 und 224 (Sozialbewußtsein); LEBRUN, *Coutume* S. 229 (Wille zur Sozial-sanktion); PERGOLES, *Fonti* S. 79 (Wille zum Wesentlichen). Bei anderen überwiegt der moralische Wille, z. B. HUBER, *ZBJV* 1955 bis, 99 (Garant einer moralisch und sozial annehmbaren Ordnung); ähnlich GERMANN, *Rechtsfindung* S. 138 und MÖLLER, *BB* 1962, 394; VANDER EYCKEN S. 144 f.; REICHEL, *Stammeler Festschr.* S. 285 (soziales Notwendigkeitsbewußtsein); MERLIN, *Rép. univ.* Bd. XXXV, *usages* S. 293.

<sup>165</sup> Die Gefahren zeigen sich vor allem in einigen italienischen Entscheidungen, vgl. z. B. Cass. it. v. 19. 4. 1933 = *Riv. dir. comm.* 1934, II, 109; *Trib. Firenze* v. 16. 4. 1959 = *Foro it.* 1959, 1582 ff. (1597). Damit wird der Einzelne entweder der *Maxime* unter-

NINGER<sup>166</sup>: „Es wird als Recht ausgegeben, was Recht sein sollte, aber nicht ist.“ Soll die Eigenständigkeit von Rechtsnormen gegenüber Sozialmoral und Rentabilitätsnormen, die eine wesentliche Errungenschaft schon des römischen Rechts war, erhalten bleiben, dann kann dieser Ausweitung des *opinio-iuris*-Begriffes nicht zugestimmt werden.<sup>167</sup> Dies gilt besonders, weil nach den Ergebnissen des vierten Kapitels auch Verkehrssitten häufig das Ergebnis außerrechtlicher Normen unterschiedlicher Herkunft sind.

195. Es ist deshalb von besonderem Interesse, daß die seltenen Versuche, den Volkswillen zu konkretisieren, zur juristischen Praxis und Lehre führen. Dabei wird auch erstmals der Frage seiner Manifestationsform wieder die nötige Aufmerksamkeit gewidmet. Nähere Anhaltspunkte bietet freilich nur die deutsche Judikatur, die damit im Ergebnis zu Savignys Juristenrecht führt.<sup>168</sup> Ein Teil der einschlägigen Entscheidungen ist deshalb auch bei der Beurteilung des Richterrechts schon erwähnt worden und soll nur kurz in Erinnerung gerufen werden.

Ein typisches Beispiel zeigt die Entscheidung des BSG vom 25. 11. 1965.<sup>169</sup> Danach werden die *Gerichte und Verwaltungsbehörden* bei der Äußerung des Rechtsgeltungswillens *als Organe der Gemeinschaft* tätig. Die Verbindung zum Volkswillen wird durch eine Art Verschweigung aufrechterhalten: Die Betroffenen hätten sich durch Einlegung von Rechtsmitteln zur Wehr setzen und damit einen gegenteiligen Willen äußern können.<sup>170</sup> In der Rechtsprechung des BGH

---

worfen, das war schon immer so, vgl. PINELLI, *Foro it.* 1959, 1970 ff. Dieser Gefahr ist LA LUMIA, *Riv. dir. comm.* 1912, II, 602 erlegen. Oder er wird, vgl. MICHELI, *Monitore trib.* 1947, 169 und PITLO, *Systeem* S. 30 f. rechtlich den herrschenden, die Sozialmoral bestimmenden Kräften ausgeliefert. In diesem Sinn LEVI S. 85, wonach die Aufgabe der *opinio* darin besteht, „ad attrarre . . . norme morali“, ähnl. BELLEFROID, S. 55; KOHLER, *BGB Bd. I*, S. 106 f. (Unterwerfung unter den „sozialen Trieb“). Näheres zur Abgrenzung *Gewohnheitsrecht-Sozialmoral* Nr. 198.

<sup>166</sup> Übung und Ortsgebrauch S. 15 (gekürzt).

<sup>167</sup> PAVONE LA ROSA, *Encicl. dir.* Bd. IX, *consuetudine* Ziff. f § 5; Rocco, *Principii* S. 146 f.; FERRARA, *Trattato* Bd. I, S. 135; *Trib. Venezia v. 9. 1. 1952* = *Dir. maritt.* 1952, 276 ff.; PINTOR, *Mélanges Lambert* S. 372 ff.; DUPEYROUX, *Arch. phil. dr.* 1938, 7 ff.; PFENNINGER S. 8, 13; EHRENZWEIG Bd. I, S. 59; DANZ, *JherJb.* 1898, 458 (hinsichtlich *opinio necessitatis*). Eine andere Frage ist es, ob und in welchem Maße es gerechtfertigt ist, Sozialmoral und Rentabilitätsnormen methodisch für die Fortentwicklung des Rechts nutzbar zu machen. Dies hat jedoch nichts mit ihrer Geltung als Recht zu tun, vgl. dazu Nr. 199.

<sup>168</sup> Vgl. Nr. 179. Die dort angedeutete Vorstellung, daß der Jurist, insbesondere der Richter als Repräsentant des Volkswillens handle, erscheint wieder bei ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 267; MAURY, *Mélanges Ripert* Bd. I, S. 28 und LIVER, *ZBJV* 1955 bis, 25 (unklar S. 53). Sie kann aber wegen ihres fiktiven Charakters eine Verbindung zur *opinio iuris* als Ausdruck des Volkswillens nicht herstellen.

<sup>169</sup> *NJW* 1966, 692; ähnliche Gedanken schon in *RG v. 16. 5. 1895* = *RGZ* 37, 180. Zur richterrechtlichen Natur des in BSG aaO entwickelten *Gewohnheitsrechts* vgl. SCHWANKHART, *NJW* 1967, 377 ff., dessen Auffassung aus obigen Gründen allerdings nicht zu folgen ist.

<sup>170</sup> Kritisch zu derartigen Begründungen VALETTE S. 136; LAMBERT, *Dr. civ. comp.* Bd. I, S. 151.

fehlt sogar diese Fiktion. Nach der Entscheidung vom 8. 7. 1955<sup>171</sup> sind Träger der *opinio iuris* die einschlägige Literatur und Rechtsprechung. Nach der Entscheidung vom 19. 6. 1962<sup>172</sup> sind die sachlich befaßten Fachkreise maßgeblich, wobei sich das Gericht mit Stellungnahmen der Kommentare und Entscheidungen zufrieden gibt. Im Urteil vom 15. 12. 1960<sup>173</sup> wird sogar festgestellt, es fehle die erforderliche *Überzeugung*, „weil es an einer bestätigenden *ständigen Rechtsprechung* . . . fehlt.“ Von einer *opinio iuris communis aut populi* ist keine Rede mehr. Vielmehr wendet sich das Thema zur richterlichen Rechtsfortbildung zurück,<sup>174</sup> die oben als selbständiges und vom Gewohnheitsrecht unabhängiges Rechtsquellenelement qualifiziert wurde.

### § 3. Normbegriff, Normgeltung und Gewohnheitsrecht

196. Von der entstehungsmäßigen Unterscheidung der Verkehrssitten und des Gewohnheitsrechts verlagert sich nach den Ergebnissen des letzten Paragraphen das Problem der rechtsbildenden Gewohnheit in die Frage: Gibt es außer der gesetzlichen Verweisung auf Verkehrssitten noch einen weiteren Bereich, wo die Bräuche der Gemeinschaft als Rechtsnormen wirken?

Das Fehlen einschlägiger Judikatur zeigt, daß Gewohnheitsrecht im Schuldvertragsrecht, worauf sich die Arbeit gegenständlich beschränkt, praktisch bedeutungslos geblieben ist. Trotzdem ist es von dogmatischem Interesse, diese Frage näher zu untersuchen. Nur so kann die Unsicherheit auch der heutigen Juristen gegenüber der rechtlichen Wirksamkeit von Bräuchen oder Gewohnheiten ausgeräumt werden. Da es sich teilweise um allgemeine Rechtsquellenlehre handelt, können die fehlenden schuldrechtlichen Anschauungsfälle didaktisch durch Beispiele aus anderen Rechtsgebieten ersetzt werden.

In den Bereich der allgemeinen Rechtsquellenlehre gehören in erster Linie die Vorstellungen vom Wesen und Gelten der Rechtsnorm, die die Theorie vom Gewohnheitsrecht zu allen Zeiten maßgeblich beeinflusst haben. Bevor die Rolle des Gewohnheitsrechts im geltenden Privatrecht und vor allem im Schuldvertragsrecht geprüft wird, sollen deshalb in diesem Paragraphen zunächst die sich aus dem generellen Normverständnis ergebenden Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts untersucht werden.

---

<sup>171</sup> NJW 1955, 1553 ff. (1554). Ein versicherungsrechtliches Gewohnheitsrecht wird in BGH v. 28. 10. 1963 = NJW 1964, 245 bejaht, weil höchstrichterlich anerkannt. Vgl. auch BGH v. 9. 5. 1951 = NJW 1951, 885 ausschließlich mit Belegen aus der Rechtsprechung.

<sup>172</sup> NJW 1962, 2054 ff. (2056).

<sup>173</sup> NJW 1961, 313 ff. (315 Ziff. I). Wie ARNDT, NJW 1961, 816 feststellt, wurden in dem Verfahren noch nicht einmal Gutachten der betroffenen Kreise (Anwälte) eingeholt. BVerwG v. 2. 12. 1960 = JR 1961, 512 beschränkt sich auf Amtsausßerungen (Ministerien, Gerichte).

<sup>174</sup> Vgl. auch ESSER, Hippel Festschr. S. 124 ff.

197. Normen des objektiven Rechts, also auch Gewohnheitsrechtsnormen, sind *allgemeine Regeln*, die im Gegensatz zu individuellen und konkret vereinbarten Normen stehen.<sup>175</sup> Nun ist verschiedentlich angenommen worden, daß damit das Wesen der Rechtsnormen bereits abschließend gekennzeichnet ist.<sup>176</sup> Da auch Verkehrssitten als Abstraktion tatsächlicher Vorgänge allgemeine Regeln sind, fallen sie unter diesen Begriff der Rechtsnorm. Indessen zeigt sich gerade beim Gewohnheitsrecht, daß diese Umschreibung nicht unbedenklich ist. Es wurde oben darauf hingewiesen, daß ein anderer Teil der Lehre nur solche außergesetzlichen Regeln als Verkehrssitten betrachtet, die für sich bereits verbindlich sind. Die Variationen, die sich damit hinsichtlich des Begriffswertes der „Rechtsnorm“ andeuten, ermöglichen einen Fehlschluß, der etwa bei DANZ exemplarisch hervortritt. Nach diesem sind Rechtsnormen als allgemeine Sätze verbindlich; Verkehrssitten sind allgemeine Sätze; folglich sind sie als Rechtsnormen verbindlich.<sup>177</sup> Die Verbindlichkeit wird also aus der Allgemeinheit des Satzes abgeleitet. Dabei bleibt verborgen, daß das Bindeglied „allgemein“ in doppeltem Sinn verwendet wird.

Bei der Definition der Gewohnheitsrechtsnorm als einer allgemeinen Regel haben zwei Gründe mitgewirkt: erstens eine mangelhafte Bestimmung des Kennzeichens „allgemein“; zweitens das theoretische Verständnis des dispositiven Gesetzesrechts in der gemeinrechtlichen Lehre.

Beim Gewohnheitsrecht soll es sich um Rechtsnormen handeln, die durch ständige Wiederholung bestimmten Verhaltens seitens der Rechtsgenossen, also durch allgemeine Übung, gebildet werden. Aber diese Formel charakterisiert nur den Vorgang der angeblichen Rechtsbildung. Nur dieser ist allgemein. Daraus kann nicht gefolgert werden, daß das Ergebnis als Norm allgemein verbindlich ist. Wer so argumentiert, setzt irrtümlich Ursprung und Ergebnis, Normquelle und Norm gleich. Das Erfordernis besonderer Begründung des allgemeinen Sollenscharakters der aus Übungen entstandenen Regeln wird dabei übersehen.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> Nicht berührt wird also die aus KELSENS Stufentheorie folgende Einbeziehung individueller Regeln, die sich hinsichtlich des Gewohnheitsrechts vor allem bei MOKRE, ZöfR 1932, 426 findet. Die Möglichkeit, daß Verkehrssitten als individuelle Vertragsnorm wirken, berührt damit das Gewohnheitsrechtsproblem nicht. Eine stufenweise Überführung individueller in allgemeine Verbindlichkeit, von der MOKRE ausgeht ist nicht denkbar, da es sich um eine qualitativ unterschiedliche Verbindlichkeit handelt. Deshalb konnte die in Fußn. 162 geschilderte Auffassung MOKRES auch nur zu einer Fiktion führen.

<sup>176</sup> Vgl. z. B. DANZ (Einzelnachweise folgende Fußn.); ANCEL, Trav. Capitant Bd. V, 84 ff. (101); DURAND-JAUSSAUD Bd. I, S. 141. Nicht eindeutig LEBRUN, Coutume S. 212 ff.; COSACK, HGB S. 3.

<sup>177</sup> Vgl. JherJb. 1898, 414 (der Richter hat alle Sätze des objektiven Rechts anzuwenden), 437 (Verkehrssitten sind hypothetische Urteile allgemeinen Inhalts), 398 (sie sind also wahre Sätze objektiven Rechts).

<sup>178</sup> So meint CAPITANT, Introduction S. 45: „il (l'usage) acquiert la force d'une règle abstraite“; ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 208; DANZ vgl. Fußn. 177 (anders aber Auslegung S. 128). Nach ISAY, Rechtsnorm S. 26 f. sind Normen kognitive Denkkakte,

Nur im Hinblick auf die *Allgemeinheit des Sollensanspruches* kann aber von allgemeinen Rechtsnormen im Gegensatz zu individuellen Vertragsnormen gesprochen werden. Zwischen individuellen Normen und allgemeinen Regeln faktischer Art ist keine Vergleichsbasis vorhanden.

Nun fragt bezeichnenderweise CHRÉTIEN<sup>179</sup>: „L'usage ainsi établi donne naissance à une règle. Pourquoi donc la solution qu'il crée ne serait-elle pas la conduite de l'avenir pour les cas semblables?“ CHRÉTIEN stellt diese Frage rhetorisch, doch liegt hier in Wirklichkeit das entscheidende Problem: Weshalb soll eine Übung, aus der bisher gleichartige subjektive Rechte hervorgingen, eine allgemeingültige Norm begründen, die auch künftige Fälle beherrscht? Weshalb soll, was Regel ist, auch Rechtsnorm sein?<sup>180</sup>

Auf diese Frage wird bisweilen geantwortet, daß auch das dispositive Recht nichts anderes als Modell gesellschaftlicher Wirklichkeit sei.<sup>181</sup> Rechtsnorm und allgemeine Regel werden wiederum identifiziert, indem die Frage nach der normativen Verbindlichkeit dispositiven Rechts ausgeklammert wird. Möglich ist das aber nur, wenn die normative Verbindlichkeit nicht im dispositiven Recht selbst liegt. Hier nun verbindet sich die Vorstellung vom *dispositiven Recht als Sozialmodell* mit einer bekannten, jedoch im Rahmen dieses Themas kaum beachteten theoriengeschichtlichen Tradition.<sup>182</sup>

Bis zu STAMMLERS<sup>183</sup> Unterscheidung von ergänzenden und dispositiven Rechtssätzen wurde, wie bei Prüfung der willenstheoretischen Lehren bereits erwähnt, die Wirksamkeit des gesamten nachgiebigen Rechts auf den Parteiwillen gestützt. Anwendung dispositiver Vorschriften bedeutete Auslegung des Willens, und dieser war ihr Verbindlichkeitsgrund. Noch heute wirkt dies im

gewonnen durch Induktion; TANAKA, *Mélanges Gény* Bd. III, S. 252; JAHREISS, *Mélanges Gény* Bd. I, S. 163 (vgl. aber S. 166); VALETTE S. 170; unklar MARTY, *Rec. ac. lég. Toulouse* 1951, 82 (Rechtsregel = jede allgemeine Regel, also auch usages, anders S. 84); CARNELUTTI, *Teoria* S. 34 f. und 204. Kritisch stellt dazu BOBBIO, *Giur. it.* 1949, IV, 119 ff. fest, daß CARNELUTTI den Rechtsnormbegriff selbst verändert und daher das Wohnheitsrechtsproblem unter zwei verschiedenen Aspekten sieht. Allerdings bleibt bei BOBBIO z. B. *Consuetudine* S. 29, 47 und 55 der Rechtsnormbegriff selbst ungeklärt.

<sup>179</sup> CHRÉTIEN S. 179; ähnlich argumentiert GÉNY, *Méthode* Bd. I im Rahmen seiner Ausführungen S. 429 ff. (wird ein usage universellement befolgt, wie etwa der Jagdvorbehalt der Verpächter von Landgütern, so sei er allgemeine Norm). Kennzeichnend ist, daß ZITELMANN in dieser Frage schon Übersetzungszweifel an dem römischrechtlichen Satz des CELSUS, D 1, 4, 39 äußert (*consuetudine optentum est = ist angewendet worden/hat gegolten?*).

<sup>180</sup> Po INCARÉ zit. nach CARPONNIER, *Ann. fac. dr. Toulouse* 1959, 1, 121 bemerkt zu treffend: vous aurez beau entasser des millions d'indicatifs les uns sur les autres, vous n'arriverez jamais à en faire un impératif. Ebenso FERRARI, *Introduzione* S. 40 und ZICCARDI, *Costituzione* S. 195.

<sup>181</sup> Vgl. etwa TITZE, *Mißverständnis* S. 473; CARPONNIER, *Ann. fac. dr. Toulouse* 1959, 1, 122 f.; JANSMA S. 82; Hof Amsterdam v. 5. 3. 1915 = W 9868.

<sup>182</sup> Vgl. dazu GOUNOT S. 180 ff.

<sup>183</sup> AcP 1886, 28 ff. und zuvor schon BÜLOW, AcP 1880, 71 ff.

französischen Begriff des *droit interprétatif* nach.<sup>184</sup> Infolge dieses Rechtsverständnisses nahm man an, daß zahlreiche Rechtsregeln ohne eigenen normativen Gehalt existieren. Also konnte rechtliches Sollen einer Rechtsregel nicht eigentümlich sein<sup>185</sup>: Es genügte, daß eine allgemeine Regel vorhanden war, der Normcharakter wurde erst vom Willen begründet.

Der fiktive Charakter der willentheoretischen Vorstellungen und STAMMLERS Ausführungen machten es unmöglich, die alten Positionen aufrechtzuerhalten. Zwar hielt STAMMLER daran fest, daß das Gesetz auch bloße Auslegungssätze enthält.<sup>186</sup> Die Möglichkeit, nachgiebige Rechtssätze und bloße Auslegungssätze zu unterscheiden, wurde jedoch von der Lehre bis heute nicht geklärt. Teilweise ist die Unterscheidung auch aufgegeben worden.<sup>187</sup>

Eine besondere Gruppe von Auslegungssätzen im Bereich des dispositiven Rechts läßt sich nur unter der Voraussetzung halten, daß Auslegung auf die Ermittlung eines gegebenen Parteiwillens gerichtet ist.<sup>188</sup> Sobald diese Annahme fallengelassen wird, ist mit SALEILLES festzustellen, daß eine qualitative Differenz zwischen Auslegungsregeln und sonstigem nachgiebigem Recht nicht besteht.<sup>189</sup> Allenfalls kann ein Unterschied im Grad der Normwirkung liegen. Indessen gelingt SALEILLES, der hier Besonderheiten zu erkennen meint, auch in-

<sup>184</sup> Bezeichnenderweise war im Entwurf an VIII. livre préł. Titre I Art. 5 für die coutume folgende Regel vorgesehen: „La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune.“ Eine ähnliche Vorstellung findet sich bei PUCHTA, *Gewohnheitsrecht* Bd. I, S. 169 ff. mit gewissem Vorrang des geistigen Elements. Weiter vgl. TITZE,  *Mißverständnis* S. 481; DANZ, *DJZ* 1908, 31 und *JherJb.* 1898, 394. Zu alledem vgl. BÜLOW, *AcP* 1880, 83 ff. und EISEMANN, *Incoterms* S. 57.

<sup>185</sup> Typisch dafür VALERY, *Rev. crit. lég. jur.* 1915/24, 419–421, 433; MARTY, *Distinction* S. 157 im Widerspruch zu seinen Ausführungen über Erfahrungssätze aaO S. 160. Nach DABIN, *Ann. dr. sc. pol.* Bd. IV, 133 stellen hingegen Regeln des dispositiven Rechts gerade aus diesem Grund keine Normen dar.

<sup>186</sup> Schuldverhältnisse S. 55 ff.; so auch v. TUHR, Bd. I, S. 26 f., Bd. II, 1, S. 189; EHRENZWEIG Bd. I, S. 67 mit der Begründung, der Unterschied zeige sich bei formbedürftigen Geschäften. Indes können auch dispositive Normen bei formfehlerhaften Geschäften keine Wirkungen äußern. Der Hinweis von v. TUHR auf Intestaterbrecht und gesetzliches Güterrecht liegen neben der Sache, denn deren Vorschriften sind kein „ergänzendes“, kein dispositives Recht. Vgl. weiter EHRlich, *Zwingendes Recht* S. 33 ff., ausgehend von willentheoretischen Vorstellungen. Neuerdings SANDROCK, *Auslegung* S. 43, womit seine oben geschilderte These erklärt wird, daß nach § 242 BGB Verkehrssitten der Rechtsfortbildung dienen. Er geht nämlich S. 46 f. davon aus, daß gerade auslegende Vorschriften durch Kodifizierung von Verkehrssitten entstanden.

<sup>187</sup> LARENZ, *A. T.* S. 355 (beide gehen ineinander über); LANGE S. 57; STAUDINGER-COING, *Rdz.* 67 zu § 133 BGB.

<sup>188</sup> Kennzeichnend EHRlich, der sich dabei teilweise auf einen typischen hypothetischen, wahrscheinlichen oder auch nur angenäherten Willen beruft, vgl. etwa *Zwingendes Recht* S. 35/39, 44, 65. Sobald man in seiner Zusammenfassung S. 74 f. diese Willensfiktionen streicht, löst sich die Unterscheidung auf. Gleiches gilt für die unklaren und widersprüchlichen Ausführungen von LEONHARD, *AT* S. 360 f.

<sup>189</sup> *Déclaration* S. 197 ff.; ders. *Einführung* S. 41 ff.

soweit nur eine äußerst zweifelhafte Abgrenzung, indem er eine hypothetische Konstruktion willentheoretischer Art einführt.<sup>190</sup> Offenbar hat jedoch SALEILLES selbst diese Abgrenzung nicht für zuverlässig gehalten: „L'opposition que l'on voulait établir entre les deux catégories de dispositions se ramène, puisqu'il y a confusion des deux qualités, à une interversion de ces dernières.<sup>191</sup> Les dispositions supplétives sont à la fois supplétives et interprétatives; et les autres sont interprétatives, d'abord, et, au besoin, supplétives“.<sup>192</sup> Am Beispiel des § 314 BGB, der allgemein als Auslegungsregel verstanden wird, können die Ausführungen von SALEILLES bestätigt werden.

Nach § 314 BGB erstreckt sich die Verpflichtung zur Veräußerung einer Sache im Zweifel auch auf deren Zubehör. Der Gegenbeweis bleibt möglich, aber er ist nur dann geführt, wenn die Vertragspartner etwas anderes vereinbart haben. Ob eine solche Vereinbarung vorliegt, ist im Wege der Auslegung des Vertrages nach §§ 133 bzw. 157 BGB zu ermitteln, gegebenenfalls auch im Wege der ergänzenden Auslegung.

Zum Zwecke der Gegenprobe sei für § 314 BGB die übliche Formulierung eines dispositiven Rechtssatzes angenommen: Die Verpflichtung zur Veräußerung einer Sache erstreckt sich auch auf deren Zubehör. Bei dieser Fassung ergibt sich eine etwaige Abdingung aus dem Vertrag, dessen Sinn wiederum durch Auslegung, also auch durch ergänzende Auslegung ermittelt wird.

Beide Fassungen des § 314 BGB führen bis in die Beweislastverteilung zu gleichen Ergebnissen, der Unterschied ist ausschließlich formaler Art. In beiden Fällen entsteht die Verpflichtung zur Zubehörübertragung durch das Gesetz, ist also „réglementation par la loi“.<sup>193</sup>

Beim *dispositiven Recht* kann es sich also *nicht* um *bloße Modelle* und *Aufzeichnungen gesellschaftlicher Verhaltensformen* handeln. *Vielmehr* besteht es aus *Normen* und damit aus *Sollensregeln*, die ihren Normwert in sich selbst haben. Vom zwingenden Recht unterscheiden sich dispositive Normen nur durch die *Bedingtheit* ihres Sollensanspruches. Auch in der französischen Lehre, in der die Vorstellung des auslegenden Rechts<sup>194</sup> nachwirkt, besteht darüber und folglich

<sup>190</sup> Vgl. Déclaration S. 209: „Dans les dispositions dites interprétatives, la preuve de la volonté contraire peut résulter d'une appréciation d'ensemble, tirée de toutes les circonstances de la cause.“ Hingegen: „en matière de règles dispositives, il faut, pour les écarter, une disposition spécialisée“. Diese disposition spécialisée aber „pourra donc s'induire des circonstances de l'espèce“, Déclaration S. 208. Kriterien für den Unterschied zwischen einer „appréciation tirée des circonstances de la cause“ und einer „induction des circonstances de l'espèce“ gibt SALEILLES nicht an. Vgl. auch MANIGK, Auslegung S. 119 ff.

<sup>191</sup> D. h. der règles suppletives ou dispositives.

<sup>192</sup> Déclaration S. 204; JANSMA S. 71, 78.

<sup>193</sup> SALEILLES, Déclaration S. 206; entsprechend verhält es sich bei den im Gesetz selbst als „Auslegungsvorschriften“ bezeichneten §§ 186 ff. BGB.

<sup>194</sup> Damit darf nicht verwechselt werden, daß in Frankreich heute der Begriff der loi interprétative noch eine andere Bedeutung im Zusammenhang mit der Zulässigkeit rückwirkender Gesetze hat. Er wird insoweit in einem besonderen Sinn verstanden, der das Thema dieser Ausführungen nicht berührt. Vgl. dazu Cass. fr. v. 20. 3. 1956 = Bull. Cass. 1956, III, 294 und ROUBIER, Dr. transit. S. 242 ff.

über den angeordneten Charakter des zu interpretierenden „Parteiwillens“ allgemein kein Zweifel.<sup>195</sup>

Da es sich auch beim dispositiven Recht einschließlich der sogenannten Auslegungsregeln um Sollensnormen handelt, ist das Problem des Gewohnheitsrechts einzuschränken. Es betrifft nur die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein *Brauch* zugleich *Sollensnorm* ist.<sup>196</sup> Wird das nicht beachtet, so gelangt man unvermeidlich dazu, Anwendung von Verkehrssitten als Anwendung von Rechtsnormen zu erklären.

198. Auf die Lehre vom Gewohnheitsrecht hat sich besonders nachteilig ausgewirkt, daß man häufig die Eigenart rechtlicher Sollensnormen zu wenig hervorhob. Zwar ist hier keine allgemeine Theorie der Rechtsnorm zu entwickeln. Auf ein Problem, das sich gerade beim Gewohnheitsrecht ergibt, muß aber eingegangen werden. Anzuknüpfen ist an der im vorigen Paragraphen geschilderten Auffassung, daß es sich bei dem normschaffenden Element der *opinio iuris* um ein kollektives Bewußtsein handelt. Nun hatte sich gezeigt, daß der Übergang vom individuellen zum kollektiven Bewußtsein auf bloßen Hypothesen beruht und der Begriff der *opinio iuris* nur bei sehr großzügiger Deutung praktikabel bleibt. Wenn dabei zu beobachten war, daß sich Recht und Sozialmoral nicht mehr unterscheiden lassen, dann muß es fraglich erscheinen, ob die herkömmliche Theorie des Gewohnheitsrechts überhaupt von einer zutreffenden Vorstellung der Rechtsnorm ausgeht.

Zum Wesen von Normen gehört, daß sie sich an Adressaten richten. Normen, die sich auf das Bewußtsein von Personen stützen, richten sich zuerst nur an diese Personen selbst. Läßt man die Möglichkeit eines rechtlich organisierten oder tatsächlichen Machtgebrauchs beiseite, so richten sie sich weiter an die Personen, die von der Richtigkeit der Norm überzeugt sind und sie für sich übernehmen. Selbst wenn viele Einzelpersonen z. B. aus einem Gefühl gegenseitiger gesellschaftlicher Solidarität eine Norm freiwillig übernehmen,<sup>197</sup> bleiben sie doch Urheber ihrer Verbindlichkeit, und zwar jeweils als Einzelne. Sie sind damit selbst Normschöpfer und Normadressat. Es handelt sich um eine Norm, die für den Einzelnen verbindlich ist, weil er sie für sich als verbindlich erachtet,<sup>198</sup> also

<sup>195</sup> Vgl. PACHE S. 130; MERZ, ZSR NF 61, 406 a. f.; SALEILLES, Déclaration S. 204; vgl. auch Travaux de la commission de réforme du Code civil 1948/1949, S. 646, 673 f., 705; LEBRUN, Coutume S. 314; Rép. dr. civ. Bd. III, lois et décrets Nr. 91, 97; ROUBIER, Dr. transit. S. 389; RIPERT, Forces créatrices S. 397; HOETINK, Ind. t. v. h. r. 1933, 936 f. Im übrigen ist hinzuweisen auf OERTMANN, Verkehrssitte S. 170. Besonders merkwürdig erscheint es daher, wenn BGH v. 19. 6. 1957 = BGHZ 25, 1 ff. (9 f.) hinsichtlich § 281 BGB ohne die dogmatische Entwicklung zu beachten, wieder auf die willensauslegende Funktion des dispositiven Rechts zurückgreift.

<sup>196</sup> LARENZ, NJW 1951, 497; BELING, Mélanges Gény Bd. I, S. 148; verfehlt GIERKE, Privatrecht Bd. I, S. 113 ff. (Wollensnormen).

<sup>197</sup> Vgl. z. B. RÉGLADE S. 72, 112, 142; GEISLER S. 17 f.; KAUFMANN S. 16; LARENZ, Methodenlehre (2) S. 339 (einschränkend).

<sup>198</sup> ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1 S. 202 f.; BIERLING Bd. II, S. 312 ff. spricht hier

um eine *Norm der Moral oder Sozialmoral*. Diese kann jedoch nicht mit Rechtsnormen identifiziert werden.<sup>199</sup>

Auf eine Abgrenzung von Rechtsnorm und Moralnorn, insbesondere einer Norm der Sozialmoral, mag in dem Idealfall verzichtet werden, wo alle Mitglieder einer Gemeinschaft<sup>200</sup> sie freiwillig zur verbindlichen Richtschnur ihres Handelns gemacht haben. In diesem Fall löst sich das Rechtsproblem auf. Halten etwa alle Kraftfahrer den Abschluß eines Haftpflichtversicherungsvertrages mit bestimmten Verpflichtungen für sozial gerecht und handeln sie freiwillig nach diesem Bewußtsein, so entsteht ein besonderes Problem der Rechtsverbindlichkeit nicht. Es tritt erst auf, wenn ein Teil der Rechtsgenossen aus Gleichgültigkeit oder Abneigung sich nicht freiwillig unterwirft oder eine erfolgte Unterwerfung aufgibt. In einer solchen Situation versagt die sozialmoralische Verbindlichkeit. Jetzt wird die rechtliche Verbindlichkeit bedeutsam, weil geprüft werden muß, ob den Dissidenten ein entsprechendes Verhalten auferlegt werden darf.<sup>201</sup> Der Begriff der verbindlichen Norm erhält hierbei einen neuen Sinn. Normschöpfer und Normadressat fallen auseinander, aus Selbstbestimmung wird Fremdbestimmung. So ergibt sich, daß *rechtliches Verbindlichsein* die *potentielle Durchsetzbarkeit*<sup>202</sup> der betreffenden Regel vor den „Organen“ der

---

von „direkter Anerkennung“; CARNELUTTI, Teoria S. 34 f. Insgesamt vgl. dazu DUPEYROUX, Arch. phil. dr. 1938, 7 ff. (besonders 64 ff.). Übrigens gesteht das – im Gegensatz zu der in Fußn. 23 zitierten Fundstelle – auch RÉGLADE S. 47 f. zu.

<sup>199</sup> Es ist bezeichnend, daß sowohl SAVIGNY als auch PUCHTA einen klaren Rechtsnormbegriff nicht entwickelt haben, vgl. MOKRE, ZöfFR 1932, 289 ff. So erklärt sich die offene Umschreibung der *opinio iuris* bei SAVIGNY, System Bd. I, S. 177. PUCHTA, Gewohnheitsrecht Bd. I, S. 145 setzt sogar Gewohnheitsrecht gleich Sitte. Charakteristisch auch ISAY Rechtsnorm S. 227 ff. und BELLEFROID, Inleiding S. 56. Dagegen vermeidet BIERLING Bd. II, S. 312 ff. eine Identifizierung nur, indem er einen doppelten Begriff rechtlichen Sollens entwickelt. Damit verrechtlicht er aber unzutreffend den Bereich der Sozialmoral und gelangt deshalb zu verfehlten Ergebnissen. Unergiebig ist weiter der von REHFELDT, Wurzeln S. 8 entwickelte Begriff des Sittenrechts. Zum moralischen und rechtlichen Sollen vgl. insgesamt RIPERT, Forces créatrices S. 171 f. und Règle morale besonders S. 22; ROUBIER, Théorie S. 47 ff.

<sup>200</sup> Anstelle der Normen einer sozialen Gemeinschaft wird z. B. bei LANGE S. 38 von Rechtsnormen als den die äußere Ordnung eines Volkes beherrschenden Normen gesprochen. Der Begriff Volk ist jedoch teils zu eng, teils zu weit, weil sich menschliche Gemeinschaftsbildung vielfach nach anderen Kriterien vollzieht. Deshalb ist die Volksformel für die Erörterung des Gewohnheitsproblems ungeeignet.

<sup>201</sup> HÉBRAUD, Rec. ac. lég. Toulouse 1949, 161; COING, Rechtsphil. S. 228; ZITELMANN, AcP 1883, 374; BÉGUELIN S. 2; grundsätzlich auch RAISER, AGB S. 67, der damit allerdings die Frage vermerkt, ob soziologisch betrachtet auch die Chance ihrer effektiven Durchsetzung besteht; GÉNY, Méthode Bd. I, S. 320; unklar ders. Science Bd. II, S. 364 f.; PFENNINGER S. 16; LARENZ, Methodenlehre S. 270. Deshalb wird nicht deutlich, in welchem Sinn er andererseits freiwillige Unterwerfung fordert. Unklar bleibt weiter, daß aaO Fußn. 3 die Erzwingbarkeit als eine bloße Frage der Anerkennung der bereits vorgegebenen Norm durch die kompetenten Organe bezeichnet wird. Gleiches gilt für DAVID S. 21 gegen S. 33.

<sup>202</sup> Nicht hingegen kommt es darauf an, ob sie in jedem Falle angewendet wird, weil

interessierten sozialen Gemeinschaft betrifft,<sup>203</sup> mag sie auch nur unvollkommen oder mittelbar sein.<sup>204</sup> Darauf beschränkt sich folglich auch das Thema des Gewohnheitsrechts: Nicht ob sich der Einzelne an Gewohnheiten gebunden erachtet, sondern ob sich aus ihnen, um einen treffenden Ausdruck EHRЛИCHS zu verwenden, *Entscheidungsnormen* ergeben, ist zu untersuchen.<sup>205</sup>

199. Der soeben entwickelte Rechtsnormbegriff genügt noch nicht, um das Gewohnheitsrechtsproblem voll zu erfassen. Eine Rechtsnorm kann nur dann Entscheidungsnorm sein, wenn sie in der Gemeinschaft gilt. Dabei ist kurz festzuhalten, daß das Problem der Geltung nicht die Frage berührt, ob eine Norm sachlich gerechtfertigt ist. Dies ist gerade bei der Theorie der qualifizierten Verkehrssitte teils aus wert-ethischen, teils aus soziologischen Erwägungen wiederholt verkannt worden. Schon SAVIGNY hat, wie die ausgezeichnete Analyse von MOKRE beweist, nicht zwischen *inhaltlicher Berechtigung* und *rechtlicher Geltung* von Rechtsnormen differenziert.<sup>206</sup> Nun sind aber weder philosophische<sup>207</sup> noch soziologische<sup>208</sup> Kriterien für sich bereits rechtliche Faktoren oder gar ranghöheres Recht. Sie können deshalb zwar methodisch Einfluß auf die inhaltliche

---

dies von den Umständen des Einzelfalles abhängt. Vgl. HIRSCH, JZ 1962, 332; LARENZ, Methodenlehre (2) S. 187 f.; SAUER, RG-Festschr. Bd. I, S. 146.

<sup>203</sup> HENKEL S. 94 f.; BIERLING Bd. II, S. 319 in Verbindung mit S. 328, 330 (indirekte Anerkennung); LANGLOIS S. 10 unten; KAHN, Vente S. 41 f.; BROCHER DE LA FLÉCHÈRE, Rev. dr. int. lég. comp. 1877, 581; RIPERT, Règle morale S. 9 ff.; VAN KUYK, NJV 1916, 132; PICARD, Droit pur S. 34; anscheinend auch RENARD, Cours Bd. I, S. 22.

<sup>204</sup> Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 204 mit einigen dogmatisch unklaren Einschränkungen. Auch GIERKE, Privatrecht Bd. I, S. 114, 115 räumt das ein.

<sup>205</sup> Soziologie S. 97 ff.; ähnlich RÜMELIN, Gewohnheitsrecht S. 7 ff. REHFELDT, Wurzeln S. 8; ders. Einführung S. 16; MOKRE, ZöfFR. 1932, 394, 416 (Sanktionsnorm). Allerdings vermengen EHRЛИCH und MOKRE mehrfach Verhaltensnorm und Entscheidungsnorm und trennen deshalb Recht und Sitte nicht deutlich. Außerdem äußert sich MOKRE S. 408 widersprüchlich.

<sup>206</sup> ZöfFR 1932, 281 f. – 286, 291, 294 f., 296. MOKRE selbst hat indessen die Vermengung beibehalten. Ähnlich VOIIN D 1948 Chr. 149 ff. (justification und fondement); RÜMELIN, JherJb. 1889, 186; RÜMELIN, Gewohnheitsrecht S. 23 (zu den Folgen vgl. S. 56 ff.); DEL VECCHIO, Lezioni S. 225; KAUFMANN S. 20 (Geltung-materielle Gültigkeit); besonders auffallend SCHUPPE S. 100. Zum Doppelsinn des Geltungsbegriffes vgl. JERUSALEM S. 31 f.

<sup>207</sup> Vgl. TESAURO, Rass. dir. pubbl. 1955, I, 195; RICHARDI S. 33; COING, Rechtsphil. S. 241 f. (inkonsequent daher S. 243); ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 215; unklar KAUFMANN S. 30, 41.

<sup>208</sup> Zutreffend dienten deshalb der älteren soziologischen Schule um DURKHEIM und HAURIUO soziologische Kriterien nur als Anhaltspunkte der gesetzgeberischen Methode. Sie bestimmten jedoch nicht die Geltung positiven Rechts. Vgl. Näheres bei GÉNY, Science Bd. II, S. 74 ff. Verfehlt daher EHRЛИCH, Soziologie S. 31 ff., 39, 42. Vgl. dazu die merkwürdigen Konsequenzen S. 62, 98, 103; ders. Gewohnheitsrecht S. 40. Damit verstößt EHRЛИCH selbst gegen die Soziologie S. 368, Gewohnheitsrecht S. 8, 28 postulierte Unterscheidung von Lebensnorm-Entscheidungsnorm. Auffallend auch APELDOORN S. 16. Vor allem aber ist auf die bereits erwähnte französische Lehre einer soziologischen Begründung des Geltens von Gewohnheitsrecht zu verweisen.

Neuschöpfung oder Aktualisierung von Rechtsnormen haben, berühren aber die Frage nicht, ob etwas als Rechtsnorm in einer positiven Ordnung gilt.

200. Hinsichtlich des Geltungsproblems spielt gerade beim Gewohnheitsrecht die Vorstellung eine Rolle, daß es sich um eine *originäre Schöpfung der Gemeinschaft* handelt. Diese selbst setzt die Gewohnheitsrechtsnorm in Geltung, die Rechtspflegeorgane haben sie folglich anzuwenden. Auf diesen Gedanken stützt sich, teilweise gemischt mit wertenden Kriterien, die eingangs vermerkte Wiederentdeckung eines staatsunabhängigen<sup>209</sup> *internationalen Gewohnheitsrechts des Welthandels*.<sup>210</sup> Ob es sich dabei um geltendes Gewohnheitsrecht handelt, ist neuerdings besonders strittig geworden und so soll beispielhaft darauf bei der Behandlung der Geltungsfrage in erster Linie Rücksicht genommen werden.<sup>211</sup>

Da sich die internationale Wirtschaft durch Verbands- oder kartellartige Zusammenschlüsse und eigene Gerichtsorgane gegenüber den nationalstaatlichen Ordnungen verselbständigt, kann ihren Normen der Charakter von Rechtsnormen in dem oben definierten Sinn kaum abgesprochen werden.<sup>212</sup> Dennoch

<sup>209</sup> In der Literatur bestehen insoweit noch begriffliche Unklarheiten. Zum Beispiel spricht LUTHLEN S. 33 von Gewohnheiten, die sich zwischen Staaten herausbilden. Er verlagert damit das Welthandelsgewohnheitsrecht auf die völkerrechtliche Ebene. In dieser Richtung auch SCHMITTHOFF, Dölle-Festschr. Bd. II, S. 267. Indessen ist zu unterscheiden zwischen Gewohnheiten von Privatpersonen und Organisationen, die das Völkerrecht nicht berühren, vgl. HOLLÄNDER, RvglHwb, Cif-Klausel I und GROSSMANN-DOERTH, HansRZ 1925, 102 f. und völkerrechtlichen Vereinbarungen über internationales Handelsrecht. Nach JULIOT DE LA MORANDIÈRE-RODIÈRE-HOUIN Bd. I, S. 19 ff. sind letztere die einzige Form, in der sich überstaatliche Gewohnheiten rechtlich internationalisieren (anders Bd. II, S. 128 ff.). Vgl. dazu MOLLE S. 445 und die Beispiele bei SCHMITTHOFF, RabelsZ 1964, 62. Beide Bereiche werden nicht klar unterschieden bei GOLDMANN, Clunet 1963, 324 ff. (386) und im Report UN-Generalsekretär A 6396 GAOR 21. Sess. Annexes Bd. II Item 88 Nr. 25. Im folgenden interessieren nur die Gewohnheiten des Handels selbst.

<sup>210</sup> Erste Ansätze schon bei GÉNY, Méthode Bd. I, S. 375 ff. und unklar bei VIVANTE, Arch. giur. 1882, 242. In neuerer Zeit vgl. SCHMITTHOFF, RabelsZ 1964, 69 und DÖLLE-Festschr. Bd. II, S. 257 ff. (270); KAHN, Vente, der sich S. 36 auf BELING, Mélanges Gény Bd. II, S. 148 beruft (vgl. dazu Fußn. 217); PEYREFITTE D. 1965 Chr. 113 ff.; FOUCHARD S. 403; DELLO SIESTO, Riv. banc. 1952, 460; GOLDMANN, Rev. crit. dr. int. priv. 1967, 554; CAVAGLIERI S. 19 (forza quasi autonoma der Havereiregeln von York und Antwerpen); GOLDMANN, Arch. phil. dr. 1964, 187 ff.; ohne endgültige Stellungnahme NEUHAUS S. 10 f., 222.

<sup>211</sup> Hierbei ist wiederum zu unterscheiden, ob internationale Gewohnheiten als Rechtsnormen oder als Verkehrssitten gemeint sind. Auch in dieser Frage wird häufig nicht deutlich unterschieden, vgl. z. B. EISEMANN, Akkreditiv S. 11; LOUSSOUARN-BREDIN, S. 47 f.; SCHMITTHOFF, RabelsZ 1964, 61; FEDOZZI S. 317 ff. Internationale Verkehrssitten wurden im IV. Kap. bejaht. Nur ihre Geltung als Rechtsnormen ist deshalb hier von Bedeutung.

<sup>212</sup> Vgl. GOLDMANN, Arch. phil. dr. 1964, 177 ff. (191 f.). Bei vierzig geprüften Vertragsmustern von Verbänden stellt BAKKERS S. 8 durchgehend Schiedsklauseln fest. Vgl. auch LANGEN, NJW 1969, 358; DEL MARMOL, Rev. dr. int. lég. comp. 1936, 619 f.; BALOSSINI, Consuetudini S. 144 (ohne endgültige Stellungnahme). Indessen stellt sich

hat sich die Rechtslehre einem solchen Gewohnheitsrecht widersetzt, weil es mit *staatlicher Souveränität* und Verfassungsprinzipien unvereinbar sei.<sup>213</sup>

Gegen die *Geltung staatsunabhängigen Gewohnheitsrechts* können Einwände nur erhoben werden, wenn unter Durchsetzbarkeit verstanden wird, daß es vor staatlichen Organen gilt und anzuwenden ist.<sup>214</sup> Beim Gewohnheitsrecht wird dieser Fehler häufig begangen, weil es üblich geworden ist, seine Verbindlichkeit mit derjenigen staatlicher Gesetze zu vergleichen. Die Befürworter des internationalen Gewohnheitsrechts des Welthandels selbst haben sich kaum bemüht, ihren eigenen Standort in dieser Frage zu verdeutlichen.<sup>215</sup>

Der Streit um die Geltung staatsunabhängigen internationalen Gewohnheitsrechts kann beseitigt werden, wenn man die Vorstellung aufgibt, daß Normen schlechthin verbindlich sind.<sup>216</sup>

hinsichtlich der Verselbständigung des internationalen Schiedsgerichtswesens das Gewohnheitsrechtsproblem nicht in allen Fällen. Es scheidet vor allem aus, wenn es sich um Billigkeitsarbitrage handelt und dabei Gewohnheiten ad hoc als Elemente der *aequitas* oder *bona fides* angewendet werden. Insoweit ist es nicht ganz zutreffend, wenn sich GOLDMANN, aaO auf die in Clunet 1959, 1074 ff. und Rev. crit. dr. int. priv. 1963, 272 ff. abgedruckten Schiedssprüche beruft. In beiden Fällen erklärten die Schiedsrichter, sie seien *amiabiles compositeurs*, bzw. es liege arbitrage de caractère amical vor. Eine Berufung auf ein angebliches *droit naturel moderne* bzw. eine *doctrine mondiale* bleibt in den Entscheidungen ohne Vertiefung. Hinsichtlich der ad hoc Schiedsgerichte und Billigkeitsarbitrage differenzieren auch SCHLESINGER-GÜNDISCH, *RabelsZ* 1964, 30 f. nicht hinreichend, offenbar weil nach ihrer Auffassung Rechtssätze bloße „Gedanken“ darstellen, vgl. S. 31. Damit wird der Normcharakter dieses Rechts jedoch beiseite geschoben. Allgemein zur Bedeutung des Schiedsgerichtswesens in diesem Zusammenhang vgl. schon BIERLING Bd. II, S. 333; GROSSMANN-DOERTH, *HansRZ* 1929, 539; ders. *ÜberseeKauf* S. 42 f.

<sup>213</sup> RIPERT, *Dr. marit.* Bd. III, S. 207 besonders hinsichtlich der York-Antwerpener Havereiregeln, bei denen jedoch nach Nr. 60, 61 zweifelhaft ist, ob es sich um Gewohnheiten handelt. Weiter in dieser Richtung HAMEL-LAGARDE Bd. I, S. 53; PEDAMON, *Jur. comm.* S. 6; SCHINNERER, *ZfRVgl.* 1968, 196 f., 207 f.

<sup>214</sup> So eine allerdings weitverbreitete Auffassung, vgl. etwa ROUBIER, *Théorie* S. 12, 80; andeutungsweise ders. *Mélanges Ripert* Bd. I, S. 10 f. und FRAGISTAS, *Mélanges Maury*, Bd. II, S. 139 ff.; D'ANTONIO, *Giur. it.* 1935, IV, 273; AGO, *Lezioni* S. 51 f.; JHERING, Bd. I, S. 240, 247.

<sup>215</sup> Kennzeichnend z. B. GÉNY, *Méthode* Bd. I, S. 375 ff. oder KAHN, *Vente* S. 6, 35 f., die dieses Recht als Ergebnis der Autonomie des Handels betrachten und deshalb seine Beachtung auch seitens staatlicher Organe verlangen. Als Argument dienen die mittelalterliche Autonomie der Korporationen und Zünfte. Da diese jedoch wie oben gezeigt, sich auf Privilegien gründete und rechtlichen Charakter besaß, kann sie nicht auf die rein tatsächliche Autonomie des modernen internationalen Handels übertragen werden. Zur Differenzierung rechtlicher und soziologischer Autonomie vgl. MORI-CHECCUCCI S. 31 f. und beiläufig LORENZ, *ZHR* 1964, 149 f.; HAEMMERLE, *Grundriß* S. 18; CROME, *BGB* Bd. I, S. 90 f.; ZITELMANN, *AcP* 1883, 366; LABAND, *ZHR* 1872, 482; GOERTZ S. 51; EISEMANN, *Incoterms* S. 52.

<sup>216</sup> Auch diese Frage wird übergangen oder nur oberflächlich erörtert. Illustrativ GOLDMANN, note zu *Cass. fr. v. 2. 5. 1966* = *Rev. crit. dr. int. priv.* 1967, 554 ff. In dem Fall ging es um die Zulässigkeit einer *clause compromissoire* in handelsrechtlichen Ver-

Rechtliche Verbindlichkeit setzt ein *Subordinationsverhältnis zwischen Normgeber und Normadressat* voraus. Wenn eine Norm als rechtsverbindlich bezeichnet wird, muß gleichzeitig von der Gemeinschaft gesprochen werden, in der sie gilt und durchsetzbar ist. Ohne diese Ergänzung hängt das Problem in der Luft,<sup>217</sup> weil jeder Einzelne in der Regel nicht nur in einem Subordinationsverhältnis lebt. Beispielsweise sind die Normen des Codex iuris canonici geltende Rechtsnormen.<sup>218</sup> Aber sie sind geltende Rechtsnormen nur für bestimmte Personen in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der katholischen Kirche. Für die gleichen Personen als Staatsbürger oder als Mitglieder eines Wirtschaftsverbandes sind sie es nicht.<sup>219</sup> Sie können zwar auch insofern das Verhalten des Einzelnen bestimmen, denn er kann sie für seine Lebenshaltung als verbindlich betrachten. Es fehlt insoweit aber der für eine Rechtsnorm wesentliche heteronome Charakter.

Der Verbindlichkeitswert von Rechtsnormen ist nur *relativer Natur*. Daraus ergibt sich, daß ein und dieselbe Norm, je nach dem Ordnungssystem, auf das sie bezogen wird, zugleich als rechtsverbindlich gilt und nicht gilt. Von hier aus kann das Mißverständnis über das internationale Gewohnheitsrecht aufgehoben und zugleich genauer umschrieben werden, ob und unter welchen Voraussetzungen Gewohnheitsrecht zu bejahen ist.

Wenn ein italienischer Exporteur und ein holländischer Importeur, die einem internationalen Verband oder Kartell angehören, einen Kaufvertrag über kalabrischen Weizen schließen, so kann das italienische oder holländische Vertragsrecht aber auch

trügen des französischen Staates. Das Gericht erklärte diese Klausel trotz Art. 83, 1004 Cpc fr. für zulässig bei Verträgen „passés pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages de commerce maritime“. Hierin sieht nun GOLDMANN in Übereinstimmung mit FOUCHARD S. 101 ein droit coutumier commun international, das Art. 83, 1004 Cpc fr. außer Kraft setzt. Den Ausführungen von LEVEL, Clunet 1966, 649 ff. (652 f.), der dagegen offenbar eine Art richterlicher französischer Rechtsfortbildung annimmt, hält GOLDMANN entgegen, daß dann der usage z. B. in Belgien nicht gegenüber dem Cpc wirken könne. GOLDMANN setzt stillschweigend voraus, daß eine inhaltlich international gleichartige Regel auch international einheitlich verbindlich ist. Diese Annahme, die auch bei SCIALOJA, Navigazione S. 75 erscheint, führt im Ergebnis dazu, daß zwecks Feststellung eines droit commun mit eigener Geltung genügt, wenn inhaltliche Übereinstimmung einer Norm ermittelt wird. Zutreffend dagegen NIBOYET Bd. I, S. 46; BG v. 11. 7. 1935 = Clunet 1936, 1027 ff.; BALOSSINI, Consuetudini S. 142 Fußn. 84; KEGEL, Recours la Haye 1964, II, 260 f.

<sup>217</sup> BELING, Mélanges Gény Bd. I, S. 148 f.; GORLA S. 127: „non esiste in rerum natura la consuetudine come norma giuridica“; im Ergebnis auch CALAMANDREI, Riv. proc. civ. 1929, 160; LEVI S. 10.

<sup>218</sup> Das verkennen z. B. PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, Traité él. Bd. I, Nr. 139, 142 und JHERING Bd. I, S. 247 f. (alle außerstaatlichen Normen sind nur Normen minderen Grades). Zutreffend COING, Rechtsphil. S. 227.

<sup>219</sup> Dies ist hier vor allem bedeutsam, weil SCHMITTHOFF, Dölle-Festschr. Bd. II, S. 261 die lex mercatoria direkt mit dem kanonischen Recht und seiner mittelalterlichen zivilrechtlichen Stellung vergleicht. SCHMITTHOFFS Vorstellungen sind auch in dem Report UN-Generalsekretär A 6396 GAOR, 21. Sess. Annexes Bd. III Agenda Item 88 Nr. 18 f. übernommen worden.

beispielsweise die Ordnung der London Corn Trade Association ihr Verhältnis beherrschen. Dabei kann es geschehen, daß jede dieser Ordnungen mit heterogenen Normen an die Vertragspartner herantritt. Die Befolgung der Normen einer Ordnung wird in einem solchen Fall von den anderen möglicherweise als unrichtig betrachtet.

Dieser Zustand ist nicht, wie es zunächst scheinen könnte, eine bloße Folge des wechselnden Subordinationsverhältnisses. Vielmehr sind die inhaltlichen Abweichungen der Subordinationsverhältnisse nur der Reflex der Bedingtheit rechtlichen Sollens selbst. Wird zwischen dem Italiener und Holländer eine bestimmte Verbindlichkeit streitig, die sich aus einem behaupteten Gewohnheitsrecht ergibt, so wird der italienische Richter die Disp.prel. zum Cc.it., der holländische Richter die AB und der Verbands- oder Kartellrichter die für ihn maßgeblichen Anwendungsnormen prüfen.

Letzteres wird von den am staatlichen Recht geschulten Juristen leicht übersehen, denn für die staatliche Ordnung besteht bei schiedsrichterlichen Entscheidungen nur das Problem, ob sie im Ergebnis die Anerkennungsvoraussetzungen des staatlichen Rechts erfüllen.<sup>220</sup> Deshalb soll am Spruch des Scheidsgerechten von het Comité van graanhandelaren te Rotterdam v. 6. 2. 1964<sup>221</sup> gezeigt werden, daß sich die schiedsrichterlichen Organe hier genau wie staatliche Organe verhalten.<sup>222</sup>

Die Parteien stritten über die Verzinsung einer Kaufpreisforderung, die am 5. 10. 1963 in Rechnung gestellt worden war. Nach Art. 36 der einschlägigen Verbandsnormen ist eine Rechnung bei Empfang zahlbar und tritt damit zugleich der Beginn der Verzinsung ein. Das Schiedsgericht stellte jedoch als Gewohnheit fest, daß sieben Tage Ziel gewährt wurden. Es wählte nun nicht den Weg der ergänzenden Vertragsauslegung, sondern nahm einen Normkonflikt an. Die Gewohnheit wurde als Rechtsquelle betrachtet, die aus ihr hervorgegangene Regel als Norm bewertet und vorausgesetzt, daß Gewohnheitsrecht Verbandsrecht bricht. Folglich legte das Gericht den Verzinsungsbeginn auf den 12. 10. 1963 fest.

Die Kennzeichnung der Rechtsnorm als Norm, die in einer sozialen Gemeinschaft durchsetzbar ist, genügt nach alledem nur als theoretisches Denkmodell.<sup>223</sup> Ihre Geltung und damit ihr *Verbindlichkeitswert* ist erst aus ihrer *Zuordnung* zu einem gegebenen Ordnungssystem zu gewinnen.<sup>224</sup> Deshalb kann die Geltung von Gewohnheiten als Rechtsnormen nur für bestimmte positive Rechtsord-

<sup>220</sup> Kennzeichnend WERTHEIM, Gedenboek BW S. 117 f

<sup>221</sup> AR 1964 Nr. 520.

<sup>222</sup> Anders bei Schiedsgerichten ad hoc und Billigkeitsarbitrage, vgl. Fußn. 212.

<sup>223</sup> CALAMANDREI, Riv. proc. civ. 1929, 158; LEVI S. 13 f.; LONGO, Temi 1949, 525, 529; GUARINO, Dir. giur. 1956, 420 mit besonderer Kritik an der deutschen Literatur, der er nicht ganz zu Unrecht vorwirft, bei der theoretischen Aussage stehenzubleiben; ORESTANO, Riv. trim. dir. pubbl. 1963, 523; SUIJLING Bd. I, S. 26; DABIN, Ann. dr. sc. pol. Bd. IV, 130 ff.; teilweise LIVER, ZBJV 1955 bis, 11; SCHINNERER, ZfRVgl. 1963, 212 (impliciter); LAMBERT, Mélanges Gény Bd. III, S. 492.

<sup>224</sup> Fehlt ein wenigstens rudimentäres Ordnungssystem, so kann auch mangels eines Bezugspunktes nicht mehr von Rechtsnormen gesprochen werden. Nicht zutreffend daher ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 209 (Z. e und Fußn. 16).

nungen geprüft werden. Dies trifft auch für das internationale Gewohnheitsrecht zu. Scheitert z. B. die Zuordnung zum deutschen oder französischen Recht, so bleibt es nach dem System dieser Ordnungen tatsächliche Grundlage des internationalen Verkehrs.<sup>225</sup> Es mag dann als Verkehrssitte Bedeutung erlangen, eine darüber hinausgehende Wirkung ist ihm aber versperrt.<sup>226</sup> Die folgenden Ausführungen zum Gewohnheitsrecht sind daher in ihrem Aussagewert weiter zu beschränken. Es interessiert nicht, ob in etwaigen Ordnungen sozialer Gemeinschaften Gewohnheitsrecht gilt, sondern ob es in den westeuropäischen staatlichen Rechtsordnungen gilt.

201. Da das Gelten von Gewohnheitsrecht ein Zuordnungsproblem darstellt, kann nunmehr gefragt werden: Wonach beurteilt sich, ob Gewohnheiten in einer Rechtsordnung so gelten, daß sie als Rechtsnormen vor deren Organen potentiell durchsetzbar sind?

Auf diese Frage kann von zwei Seiten eine Antwort gesucht werden.<sup>227</sup> Den Rechtsgenossen wird nur interessieren, ob die Gewohnheit tatsächlich von den zuständigen Organen als Rechtsnorm angewendet wird. Gewohnheiten sind von dieser Sicht aus Normen, wenn die Gerichte sie bestätigt haben. Aber diese Lösung<sup>228</sup> ist für das Rechtsanwendungsorgan ungeeignet. Aus seiner Sicht ist eine

<sup>225</sup> Beiläufig vgl. STEINDORFF, JZ 1958, 241; MOLLE S. 439 ff. zu den Regeln und Gebräuchen des Dokumentenakkreditivs; NOBILI, Riv. dir. comm. 1957, I, 220; LÉAUTÉ, Rev. trim. civ. 1953, 436. Verkannt offenbar im Kommentar der ICC zu den Regeln des Dokumentenakkreditivs, Banca, borsa 1957, I, 163.

<sup>226</sup> App. Firenze v. 19. 1. 1951 = Banca borsa 1951, II, 166. Daraus erklärt sich, daß z. B. Art. 35 der Lissabonner Regeln über das Dokumentenakkreditiv in Schweden unwirksam bleibt, da das schwedische Recht bei den einschlägigen circa-Klauseln nur geringere Gewichtsschwankungen zuläßt, vgl. DELLO SIESTO, Riv. banc. 1952, 575. PEDAMON Jur. comm. S. 6; RAJSKI, Cah. dr. comp. 1964, 131. Unklar SCHINNERER, ZfRvgl. 1968, 209 ff., da er den Begriff „Handelsbrauch“ nicht genügend analysiert. Vgl. auch EISEMANN, Incoterms S. 31, 51 f., der allerdings den Begriff des Handelsbrauchs ausdehnt, um die Incoterms darunter subsumieren zu können.

<sup>227</sup> Vgl. STAMMLER, Wirtschaft S. 121. Sein Wechsel in der Bestimmung des Geltungsbegriffes, Rechtsphil. S. 101, Wirtschaft S. 120, 122, Richtiges Recht S. 236 ist daher inkonsequent und beruht auf einer Vertauschung des Standortes.

<sup>228</sup> Andeutungen in dieser Richtung in RG v. 14. 5. 1927 = RGZ 127, 287 (Gewohnheitsrecht abgelehnt, da der Satz „weder im Schrifttum, noch der Rechtsprechung“ akzeptiert ist); NÖRR ZRGR 84, 456 Z. 2; MOKRE ZöfR 1932, 409, weil er Gelten und „Gegebenheit“ bzw. „überwiegende Befolgung“ gleichsetzt, vgl. S. 399, 414, 448. Aus der zahlreichen Literatur vgl. z. B. weiter ENDEMANN, BGB Bd. I, S. 53; mit Einschränkungen materieller Art FRANCESCHELLI, Noviss. dig. it. Bd. IV Consuetudine Nr. 7; PEDAMON, Jur. comm. S. 9, 11, ders. Rev. trim. comm. 1959, 346; LEBRUN, Coutume S. 276; GUGGENHEIM, Mélanges Scelle Bd. I, S. 280 f.; JEANNEAU S. 236; HAEMMERLE, Handelsrecht Bd. I, S. 19 f. (anders noch Grundriß S. 15); EHRENZWEIG Bd. I, S. 61; DANZ, Auslegung S. 128. Alle diese Autoren vermeiden allerdings letzte Konsequenzen. Zum Streitstand vgl. BOBBIO, Encicl. dir. Bd. IX Consuetudine a § 7. Für logisch unmöglich hält VIVANTE, Trattato Bd. I, S. 50 f. einen Bestätigungseffekt. Sachlich zutreffend OERTMANN, Verkehrssitte S. 354 f.; MORI-CHECCUCCI S. 88.

Norm nur dann potentiell anwendbar, wenn es sie anwenden darf. Dies kann es aus etwaigen früheren „Bestätigungsurteilen“ nicht entnehmen. Ein besonderes *Bestätigungsverfahren existiert nicht*. Der Bestätigungseffekt könnte sich also nur aus den normalen Erkenntnisurteilen ergeben. Hierbei ist aber zu beachten, daß alle Fälle ausscheiden, in denen der frühere Richter einen Brauch infolge gesetzlicher Verweisung angewendet hat. Insoweit formuliert der Richter keine Rechtsnormen,<sup>229</sup> sein Urteil hat folglich auch keinen über den Einzelfall hinausreichenden normbegründenden Bestätigungseffekt.<sup>230</sup> Aber auch in sonstigen Fällen ist es nicht möglich, den Richter auf den Grundsatz zu verweisen: „Dieser Brauch ist anzuwenden, weil er existiert und die Gerichte ihn bisher angewendet haben.“ Zunächst versagt dieser Grundsatz, wenn das Gericht erstmals vor der Frage steht, ob es die aus einem Brauch abstrahierte Regel als Rechtsnorm anwenden darf. In einem Rechtssystem ohne Präjudizienbindung muß sich aber ein Richter auch bei Vorliegen einschlägiger Urteile diese Frage stets von neuem vorlegen. Er darf sich nicht allein deshalb auf ein Gewohnheitsrecht berufen, weil ein früherer Richter die Gewohnheit als Rechtsnorm angewendet hat. „Bestätigende Vorentscheidungen“ helfen also insgesamt bei der Lösung des Geltungs- und Zuordnungsproblems nicht.

Bisher sind die einzelnen Ordnungen und ihr Verhältnis zu den Gewohnheiten ihrer Mitglieder so betrachtet worden, als existieren sie einfach faktisch nebeneinander, d. h. ohne sich in ihrer normativen Bedeutung zu berühren. Jedoch ist diese Trennung nur als Denkschema durchführbar.<sup>231</sup> In der Wirklichkeit treten bisweilen fühlbare Kollisionen und, verbunden damit, eine Komplizierung des Gewohnheitsrechtsproblems auf.

Nach den durch ständige Übung entwickelten Verhaltensformen des italienischen Offizierskorps, die schließlich in einem Standeskodex ihren Niederschlag gefunden hatten, war ein Offizier verpflichtet, einen Kameraden, der seine Frau beleidigt hatte, zum Duell zu fordern. In einem von CALAMANDREI<sup>232</sup> berichteten Fall folgte ein Offizier dem nicht, sondern erstattete mit Rücksicht auf das strafrechtliche Verbot von Duellen Anzeige wegen Beleidigung bei der Strafverfolgungsbehörde. Die Vorgesetzten leiteten daraufhin ein Disziplinarverfahren gegen ihn ein. Der Offizier wurde in diesem Verfahren nach Art. 73 legge v. 11. 3. 1926 seines Dienstgrades für verlustig erklärt. Diese Vorschrift machte die *condotta cavaleresca* jedem Offizier zur Pflicht und dazu gehörte auch die aus ständiger Übung entwickelte Verhaltensform des rühenden Duells.

Es erscheint zunächst, als ob hier eine gegenseitige Durchdringung beider Normordnungen und der Gewohnheit stattgefunden hat. Dennoch handelt es sich bei genauerer Prüfung um einen *positivrechtlichen Akt der Übernahme* bzw.

<sup>229</sup> Vgl. Nr. 94.

<sup>230</sup> Vgl. SALEILES, Einführung S. 83 f.; AUBRY-RAU Bd. I, S. 57 Fußn. 10; BRETHER DE LA GRESSAYE-LABORDE-LACOSTE S. 262. Verfehlt SCHOLTEN-ASSER A. D. Bd. I, S. 144 f.

<sup>231</sup> Vgl. dazu HENKEL S. 21, 28.

<sup>232</sup> Riv. dir. proc. civ. 1929, 155 f.

Verwerfung,<sup>233</sup> also selbst um einen *normierten Vorgang*.<sup>234</sup> Die Übung des Duells wird im Ehrenkodex der Offiziere zur Rechtsnorm dieser Gemeinschaft. Für die staatliche Rechtsordnung bleibt die Norm zunächst irrelevant, ja wird geradezu als verwerflich geahndet. Die Kollision beider Normordnungen hat nur negativen Charakter und schafft für Personen, die beiden Ordnungen unterworfen sind, einen Pflichtenkonflikt. Dann aber geschieht etwas Neues. Die staatliche Rechtsordnung übernimmt den Brauch, der in der fremden Ordnung Norm ist, um damit einen gesetzlichen Allgemeinbegriff, die *condotta cavaleresca*, zu konkretisieren.<sup>235</sup> Ebenso hätte die staatliche Ordnung die Gewohnheit unmittelbar als Rechtsnorm übernehmen können. Das Beispiel bleibt in jedem Fall besonders illustrativ, da hier ein zunächst nur tatsächlicher Pflichtenkonflikt verrechtlicht wird. Damit aber ergibt sich, daß eine aus ständiger Übung entwickelte Regel nicht deshalb im Bereich einer Ordnung normativ gilt, weil sie im Bereich einer anderen Ordnung Normwert besitzt. Es ist sogar gleichgültig, ob die Übung anderswo als Norm gilt, oder ob sie einfach tatsächlich praktiziert wird. Die Begründung positivrechtlichen Geltens erfolgt vielmehr ausschließlich nach den Maßstäben und Bedürfnissen der positiven Ordnung selbst.<sup>236</sup>

<sup>233</sup> Im Ergebnis ähnlich BALOSSINI, *Consuetudini* S. 331 f., jedoch mit der Begründung, die beteiligten Kreise handelten bereits als Organe der Rechtsordnung, als „rappresentanti designati non consciamente, ma inconsciamente dal popolo.“ Damit erneuert BALOSSINI auf demokratischer Grundlage in leicht abgewandelter Form den *tacitus consensus principis*. Sein unbewußtes Mandat des Volkes ist ebenso fiktiv wie dieser. Außerdem paßt die Verweisung auf OERTMANN, *Verkehrssitte* S. 26 f. nicht. Ähnlich wie BELING, *Mélanges Gény* Bd. I, S. 151 f. hatte OERTMANN den Organschaftgedanken nur bildhaft vom Staatsrecht auf gesellschaftliche Verhältnisse übertragen und jedes einzelne Gesellschaftsmitglied, das eine Sittennorm befolgt, zugleich zum Norm anwendenden Organ erklärt. Mandatar und Mandant treffen hier also in einer Person zusammen und deshalb wird der Begriff des Mandats schon vom Tatsächlichen her gegenstandslos.

<sup>234</sup> Ausführlich LEVI S. 57 ff.; GIANNINI, *Riv. int. fil. dir.* 1947, 91; TILSCH, *ABGB-Festschr.* S. 40 f.; HIRSCH, *JZ* 1962, 329 f. Aufgabe der Rechtslehre ist es, die Tragweite dieses normativen Aktes zu erforschen. Sie kann jedoch nicht, wie GÉNY, *Méthode* Bd. I, S. 406 meint, ihn im Wege freier wissenschaftlicher Forschung ersetzen. Verfehlt LESS S. 61, der Gewohnheitsrecht eine „logische“ Priorität einräumen will; sowie ZICCARDI, *Riv. dir. proc. civ.* 1969, 174. Widersprüchlich GSCHNITZER, *Gewohnheitsrecht* S. 25, 34 f.

<sup>235</sup> Eine entsprechende Lage ergab sich im 19. Jh. in Frankreich hinsichtlich der Eintreibung von Anwaltsgebühren im Gerichtswege. Ständesrechtlich führte die Übung der Nichteintreibung als Ständesnorm zur Verwarnung oder Ausschluß der zuwiderhandelnden Anwälte aus dem *barreau*. Die staatlichen Gerichte beachteten dies nicht. Sie gaben Gebührenklagen statt, bestätigten aber zugleich die Entscheidungen der Ständesgerichte. Im einzelnen vgl. WAHL, *Rev. trim. civ.* 1905, 497 ff. (besonders 509 ff.).

<sup>236</sup> Ähnlich BRËTHE DE LA GRESSAYE-LABORDE-LACOSTE S. 245 anders aber S. 181; ROUBIER, *Théorie* S. 81 f.; CALAMANDREI, *Riv. proc. civ.* 1929, 167; *App. Roma* v. 3. 5. 1950 = *Monitore trib.* 1950, 260 (die Gewohnheit, Feindvermögen zu beschlagnahmen, mag ein relevanter *fatto giuridico* der Völkerrechtsordnung sein, läßt aber die staatliche Regelung des Eigentums unberührt, da hier der *fatto* anders bewertet werde). Weiter MORI-CHECCUCCI, S. 35 f.; PERGOLES, *Fonti* S. 82 f., der allerdings auch den Autonomie-

#### § 4. Gewohnheitsrecht insbesondere im Schuldvertragsrecht

202. Beim Gewohnheitsrecht handelt es sich um ein positives Geltungsproblem. Bei der jeweiligen Rechtsordnung liegt daher nicht nur die Entscheidung ob, sondern auch wie dem Brauch Geltung verschafft werden soll.<sup>237</sup> So kann in einem Rechtsbereich den Gewohnheiten weitgehend der Charakter von Rechtsnormen eingeräumt sein, während sie in anderen Bereichen fast vollständig ausgeschaltet sind.<sup>238</sup> In wieder anderen Bereichen kann ihnen dagegen eine Aufgabe als Auslegungskriterium oder als Hilfsmittel methodisch-richterlicher Rechtsfortbildung bzw. Gesetzesaktualisierung eingeräumt sein.<sup>239</sup> Deshalb ist es auch möglich, in den folgenden Untersuchungen die Frage auf Gewohnheitsrecht im Schuldvertragsrecht zu beschränken, soweit nicht allgemeine Strukturfragen zu berücksichtigen sind oder didaktisch auf Fälle aus anderen Rechtsgebieten eingegangen wird.

Gewohnheitsrecht wird im Schuldvertragsrecht so selten gegenwärtig, weil Gewohnheiten schon auf dem Weg über die Auslegung an der Bindungswirkung der Verträge teilnehmen. Da dies von der Typenmäßigkeit des Vertrages abhängt, bleibt ein besonderes Geltungsproblem nur bestehen, wenn trotz typenmäßiger Anwendbarkeit die Zurechnung des Brauches zum Vertrag scheitert.<sup>240</sup> Diese Situation kann zunächst eintreten, wenn die Partner anderes vereinbart, bzw. die Verkehrssitte ausgeschlossen haben. Sie kann außerdem eintreten, wenn das Gesetz eine Regelung enthält, die vertraglich nicht ausgeschaltet werden kann. Damit wird das Geltungsproblem für den Bereich des Schuldvertragsrechts im ersten Fall auf die Möglichkeit zwingenden Gewohnheitsrechts und im zweiten Fall auf die Zulässigkeit von Gewohnheitsrecht gegen zwingendes Gesetz beschränkt.

gedanken verwendet; LONGO, *Temi* 1949, 541; KOSTERS S. 88 ff.; BOBBIO, *ArchRSPhil.* 1958, 314.

<sup>237</sup> Im Ansatz zutreffend RAISER, *AGB* S. 73; beiläufig OERTMANN, *Verkehrssitte* S. 360; EISEMANN, *Incoterms* S. 41; LEVI S. 65 ff.; andeutungsweise GIANNINI, *Riv. int. fil. dir.* 1947, 91 f.; sehr klar LONGO, *Temi* 1949, 534, 545; TESAURO, *Rass. dir. pubbl.* 1955, I, 195; indirekt *Pand. B.* Bd. XXVII, 900 Nr. 24/31.

<sup>238</sup> Z. B. im Strafrecht vgl. SCHMIDT, *MDR* 1961, 273. Wird die Geltung von Gewohnheitsrecht aus Kriterien abgeleitet, die dem positiven Recht vorgegeben sind, so ist diese Beschränkbarkeit nicht zu erklären.

<sup>239</sup> LEBRUN, *Coutume* S. 361 f. und DIEVOET S. 251 ff. berücksichtigen das nicht hinreichend und qualifizieren deshalb als Gewohnheitsrechtsproblem Fragen, die nicht hierher gehören. Z. B. bei CARRARA S. 209 f. wird die italienische *communione tacita familiare* als Ergebnis von Gewohnheitsrecht bezeichnet. Auch hier liegt eine unzutreffende Einordnung vor, die sich aus einem allzu summarischen Urteil über ein Bündel schuldrechtlicher, erbrechtlicher und sachenrechtlicher Fragen ergibt. Wie *Trib. Pescara v. 11. 3. 1953 = Riv. giur. umbro-abruz.* 1954, 127 ff. zeigt, handelt es sich bei dieser *communione* im Kern um ein schuldrechtliches Auslegungsproblem.

<sup>240</sup> Zur Beschränkung des Geltungsproblems vgl. CROME, *JherJb.* 1898, 330 und JULLIOT DE LA MORANDIÈRE-RODIÈRE-HOUIN Bd. I, S. 11.

*I. Zwingendes Gewohnheitsrecht*

203. Zum Verhältnis von Verkehrssitte und Gewohnheitsrecht meint LANGE<sup>241</sup>: „Die Verkehrssitte ist keine Rechtsnorm, kein Gewohnheitsrecht, dem die einzelnen Angehörigen des Verkehrsbereiches schlechthin unterworfen wären.“ Etwas später schreibt er dann, daß es sich bei Verkehrssitten nicht um Normen handelt, denen der Einzelne „unausweichlich unterworfen“ ist.<sup>242</sup> Damit wird der Eindruck erweckt, daß es sich bei Verkehrssitten um nachgiebige und beim Gewohnheitsrecht um zwingende Normen handelt. Häufig wird auch die Möglichkeit zwingenden Gewohnheitsrechts als problemlose Tatsache vorausgesetzt und lediglich noch durch Beispielfälle belegt; oder sie wird als Ergebnis der Interessenlage bzw. einer Notwendigkeitsüberzeugung der Rechtsgenossen betrachtet.<sup>243</sup>

Beim Problem der Schweigenszurechnung sind bereits zwei Fälle genannt worden, die gelegentlich als Ergebnis zwingenden Gewohnheitsrechts gelten: das Schweigen auf Bestätigungsschreiben und der *mandat tacite domestique*. Beide Beispiele zeigen, daß die rein empirische Beweisführung mit Vorsicht zu beurteilen ist. Nun kann im Rahmen einer allgemeinen Darstellung nicht jede einzelne, angeblich zwingende Gewohnheitsrechtsnorm widerlegt werden. Soweit sie bekannt geworden sind, wurden sie geprüft und festgestellt, daß es sich in keinem Fall um zwingendes Recht handelt. Einige bekanntere französische Fälle mögen, mangels deutscher Beispiele, als Beleg dienen.

Nach zwingender französischer Gewohnheitsnorm soll um 1850 beim Kauf eines Handelsgeschäfts den Käufer die Verpflichtung getroffen haben, die Übernahme in der Presse zu publizieren und die Zahlung des Kaufpreises zur Sicherung etwaiger Gläubiger des Verkäufers für 10 Tage auszusetzen. Die Entwicklungsgeschichte<sup>244</sup> dieses „Gewohnheitsrechts“ beginnt mit einer Entscheidung des Tribunal Civil de la Seine vom 5. 2. 1859. Danach stellt verfrühte Zahlung kein schuldhaftes Verhalten des Käufers dar, aus dem die Gläubiger des Verkäufers Schadensersatzansprüche nach Art. 1382 Cc fr. ableiten könnten. Später schwankte das Gericht und gab schließlich

<sup>241</sup> LANGE S. 44 f.

<sup>242</sup> Ähnlich STAUDINGER-COING, Rdz. 12 zu § 133 BGB; GALLOIS, JR 1956, 47: Gewohnheit, deren Nichtbeachtung rechtswidrig ist. In der Rechtsprechung z. B. Trib. Roma v. 18. 2. 1952 = *Temi Romana* 1953, 101 ff. (103).

<sup>243</sup> Z. B. OERTMANN, Verkehrssitte S. 350; v. TUHR Bd. I, S. 31; CROME, BGB Bd. I, S. 87 (eine Übung, die über der Willkür des einzelnen steht); COSACK, BGB Bd. I, S. 33; BVerwG v. 2. 12. 1960 = JR 1961, 512 ff. (Zwangsbetreibung von Handelskammerbeiträgen, im Ergebnis jedoch verneinend); RAISER, AGB S. 86; Rép. dr. civ. Bd. I, contrats et conventions Nr. 108; obiter App. Bruxelles v. 14. 5. 1952 = Journ. trib. 1953, 636; Trib. comm. Bruxelles v. 3. 2. 1960 = Jur. comm. Brux. 1960, 285 ff. (in beiden Fällen wurde jedoch das Bestehen einer Übung verneint); HAMEL-LAGARDE Bd. I, 56; MARTY-RAYNAUD Bd. I, S. 191; THALLER-PERCEROU S. 44, 46; BARBERO, Sistema Bd. I, S. 77, Fußn. 2; ROCCO, Principii S. 149; CESSARI S. 192; HOUIN, *RabelsZ* 1959, 252 f. (mit Beispielsangaben).

<sup>244</sup> Sie wird eingehend bei Trib. civ. Seine v. 31. 8. 1868 = D. P. 1868, III, 96 geschildert. Dort siehe auch die Entscheidung v. 5. 2. 1859.

einigen auf Art. 1382 Cc. fr. gestützten Klagen statt. Ein usage impératif erscheint als selbständige Anspruchsgrundlage erst und unvermittelt in der Entscheidung vom 31. 3. 1868. Alle Entscheidungen stammen jedoch vom gleichen Gericht und dieses stützte sich mit Ausnahme des Urteils vom 31. 3. 1868 auf eine Konkretisierung des Haftungstatbestandes von Art. 1382 Cc. fr. So kann zwar davon gesprochen werden, daß durch die gerichtliche Anwendung des Art. 1382 Cc. fr. ein bestimmtes Verhalten der Pariser Kaufleute erzwungen wurde. Es werden jedoch Ursache und Wirkung verwechselt, wenn hier ein usage als Verbindlichkeitsursache behauptet wird.<sup>245</sup> Außerhalb von Paris blieb übrigens die Anwendung der deliktsrechtlichen Vorschrift umstritten, so daß der Gesetzgeber selbst eingreifen mußte.<sup>246</sup>

Der usage impératif de publicité hat bei der location-gérance von Handelsfirmen eine merkwürdige Auferstehung gefeiert,<sup>247</sup> obwohl auch hier von einem usage keine Rede sein kann. In vier Entscheidungen nahm die Cour de Cassation zwischen 1938 und 1944 zu der Frage Stellung, ob ein nach Art. 1382 Cc. fr. zum Schadensersatz verpflichtendes Unterlassen des Verpächters vorliegt, wenn er die location-gérance nicht anzeigt.<sup>248</sup> Keine der Entscheidungen beruft sich auf einen usage. Im Urteil vom 26. 6. 1944 wird sogar betont, daß es sich um eine höchst individuelle Verschuldensfrage handelt und so kann Ripert feststellen, daß die Lösung des Problems „ne résulte d'aucun texte, d'aucun usage“.<sup>249</sup> Auch hier mußte schließlich der Gesetzgeber den Streit entscheiden.<sup>250</sup>

Nach allgemeiner französischer Auffassung tragen die natürlichen, zuerst vom Vater anerkannten Kinder, dessen Namen. Hierzu beruft sich die Cour d'Appel Paris vom 5. 4. 1946<sup>251</sup> auf eine coutume, wogegen PONSARD<sup>252</sup> eine angeblich ständige Rechtsprechung feststellt. Die Entwicklungsgeschichte zeigt wiederum ein anderes Bild. Bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges war das Namensrecht äußerst umstritten.<sup>253</sup> Eine einzige Entscheidung der Cour de Cassation vom 4. 6. 1946 zog einen Schlußstrich.<sup>254</sup> Dabei ist hervorzuheben, daß diese Sentenz den in neuerer Zeit immer stärker betonten Charakter des Richterrechts zeigt, zu dem sich das Gericht bei Ausbleiben gesetzgeberischer Reformen in steigendem Maße berechtigt erachtet.<sup>255</sup>

<sup>245</sup> Ablehnend LYON-CAEN-RENAULT Bd. III, S. 207 ff.; App. Paris v. 18. 2. 1882 = S. 1883, II, 91.

<sup>246</sup> Art. 3 L v. 17. 3. 1909 = D. P. 1909, 4, 41 heute i. d. F. v. 26. 7. 1955.

<sup>247</sup> HOUIN, *RabelsZ* 1955, 252.

<sup>248</sup> v. 6. 12. 1938 und 22. 2. 1939 = D. P. 1940, 1, 5 ff.; v. 26. 6. und 7. 11. 1944 = D 1945 J. 141 ff.

<sup>249</sup> D. P. 1940, 1, 5 ff. (7); vgl. auch MAUS-LIDSKY D 1957 L. 270.

<sup>250</sup> Art. 2 L. v. 20. 3. 1956 = D 1956 L. 128 ff.; zu dem aus der Nichtbeachtung sich ergebenden Unterlassungsdelikt vgl. MAUS-LIDSKY D 1957 L. 269 ff.

<sup>251</sup> D 1946 J. 363.

<sup>252</sup> D 1953 L. 69; LOISEL, *JCP* 1946, II, 3162 meint dagegen, es handle sich um eine Verwaltungspraxis der Standesämter.

<sup>253</sup> Vgl. SAVATIER, D 1946 J. 357 f.

<sup>254</sup> D 1946 J. 357; überholt durch L. v. 25. 7. 1952 = D 1953 L. 69.

<sup>255</sup> Zu den übrigen namensrechtlichen Fällen vgl. LEBRUN, *Coutume* S. 416 ff. und LEFEBVRE S. 142. LEFEBVRE S. 154 und PACHE S. 173 sehen auch dort, wie sich leicht nachweisen ließe, zutreffend nicht das Wirksamwerden von coutume, sondern die Entwicklung von Richterrecht. Vor allem gilt das für den Namen der verheirateten Frau. Die Rechtsprechung hat sich bisher nicht abschließend darüber ausgesprochen, ob hier der Brauch, den Namen des Mannes zu tragen, gleichzeitig bedeutet, daß sie ihn tragen muß. Damit wird sogar fraglich, ob dieser Fall überhaupt in den Bereich zwingenden Rechts gehört. Zum Gesamtproblem vgl. CARBONNIER, *Dr. civ.* Bd. I, S. 200 und zum ablehnenden holländischen Recht PABBRUWE S. 54.

204. Die These vom *zwingenden Gewohnheitsrecht* muß in einer *rechtsstaatlichen Ordnung* Mißtrauen hervorrufen. Es setzt den Einzelnen einem rechtlich sanktionierten gesellschaftlichen Zwang aus, der nur schwer überschaubar ist. Indessen sprechen wesentliche dogmatische Argumente ohnehin gegen die zwingende Kraft von Gewohnheitsrecht.

Wenn freilich besonders im Vertragsrecht zwingendes Gewohnheitsrecht wegen des Prinzips der Privatautonomie abgelehnt wird,<sup>256</sup> so überzeugt dies nicht. Als Grundsatz des positiven Rechts garantiert dieses Prinzip die Freiheit der Partner nur, soweit nicht zwingende Rechtsnormen entgegenstehen. Es wäre also denkbar, daß die Freiheit der Partner auch durch Gewohnheitsrecht beschränkt wird.

Eine Rechtsordnung, die sich der Gewohnheit als solcher öffnet, ohne ihre spezifische Normqualität festzusetzen, nimmt ihre Daseinsbedingungen in Kauf, läßt ihre Struktur also unberührt. Deshalb ist *bei Feblen einer besonderen Anordnung des Gesetzes zwingendes Gewohnheitsrecht nicht möglich*. Zutreffend bemerkt BALOSSINI: „L'impossibilità che esistano usi imperativi sta in una insuperabile esigenza strutturale. Il fatto della produzione consuetudinaria può giungere ad esprimere un precetto normativo per astrazione e generalizzazione dei singoli atti, ma non può esprimere *actis* cio che è esprimibile soltanto *verbis*, e cioè una intenzione, quella della inderogabilità“.<sup>257</sup> Zu einem anderen Ergebnis kann nur gelangen, wer Rechtsmacht mit tatsächlicher Macht vertauscht.<sup>258</sup> Dem aber kann juristisch nicht zugestimmt werden.<sup>259</sup> Die Gewohnheit lebt dadurch, daß sie befolgt wird. Zwar kann das positive Recht anordnen, daß sie unbedingt zu befolgen ist. Aus der bloßen Verweisung auf Gewohnheiten kann eine solche Anordnung jedoch nicht abgeleitet werden.<sup>260</sup>

Im Schuldvertragsrecht und insbesondere im deutschen Schuldvertragsrecht fehlen besondere Vorschriften und deshalb muß das Bestehen zwingender Gewohnheitsrechtsnormen abgelehnt werden.

<sup>256</sup> DE PAGE Bd. I, S. 284; Nouv. rép. usages comm. Nr. 13; STAUB-PISKO § 10 zu Art. 1 AHGB.

<sup>257</sup> Consuetudini S. 448; im Ergebnis ebenso GÉNY, Méthode Bd. I, S. 415; weiter KAHN, Vente S. 38; AUBRY-RAU Bd. XII, S. 53 Fußn. 8; vgl. zu diesem Problem auch HÉBRAUD, Rec. ac. lég. Toulouse 1949, 140 Fußn. 6; BOLAFFIO, Ccomm. Buch I, S. 51.

<sup>258</sup> So anscheinend EHRlich, Gewohnheitsrecht S. 13, 19 (tatsächliche Herrschaftsbeziehungen werden rechtliche, wenn sie als solche empfunden werden).

<sup>259</sup> Vgl. dazu schon die Kritik an ZITELMANNs empirischer Deduktion, Nr. 193.

<sup>260</sup> Cass. fr. v. 12. 1. 1939 = G. P. 1939, 1, 477: „Seule une prescription de la loi peut leurs donner un caractère impératif qui les fasse prévaloir sur les conventions des parties“; zutreffend führt hierzu Esmein, Bull. soc. ét. leg. 1905, 535 aus: „Tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas.“ Im Ergebnis ebenso VIVANTE, Trattato Bd. I, S. 53; MORI-CHECCUCCI S. 70; LA LUMIA, Corso S. 60; ASQUINI, Scritti, Bd. I, S. 62. Vgl. auch BVerwG v. 11. 1. 1963 = BVerwGE Bd. 15, 248 ff. (250). Der Gesetzgeber selbst hat danach zu entscheiden, ob von einer Ermächtigung zum Erlaß zwingenden Rechts nur durch Landesgesetz oder auch durch Gewohnheiten Gebrauch gemacht werden kann.

## II. Gesetzesaufhebendes Gewohnheitsrecht und zwingendes Gesetz

205. Charakteristisch für den gegenwärtigen Stand der Diskussion über gesetzesaufhebendes<sup>261</sup> Gewohnheitsrecht ist das Fehlen genauer Problemanalysen. Die aufhebende Kraft wird meist entweder generell bejaht oder ebenso generell verneint. Dabei setzen offenbar sogar manche Autoren<sup>262</sup> gesetzesaufhebendes Gewohnheitsrecht voraus, so daß nur noch eine positiv nachgeschobene juristische Begründung erforderlich wird.

Der Satz, Gewohnheit bricht Gesetz, ist so allgemein gefaßt, daß er zwingende und nachgiebige Gesetzesvorschriften einschließt und zugleich die *Abdingung im Einzelfall* (*derogatio*) und die *Aufhebung der Gesetzesvorschrift* (*abrogatio*) umfaßt.

Werden die interpretierenden Verkehrssitten als Rechtsnormen gewertet, so kann man bereits ihr bloßes Vorhandensein als teilweise Aufhebung des Gesetzesrechtes betrachten. Dennoch handelt es sich hierbei nur darum, daß das Gesetz im Einzelfall entsprechend den vertragsrechtlichen Grundsätzen unanwendbar wird. Die Formel, Gewohnheit bricht Recht, behält deshalb im hier interessierenden Zusammenhang nur dann einen selbständigen Sinn, wenn man sie auf die Aufhebung der Gesetzesnorm beschränkt. In diesem Fall ist sie jedoch gegenüber dispositiven Vorschriften nicht einschlägig. Auch eine in tausenden von Geschäften erfolgende andersartige Regelung, die sich zur allgemeinen Gewohnheit ausweitet, läßt die nur subsidiär wirkenden Vorschriften unberührt.<sup>263</sup>

<sup>261</sup> Gleichgültig ist, ob es sich um formelle Gesetze oder delegierte Gesetzgebung der Verwaltung handelt, vgl. RG v. 1. 3. 1927 = RGZ 116, 247 ff. (254); Cass. fr. v. 9. 2. 1953 = Jur. comm. S. 9; v. 29. 10. 1929 = D. H. 1930 J. 21.

<sup>262</sup> Z. B. RÜMELIN, JherJb. 1889, 159. Offenbar auch GIERKE, Handelsrecht S. 23, und CANARIS, Systemdenken S. 67 (systemwidriges Gewohnheitsrecht).

<sup>263</sup> Vgl. näher die ausgezeichnete Begründung von KISCH, WPNR 4294; eine Klarstellung im hier vertretenen Sinn bringt Conclusie 25 Handelingen Staten Generaal 2. Kammer 1952/53, II, 2865 Reform BW. Danach ist zu unterscheiden, ob ein Gesetz „haar kracht kan verliezen“ oder „Vorschriften van regelnd recht . . . kunnen worden op zij gezet“. Damit ist deutlich gemacht, daß das Zurücktreten nachgiebigen Rechts nichts mit seiner Aufhebung zu tun hat. Im Ergebnis auch NUSSBAUM, ArchbürgR 1916, 159 f. (Fußn. 60); CROME, JherJb. 1898, 362 ff. (allerdings von seinem Gewohnheitsrechtsbegriff her anders begründet); W. DAVID S. 54; GEISLER S. 54; MESSINEO, Manuale Bd. I, S. 75 f.; in der Begründung jedoch zutreffender, DE LONGHI, Studi-Ciapessoni S. 161 f. und TORRENTE, Manuale S. 14. Im übrigen ist dieser Fragenkomplex in Italien häufig von der Auffassung beeinflusst worden, daß die Verweisung auf Gebräuche in Art. 1340 oder 1374 Cc. it. eine Konkretisierung von Art. 1 und 8 Disp. prel. ist. Die Heranziehung der *usi* zur Auslegung wurde folglich nicht als *derogatio* des Gesetzes, sondern als *abrogatio* verstanden und daher für unzulässig erklärt, vgl. ROCCO, Dir. comm. S. 135 ff. (noch für das alte Recht); ASQUINI, Studi Scialoja Bd. III, S. 25 ff.; TRABUCCHI S. 22; FRANCESCHELLI, Noviss. dig. it. Bd. IV, Consuetudine Ziff. f. § 10 statt vieler. Wie sich bei BÉGUELIN S. 30 und DANZ, JherJb. 1898, 454, 495 (anders Auslegung S. 129) zeigt, findet sich die gleiche Fehldeutung auch in der deutschen Literatur. Sie ist aber vereinzelt geblieben. Es erscheint deshalb merkwürdig, daß BGH v. 18. 12. 1951 = LM 3 zu § 151 BGB annimmt, durch einen interpretierenden Handelsbrauch werde dispositives

Die Aufhebung zwingender Gesetznormen durch Gewohnheitsrecht hat unter dem besonders nachteilig wirkenden Einfluß historischer und später auch soziologischer Orientierung der Rechtsquellenlehre gestanden. Entsprechend den Forderungen eines angeblichen Rechtsrealismus wurden *tatsächliche und rechtliche Wirksamkeit von Rechtsnormen* regelmäßig als *eine Einheit* angesehen.<sup>264</sup> Das Problem der Gesetzaufhebung wird in diesem Sinne von AIOSA so umschrieben: „se alla consuetudine si possa attribuire valore abrogativo, cioè il potere di togliere vigore ad una legge, rendendola inefficace“.<sup>265</sup> Ähnlich heißt es bei CROME, daß gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht nicht verneint werden könne, weil es sich „immer mit elementarer Kraft bestätigen“ wird.<sup>266</sup>

Da man *Gesetzesaufhebung* und *tatsächliche Unwirksamkeit* gleichsetzte, bezog man die sogenannte *desuetudo* in den Themenkreis ein. *Desuetudo* und *abrogatio* werden zu Synonyma.<sup>267</sup> Die langjährige Nichtanwendung einer gesetzlichen Vorschrift geht in ihre Aufhebung über. Nichtbefolgen des gesetzlichen Anspruchs erscheint als Beseitigung des Anspruchs selbst.

*Desuetudo*, Nichtanwendung des Gesetzes und *abrogatio*, Beseitigung der Norm können nicht auf eine Stufe gestellt werden. „La désuétude“, so bemerkt KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI,<sup>268</sup> „représente le fait de non-usage d'une loi, l'abandon d'une loi, ce qui n'exclut pas qu'on y revienne“. Solange sich die Diskussion auf der Ebene des Tatsächlichen bewegt, kann das Schicksal einer aus der Übung geratenen Gesetznorm nicht anders beurteilt werden.

Das Thema der Gesetzaufhebung wird erst bedeutsam, wenn zu klären ist, ob die Nichtbefolgung rechtmäßig und eine Wiederanwendung der gesetzlichen

Recht außer Kraft gesetzt. Die Berufung des Gerichts auf RG v. 2. 12. 1925 = RGZ 112, 150 f. deckt diesen Satz nicht, da dort nur eine Abdingung im Einzelfall festgestellt wurde.

<sup>264</sup> v. TUHR Bd. I, S. 10; OERTMANN, BGB Einl. 2 b, α; GEISLER S. 27 ff.; STAMMLER, Rechtsphil. S. 147 (Kraft und Gelten); besonders nachdrücklich CAPITANT, Impératif S. 113; DIEVOET S. 258 f.; LEBRUN, Coutume S. 394; MARTY-RAYNAUD Bd. I, S. 194 f.; ROMANO, Autonomia S. 107.

<sup>265</sup> Corr. amm. 1956, 841. In den weiteren Ausführungen führt er diesen Gedanken jedoch nicht konsequent durch.

<sup>266</sup> JherJb. 1898, 335.

<sup>267</sup> EGGER, Züricher-Kommentar Nr. 32 zu Art. 1 ZGB; STAUDINGER-BRÄNDL, Einl. Rdz. 42 letzter Abs.; NÖRR ZRGR 84, 463 (*derogatio* und *Nichtgebrauch* identisch); BÉGUELIN S. 1; LEBRUN, Coutume S. 471 f.; LEFEBVRE S. 104 f. Als Belege nennt er jedoch nur Fälle, in denen Staatsorgane gesetzliche Vorschriften vernachlässigt haben. Auch ist LEFEBVRE nicht widerspruchsfrei, denn S. 45 lehnt er aus Verfassungsgründen unmittelbares Volksrecht ab; BIERLING Bd. II, S. 337; GOERTZ S. 26 f. faßt *abrogatio* und *desuetudo* sogar im Begriff der „*tatsächlichen Aufhebung*“ zusammen und verwendet diese als juristische Kategorie; GEISLER S. 30. Zu dem römischrechtlichen Hintergrund dieser Vermengung vgl. SCHMIEDEL S. 99 f.

<sup>268</sup> Mélanges Capitant S. 408 f.; BONFANTE, Riv. dir. comm. 1904, I, 278; im Ergebnis RIPERT, Forces créatrices S. 20 f., der aber zu weitgehend meint, *desuetudo* könne deshalb keine aufhebende Kraft besitzen, weil Gesetze je älter um so besser werden; vgl. auch die Darstellung des Problems in den Conclusions von LAFERRIÈRE zu Cass. fr. v.

Vorschrift rechtswidrig ist.<sup>269</sup> Werden die Maßstäbe dafür aus der gesetzeswidrigen Übung selbst entnommen, so beruht das entweder auf einem Denkfehler<sup>270</sup> oder dem stillschweigenden Postulat, daß die Rechtsordnung der jeweiligen gesellschaftlichen Wirklichkeit zu weichen hat. In diesem Fall wird aber *der rechtliche Imperativ durch einen unsicheren Indikativ ersetzt*.<sup>271</sup> Dies gilt auch in den Fällen, wo das Gewohnheitsrecht im originären Wirkungsbereich bereits Verbindlichkeit besitzt. Das originäre Gelten des Gewohnheitsrechts bleibt nach den obigen Ergebnissen für das positive Recht unbeachtlich.

Häufig ist bei den Auseinandersetzungen das Argument benutzt worden, daß positive Vorschriften über die Wirksamkeit von Gewohnheitsrecht unverbindlich seien, weil Gesetz und Gewohnheit gleichberechtigte Rechtsquellen darstellen.<sup>272</sup> Hier wird jedoch in Wahrheit sichtbar, wie gefährlich die Verknüpfung von soziologischer, sozial-moralischer und rechtlicher Fragestellung sich auswirkt. Es unterliegt keinem Zweifel, daß sich außerhalb und in Frontstellung gegen das Gesetz Gewohnheiten entwickeln können, die in einem anderen gesellschaftlichen Rahmen als verbindlich gelten. Diese Möglichkeit steht aber beim Problem des gesetzesaufhebenden Gewohnheitsrechts nicht in Frage.<sup>273</sup> Vielmehr handelt es sich ausschließlich darum, ob und in welchem Ausmaß eine gegebene Rechtsordnung davon Kenntnis nimmt und ihrer inneren Struktur entsprechend davon Kenntnis nehmen muß.

Wer diese Fragestellung bejaht und trotzdem daran festhält, daß Gewohnheit

31. 1. 1911 = D. P. 1901, I, 169; Nouv. rép. dr. Bd. III, lois et décrets Nr. 55; GERMANN, Methoden S. 146 f.

<sup>269</sup> Verkannt von FORIER, Journ. trib. 1968, 127 (Nr. 20 f.); PACHE S. 51; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Cours Bd. I, S. 62 zu Art. 1265 ff. Cc. fr. Auch wenn die dort geregelte cession volontaire de biens außer Anwendung gekommen ist, besagt das nichts über die fortbestehende Möglichkeit dieser eigenartigen Form der Schuldtilgung. Ebenso CAPITANT, Impératif S. 116 „le fait caractéristique du droit positif est . . . le fait d'obéissance à ses prescriptions de la part . . . des sujets“. Das Argument stillschweigender Zustimmung des Gesetzgebers durch Duldung räumt VANDER EYCKEN S. 173 mit der Bemerkung aus, daß es nicht Aufgabe des Gesetzgebers sei, die Befolgung der Gesetze zu überwachen. Unklar DAVID-GRASMANN S. 130 f.

<sup>270</sup> So schon JORDAN, AcP 1825, 216: „Es ist sonach zwar jedes ungültige Gesetz auch unanwendbar, aber nicht umgekehrt.“

<sup>271</sup> DUPEYROUX, Arch. phil. dr. 1938, 36 f. mit anschaulichen Beispielen aus dem Steuerrecht und gewerkschaftlichem Koalitionsrecht. Sehr scharf formuliert ROUBIER, Théorie S. 84, daß Rechtslehre auf diese Weise zur Rechtsanarchielehre werde, da der Zustand der Gesellschaft sich in einem ständigen dynamischen Prozeß befindet. BONFANTE, Riv. dir. comm. 1904, I, 279; SUIJLING, Bd. I, S. 27; ADICKES S. 70 ff. (72, 75). Kennzeichnend GSCHNITZER, Gewohnheitsrecht S. 39 (Das Gesetz leite von der Gewohnheit seine Verpflichtungswirkung ab).

<sup>272</sup> PACHE S. 215 f.; DEL VECCHIO, Lezioni S. 258, 269; REICHEL, Stammler Festschr. S. 327; widersprüchlich CROME, BGB Bd. I, S. 89 gegen S. 85; STAUDINGER-BRÄNDL Einl. Rdz. 42; STAUDINGER-WEBER Rdz. A 155 zu § 242 BGB; grundsätzlich auch CROME, JherJb. 1898, 333; GIERKE, Privatrecht Bd. I, S. 174 ff. (vgl. aber S. 165 f.); TITZE, Mißverständnis S. 471 f.

<sup>273</sup> Vgl. BOISTEL, Rev. gén. dr. lég. jur. 1879, 172 f.

und Gesetz gleichberechtigt sind, muß bei Vorhandensein einer Gewohnheit contra legem entweder zu unaufhebbaren Widersprüchen oder zu merkwürdigen Ergebnissen gelangen.

Es ist auffallend, daß die heutige Theorie, soweit sie die Gleichberechtigungstheorie vertritt, durchwegs übersieht, daß schon PUCHTA die Widersprüche geahnt, aber ungelöst gelassen hat. Er schreibt: „Ist ein Gewohnheitsrecht wirklich vorhanden, so hat auf die Beurteilung seiner Kollision mit gesetzlichem Recht seine Eigenschaft als Gewohnheitsrecht keinen Einfluß, diese Kollision ist vielmehr ganz ebenso anzusehen, wie wenn sie zwischen Rechtssätzen derselben Quelle einträte“.<sup>274</sup> Etwas später heißt es: „So wird z. B., solange die Verfassung eines Staates auf dem monarchischen Prinzip beruht, jede mit ihm unverträgliche Gewohnheit ausgeschlossen sein.“<sup>275</sup>

Aus diesem Dilemma, das bei PUCHTA aus einem doppeldeutigen Volksbegriff herrührt,<sup>276</sup> gibt es für die Gleichberechtigungstheorie nur einen Ausweg, der von KAMPHUISEN auf geradezu groteske Weise beschritten wurde: „Voorzooover dus naar Nederlandsch recht de beslissing eener rechtsvraag ter competentie van de rechterlijke macht staat, zal deze zich . . . moeten houden an de wetsbepaling, zelfs al zou en later gevormde norm van gewoonterecht de wetsnorm hebben opzigezet. De gewoonterechtelijke norm is dann ongetwijfeld recht en de wettelijke onrecht, maar de positie van den rechter en zijn opdracht maken het hem onmogelijk hier recht te spreken.“<sup>277</sup>

Ein solches Gewohnheitsrecht kann nur mit dem Satz von JHERING qualifiziert werden: „Ganz so gut könnte man sagen: Wenn das Feuer durch Wasser ausgelöscht ist, bleibt es immer noch Feuer, es brennt nur nicht!“<sup>278</sup>

206. Als *Strukturproblem* betrifft die *Zulässigkeit gesetzesaufhebenden Gewohnheitsrechts* die *Organisation der positiven Rechtsordnung*.<sup>279</sup> Hinsichtlich einer Teilfrage ist das selbst von Autoren anerkannt worden, die das positive Gesetz nicht für geeignet halten, dem Gewohnheitsrecht Schranken aufzuerlegen. In Staaten mit bundesstaatlicher Ordnung nämlich wird verbreitet die Auffassung vertreten, daß bundeseinheitliche Gesetze nur durch bundeseinheitliches Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt werden können.<sup>280</sup> Noch weitergehend

<sup>274</sup> Gewohnheitsrecht Bd. II, S. 215.

<sup>275</sup> Bd. II, S. 236.

<sup>276</sup> Das Volk als natürliche Einheit – als Glied der jeweiligen Verfassung, vgl. Gewohnheitsrecht Bd. I, S. 151.

<sup>277</sup> KAMPHUISEN S. 122; ähnlich DELORS, Arch. phil. dr. 1933, 100, 102, der jedoch das einmal bestehende Gesetz immerhin noch als fortbestehende tote Form hinnimmt; andeutungsweise auch VAN KUYK, NJV 1916, 184.

<sup>278</sup> JHERING, Bd. I, S. 250; vgl. auch CROME, JherJb. 1898, 353.

<sup>279</sup> Zutreffend daher Motive BGB Bd. I, S. 3. Nur ist es dann nicht konsequent, wenn gleichzeitig Gewohnheit und Gesetz nach den apriorischen Kriterien der historischen Rechtsschule als von vornherein gleichberechtigt angesehen werden.

<sup>280</sup> LANGE S. 41 f.; SCHLEGELBERGER Rdz. 2 zu § 346 HGB; STAUDINGER-COING, Einl. Rdz. 42 letzter Absatz; EGGER, Züricher-Kommentar Nr. 3 zu Art. 1 ZGB (im Wider-

wird sogar die Auffassung vertreten, daß sich Landesgewohnheitsrecht nur in den zur Landeskompetenz gehörenden Materien entfalten könne.<sup>281</sup> Demnach liegt es beim staatlichen Gesetzgeber, dem Gewohnheitsrecht staatliche Kompetenzschränken aufzuzwingen und Landesgewohnheitsrecht gegen bundeseinheitliche Gesetzesvorschriften zu verhindern. Deshalb ist es nicht folgerichtig, wenn gleichzeitig angenommen wird, daß die Aussagen des Gesetzes über die Zulässigkeit von Gewohnheitsrecht zum unverbindlichen Gesetzesinhalt gehören.<sup>282</sup>

Die organisationsrechtliche Qualifizierung des Themas führt zu seiner Einordnung in den Bereich des sogenannten *materiellen Verfassungsrechts*.<sup>283</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Zulässigkeit gesetzesaufhebenden Gewohnheitsrechts im formellen Verfassungsgesetz des Staates geregelt sein muß. Soweit die Verfassung den Raum freiläßt und eine allgemeine Regelung nicht trifft, kann im einfachen Gesetz selbst das Verhältnis zu den Gewohnheiten geregelt und bestimmt werden. Demnach kann ein Gesetz auch festlegen, unter welchen Voraussetzungen es durch Gewohnheiten außer Kraft gesetzt werden kann. Art. 15 Disp.prel. zum Cc.it. und Art. 5 AB enthalten folglich wirksame Verbote gesetzesaufhebenden Gewohnheitsrechts. Es bedarf keiner Prüfung, ob diese Normen die Bedingungen formellen Verfassungsrechts erfüllen.<sup>284</sup> Die Effektivität des Gesetzesrechts können solche Normen freilich nicht garantieren.<sup>285</sup>

spruch zu den Ausführungen Nr. 5, 32, dagegen in Übereinstimmung mit Nr. 22). Ganz deutlich wird der Widerspruch bei PACHE S. 101 f. und GMÜR S. 86 ff. einerseits, andererseits S. 95 f.; OERTMANN, BGB Einleitung 2 b,  $\alpha$   $\beta$  (beim Reichseinheitlichen Gewohnheitsrecht handle es sich um eine vorrechtliche Machtfrage, beim Landesgewohnheitsrecht um eine Frage der staatlichen Verfassung); CROME BGB Bd. I, S. 85; ders. JherJb. 1898, 323 ff.; GEISLER S. 27 f.

<sup>281</sup> STAUDINGER-COING, Einl. Rdz. 42 zweiter Absatz; ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 271.

<sup>282</sup> STAUDINGER-COING, Einl. Rdz. 42 erster Absatz; ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 270. Besonders kraß erscheint der Bruch in der Argumentation bei CROME, JherJb. 1898, 333/335, 342, 346 und 350 f. Vgl. auch GEISLER S. 28 (was an sich eine Tatfrage ist, wird hier zur Rechtsfrage).

<sup>283</sup> Insoweit zutreffend RÜMELIN, JherJb. 1889, 215; BIERLING Bd. II, S. 319 (Geltung kraft superordinierter Normen). Andeutungsweise schon BESELER S. 236; ESMEIN, Bull. soc. ét. lég. 1905, 534; WALTER, östJZ 1963, 226 f.; nicht ganz konsequent CARBONNIER, Dr. civ. Bd. I, 103 ff.; andeutungsweise, jedoch nicht widerspruchsfrei GÉNY, Méthode Bd. I, S. 409. Verkannt hingegen in den Motiven BGB Bd. I, S. 6, womit sich der Widerspruch oben Fußn. 279 erklärt.

<sup>284</sup> Dazu vgl. BALOSSINI, Consuetudini S. 497; CRISAFULLI, Stato dir. 1942, 110 f. Zu Art. 5 AB vgl. die Nachweise bei PABBRUWE S. 158 Fußn. 1. Der Autour selbst will zwingendes Recht im Einzelfall aus Gründen der Rechtssicherheit zurücktreten lassen, führt aber seine Ansicht nicht näher aus. Vgl. auch HR v. 22. 5. 1846 = W 711.

<sup>285</sup> FORMIGGINI, Usi S. 17 f.; UNGER Bd. I, S. 36. Die Verwechslung von Effektivität und Gelten macht sich hingegen besonders bemerkbar bei DIEVOET S. 258 f. zu Art. 3 AB; AIOSA, Corr. amm. 1956, 841; PUGLIATTI S. 92 zu Art. 15 Disp. prel.; REICHEL, Richterspruch S. 98, 100, 131. Verfehlt auch ENDEMANN BGB Bd. I, S. 52; GEISLER S. 31 und GOERTZ S. 30, die dem gesetzlichen Verbot nur insoweit Bedeutung einräumen, als es de facto Übermacht besitzt.

Wird die Möglichkeit gesetzesaufhebenden Gewohnheitsrechts als Organisationsproblem betrachtet, so ergeben sich Schwierigkeiten dann, wenn einschlägige Normen fehlen. Der Hinweis auf die organisationsrechtliche Fragestellung erweist sich als formal. Besonders gilt dies für das deutsche BGB. Zwar wird auch heute noch in der Literatur bisweilen Art. 2 EGBGB als einschlägige Vorschrift betrachtet.<sup>286</sup> Belegen läßt sich diese Meinung aber nicht.<sup>287</sup> Art. 2 EGBGB besagt nur, daß Gesetze im Sinne des BGB auch außergesetzliche Rechtsnormen sind. Nun ist zwar diese Vorschrift an die Stelle von § 2 des ersten Entwurfs zum BGB getreten, der nur Gewohnheitsrecht secundum legem zuließ. Die Streichung erfolgte aber nicht, weil auch Gewohnheiten contra legem für gültig erklärt werden sollten, sondern weil man sich über das Gesamtproblem nicht einig war.<sup>288</sup> Zunächst herrschten bei den Beratungen ausgehend von Art. 2 der Reichsverfassung organisationsrechtliche Erwägungen vor. Daneben machte sich jedoch der Einfluß der historischen Rechtsschule bemerkbar<sup>289</sup> und es wurde zweifelhaft, ob der Gesetzgeber überhaupt das Gelten von Gewohnheitsrecht beeinflussen kann. Da beide Richtungen nicht ausgeglichen werden konnten, überließ man die Entwicklung der Rechtslehre.<sup>290</sup> Art. 2 EGBGB wurde als eine Kompromißformel verabschiedet, die künftigen Erkenntnissen Raum ließ. Die Vorschrift ist also neutral und trägt zum Thema der Geltung von Gewohnheitsrecht nichts bei.<sup>291</sup>

Aber auch wenn entsprechende Vorschriften vorhanden sind, wie es im italienischen und holländischen Recht der Fall ist, ergibt sich die weitere Frage, ob nicht die bisherige Lösung die Schwierigkeiten bestehen läßt. Insbesondere ist nicht auszuschließen, daß sich gegenüber der verbietenden oder beschränkenden Organisationsnorm selbst ein Gewohnheitsrecht bildet. Die gesetzten Organisationsnormen könnten durch Gewohnheitsrecht aufgehoben und damit jedes gesetzesaufhebende Gewohnheitsrecht möglich werden.

Zwei Fragen sind demnach noch zu beantworten. Erstens muß das *Verhältnis von Gewohnheit und Gesetz bei Fehlen einschlägiger Organisationsnormen* geklärt und zweitens die *Stellung von Gewohnheiten zu den Organisationsnormen* analysiert werden.

207. In Anlehnung an KELSEN sind die fehlenden Organisationsnormen, aus denen sich eine Öffnung der positiven Rechtsordnung zugunsten von Gewohnheitsrecht ergeben könnte, bisweilen durch die Konstruktion einer *Urnorm* oder

<sup>286</sup> CROME, BGB Bd. I, S. 84; SCHLEGELBERGER Rdz. 2 zu § 346 HGB; LEHMANN-HÜBNER S. 14; ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 262 f.

<sup>287</sup> Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 263 Fußn. 4; ENDEMANN, BGB Bd. I, S. 52; GOERTZ S. 31. Ders. zum HGB aaO S. 32.

<sup>288</sup> Vgl. Prot. Bd. II, S. 3 f.; zur Analyse der Entwicklung vgl. SALEILLES, Einführung S. 69 ff.

<sup>289</sup> Vgl. Motive BGB Bd. I, 3; DANZ, JherJb. 1898, 382 f.

<sup>290</sup> Vgl. SALEILLES, Einführung S. 74; DÜRINGER-HACHENBURG Rdz. 1 zu § 346 HGB.

<sup>291</sup> OERTMANN, BGB Einl. 2 b; DANZ, JherJb. 1898, 382.

*Grundnorm* ersetzt worden. Für das österreichische Recht hat sich kürzlich WALTER<sup>292</sup> in dieser Richtung geäußert. Dem Vorwurf des Formalismus, der Kelsen gemacht worden ist, sucht WALTER auszuweichen, indem er an die Stelle begrifflicher Konstruktion eine „erkenntnisökonomische“ Methode setzt. Die Grundnorm soll danach Gewohnheiten als Rechtsnormen dann zulassen, wenn sie in ähnlicher Weise wie das Gesetz Wirkungen entfalten.<sup>293</sup>

Die Konstruktion der Grundnorm hält WALTER für notwendig, um der These von FORSTHOFF zu begegnen, daß das Gewohnheitsrecht eine evidente Ur-tatsache des Rechts ist.<sup>294</sup> Tatsachen können nach WALTER, und darin ist ihm zuzustimmen, nicht erklären, wieso etwas als Norm gilt. Es muß jedoch bezweifelt werden, ob die Grundnorm diese Schwierigkeit überwindet. Die Grundnorm selbst muß WALTER notgedrungen als gegeben voraussetzen. Sie ist also, um bei FORSTHOFFS Terminologie zu bleiben, eine nicht weiter ableitbare Tatsache<sup>295</sup> – oder sie ist nichts.<sup>296</sup>

Der von WALTER entwickelte Inhalt der Grundnorm ist ebenso fragwürdig. Wenn der positivrechtliche Normwert von Gewohnheitsrecht danach beurteilt werden soll, ob es die annähernd gleichen Wirkungen wie Gesetzesrecht entfaltet, so wird eine Folge verwendet, um die Ursache zu erklären. Im Ergebnis meint allerdings WALTER, es sei nicht zweckmäßig, im gegenwärtigen österreichischen Recht Gewohnheiten als Rechtsquellen zu betrachten, weil sich die Rechtsgenossen auf sie nicht wie auf Gesetze berufen und die Gerichte sie nicht wie Gesetze anwenden. Diese Feststellung mag tatsächlich zutreffen, sie erklärt aber dogmatisch nichts. Es handelt sich um die Schilderung eines tatsächlichen Zustands, der das juristische Problem unberührt läßt.

Die Unmöglichkeit, gesetzesaufhebendes Gewohnheitsrecht auf eine *Grundnorm* zu stützen, folgt im Wesentlichen daraus, daß sie zwar *als Denkform*<sup>297</sup> vorstellbar, *ihr eigenes Gelten jedoch nicht nachweisbar* ist. Gerade die Kon-

<sup>292</sup> östJZ 1963, 225; gleichlaufende Gedanken äußert für den Bereich des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts ZICCARDI, *Costituzione* S. 163.

<sup>293</sup> östJZ 1963, 228 f.

<sup>294</sup> FORSTHOFF S. 137. Zuvor schon GIERKE, *Privatrecht* Bd. I, S. 162; COSACK, *BGB* Bd. I, S. 24. Dem entspricht etwa die Vorstellung CARBONNIERS, *Ann. dr. fac. Toulouse* 1959, 1, 121 von der *coutume* als *faits-droits*; BOBBIO, *Consuetudine* S. 33 und SPERDUTI, *Fonte* S. 209 ff.

<sup>295</sup> Vgl. BOBBIO, *Consuetudine* S. 32 f.; REHFELDT, *Einführung* S. 133.

<sup>296</sup> Vgl. auch SPERDUTI, *Fonte* S. 158 gegenüber ZICCARDI, der inzwischen den Begriff der Grundnorm in *Encicl. dir.* Bd. XI, *consuetudine* (dir. int.) S. 487 Nr. 6 aufgegeben und durch die Feststellung ersetzt hat, daß es außerhalb einer konstituierten Ordnung nicht möglich sei, Gewohnheiten als *fatto sociale* weiter juristisch zu begründen. Es ist hier nicht zu untersuchen, ob nicht doch im Völkerrecht ein, wenn auch rudimentäres Organisationsgefüge vorhanden ist, das die normative Kraft von Gewohnheiten konstituiert. Vielmehr geht es nur darum, daß eine hypothetische Grundnorm ungeeignet ist.

<sup>297</sup> D. h. als Denkform im Sinne einer vom positiven Recht absehenden allgemeinen Rechtslehre. Zu beachten ist aber, daß die allgemeine Rechtslehre über positives Gelten eben nur etwas aussagen kann, wenn sie Strukturanalyse der positiven Ordnung selbst ist, vgl. indirekt RAISER, *AGB* S. 70; ROUBIER, *Mélanges Ripert* Bd. I, S. 26; MORI-

struktion der Grundnorm zeigt damit, daß es eine Grenze gibt, über die hinaus das Gelten von Rechtsnormen nicht weiter abgeleitet werden kann. Sie ist das rein formale Ergebnis des Versuches, mit Hilfe von Rechtsvorstellungen einen Bereich zu erfassen, der zwar politisch und moralisch aber nicht mehr juristisch erfaßbar ist. Besonders bedenklich ist ein solcher Versuch vor allem deshalb, weil der Kampf zwischen den Geboten der Rechtsordnung und den politischen Mächten in der Gesellschaft nicht als solcher erkannt, sondern als Wirkung eines hypothetischen Rechtsprinzips gewertet wird.

208. Fehlen in einer Rechtsordnung Vorschriften über das Verhältnis von gesetzeswidrigen Gewohnheiten zum Gesetz, so stehen beide rechtlich neutral nebeneinander.<sup>298</sup> Dieser Zustand kann, wenn Gewohnheit und Gesetz auseinanderfallen, zum *Bruch zwischen der gelebten und gesollten Ordnung* führen, der unter Umständen den Kern künftiger Revolution in sich trägt. Trotzdem bleiben aber die einzelnen Handlungen im Rahmen der bestehenden Ordnung gesetzeswidrig und damit Unrecht. Auf diese Situation hat LANGE<sup>299</sup> zutreffend hingewiesen. Es ist daher nicht folgerichtig, wenn er gleichwohl den Bruch im Rahmen der positiven Ordnung löst und der Gewohnheit gesetzesaufhebende Kraft beilegt.<sup>300</sup> Der *Konflikt zwischen Gesellschaft und Rechtsordnung* wird hier in *einen Normenkonflikt innerhalb der Rechtsordnung umgewertet*, der sich in einer Art dialektischen Prozesses von Stufe zu Stufe fortschreitend in immer neuen Synthesen auflöst.<sup>301</sup> Den Nachweis über die Voraussetzungen dieser Synthese, die Umwandlung des neutralen Nebeneinanders von Gewohnheit und Gesetz in ein rechtlich relevantes Miteinander erbringt LANGE nicht. Er kann ihn nicht erbringen, weil die Gewohnheiten Teil der sozialen Realität und nicht als solche schon Teil der Rechtsordnung sind.<sup>302</sup>

---

CHECCUCCI S. 10 ff.; im Ergebnis DE RUGGIERO, Istituzioni Bd. I, S. 87; BOBBIO, Giur. it. 1949, IV, 115 f.

<sup>298</sup> LEVI S. 60 f.

<sup>299</sup> LANGE S. 33; RIPERT, Forces créatrices S. 409 f.; ähnlich äußert sich auch HERAUD, ordre juridique S. 106, wonach in einer bestehenden Ordnung jeder, sogar die oberste Gewalt an die Gesetze gebunden ist. Wird ein Gesetz nicht befolgt, so liegt ein Zwiespalt zwischen Sein und Sollen vor.

<sup>300</sup> LANGE, S. 42; entsprechend HERAUD S. 95, 98; anscheinend auch LIVER, ZBJV 1955 bis, 50 f. und COING, Rechtsphil. S. 239 f. Unverständlich ist weiter die Behauptung von COSACK, BGB Bd. I, S. 32, daß die gesetzeswidrigen Handlungen rechtmäßig werden, wenn sie eine Zeitlang unbemerkt bleiben. Zur rechtlichen Behandlung solcher Fälle vgl. Fußn. 341.

<sup>301</sup> LANGE S. 43; der gleiche Irrtum erscheint bei BIERLING Bd. II, S. 330 f. dessen oben schon kritizierter doppelter Verbindlichkeitsbegriff sich gerade hier auswirkt und verhindert, daß der jeweilige Eigenwert von Recht und Sozialmoral als solcher anerkannt werden kann; weiter GIERKE, Privatrecht Bd. I, S. 118 f.; STAMMLER, Rechtsphil. S. 142, 146. Seine Ausführungen beruhen auf der oben festgestellten Gleichsetzung von Wirksamkeit und Gelten und der Änderung des Geltungsbegriffes.

<sup>302</sup> Bei COING, Rechtsphil. S. 239 f. und HERAUD S. 105 und 177 wird deutlich, daß dieser Nachweis nur möglich wird, wenn man von normativer auf soziologische Begrün-

Es ist nun immer wieder vorgebracht worden, daß gerade das Phänomen partieller oder totaler Revolution beweise, daß sich Gewohnheitsrecht mit durchschlagender Kraft gegen bestehendes Gesetz behaupten könne.<sup>303</sup> Indessen verfehlt dieses Argument das Problem des Gewohnheitsrechts vollständig. Wenn ein bestehendes Ordnungsgefüge durch die Macht eines Aufstandes beseitigt wird, so ist das kein mit juristischen Kategorien erfassbarer Vorgang mehr. Darüber kann der häufig verwendete Begriff der normativen Kraft des Faktischen<sup>304</sup> nicht hinwegtäuschen. Vielmehr beweist dieser Begriff nur die Grenzen juristischer Argumentationsmöglichkeit.

Die Vorgänge beim Sturz einer bestehenden Rechtsordnung können nicht auf die innere Entwicklung der Ordnung übertragen und daraus Organisationsnormen für ihre Struktur abgeleitet werden.<sup>305</sup> Mit dieser Feststellung soll hier *nicht* für ein rein *statisches Rechtsverständnis* plädiert werden. Ein sorgfältiger Gesetzgeber wird auf die in der Rechtsgemeinschaft im Gegensatz zum zwingenden Gesetz entwickelten Gewohnheiten Rücksicht nehmen, sie in seine Gesetzesplanung einbeziehen und einer Krise zuvorkommen. Ebenso mag der Gesetzesinterpret bei der Auslegung unklarer Begriffe unter Ausnützung aller methodischen Mittel schon gewisse Abhilfen schaffen können.<sup>306</sup> Auch kann in Einzelfällen, wie sich bei den Ausführungen zur *Maxime „error communis facit ius“* zeigte, die Erhaltung subjektiver Rechtslagen geboten sein. Wogegen aber Stellung bezogen werden muß, ist die Behauptung, daß Gewohnheiten unmittelbar rechtliche Geltung als Normen auch dann gegen zwingende Vorschriften erlangen können, wenn die positive Rechtsordnung dies nicht zuläßt.<sup>307</sup>

---

dung umschaltet. Damit schließt sich aber wieder der Zirkel: Normativität-Effektivität. Gleiches gilt für SPERDUTI, *Fonte* S. 213. ÖstOGH v. 12. 7. 1864 = GIU 1946 und vor ihm PORTALIS haben gemeint, die Lösung in einer stillschweigenden Zustimmung des Gesetzgebers zu finden. Diese in willentheoretischen Vorstellungen befangene Auffassung ist jedoch schon von LAURENT, *Avant-projet* Bd. I, Nr. 5 zu Art. 28 S. 172 ad absurdum geführt worden.

<sup>303</sup> MENEGHELLI, *Riv. dir. civ.* 1964, I, 472 ff.; REICHEL, *Stammler Festschr.* S. 328; STAUDINGER-BRÄNDL, *Einl. Rdz.* 43; RÜMELIN, *JherJb.* 1889, 242 ff. Im Grunde auch BIERLING Bd. II, S. 318 (wo die staatliche Gewalt nicht anerkannt wird, besteht auch keine Rechtspflicht); MEZGER, *Heck-Festschr.* S. 32.

<sup>304</sup> Z. B. MEZGER, *Heck-Festschr.* S. 32 ff. (36). Zutreffend REHFELDT, *Einführung* S. 134 (die normative Kraft des Faktischen ist nur eine soziologische Feststellung).

<sup>305</sup> Vgl. REHFELDT, *Einführung* S. 147; MOKRE, *ZöfR* 1932, 449, der aber mehrfach den revolutionären Vorgang auch rechtlich bewertet. Konstituierte Rechtsetzungsbefugnis und revolutionäre Rechtsschöpfung können deshalb nicht, wie JAHRREISS, *Mélanges Gény* Bd. I, S. 168 ff. und ENNECERUS-NIPPERDEY Bd. I, 1, S. 208 f. annehmen, hinsichtlich des Gewohnheitsrechts gleichgesetzt werden.

<sup>306</sup> Vgl. Nr. 183 sowie STRATENWERTH S. 10 ff., 20 ff. (aber auch S. 28 f.); RADBRUCH, *Laun-Festschr.* S. 171; REHFELDT, *Einführung* S. 147; BOBBIO, *ArchRSPHil.* 1958, 317 (Natur der Sache als methodischer Aspekt der Rechtsverwirklichung).

<sup>307</sup> Über Notwendigkeit und Grenzen von Gewohnheiten de lege ferenda vgl. ROUBIER, *Mélanges Ripert*, Bd. I, S. 15 ff.; SAVATIER, *Mélanges Ripert* Bd. I, S. 75 ff. (besonders S. 86 ff.) und GÉNY, *Science* Bd. II, S. 376 ff.

209. Die bisherigen Ergebnisse lassen eine abschließende Stellungnahme auch zu dem Einwand zu, daß gesetzliche Organisationsnormen selbst durch entgegenstehende Gewohnheiten außer Kraft gesetzt werden könnten. Bei dieser Frage kann es sich nur darum handeln, daß die Staatsorgane entgegen ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung gesetzeswidrigen Gewohnheiten den Vorzug geben, indem sie die Anwendung der Organisationsnorm ablehnen.<sup>308</sup> Nun wird z. B. in den Niederlanden die Nichtanwendung von Art. 5 AB seitens der Gerichte dazu führen, daß der Hoge Raad die Entscheidungen kassiert.<sup>309</sup> Erst wenn auch die letzte Instanz die Vorschrift nicht mehr anwendet, wird das Problem aktuell. Zwei Beobachtungen sind hier jedoch erforderlich. Erstens handelt es sich nicht mehr um die Wirkung von Gewohnheiten sondern um die Entwicklung einer neuen Organisationsnorm durch ein Staatsorgan. Die neue Norm bleibt schließlich allenfalls deshalb unangetastet, weil es in jeder Rechtsordnung eine Grenze der Organkontrolle gibt.<sup>310</sup> Zweitens ist keineswegs gesagt, daß die neue „Norm“, wengleich de facto wirksam, auch gültig ist. Indem das oberste Rechtsanwendungsorgan eine neue Organisationsnorm bildet, maßt es sich eine Funktion an, die nach westeuropäischem Verfassungsrecht nur dem Gesetzgeber zukommt. Hier handelt es sich ja nicht mehr darum, ob im Auftrag zur Rechtsverwirklichung ein Auftrag zur Rechtsfortbildung bei Ordnungslücken enthalten ist. Vielmehr findet ein Einbruch in die bestehende und das Organ bindende Ordnung statt.<sup>311</sup> Dieses Vorgehen müßte selbst verfassungsrechtlich abgesichert sein, was die Möglichkeit eines im formellen Sinne *verfassungsrechtlichen Gewohnheitsrechts* voraussetzt.<sup>312</sup> Damit ist jedoch nur erneut die Grenze juristischer Begründungsmöglichkeit aufgezeigt.<sup>313</sup> Daß ein von der Verfassung selbst eingesetztes Organ seine Kompetenzschränken sprengen kann, steht außer Betracht. Die Umwandlung eines solchen Vorgehens in angebliches Gewohnheitsrecht bedeutet jedoch *Auflösung der Bestandsgarantien der gegebenen Verfassungsord-*

<sup>308</sup> Das ist soweit ersichtlich nur von HUBER, ZBJV 1955 bis, 98 f. klar erkannt worden.

<sup>309</sup> Nach Cass. it. v. 8. 2. 1937 = Giur. it. 1937, I, 1, 570 ff. ist kein Staatsorgan befugt, eine gesetzwidrige Gewohnheit als rechtswirksam zu bestätigen, denn die Bürger haben Anspruch auf Befolgung der gesetzlichen Ordnung.

<sup>310</sup> Ausführlicher dazu LAFERRIÈRE, Manuel S. 335; MORI-CHECCUCCI S. 22 Fußn. 22; vgl. weiter SCHOLTEN-ASSER, A. D. Bd. I, S. 135. Die von ihm daraus abgeleiteten Folgerungen sind jedoch oben schon abgelehnt worden.

<sup>311</sup> Vgl. RÜMELIN, JherJb. 1889, 239; auch RÜMELIN, Gewohnheitsrecht S. 28.

<sup>312</sup> Dazu LAFERRIÈRE, Rev. dr. publ. sc. pol. 1944, 24 ff. Danach ist in Rechtsordnungen, die anders als etwa die englische auf dem Boden einer formellen Verfassung stehen, eine coutume constitutionelle nicht vorstellbar. Die formelle Verfassungsnorm zeichnet sich durch besondere Bestandsgarantien aus, die einer coutume von Haus aus nicht zukommen können. Die Zulassung einer coutume gegen formelle Verfassungsnormen stellt daher eine Beseitigung der Bestandsgarantien dar, was einem Sturz der Verfassung selbst gleichkommt, insbesondere S. 35 ff. Vgl. auch MOKRE, ZöfFR 1932, 292.

<sup>313</sup> Dazu vgl. insbesondere HUBER, ZBJV 1955 bis, 95 ff. und vor allem seine abschließende Fragestellung S. 115.

nung und dies kann juristisch im Rahmen der gegebenen Ordnung nicht gerechtfertigt werden.<sup>314</sup>

210. Die rechtliche Beachtlichkeit von Gewohnheiten, die im Widerspruch zu zwingendem Gesetz stehen, ist ohne Rücksicht auf positive Organisationsnormen wiederholt damit begründet worden, daß es unbestreitbar anerkannte Fälle dieser Art gebe oder gegeben habe. Dazu gehört in Deutschland das Sicherungseigentum<sup>315</sup> und die Gültigkeit der postmortalen Eheschließung während des letzten Krieges.<sup>316</sup> Im Geltungsbereich des Cc. sind der Zinseszins beim Kontokorrent, die handelsrechtliche Gesamtschuldnerschaft und die im 19. Jahrhundert bedeutsam gewordene Testamenterrichtungsform zu nennen.<sup>317</sup> An diesen beispielhaft herausgegriffenen Fällen sollen die bisherigen Ausführungen noch gemessen werden.

Das Sicherungseigentum des deutschen Rechts ist zunächst, das soll hier nicht in Frage gestellt werden, eine Erfindung der Geschäftspraxis gewesen. Formal betrachtet bediente man sich dabei einer gesetzlich möglichen Form der auflösend bedingten Eigentumsübertragung verbunden mit einem Besitzkonstitut und obligatorischen Bindung des Eigentümers. Der unausgesprochenen Abneigung des Gesetzgebers gegen ein besitzloses Pfandrecht wurde damit allerdings zuwider gehandelt. Dennoch lag darin keine gesetzesaufhebende Wirkung der verkehrsüblich gewordenen Gewohnheit. Die gesetzliche Regelung des Pfandrechts wurde ja nicht in Frage gestellt, sondern lediglich daneben eine neue Sicherungsform mit legalen Mitteln geschaffen. Das Problem einer gesetzesaufhebenden Wirkung stellt sich beim Sicherungseigentum erst auf einer anderen Stufe. Die Vorschriften des gesetzlichen Eigentumsschutzes und der Eigentumsverwirklichung paßten auf dieses, bloßen Sicherungszwecken dienende „Eigentum“ nicht. Deshalb mußte teilweise von den vorhandenen Vorschriften abgewichen

<sup>314</sup> Davon bleibt wieder die Frage unberührt, ob aus derartigen Hoheitsakten konkrete und individuelle Rechtspositionen entstehen. Auf die Ausführungen in Nr. 193 ist hinzuweisen. Hierher gehören wohl auch die von SCHOLTEN-ASSER, A. D. Bd. I, S. 151 f. genannten Fälle: Anerkennung von Aktiengesellschaften ohne Handelszweck durch das holländische Justizministerium vor der 1928 erfolgten Änderung WvK; Errichtung der niederländisch-reformierten Kirche durch verfassungswidrigen Akt König Wilhelms I. Gerade dieses letzte Beispiel zeigt, wie unbedacht hier der Begriff des Gewohnheitsrechts verwendet wird. Es handelte sich um einen einmaligen Akt, durch den eine juristische Person ins Leben gerufen wurde. Von einem Gewohnheitsrechtssatz könnte nur die Rede sein, wenn der holländische König fortlaufend außerhalb seiner Kompetenzen derartige Gründungen vorgenommen hätte. Es ist insoweit aufschlußreich, daß DESCHENAUX in schw. Privatrecht Bd. II, S. 106 zur Bindung des Staats bzw. der Gerichte in derartigen Fällen das Prinzip der Rechtssicherheit heranzieht (diese gebiete es, daß Syndikate und Kartelle in Form von Vereinen, die sich in Anlehnung an bestimmte Entscheidungen des BG gebildet haben, im Einzelfall Bestandsschutz genießen). Von ähnlichen Erwägungen geht offenbar auch MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar Nr. 247 zu Art. 1 ZGB aus.

<sup>315</sup> Z. B. MÖHRING, BB 1964, 4; CANARIS, Systemdenken S. 67; STAUDINGER-BRÄNDL, Einl. Rdz. 42 letzter Absatz m.w.N.

<sup>316</sup> STAUDINGER-BRÄNDL aaO m.w.N.

<sup>317</sup> Vgl. LEBRUN, Coutume S. 351, 363; ESCARRA-RAULT, Principes Bd. I, S. 52; CABRILLAC S. 7; MARTY-RAYNAUD Bd. I, S. 194 f.; FRÉDÉRICQ, Traité Bd. I, S. 28 f. und Handboek Bd. I, S. 28; PITLO, System S. 32.

werden. Dabei sind neue Rechtsregeln<sup>318</sup> entwickelt worden, die im Gegensatz zu zwingenden Vorschriften stehen. Jedoch entstanden diese nicht aus Gewohnheiten. Sie wurden vielmehr methodisch erarbeitet.<sup>319</sup> Es handelt sich um Regeln, die richterlicher Herkunft sind und an deren Entstehung die Rechtslehre wesentlichen Anteil hatte.<sup>320</sup> Wie wenig es bei diesem Vorgang auf Gewohnheiten ankam, wird sichtbar, wenn vergleichsweise das österreichische Recht betrachtet wird. In Österreich lehnte die Rechtsprechung Sicherungseigentum aus dogmatischen Gründen ab, obwohl die Geschäftswelt auch hier entsprechende Gewohnheiten entwickelt hatte.<sup>321</sup> Auch im Bereich des Cc hat sich der Handel um die Durchsetzung ähnlicher Übungen bemüht. Nur in Holland waren die Gerichte jedoch bereit, neben der Eigentumsordnung eine selbständige Regelung für das Sicherungseigentum zu schaffen.<sup>322</sup>

Ebenso zurückhaltend ist die „gewohnheitsrechtliche“ Gültigkeit der postmortalen Eheschließung gefallener Soldaten zu beurteilen, die auf Grund geheimen Führererlasses vom 6. 11. 1941 im Widerspruch zum Ehegesetz v. 6. 7. 1938 durch Verwaltungsakt des Reichsinnenministers vorgenommen wurde.<sup>323</sup> Die Gerichte, die sich mit derartigen „Ehen“ zu befassen hatten, erklärten durchwegs, von einer Gewohnheit könne nicht gesprochen werden.<sup>324</sup> Statt dessen wurde geprüft, ob die Ehen deshalb aufrechtzuerhalten waren, weil die entsprechenden Verfügungen des Reichsinnenministers den Rechtsschein einer schutzwürdigen Rechtsposition geschaffen haben.<sup>325</sup> Hier taucht indirekt die Maxime des *error communis* zwecks Aufrechterhaltung gutgläubig erworbener individueller Rechte im gleichen Sinne auf, wie LONIEWSKI sie für das französische Recht nachgewiesen hat. Überwiegend verneinten freilich die Gerichte die Rechtswirksamkeit der Ehe kraft Verwaltungsakt<sup>326</sup> oder knüpften nur personenstandsrechtliche Wirkungen daran.<sup>327</sup> Ganz selten wurde der Grundsatz der Rechtssicherheit ins Spiel gebracht und daraus abgeleitet, daß die Fälle so behandelt werden müßten, „als ob“ ein Gewohnheitsrecht bestehe.<sup>328</sup>

Gehören die beiden deutschen Musterbeispiele ins Gebiet der Rechtsfortbildung bzw. des Bestandsschutzes subjektiver Rechte, so zeigt das Beispiel des Zinseszinses beim Kontokorrent und die Vermutung handelsrechtlicher Gesamtschuldnerschaft, daß die usages sich nicht gegen zwingende Gesetzesvorschriften richten.

<sup>318</sup> Zutreffend weist LANGE S. 42 darauf hin, daß sich das Gewohnheitsrechtsproblem nur hinsichtlich dieser einzelnen Rechtsregeln und nicht hinsichtlich „des Sicherungseigentums“ stellt.

<sup>319</sup> Vgl. etwa LANGE, NJW 1951, 565 ff.; LARENZ, JZ 1962, 107.

<sup>320</sup> PAULUS, JZ 1957, 7. Für das holländische Recht APeldoorn, S. 84, der von gewoonte nur spricht, weil er auch das Richterrecht darunter zählt.

<sup>321</sup> Eine Darstellung der Entwicklung gibt GSCHNITZER, OGH-Festschr. S. 46 f., der auch zutreffend diesen Komplex der richterlichen Rechtsfortbildung zuordnet.

<sup>322</sup> HR v. 25. 1. 1929 = W 11951 und v. 21. 6. 1929 = W 12010. Juristisch betrachtet handelt es sich hier deutlich erkennbar um methodische Rechtsfortbildung, so daß es für das juristische Problem nicht zutrifft, wenn DIEVOET S. 284 von einem „concours des intéressés et de la jurisprudence“ spricht.

<sup>323</sup> Erledigt durch Bundesgesetz v. 29. 3. 1951 = BGBl. 1951, I, 215.

<sup>324</sup> Vgl. Zusammenstellung von BRÖKER, NJW 1947/48, 481 Fußn. 1; kritisch auch ZWEIGERT, DRZ 1948, 116.

<sup>325</sup> OLG Hamm v. 23. 1. 1948 = NJW 1947/48, 481 f. mit eingehender Begründung; LG Coburg v. 25. 1. 1950 = NJW 1950, 393.

<sup>326</sup> KG v. 23. 5. 1947 = NJW 1947/48, 599 Nr. 950; LG Coburg v. 25. 1. 1950 aaO.

<sup>327</sup> OLG Hamm v. 23. 1. 1948 aaO.

<sup>328</sup> LG Verden v. 8. 8. 1946 = SJZ 1947, 89.

Das Rechtsproblem des Zinseszinses besteht darin, daß es beim Kontokorrent üblich ist, die Zinsen vierteljährlich zum Kapital zu schlagen, so daß sie von diesem Zeitpunkt ab neue Zinsen erbringen. Diese Praxis wurde verschiedentlich als unvereinbar mit dem zwingenden Art. 1154 Cc. fr. angesehen. Ihre Duldung durch die Rechtsprechung erschien also als typischer Fall einer *coutume contra legem*. Indessen ist vor Annahme einer *coutume contra legem* zu prüfen, ob Art. 1154 Cc. fr. überhaupt auf den Kontokorrentvertrag anwendbar ist. Zweifelhaft erscheint das, wenn man die schweizerische Regelung in Art. 314 Abs. 3, 124 Abs. 3 und 117 OR berücksichtigt. Dort wird erkennbar, daß der Kontokorrentvertrag Besonderheiten aufweist, die eine Anwendung der allgemeinen Verzinsungsvorschriften unmöglich machen, will man nicht den vom Gesetz selbst zugelassenen Kontokorrent beseitigen. Es soll einstweilen die Frage außer acht bleiben, ob die zwingenden Vorschriften des Cc. fr. im Handelsrecht nicht ohnehin durch *usages* verdrängt werden.<sup>329</sup> Betrachtet man nur Art. 1154 Cc. fr., so ist auffallend, daß sich die Rechtsprechung regelmäßig vorrangig mit der Möglichkeit einer einschränkenden Auslegung dieser Vorschrift befaßt und sie bejaht hat: beim Kontokorrent handelt es sich nicht um eine verbotene Verzinsung von Zinsen, sondern um Verzinsung der aus der Saldierung entstandenen Neuschuld.<sup>330</sup> Der *usage* hatte es nicht mehr nötig, sich *contra legem* durchzusetzen, denn infolge der Saldierungswirkung war für den Kontokorrentvertrag das gesetzliche Verbot des Zinseszinses nicht einschlägig.<sup>331</sup>

Die Unvereinbarkeit des angeblichen handelsrechtlichen *usage* einer Vermutung der Gesamtschuldnerschaft mit Art. 1202 Cc. fr. muß in zweifacher Hinsicht in Frage gestellt werden. Zunächst ist die Geschichte dieses *usage* merkwürdig. Nach gelegentlichen sich widersprechenden Äußerungen der Instanzgerichte befaßte sich die französische Cour de Cassation damit erstmals am 20. 10. 1920<sup>332</sup> und stützte sich auf „un *usage antérieur à la rédaction du Code de Commerce et maintenu depuis.*“ In neuerer Zeit ist nachgewiesen worden, daß die Ausführungen der tatsächlichen Situation nicht entsprochen.<sup>333</sup> Jedenfalls im 19. Jahrhundert existierte der *usage* nicht, denn selbst

<sup>329</sup> Darüber Näheres Fußn. 334, 335.

<sup>330</sup> BAUDRY-LACANTINERIE Bd. XII, S. 563; Cass. fr. v. 7. 2. 1881 = S. 1882, I, 253. Das Verbot von Zinseszinsen wird daher nur bedeutsam, wenn Saldoziehung unterblieben ist. In einem solchen Fall hat Cass. fr. v. 14. 5. 1850 = S. 1850, I, 441 Art. 1154 Cc. fr. denn auch angewandt.

<sup>331</sup> Vgl. die Schilderung bei HAMEL, Note zu Cass. fr. v. 21. 7. 1931 = D. P. 1932, I, 49 ff. Auf ähnliche Weise löst sich eine andere handelsrechtliche „*coutume*“ auf. So behauptet DEL MARMOL, Dr. comm. terr. Bd. I, Nr. 47 c, daß kraft Handelsgewohnheit entgegen Art. 1139 Cc. fr. durch einfachen Brief in Verzug gesetzt werden könne. Zu beachten ist, daß es hier stets um die Voraussetzungen für eine Resolutionsklage geht. Nun hat aber Cass. fr. v. 28. 2. 1938 = G. P. 1938, I, 871 und früher schon App. Paris v. 6. 11. 1847 = D. P. 1877, II, 11 es für möglich gehalten, daß im Wege der Auslegung, also auch mittels Handelsbrauches sich Abdingung der *Sommation* als solche ergeben kann. Wenn das möglich ist, so kann eine bloße Formerleichterung nicht als Verstoß gegen zwingendes Recht betrachtet werden.

<sup>332</sup> D. P. 1920, I, 161; ohne Bezugnahme auf Gewohnheiten wird die französische Lösung von Cass. belge v. 3. 4. 1952 = PB 1952, I, 499 übernommen.

<sup>333</sup> Zweifel ergeben sich schon bei der Note zur vorzitierten Entscheidung der Cass. fr. und der Dokumentation von App. Bruxelles v. 7. 6. 1933 = PB 1933, II, 168. Im einzelnen vgl. jedoch PEDAMON, Jur. comm. S. 5 mit Hinweis auf die Behandlung der Frage bei LEPARGNEUR, La solidarité passive en matière commerciale S. 182 ff. Besonders merkwürdig ist die Stellungnahme von DEL MARMOL, Dr. comm. terr. Bd. II, S. 16 f. Danach

die Gerichte erließen fortdauernd sich widersprechende Entscheidungen. Die Entwicklung der Rechtsprechung kurz vor 1920 weist eher auf richterliche Rechtsbildung hin. Nimmt man gleichwohl die Existenz eines *usage* an, so ist zu prüfen, ob er mit Art. 1202 Cc. fr. kollidierte. Dies setzt voraus, daß die Vorschrift auch im Handelsrecht zwingender Natur ist. Auszugehen ist von Art. 1873 Cc. fr., der den Vorschriften und Gewohnheiten des Handels Vorrang vor den Normen des Cc. einräumt. Die Beschränkung dieser Regelung auf das Gesellschaftsrecht erklärt sich daraus, daß im Ccomm zahlreiche Verträge nicht geregelt sind und der Gesetzgeber daher einen allgemeinen Vorbehalt irrtümlich übersehen hat.<sup>334</sup> Die französische Cour de Cassation hat schon sehr früh in der Entscheidung vom 15. 1. 1812<sup>335</sup> die gesellschaftsrechtliche Beschränkung unbeachtet gelassen, die Regel auf ein mandat angewandt und damit als allgemeinen Satz betrachtet. Bei dieser Auslegung des Art. 1873 Cc. fr. ergibt sich im französischen Recht die gleiche Rechtslage, wie sie nach Art. 1 des 1942 aufgehobenen Ccomm it. bestand und wie sie heute noch im österreichischen Recht vorgesehen ist.<sup>336</sup> Das allgemeine bürgerliche Recht gilt auf dem Gebiet des Handelsrechts nur subsidiär und abdingbar.<sup>337</sup> Ein Konflikt zwischen Handelsbräuchen und „zwingenden“ Vorschriften des Cc. kann daher kraft positivrechtlicher Anordnung nicht eintreten.

---

soll die Gesamtschuldnerschaft ein „*très vieil usage*“ sein, während sie gleichzeitig als „*conception moderne*“ gepriesen wird. Von App. Liège v. 14. 7. 1939 = Jur. Liège 1939, 307 wird letzteres bestätigt und festgestellt, daß es sich um ein Ergebnis methodischer Gesetzesfortbildung von Lehre und Rechtsprechung handelt.

<sup>334</sup> VALERY, *Rev. crit. lég. jur.* Bd. 44, 421; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE-RODIÈRE-HOUIN Bd. I, 12; Nouveau rép. dr. usages comm. Nr. 8, 9; RIPERT-ROBLOT-DURAND Bd. I, 23; vgl. auch VAN RYN Bd. I, 23 f.

<sup>335</sup> S. 1812, I, 113 ff.; App. Bruxelles v. 7. 6. 1933 = PB 1933, II, 168 verweist dazu noch auf Art. 1107 Cc. belge.

<sup>336</sup> Interessant ist, daß auch hier das Problem vertragsrechtlich gelöst wird. ABGB verlangt ausdrückliche Übernahme der Solidarhaftung. Gleichwohl griff OGH v. 24. 11. 1954 = SZ 1954, 299 nicht auf Gewohnheitsrecht contra legem zurück, um eine konkludente Solidarhaftung zu rechtfertigen. § 10 ABGB hätte dem entgegengestanden. Vielmehr heißt es, daß Treu und Glauben die Solidarhaftung verlangen, wenn mehrere sich auf Grund eines einheitlichen Vertrages zur Erbringung einer Leistung verpflichten. Die nachträgliche Berufung auf fehlende ausdrückliche Absprache stößt also im Handelsverkehr auf den Einwand der *exceptio doli*. Freilich führt auch der OGH eine entsprechende Verkehrssitte an. Aber statt des Nachweises einer anhaltenden Übung bezieht sich das Gericht nur auf einige über 20 Jahre zurückliegende Präjudizien. Es ist in diesem Zusammenhang weiter interessant, daß OGH v. 2. 3. 1932 = Clunet 1932, 1070 ff. Art. 1 mit 279 AHGB verbindet und damit generell den Handelsgebräuchen des Art. 1 AHGB auslegende Funktion einräumt. Nach diesen Äußerungen überzeugt es nicht, wenn HAEMMERLE, Grundriß S. 15; STAUB-PISKO § 7 zu Art. 1 AHGB tatsächlich Handelsgewohnheitsrecht annehmen, das zwingendes bürgerliches Recht „beseitigt“ (vgl. auch HAEMMERLE, Handelsrecht Bd. I, S. 18).

<sup>337</sup> In diesem Sinne Cass. belge v. 21. 5. 1874 = PB 1874, I, 220 f. Wenn das Handelsgesetz bestimmt, daß Handelsgebräuche dem bürgerlichen Recht vorgehen, so setzt das voraus, daß die einzelnen Akte rechtsgültig sind, die den Handelsbrauch begründen. Also kann eine im bürgerlichen Bereich zwingende Vorschrift bei dieser Regelung im Handelsrecht nur nachgiebigen Charakter haben. Davon gehen FRÉDÉRICQ, *Traité* Bd. I, 25; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE-RODIÈRE-HOUIN Bd. I, 12 und BONNECARRÈRE-LABORDE-LACOSTE S. 5 aus, die hier die Wirksamkeit eines geschäftsauslegenden *usage* annehmen. Auch DEL MARMOL, *Dr. comm. terr.* Bd. II, S. 17 Nr. 25 (anders jedoch Nr. 24).

Somit bleibt als bekanntester Fall einer Gewohnheit *contra legem*, in dem sich das Problem einer Gesetzesaufhebenden Kraft stellte, die Testamentserrichtung nach der französischen Notariatspraxis der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts.

Im Lauf einiger Jahrzehnte hatte sich die Gewohnheit eingebürgert, daß bei Schenkungen und Testamenten entgegen Art. 9 loi 25 ventôse an XI nur ein Notar mitwirkte. Die Rechtsprechung schwankte,<sup>338</sup> ob hier kraft einer unbestreitbar aufgekommene Gewohnheit eine zwingende Gesetzesvorschrift außer Kraft gesetzt worden sei. Schließlich siegte in der Entscheidung der Cour de Cassation vom 25. 1. 1841<sup>339</sup> die Auffassung, daß eine *coutume contra legem* nicht möglich ist. Das Verhalten der Notare war nichts anderes als eine fortlaufende Verletzung ihrer Amtspflichten.

211. Die Analyse von fünf bekannten Gewohnheiten mit „Gesetzesaufhebender“ Wirkung soll genügen. Wie schon im letzten Abschnitt, so ergibt sich auch hier, daß es sich fast immer um Rechtsfragen handelt, die mit Gewohnheiten nichts zu tun haben. Dort aber, wo es um Gewohnheiten geht, wird ihnen eine aufhebende Wirkung versagt.<sup>340, 341</sup> Die vereinzelt auftretende scheinbare Sonderstellung von Handelsgewohnheiten stört dieses Ergebnis nicht. Sie beruht darauf, daß die zwingenden Normen des bürgerlichen Vertragsrechts in den betreffenden Rechtsordnungen kraft positivrechtlicher Anordnung für Handelsverträge

<sup>338</sup> Cass. fr. v. 7. 5. 1839 = S. 1839, I, 353.

<sup>339</sup> S. 1841, I, 105, Nichtigkeit einer Schenkung, Art. 931 Cc. fr.; v. 16. 11. 1841 = S. 1842, I, 128; ähnlich der Fall App. Paris v. 1. 5. 1848 = S. 1849, II, 110, ein Brauch kann die Vorschrift des Art. 1325 Cc. fr. nicht außer Kraft setzen.

<sup>340</sup> Vgl. RG v. 1. 3. 1927 = RGZ 116, 247 ff. (255: kein Gewohnheitsrecht gegen zwingende Bestimmungen einer öffentlichen Satzung). Das RG folgt damit den Motiven BGB Bd. I, S. 7. Vor allem aber weist die romanische Rechtsprechung zahlreiche ablehnende Entscheidungen auf. Vgl. z. B. Cass. fr. v. 20. 6. 1848 = S. 1848, I, 433; App. Paris v. 20. 4. 1849 = S. 1849, II, 298; Trib. civ. Seine v. 4. 1. 1945 = D. 1945 J. 292; Cass. fr. v. 20. 10. 1902 = D. P. 1902, I, 520; v. 15. 5. 1900 = D. P. 1902, I, 163 f.; App. Montpellier v. 14. 6. 1949 = D. 1949 Somm. 41; Cass. fr. v. 14. 6. 1899 = D. P. 1900, I, 538; Cass. it. v. 30. 5. 1958 Nr. 1819 = Giust. civ. 1958, I, 1722 ff.; v. 7. 3. 1961 Nr. 485 = Giur. sic. 1961, 188; Trib. Genova v. 25. 7. 1949 = Nuova riv. dir. comm. 1950, 45 ff. (wobei allerdings, was in diesem Zusammenhang keine Rolle spielt, fraglich war, ob es dort nicht bloß um Verbandsnormen ging); Cass. belge v. 28. 7. 1879 = PB 1879, I, 374; BG v. 15. 5. 1897 = BGE 23, I, 770.

<sup>341</sup> Eine andere Frage, die jedoch soweit ersichtlich bisher nur in Strafverfahren und bei Verfolgung deliktischer Schadensersatzansprüche eine Rolle gespielt hat, lautet, ob ein Täter, der sich entsprechend einer Gewohnheit verhalten hat, sich auf einen erheblichen Irrtum berufen kann, vgl. die von PIEGLER, JZ 1955, 722 f. und JZ 1965, 351 f. geschilderten Fälle. ÖstOGH v. 10. 7. 1960 = JZ 1965, 352 nimmt einen unbeachtlichen Rechtsirrtum an. In Italien vgl. App. Genova v. 11. 5. 1953 = Corte ass. 1954, 60 ff. Bedenklich RG v. 16. 5. 1895 = RGZ 37, 179 ff. Danach soll ein Deliktstäter, der durch Nichtbeachtung einer Verkehrsvorschrift (Hafenverkehr) einen Schaden verursacht hat, dann nicht zur Haftung herangezogen werden können, wenn die Vorschrift dadurch „außer Kraft gesetzt“ wurde, daß die Behörden im Verlauf von 5 Jahren Zuwiderhandlungen nicht mehr ahndeten und die betroffenen Schiffer damit einverstanden waren.

nur dispositiven Charakter besitzen. Gegen zwingende Vorschriften des Handelsrechts kann sich auch in den angesprochenen Ordnungen eine Gewohnheit nicht entfalten.<sup>342</sup>

### § 5. Zusammenfassung

Die Lehre vom Gewohnheitsrecht ist aus teils historischen, teils schein dogmatischen Gründen dadurch belastet, daß sie als Sammelbecken allen außergesetzlichen Rechts verstanden wurde. Dies gilt vor allem für die alte französische *coutume* und das Richterrecht, die in Wirklichkeit Sonderthemen darstellen und nichts für die normative Kraft der gebräuchlichen Übungen der Volksgemeinschaft bzw. Rechtsgemeinschaft ergeben.

Es steht außer Betracht, daß in den sozialen Gemeinschaften gebräuchliche Übungen unter dem Einfluß von normativen Vorstellungen und Herrschaftsansprüchen praktiziert werden. Die Eignung, soziales in rechtliches Gelten zu verwandeln, fehlt ihnen jedoch. Das Prinzip, *error communis facit ius*, erweist sich gleichermaßen als ungeeignet, Gewohnheiten der Rechtsgenossen rechtsnormativen Charakter zu verleihen. Ebenso sind materielle Prinzipien oder äußere Kriterien der Gewohnheiten dazu nicht geeignet.

Damit verlagert sich die Frage nach dem Bestand von Gewohnheitsrecht. Es kann sich nicht darum handeln, Verkehrssitten und Gewohnheitsrecht entstehungsmäßig zu unterscheiden. Vielmehr ist zu fragen, ob es neben der gesetzlichen Verweisung auf Verkehrssitten noch einen weiteren Bereich gibt, wo der Brauch der Gemeinschaft als Rechtsnorm wirkt.

Ob die in einer sozialen Gemeinschaft üblichen Verhaltensformen den Wert von Rechtsnormen besitzen, hängt zunächst vom Begriff der Rechtsnorm ab. Rechtsnormen sind Sollensnormen. Während aber Normen, die sich ausschließlich auf das Bewußtsein des Einzelnen stützen, ein nur moralisches Sollen ausdrücken, kennzeichnet die Rechtsnorm, daß sie vor Gemeinschaftsorganen auch gegenüber Dissidenten potentiell durchsetzbar sind.

Soziale Gemeinschaften sind keine absoluten und ausschließlichen Größen. Sie stehen vielmehr nebeneinander und erfassen den einzelnen in verschiedenen Daseinsbereichen konkurrierend. Aus der historischen Bedingtheit der Gemeinschaften ergibt sich die Bedingtheit des Normwertes von Rechtsnormen. Diese leitet sich aus der Zuordnung der Normen zum jeweiligen Ordnungsgefüge ab.

---

<sup>342</sup> Der Fall Trib. comm. Termonde v. 1. 4. 1939 = Jur. comm. Fl. 1939, 320 ff. zu Livre II, Titre VI Art. 206 Ccomm. belge spricht nicht dagegen. Vielmehr folgte hierbei das Gericht einer Mindermeinung der damaligen Literatur, die diese Vorschrift für abdingbar hielt, vgl. Pand. B. Bd. 128, Assurances Transports Nr. 677. Zu beachten ist, daß heute auch in Frankreich der entsprechende Art. 351 Ccomm. fr. überwiegend als nachgiebiges Recht angesehen wird, vgl. J. C. Comm. Div. E Nr. 83 zu Art. 332–396 Ccomm. fr. m.w.N.

Beim Gewohnheitsrecht handelt es sich daher um ein Geltungsproblem. Ob Gewohnheiten als Recht gelten, hängt davon ab, ob und wie sich eine gegebene Ordnung ihnen öffnet. Diese Öffnung ist ein normativer Akt der positiven Ordnung, unabhängig davon, wie sich andere konkurrierende Ordnungen gegenüber den Gewohnheiten verhalten. Da Gewohnheiten unter der Bezeichnung Verkehrsregeln in weitem Umfang zu Auslegungszwecken verwendet werden, ist das Thema des Gewohnheitsrechts im Schuldvertragsrecht nach den Erfahrungen der Rechtsprechung praktisch gegenstandslos. Die Verkehrsregeln nehmen hier am Geltungsgrund des Vertrages teil. Ein besonderes Geltungsproblem besteht daher nur, wenn die Zurechnung zum Vertrag scheitert oder es um die gesetzesaufhebende Wirkung von Gewohnheiten geht.

In diesem Zusammenhang wird zunächst die Möglichkeit zwingenden Gewohnheitsrechts bedeutsam. Zwar steht es dem Gesetzgeber frei, einer Gewohnheit unabdingbaren Normwert zu verleihen. Im übrigen ist jedoch die Gewohnheit davon abhängig, daß sie befolgt wird und daher ist aus Strukturgründen ein aus sich heraus zwingendes Gewohnheitsrecht unvorstellbar.

Die Zulässigkeit gesetzesaufhebenden Gewohnheitsrechts berührt nur das zwingende Gesetz. Nachgiebiges Recht tritt hinter abweichende vertragliche Praktiken zurück, bleibt aber als solches bestehen. Von der Aufhebung zwingenden Gesetzes im Rechtssinne ist die tatsächliche Nichtanwendung oder Entwicklung einer abweichenden Gewohnheit zu unterscheiden. Die Geltung von Rechtsnormen wird nicht davon berührt, ob sie effektiv befolgt werden.

Juristisch betrachtet handelt es sich bei der aufhebenden Kraft von Gewohnheiten um die strukturelle Organisation der Rechtsordnung. Sie kann daher nur von einer Organisationsnorm der positiven Ordnung geregelt werden. Fehlt eine solche, so bleibt der Konflikt zwischen Gesetz und Gewohnheit unausgetragen als außerrechtliches und rechtspolitisches Problem bestehen.

Unter diesen Umständen kommt Gewohnheitsrecht im heutigen Schuldvertragsrecht nicht in Betracht. Die Bedeutung von Gewohnheiten ist hier auf vertragsrechtliche Funktionen beschränkt, die sie unter der Bezeichnung Verkehrsregeln wahrnehmen.



## Literaturverzeichnis

Die Klammer nach dem jeweiligen Titel gibt die einheitliche Zitierweise wieder. Von einer Aufnahme der in periodischen Publikationen veröffentlichten Aufsätze wurde abgesehen.

- ABRAHAM, Hans Jürgen  
ADICKES, Franz  
AGO, Roberto  
ALGRA, N. E.  
ANGELONI, Vittorio  
ANZILOTTI, Dionisio  
APELDOORN, L. J.  
ARMINJON, P.  
ASCARELLI, Tullio  
ASQUINI, Alberto  
  
ASSER  
AUBRY, C.  
RAU, C.  
ESMEIN, Paul  
BARTIN, Etienne  
AZZARITI, Francesco Saverio  
MARTINEZ, Giovanni  
AZZARITI, Giuseppe  
  
BAILAS, Demetrios  
BAKKERS, Rudolph  
BALLADORE-PALLIERI, G.  
BALOSSINI, Cajo Enrico  
  
s. Schaps  
Zur Lehre von den Rechtsquellen, über das Gewohnheitsrecht, Kassel/Göttingen 1872 (ADICKES)  
Lezioni di diritto internazionale privato Parte Generale, Milano 1939 (Lezioni)  
Inleiding tot het Nederlands Privaatrecht 4. Aufl., Groningen 1967 (Inleiding)  
Gli usi nella nuova legislazione Scritti giuridici S. 883 ff., Milano 1956 (Scritti)  
Cours de droit international Bd. I, Paris 1929 (Cours I)  
Inleiding tot de studie van het nederlandse recht, 14. Aufl., Zwolle 1959 (APELDOORN)  
Précis de droit international privé commercial, Paris 1948 (Arminjon)  
Istituzioni di diritto commerciale, Milano 1937 (Istituzioni) Corso di diritto commerciale, introduzione e teoria dell'impresa, 3. Aufl., Milano 1962 (Corso)  
La natura dei fatti come fonte di diritto, Scritti giuridici Bd. I, S. 3 ff., Padova 1936 (Scritti I) L'unità del diritto commerciale e i moderni orientamenti corporativi, Scritti giuridici Bd. I, S. 51 ff., Padova 1936 (Scritti I)  
Integrazione del contratto con le „clausole d'uso“, Scritti giuridici in onore di Antonio SCIALOJA Bd. III. S. 25 ff., Bologna 1953 (Studi Scialoja III)  
s. SCHOLTEN und RUTTEN  
Cours de droit civil français Bd. I, XII, IV, Paris 1958, 1962 (AUBRY-RAU I, XII, IV)  
  
Diritto civile italiano, Bd. I, 2. Aufl., Padova 1943 (AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI I)  
  
Das Problem der Vertragsschließung und der vertragsbegründende Akt, Göttingen 1962 (BAILAS)  
Rechtsgewoonten betreffende de handelskoop, Amsterdam 1961 (BAKKERS)  
Diritto internazionale privato 2. Aufl., Milano 1950 (BALLADORE-PALLIERI)  
Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume, Milano 1958 (Consuetudini); L'accertamento del diritto consuetudinario compito del giurista e del sociologo, Milano 1962/63 (Accertamento); La rilevanza giuridica delle „regole sociali“, Milano 1965 (Regole sociali)

- BARASSI, Lodovico La teoria generale delle obbligazioni Bd. II, le fonti, Milano 1964 (Obbligazioni II); Il diritto del lavoro Bd. I, Milano 1957 (Dir. lav. I)
- BARBERO, Domenico Sistema del diritto privato italiano Bd. I, 6. Aufl., Torino 1965 (Sistema I); Il contratto-tipo nel diritto italiano, Milano 1935 (Contratto-tipo)
- BARDE, L. s. BAUDRY-LACANTINERIE
- BARRAULT, Jean Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations, Dijon 1912, Thèse (Silence)
- BARTIN, Étienne s. AUBRY-RAU Bd. IV
- BATIFFOL, Henri Sur la signification de la loi désignée par les contractants, scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi Bd. I, S. 181 ff., Milano 1957 (Studi Perassi I); Droit international privé, 4. Aufl., Paris 1967 (Dr. int. priv.)
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. Traité théorique e pratique de droit civil, Bd. I des personnes 3. Aufl., Paris 1907, Bd. XII des obligations, Paris 1908 (BAUDRY-LACANTINERIE I, XII)
- HOUQUES-FOUCARDE, M.
- BARDE, L. Handelsgesetzbuch, 17. Aufl. München-Berlin 1966 (BAUMBACH-DUDEN)
- BAUMBACH, Adolf
- DUDEN, Konrad Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, 1) Schweizerisches Zivilgesetzbuch Bd. I, Einleitung, Bern 1962 (Berner-Kommentar I), 2) Obligationenrecht Bd. VI, 1. Abteilung, Bern 1941 (Berner-Kommentar VI. 1)
- BECKER, H. Introduction à l'étude du droit, 2. Aufl., Bruxelles 1965 (BEKAERT)
- LIVER, Peter
- MEIER-HAYOZ, Arthur
- BEKAERT, Hermann Die Rechtswissenschaft, ihre Funktion und ihre Grenzen, Recueil d'études sur le sources du droit en l'honneur de François Géný Bd. I, 147 ff., Paris 1934 (Mélanges Géný I).
- BELING, Ernst Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1966 (BELKE)
- BELKE, Rolf
- BELLEFROID, J. H. P. Inleiding tot de rechtswetenschap in Nederland, 8. Aufl. Nijmegen/Utrecht 1953 (Inleiding)
- BESLER, Georg Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843 (BESLER)
- BETTI, Emilio Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sog. Typenfreiheit des heutigen Rechts, Festschrift für Leopold WENGLER Bd. I, S. 249 ff., München 1944 (Wengler-Festschr. I)
- Diritto processuale civile italiano, 2. Aufl., Roma 1936 (Dir. proc.); L'interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano 1949 (Interpretazione); Teoria generale del negozio giuridico, Bd. XV Trattato di diritto civile italiano, hrsg. von Filippo VASSALLI, 2. Aufl., Torino 1955 (Negozio giuridico); Teoria generale della interpretazione, Milano 1955 (Teoria generale)
- BEUDANT Cours de droit civil français, 2. Aufl., Bd. I, Paris 1934 (BEUDANT-LEREBOURS-PIGEONNIÈRE I)
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE
- BIANCHETTI, G. B. Le avarie comuni, Padova 1943 (BIANCHETTI)
- BIERLING, Ernst Rudolf Juristische Prinzipienlehre Bd. II, Tübingen 1894/1917 (BIERLING)
- BLOMEYER, Arwed Allgemeines Schuldvertragsrecht 2. Aufl., Berlin-Frankfurt 1957 (BLOMEYER)

- BLUNTSCHLI, J. C. Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, Bd. II, Zürich 1839 (Rechtsgeschichte II)
- BOBBIO, Norberto La consuetudine come fatto normativo, Padova 1942 (Consuetudine); Consuetudine (parte generale) in Enciclopedia del diritto Bd. IX, S. 426 ff., Milano 1961 (Encicl. dir. IX)
- BOLAFFIO, Leone Il codice di commercio commentato Bd. I, 6. Aufl., Torino 1935 (Ccomm. I)
- BONNECARRÈRE-LABORDE-LACOSTE, M. Droit commercial, 3. Aufl., Paris 1947 (BONNECARRÈRE-LABORDE-LACOSTE)
- BOULANGER, Jean Volonté réelle et volonté déclarée, Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq, Bd. I, S. 199 ff., Brüssel 1966 (Mélanges Frédéricq I); Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi, Travaux de l'association H. Capitaint pour la culture juridique française Bd. V, S. 49 ff., Paris 1949 (Trav. Capitaint V); s. auch PLANIOL, RIPERT s. LACOUR
- BOUTERON s. STAUDINGER
- BRÄNDL, Franz s. LOUSSOUARN
- BREDIN, Jean-Denis Introduction générale à l'étude du droit civil, Paris 1947 (Brethe De la GRESSAYE-LABORDE-LACOSTE)
- BRETHE DE LA GRESSAYE, Jean Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht, Festgabe für Felix DAHN, Teil I, S. 129 ff., Breslau 1905 (DAHN Festschr. Teil I)
- LABORDE-LACOSTE, M. Code de l'ancien droit belge, Bruxelles 1847 (BRITZ)
- BRIE, Siegfried s. EHRENBERG
- BRITZ, M. J. The notion of canonical auctoritas with respect to statute, custom, and usage, Rapports généraux au VI<sup>e</sup> congrès international de droit comparé, Bruxelles 1964 S. 129 ff. (Rapports)
- BRODMANN, Erich Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960 (Irrtumsanfechtung)
- BROWN, Brendan Fr. La jurisprudence en droit du travail, Paris 1967 (Jur. trav.)
- BRUN, A. Droit du travail, Paris 1958 (BRUN-GALLAND)
- BRUN, A. GALLAND, H. Deutsche Rechtsgeschichte Bd. II, 2. Aufl., Berlin-München 1928 (BRUNNER-SCHWERIN)
- BRUNNER, Heinrich Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885 (BÜLOW)
- v. SCHWERIN, Claudius Schweizerisches Obligationenrecht allg. Teil, Zürich 1964 (v. BÜREN)
- BÜLOW, Oskar Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien 1967 (BYDLINSKI)
- v. BÜREN, Bruno
- BYDLINSKI, Franz
- CABRILLAC, Henri Introduction au droit bancaire, Paris 1965 (CABRILLAC)
- CALAIS-AULOY, Jean Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, Paris 1961 (CALAIS-AULOY)
- CALAMANDREI, Piero Cassazione civile in Noviss. Dig. It. Bd. II, Torino 1957 (Noviss. dig. it. II)
- CALLATAY, Edouard de Études sur l'interprétation des conventions, Bruxelles-Paris 1947 (CALLATAY)

- CAMERLYNCK, G. H.  
LYON-CAEN, Gérard  
CANARIS, Claus-Wilhelm  
Droit du travail, 2. Aufl., Paris 1967 (CAMERLYNCK-LYON-CAEN)  
Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964 (Lücken); Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969 (Systemdenken)
- CAPITANT, Henri  
Introduction à l'étude du droit civil, 4. Aufl., Paris 1925 (Introduction)
- CAPITANT, Henri  
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L.  
WEILL, Alex  
CAPITANT, Henri  
CAPITANT, René  
Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 4. Aufl., Paris 1964 (Jur. civ.)
- s. COLIN
- L'impératif juridique, Thèse, Paris 1928 (Impératif); Le droit constitutionnel non écrit, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény Bd. III, S. 1 ff., Paris 1934 (Mélanges Gény III)
- CARBONE, Carmelo  
L'interpretazione delle norme costituzionali, Padova 1951 (Carbone)
- CARBONNIER, Jean  
Droit civil Bd. I, 6. Aufl., Bd. II, 4. Aufl., Paris 1964, 1965 (Dr. civ. I, II)
- CARNELUTTI, Francesco  
CARRARA, Giovanni  
CASELLA, Mario  
CASTRO Y BRAVO, Federico de  
Teoria generale del diritto, 3. Aufl., Roma 1951 (Teoria)  
I contratti agrari, 4. Aufl. Torino 1955 (CARRARA)  
Il contratto e l'interpretazione, Milano 1961 (CASELLA)  
Les usages dans le projet de la loi uniforme sur la vente internationale, Mélanges offerts à Jaques Maury Bd. II, S. 81 ff., Paris 1960 (Mélanges Maury II)
- CATAUDELLA, Antonio  
CAVAGLIERI, Arrigo  
Sul contenuto del contratto, Milano 1966 (CATAUDELLA)  
Il diritto internazionale commerciale, Padova 1936 (CAVAGLIERI)
- CESSARI, Aldo  
L'interpretazione dei contratti collettivi, Milano 1963 (CAESSARI)
- CHAMBAZ, Georges  
LEBLOND, Jean  
CHRÉTIEN, Maxime  
Précis des sociétés, Paris 1937 (CHAMBAZ-LEBLOND)
- Les règles de droit d'origine jurisdictionelle, leur formation, leurs caractères, Thèse, Lille 1936 (CHRÉTIEN)
- COING, Helmut  
Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950 (Rechtsphil.); s. auch STAUDINGER
- COLIN, Ambroise  
CAPITANT, Henri  
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L.  
CORRADO, Renato  
Traité de droit civil, Bd. II, Paris 1959 (Traité II); Cours élémentaire de droit civil français, Bd. I, 11. Aufl., Paris 1947 (Cours I)  
I contratti di borsa, 2. Aufl., Bd. VII. Trattato di diritto civile italiano, hrsg. von Filippo Vassalli, Torino 1960 (CORRADO)
- COSACK, Konrad  
Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 5. Aufl., Jena 1910 (BGB I); Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl., Stuttgart 1930 (HGB)
- COSTE-FLORET, Alfred  
Les problèmes fondamentaux du droit, Paris 1946 (COSTE-FLORET)
- COVIELLO, Nicola  
v. CROME, Carl  
Manuale di diritto civile, Bd. I, Milano 1910 (Manuale I)  
System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I, Tübingen-Leipzig 1900 (BGB I)
- (DALLOZ)  
Encyclopédie juridique, répertoire de droit civil, hrsg. Vergé, Emmanuel-Ripert, Georges, Bd. I, Bd. II, Paris

- 1951, 1955 (rép. dr. civ.); Encyclopédie juridique, répertoire de droit commercial et des sociétés, hrsg. Vergé, EMMANUEL-RIPERT, GEORGES, Bd. II, Paris 1957 (rép. dr. comm.);  
 Nouveau répertoire de droit, hrsg. Vergé, Emmanuel-Hamel, Joseph, Bd. I, 2. Aufl., Paris 1962 (Nouv. rép. dr.)
- D'AMELIO, Mariano  
 FINZI, Enrico  
 Codice Civile, libro delle obbligazioni, Bd. I, Art. 1340 Cc. Fragali Art. 1368, 1374 Cc. Ghiron, Firenze 1948 (D'AMELIO-FINZI)
- DANZ, Erich  
 Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl., Jena 1911 (Auslegung)
- DAVID, René  
 GRASMANN, Günther  
 DAVID, Walter  
 Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, München-Berlin 1966 (DAVID-GRASMANN)  
 Verkehrsgewohnheit, Gewohnheitsrecht und ergänzendes Satzungsrecht, Berlin 1940 (DAVID)
- DEGNI, J.  
 L'autorità del diritto consuetudinario nella legislazione civile italiana, Studi in onore di Carlo Fadda Bd. IV, S. 200 ff., Napoli 1906 (Studi, Fadda IV)
- DELAMARRE  
 LE POITVIN  
 DEMOGUE, René  
 Traité théorique et pratique de droit commercial Bd. I, Paris 1861 (DELAMARRE-LE POITVIN I)  
 Traité des obligations en général Bd. II, Paris 1923 (Traité II); s. auch FUZIER-HERMAN
- DEPARADE, Johannes  
 Die Kodifikation von Handelsgebräuchen durch die Industrie- und Handelskammern und ihre Bedeutung für den Rechtsverkehr und die Rechtsentwicklung, Diss., Göttingen 1927 (DEPARADE)
- DEREUX, Georges  
 De l'interprétation des actes juridiques privés, Paris 1905 (DEREUX)
- DERNBURG, Heinrich  
 DESCHENAUX, Henri  
 DESPAX, Michel  
 Das bürgerliche Recht Bd. I, Halle 1902 (BGB)  
 s. GUTZWILLER, MAX  
 Conventions collectives, Bd. VII du traité de droit du travail, hrsg. von G. H. Camerlynck, Paris 1966 (DESPAX)
- DIENA, Giulio  
 Trattato di diritto commerciale internazionale, Firenze 1900 (DIENA)
- DIESELHORST, Malte  
 Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle, erfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, Tübingen 1968
- DIEVOET, E. van  
 Le droit civil en Belgique et en Holland de 1800 à 1940, Bruxelles 1948 (DIEVOET)
- DÖLLE, Hans  
 Bedeutung und Funktion der Bräuche im Einheitsgesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag, Bd. I, S. 447 ff., Tübingen 1969
- DOMAT  
 DOMERGUE, Max  
 Les lois civiles Bd. I, Paris 1766 (DOMAT)  
 Études d'ensemble sur le contrat d'adhésion, Thèse, Toulouse 1935 (DOMERGUE)
- DONADIO, Giuseppe  
 DONATI, Donato  
 La vendita cif, Bari 1939 (DONADIO)  
 Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico, Milano 1910 (DONATI)
- DOSSETTO, Mario  
 Clausola d'uso, Noviss. dig. it. Bd. III, Torino 1957 (Noviss. dig. it. III)

- DUDEN  
DUPEYROUX, Olivier
- DURAND, Paul  
JAUSSAUD, R.  
DURAND, Paul  
DURANTON, A.
- DÜRINGER,  
HACHENBURG, Max  
WERNER, Alfred  
DUVERGIER, J. B.  
EGGER, August  
ESCHER, Arnold  
HAAB, Robert  
OSER, Hugo  
SCHÖNENBERGER, Wilhelm
- EGER, August
- EHRENBERG, Victor  
REHME, Paul  
BRODMANN, Erich  
EHRENREICH, Max, L.  
KASTNER, Oswald  
KRAUS, Josef  
EHRENZWEIG, Adolf  
EHRENZWEIG, Armin  
EHRlich, Eugen
- EISEMANN, F.
- ENDEMANN, F.
- ENDEMANN, Wilhelm
- ENDRES, Michael  
ENNECCERUS, Ludwig  
NIPPERDEY, Hans, Carl
- RAULT, Jean  
ESCARRA, Edouard
- s. BAUMBACH  
La jurisprudence, source abusive du droit, *Mélanges offerts à J. Maury* Bd. II, S. 349 ff., Paris 1960 (*Mélanges Maury II*)  
Traité de droit du travail, Bd. I, Paris 1947 (*DURAND-JAUSSAUD I*)  
s. Ripert  
Cours de droit français, Bd. I, VI, 3. Aufl. 1830, 1833 (*Duranton I, VI*)  
Das Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., Bd. IV, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932 (HGB)
- s. Toullier  
Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930; Bd. V, das Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1929 (*Züricher Kommentar*)
- Richterliche Aufhebung oder Änderung eines Werkvertrages, *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen* Bd. II, S. 169 ff., Zürich 1947 (*Abhandlungen II*); Grundsätze der Vertragsauslegung, *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen* Bd. II, S. 103 ff. (*Abhandlungen II*)  
Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. I, Leipzig 1913; Bd. IV 2., Leipzig 1918 (HGB I, IV, 2)
- Das ABGB für das Kaiserreich Österreich, Wien 1911 (*EHRENREICH-KASTNER-KRAUS*)
- System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. I, 2. Aufl., Wien 1951 (*EHRENZWEIG I*)  
Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1. Aufl., München-Leipzig 1929 – Nachdruck – (*Soziologie*); Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893 (*WE*); Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts, Leipzig-Wien 1907 (*Gewohnheitsrecht*); Das zwingende und das nichtzwingende Recht im BGB, Jena 1899 (*Zwingendes Recht*)  
Recht und Praxis des Dokumentenakkreditives, Heidelberg 1963 (*Akkreditiv*); Die Incoterms im internationalen Warenkaufrecht, Stuttgart 1967 (*Incoterms*)  
Einführung in das Studium des BGB, Bd. I, 5. Aufl., Berlin 1899 (*BGB*)  
Das deutsche Handelsrecht, Heidelberg 1868 (*Handelsrecht*)  
Die betriebliche Übung, Diss. München 1966 (*ENDRES*)  
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2 Halbbände, 15. Aufl., Tübingen 1959/60 (*ENNECCERUS-NIPPERDEY I. 1/2*)  
Principes de droit commercial Bd. I, Paris 1934 (*Principes I*)

- ESCARRA, Jean  
 ESCARRA, Edouard  
 RAULT, Jean  
 HÉMAR, Jean  
 ESCARRA, Jean  
 ESCHER, Arnold  
 ESMEIN, A.
- Traité théorique et pratique de droit commercial, Bd. I, les contrats commerciaux, Paris 1953 (Traité I)
- Manuel de droit commercial, Paris 1947 (Manuel)
- s. EGGER, August  
 Cours élémentaire d'histoire du droit français, Paris 1892 (Histoire)
- s. AUBRY, C. und s. PLANIOL  
 Grundsatz und Norm, Tübingen 1960 (Grundsatz); Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, Festschrift f. Fritz v. HIPPEL S. 95 ff., Tübingen 1967 (Hippel-Festschr.); Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, 3. Aufl., Bd. I, Karlsruhe 1968 [SchR (2), SchR (3) I]
- Méthode positive de l'interprétation juridique, Bruxelles 1906 (VAN DER EYCKEN)
- EYCKEN, Paul, VAN DER
- FEDOZZI, Prospero
- Il diritto internazionale privato 2. Aufl., Padova 1939 (FEDOZZI)
- FEIL
- Stillschweigende Willenserklärung, Österreichisches Rechtslexikon (öst. Rechtslex.)
- FEILCHENFELD, v. STAFF, MICHALKE, FENET, P. A.
- Handelsrecht und Handelsbrauch I, Berlin 1929 (FEILCHENFELD)
- Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil Bd. II-V, XIII, Paris 1827 (FENET II-V, XIII)
- FERID, Murad
- Die allgemeinen Lieferbedingungen für den Export von Anlagegütern gemäß Empfehlung der ECE v. März 1953, Köln 1954 (AEB); Zum Abschluß von Auslandsverträgen, Düsseldorf 1954 (Auslandsverträge)
- FERRARA, Francesco
- Poteri del legislatore e funzione del giudice, Scritti giuridici Bd. I, S. 3 ff., Milano 1954 (Scritti I); Nuovi sviluppi di diritto corporativo, Scritti giuridici Bd. III, S. 261 ff., Milano 1954 (Scritti III); Teoria del negozio illecito nel codice civile italiano, Milano 1902 (Negozio illecito) Trattato di diritto civile italiano, Bd. I, Roma 1921 (Trattato I)
- FERRARI, Giuseppe
- Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario, Milano 1950 (Introduzione)
- FERRI, Giovanni, B.
- Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano 1966 (Causa)
- FINZI, Enrico
- s. D'AMELIO
- FISCHER, René
- Handelsusanz und objektives Recht, Diss., Zürich 1929 (Handelsusanz)
- FLUME, Werner
- Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben Bd. I, S. 135 ff., Karlsruhe 1960 (JT-Festschr. I); Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Berlin-Heidelberg 1965 (AT II)
- FORMIGGINI, Aldo
- Gli usi commerciali e il Codice Civile, Bologna 1949 (Usi); Il contratto di agenzia, trattato di diritto civile italiano, dir. Filippo Vassalli, 2. Aufl., Torino 1958 (Agenzia)

- FORSTHOFF, Ernst                   Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 8. Aufl., Berlin-München 1966 (FORSTHOFF)
- FOUCHARD, Philippe               L'arbitrage commercial international, Paris 1965 (FOUCHARD)
- FRAGALLI, Michele  
FRAGISTAS, Ch. N.                 s. D'AMELIO  
Les précédents judiciaires en Europe continental, Mélanges offerts à J. Maury Bd. II, S. 139 ff., Paris 1960 (Mélanges Maury II)
- FRANCESCHELLI, Remo             Consuetudine Ziffer f., Noviss. dig. it. Bd. IV, Torino 1959 (Noviss. dig. it. IV)
- FRÉDÉRICQ, Louis                 Traité de droit commercial belge, Bd. I, Bd. IX, Gand 1946, 1952 (Traité I, IX); Handboek van belgisch handelsrecht, Bd. I, Bruxelles 1962 (Handboek I)
- FURNO, Carlo  
FUZIER-HERMAN, Ed.  
DEMOGUE, René                 s. CALAMANDREI  
Code Civil annoté Bd. III, Paris 1936 (FUZIER-HERMANN-DEMOGUE III)
- GALLAND, H.                         s. Brun
- GALLONI, Giovanni  
GAUDEMET, Jean                 La interpretazione della legge, Milano 1955 (GALLONI)  
L'autorité de la loi et de la coutume dans l'antiquité, Rapports généraux au VI<sup>e</sup> congrès international de droit comparé 1962, Bruxelles 1964 (Rapports); La loi et la coutume, manifestations d'autorité et sources d'enseignement à Rome, VI<sup>e</sup> congrès international de droit comparé 1962, rapports français S. 35 ff., in Etudes de droit contemporain, nouvelle série, travaux et recherches de l'institut de droit comparé, Paris Bd. XXIII (Rapports franç.)
- GEISLER, Georg                   Das Gewohnheitsrecht als Quelle des geltenden Handelsrechts, Diss. Breslau-Leipzig 1904 (GEISLER)
- GENOVESE, Anteo                 Le condizioni generali di contratto, Padova 1954 (Condizioni)
- GÉNY, François                 Science et technique en droit privé positif, 2. Teil, 2. Aufl., Paris 1927 (Science II); Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Bd. I, II, 2. Aufl., Paris 1919 (Méthode I, II)
- GERMANN, Oscar, Adolf         Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965 (Rechtsfindung); Präjudizien als Rechtsquelle, eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung, Collection „Acta instituti Upsaliensis jurisprudentiae comparativae“ II, Uppsala 1960, (Präjudizien)
- GESSLER, Ernst  
GHIRON, Mario  
GIANNATASIO, Carlo  
v. GIERKE, Julius               s. SCHLEGELBERGER  
s. D'AMELIO  
s. DE MARTINI
- GIERKE, Otto                     Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 8. Aufl., Berlin 1958 (Handelsrecht)
- GILISSEN, John                 Deutsches Privatrecht Bd. I, III, München-Leipzig 1895, 1917 (Privatrecht)
- La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent, Bruxelles 1962 (Rédaction); La loi et la coutume dans l'histoire du droit depuis le haut moyen âge, Rapports généraux au VI<sup>e</sup> congrès international de droit

- comparé 1962, Bruxelles 1964 (Rapports); Loi et coutume, esquisse de l'évolution des sources du droit en Belgique du XII<sup>e</sup> – XX<sup>e</sup> siècle, Rapports belges au VI<sup>e</sup> congrès international de droit comparé 1962, Bruxelles 1962 (Rapports belges)
- GIORDANO, Alessandro I contratti per adesione, Milano 1951 (Contratti); Il fondamento dell'efficacia delle clausole d'uso e l'art. 1341 cc., Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja, Bd. III, S. 265 ff., Bologna 1953 (Studi Scialoja III)
- GMÜR, Max Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen ZGB, Bern 1908 (GMÜR)
- GOERTZ, Karl Handelsgewohnheitsrecht und Handelsitte, Diss., Erlangen-Krefeld 1913 (GOERTZ)
- GÖTZ, Donald Zum Schweigen im Rechtsverkehr, Bd. Homburg-Berlin-Zürich 1968 (GÖTZ)
- GOLDSCHMIT, Friedrich Handelsgesetzbuch, München 1929 (GOLDSCHMIT)
- GORLA, Gino L'interpretazione del diritto, Milano 1941 (GORLA)
- GOUNOT, Emmanuel Le principe de l'autonomie de la volonté, Thèse, Dijon 1912 (GOUNOT)
- GRADER VAN DER MAAS, A. L. Handbuch der Dokumentenakkreditive Stuttgart 1963 (GRADER VAN DER MAAS)
- GRASMANN, Günther s. DAVID
- GRASSETTI, Cesare L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti, Padova 1938 (Interpretazione); Clausola, Encicl. dir. Bd. VII, S. 184 ff., Milano 1960 (Encicl. dir. VII)
- GRASSO, Ugo Usi mercantili, Nuovo dig. it. Bd. XII. 2 a S. 760 ff., Torino 1940 (Nuovo dig. it. XII)
- GROSSMANN-DOERTH, Hans Das Recht des Überseeekausfs, Mannheim-Berlin-Leipzig 1930 (Überseeekauf)
- GSCHNITZER, Franz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Wien-New York 1966 (AT); Schafft Gerichtsgebrauch Recht?, Festschrift zur Hundertjahrfeier des österreichischen OGH 1850–1950, Wien 1950 (OGH-Festschr.); Gibt es noch Gewohnheitsrecht? Verhandlungen des dritten österreichischen Juristentags Wien 1967 Bd. II, 6. Teil, S. 24 ff. (Gewohnheitsrecht); s. auch KLANG
- GUGGENHEIM, Paul Les deux éléments de la coutume en droit international, Études en l'honneur de Georges Scelle Bd. I, S. 275 ff., Paris 1950 (Mélanges Scelle I)
- GUTZWILLER, Max Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Einleitung und Personenrecht, Basel-Stuttgart 1967 (DESCHENAUX in schw. Privatrecht II)
- DESCHENAUX, Henri
- HAAB, Robert s. EGGER
- HAAGE, Hans Die Vertragsklauseln Cif, Fob ab Kai unter Berücksichtigung der Tradeterms, Heidelberg 1956 (HAAGE)
- HACHENBURG, Max Das Bürgerliche Recht, Vorträge 1896/97, 2. Aufl., Mannheim 1900 (Vorträge); s. auch DÜRINGER
- HAEMMERLE, Hermann Grundriß des Handelsrechts, 2. Aufl., Wien 1948 (Grundriß); Handelsrecht, Bd. I, Graz-Wien-Köln 1958 (Handelsrecht I)

- v. HAHN, Friedrich  
 Commentar zum AdHGB, 2. Aufl., Braunschweig 1883 (AdHGB)
- HALFMANN, Gerhard  
 Die Lehre vom Grund der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung im französischen Privatrecht, Diss., München 1965 (HALFMANN)
- HAMEL, Joseph  
 LAGARDE, Gaston  
 JAUFFRET, Alfred  
 HAMEL, Joseph  
 HANNEQUART, Yvon  
 HAUPT, Günter  
 s. DALLOZ  
 s. RENARD  
 Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, Leipzig 1937 (HAUPT)
- HÉBRAUD, P.  
 Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, Mélanges offerts à Jacques Maury, Bd. II, S. 419 ff., Paris 1960 (Mélanges Maury II)  
 s. SCHLEGELBERGER, s. SOERGEL
- HEFERMEHL, Wolfgang  
 HÉMARD, Jean  
 HENKEL, Heinrich  
 s. ESCARRA  
 Einführung in die Rechtsphilosophie, München-Berlin 1964 (HENKEL)
- HENLE, Rudolf  
 Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, allg. Teil, Berlin 1926 (HENLE)
- HERAUD, Guy  
 L'ordre juridique et le pouvoir originaire, Thèse, Toulouse 1946 (HERAUD)
- HERZOG, Jacques, Bernard  
 Le droit jurisprudentiel et le tribunal suprême en Espagne, Toulouse 1942 (HERZOG)
- HEUSLER, Andreas  
 Aus der Basler Rechtspflege durch fünf Jahrhunderte, Festschrift zur Feier des 450jährigen Bestehens der Universität Basel S. 3 ff., Basel 1910 (Basler Festschr.)  
 s. SCHLEGELBERGER
- HILDEBRANDT, Wolfgang  
 HOFFSCHMIDT, N. d.<sup>2</sup>  
 HOFMANN, L. C.  
 HOLLÄNDER, Albert  
 s. PICARD  
 s. VAN OPSTALL  
 Abladegeschäft, Cif-Klausel in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Berlin 1929 (Rvgl. Handwb.)
- HOOG, Günther  
 HOUIN, Roger  
 HOUQUES-FOUCARDE, M.  
 HÜBNER, Heinz  
 s. KRÜGER, Seminar  
 s. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE  
 s. BAUDRY-LACANTINERIE  
 Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, Festschrift für H. C. NIPPERDEY zum 70. Geburtstag, Bd. I, S. 373 ff., München-Berlin 1965 (Nipperdey-Festschr. I);  
 s. auch LEHMANN
- HUBER, Eugen  
 System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts Bd. IV, Basel 1893 (System IV)
- HUECK, Alfred  
 Die rechtliche Bedeutung der betrieblichen Übung, Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts Bd. II, S. 634 ff., Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956 (Lehmann-Festschr. II)
- HUECK, Alfred  
 NIPPERDEY, Hans, Carl  
 Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, Bd. II, 7. Aufl., Berlin-Frankfurt 1967 (Arbeitsrecht I, II)
- ISAY, Hermann  
 Rechtsnorm und Entscheidung,, Berlin 1929 (Rechtsnorm); Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts, Jena 1899 (Willenserklärung)

- ISHIZAKI, Masaichiro De la recente évolution du droit corporatif dans le commerce des soies, Recueil d'études en l'honneur de E. Lambert Bd. I, S. 494 ff., Paris 1938 (Mélanges Lambert I); Le droit corporatif international de la vente de soies Bd. I, Bd. II, Paris 1928 (Vente I, II)
- JAHREISS, Hermann Das Recht, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný Bd. I, S. 161 ff., Paris 1934 (Mélanges Géný I)
- JANSMA, Kornelis Uitlegging van overeenkomsten, Hoogeveen 1913 (JANSMA)  
s. Hamel
- JAUFFRET, Alfred Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Paris 1954 (JEANNEAU)
- JEANNEAU, Benoît Die Zersetzung im Rechtsdenken, Berlin 1968 (JERUSALEM)
- JERUSALEM, Franz Der Zweck im Recht, 4. Aufl., Leipzig 1905 (JHERING)
- v. JHERING, Rudolph L'essor moderne de concept contractuel, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný, Bd. II, S. 333 ff., Paris 1934 (Mélanges Géný II)
- JOSSERAND, Louis Précis Dalloz, droit civil Bd. I, Bd. II, 3. Aufl., Paris 1963, 1964 (Précis I, II); s. auch CAPITANT
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L. Droit commercial, Bd. I, 4. Aufl., Bd. II, 3. Aufl., Paris 1965 (JULLIOT DE LA MORANDIÈRE-RODIÈRE-HOUIN, I, II)
- RODIÈRE, René
- HOUIN, Roger
- KADEN, Erich, Hans Un exemple de la pratique extrajudiciaire en Allemagne, le contrat de bail uniforme, Recueil d'études en l'honneur de E. Lambert, Bd. I, S. 511 ff., Paris 1938 (Mélanges Lambert I)
- KAHN, Philippe La vente commerciale internationale, Paris 1961 (Vente)
- KAMPHUISEN, P. W. Gewoonterecht, s'-Gravenhage 1935 (KAMPHUISEN)
- KAPFER, Hans Das ABGB, 28. Aufl., Wien 1967 (KAPFER)
- KASER, Max Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, München 1959 (KASER)  
s. EHRENREICH
- KASTNER, Oswald Recht und Sittlichkeit, Tübingen 1964 (KAUFMANN)
- KAUFMANN, Arthur The crisis of conflict of laws, Rec. cours la Haye 1964. II. S. 91 ff. (Rec. cours la Haye)
- KEGEL, Gerhard Die Bindung des Schiedsgerichts an das materielle Recht, Köln-Berlin 1964 (KESSLER)
- KESSLER, Joachim Kommentar zum ABGB, Bd. I. 1, Bd. IV, Lieferung 50/51/73, Wien 1951, 1954, 1964 (KLANG-GSCHNITZER)
- KLANG, Heinrich Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, Bielefeld 1965 (KNITTEL)
- GSCHNITZER, Franz Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I, Berlin 1906 (BGB I)
- WOLFF, Karl Contractueel stippelwerk, Alphen 1965 (KOOPMANS)
- KNITTEL, Wilhelm De plaats van gewoonte en volksovertuiging in het privatrecht, Arnhem 1912 (KOSTERS)
- KOHLER, Josef Le code civil et la coutume, revision de la notion de
- KOOPMANS, T.
- KOSTERS, J.
- KOSCHEMBAHR-

- LYSKOWSKI, J. de  
 KRAINZ, Josef  
 PFAFF, L.  
 KRAUS, Josef  
 KRAUSE, Hermann  
 KREITTMAYER, W. X. A.  
 KREUZER, Karl, F.  
 KRÜGER, Herbert
- LABORDE-LACOSTE, M.  
 LACOUR, Léon  
 BOUTERON, Jacques  
 LAFERRIÈRE, Julien  
 LAGARDE, Gaston  
 LA LUMIA, Isidoro  
 LAMBERT, Edouard
- LANGE, Heinrich  
 LANGLOIS, Henri  
 LARENZ, Karl
- LAROMBIÈRE, L.  
 LAURENT, F.
- LEBLOND, Jean  
 LEBRUN, Auguste
- coutume, Études de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT, S. 403 ff., Paris 1939 (Mélanges Capitant)  
 System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. I, 2. Aufl., Wien 1894 (KRAINZ-PFAFF I)  
 s. EHRENREICH  
 Schweigen im Rechtsverkehr, Marburg 1933 (Schweigen)  
 Anmerkungen über den Codicem Maximilianum, München 1797 (KREITTMAYER)  
 Das internationale Privatrecht des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung, Frankfurt-Berlin 1964 (KREUZER)  
 Völkerrecht-Gewohnheitsrecht-Naturrecht, Referate zweier Seminare, Hamburg 1967 (Seminar)
- s. BONNECARRÈRE und s. BRETHER DE LA GRESSAYE  
 Précis de droit commercial, Bd. I, 3. Aufl., Paris 1925 (LACOUR-BOUTERON I)  
 Manuel de droit constitutionnel, Paris 1943 (Manuel)  
 s. Hamel  
 Corso di diritto commerciale, Milano 1950 (Corso)  
 Source du droit comparé ou supranational, législation uniforme et jurisprudence comparative, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génys, Bd. III, S. 498 ff., Paris 1934 (Mélanges Génys III); La fonction du droit civil comparé Bd. I, Paris 1903 (Dr. civ. comp. I); Préface zu Ishizaki le droit corporatif international de la vente de soies Bd. I, S. XXVII ff., Paris 1928 (Préface Ishizaki)  
 BGB Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München-Berlin 1966 (LANGE)  
 Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence, Thèse, Caen 1897 (LANGLOIS)  
 Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München-Berlin 1967 (AT); Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960 (Methodenlehre); Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1969 (Methodenlehre [2]); Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, München-Berlin 1963 (Geschäftsgrundlage); Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I. 3, 7. Aufl., München-Berlin 1958, 1967 (SchR I); Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Frankfurt, Nachdruck 1930/1966 (Auslegung)  
 Théorie et pratique des obligations, Bd. I, Bd. II, 2. Aufl., Paris 1885 (LAROMBIÈRE I, II)  
 Cours élémentaire de droit civil, Bd. I, Bd. II, Bruxelles-Paris 1878 (Cours I, II); Avant-projet de révision du Code Civil Bd. I, Bruxelles 1882 (Avant-projet I)  
 s. CHAMBAZ  
 Coutume, Rép. dr. civ. Bd. I, S. 1096 ff., Paris 1951 (Rép. dr. civ.); La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, Paris 1932 (Coutume); Usage, Rép. dr. civ. Bd. V, S. 495 ff., Paris 1955 (Rép. dr. civ.)

- LEFEBVRE, Maurice La coutume comme source formelle de droit en droit français contemporain, Thèse, Lille 1906 (LEFEBVRE)
- LE FUR, Louis La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY Bd. III, S. 362 ff., Paris 1934 (Mélanges Gény III)
- LEHMANN, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Berlin 1966 (LEHMANN-HÜBNER)
- HÜBNER, Heinz Allgemeines Schuldrecht des BGB, Bd. I, München-Leipzig 1929 (SchR I)
- LEONHARD, Franz Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900 (AT); Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, 2. Aufl., Breslau 1907 (Irrtum)
- LEONHARD, RUDOLF s. DELAMARRE
- LE POITVIN s. BEUDANT
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P. Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlangen 1954 (LESS)
- LESS, Günther
- LEVI, Alessandro Teoria generale del diritto, Padova 1950 (LEVI)
- LIMBACH, Jutta Die Feststellung von Handelsbräuchen, Berliner Festschrift für Ernst E. HIRSCH S. 77 ff., Berlin 1968 (Hirsch-Festschr.)
- LIVER, Peter s. BECKER
- LONGHI, Emilio de Considerazioni sull'art 8 delle disposizioni sulla legge in generale, Studi giuridici in memoria di Pietro Ciapessoni S. 153 ff., Pavia 1948 (Studi Ciapessoni)
- LONIEWSKI, Alfred Essai sur le rôle actuel de la maxime error communis facit ius, Thèse, Aix-Marseille 1905 (LONIEWSKI)
- LOUSSOUARN, Yvon Droit Du Commerce International, Paris 1969 (LOUSSOUARN-BREDIN)
- BREDIN, Jean-Denis Institutes coutumières Bd. I, Paris 1846 (LOYSEL I)
- LOYSEL, Antoine Auslegung von Rechtsgeschäften, Karlsruhe 1966 (Auslegung)
- LÜDERITZ, Alexander Einheitliches Kaufrecht und autonomes Handelsrecht, Fribourg 1956 (LÜTHLEN)
- LUITHLEN, Wolfgang
- LYON-CAEN, Ch. Traité de droit commercial, Bd. I, Bd. III, 4. Aufl., Paris 1906 (LYON-CAEN-RENAULT I, III)
- RENAULT, L. s. CAMERLYNCK
- LYON-CAEN, Gérard
- MADE, Raoul van der s. RENARD
- MADJARIAN, Jean Le silence dans la formation des contrats, Thèse, Nice 1965 (MADJARIAN)
- MANIGK, Alfred Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907 (Willenserklärung); Irrtum und Auslegung, Berlin 1918 (Auslegung); Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939 (Verhalten)
- MANN, Frederick, A. Die Verträge der Völkerrechtssubjekte und die Privatautonomie, Ius et lex S. 465 ff., Basel 1959 (GUTZWILLER-Festschr.)
- MARMOL, Charley del Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit commercial, Liber amicorum Baron Louis FRÉDÉRICQ, Bd. I, S. 307 ff., Bruxelles 1966 (Mélanges Frédéricq I); Droit commercial terrestre Bd. I, II, Liège 1953 (Dr. comm. terr. I)

- MAROI, Fulvio  
 MARTINEZ, Giovanni  
 MARTINI, Angelo de  
 GIANNATTASIO, Carlo  
 MARTY, Gabriel
- MARTY, Gabriel  
 RAYNAUD, Pierre  
 MATTEUCCI, Mario
- MAURY, Jacques
- MAYER-MALI, Theo
- MAZEAUD, Henri  
 MAZEAUD, Léon  
 TUNC, André  
 MEIER-HAYOZ, Arthur
- MERLIN, M.
- MESSINA, Giuseppe  
 MESSINEO, Francesco
- MEYER, Gerhard
- MEZGER, Edmund
- MIRABELLI, Giuseppe
- MOLLE, Giacomo
- MONACO, RICCARDO
- MORELLI, Gaetano
- MORI-CHECCUCCI, Ulrico
- s. RUGGIERO  
 s. AZZARITI  
 Rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile Buch IV. 2, Milano 1956 (de MARTINI-GIANNATTASIO IV, 2)  
 Rôle du juge dans l'interprétation des contrats, travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française Bd. V, S. 92 ff., Paris 1949 (Trav. Capitant V); La distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation, Thèse, Toulouse 1929 (Distinction); Droit civil Bd. I, Paris 1961 (MARTY-RAYNAUD I)
- L'attività de l'institut international pour l'unification du droit privé, Unidroit, Annuaire Bd. I, S. 37 ff., Roma 1956 (Unidroit I)
- Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit, Études offertes à Georges RIPERT Bd. I, S. 29 ff., Paris 1950 (Mélanges Ripert I)
- Vertrag und Einigung, Festschrift für H. C. NIPPERDEY zum 70. Geburtstag Bd. I, S. 509 ff., München-Berlin 1965 (Nipperdey-Festschr. I)
- Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Bd. I, 5. Aufl., Paris 1957 (MAZEAUD-TUNC I)
- Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951 (Richter); Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß, Aarau 1948 (Vertrauensprinzip); s. auch BECKER
- Répertoire universel et raisonné de jurisprudence Bd. IV, Bd. XXXV, 5. Aufl., Bruxelles 1825, 1828 (Rép. univ. IV, XXXV)
- La simulazione assoluta, Milano 1908 (MESSINA)
- Contratto, teoria generale (diritto privato), Encicl. del dir. Bd. IX, S. 935 ff., Milano 1961 (Encicl. dir. IX); Dottrina generale del contratto, Milano 1952 (Dottrina); Manuale di diritto civile e commerciale Bd. I, Milano 1957 (Manuale)
- Der Handelsbrauch, insbesondere sein Verhältnis zu den dispositiven Gesetzesbestimmungen, Diss. Erlangen 1928 (Handelsbrauch)
- Der Begriff der Rechtsquelle, Festgabe für Philipp HECK, Max RÜMELIN, Arthur Benno SCHMIDT, S. 32 ff., Tübingen 1931 (Heck-Festschr.)
- Dei contratti in generale, Buch IV. 2 Commentario del codice civile Torino 1958 (Contratti)
- I contratti bancari, Bd. XXXV. 1 des Trattato di diritto civile e commerciale, hrsg. CICU-MESSINEO, Milano 1966 (MOLLE)
- L'efficacia della legge nello spazio, Torino 1954 (MONACO)
- Elementi di diritto internazionale privato italiano, 8. Aufl., Napoli 1965 (MORELLI)
- Gli usi normativi come fattispecie, Genova 1948 (MORI-CHECCUCCI)

- MORNET, Marcel Du rôle et des pouvoirs de la jurisprudence en matière civil, Thèse, Paris 1903/1904 (MORNET)
- MORRA, Nello Natura delle cose, Noviss. dig. it. Bd. XI, S. 34 ff., Torino 1965 (Noviss. dig. it. XI)
- MOSCO, Luigi Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici, Napoli 1952 (Mosco)
- MOSSA, Lorenzo Diritto commerciale Bd. I, Milano 1937 (Dir. comm. I); Trattato del nuovo diritto commerciale Bd. I, Milano 1942 (Trattato I)
- MOTULSKY, Henri L'office du juge et la loi étrangère, Mélanges offerts à J. Maury Bd. I, S. 337 ff., Paris 1960 (Mélanges Maury I)
- NAVARRINI, Umberto Lezioni di diritto commerciale, Bd. I, Roma 1940 (NAVARRINI I)
- NEUHAUS, Paul Heinrich Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, Berlin-Tübingen 1962 (NEUHAUS)
- NIBOYET, J. P. Traité de droit international privé français 2. Aufl., Bd. I, Paris 1947 (NIBOYET I)
- NIPPERDEY, Hans Carl s. HUECK und s. ENNECCERUS
- NÖRR, Dieter Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie, Festschrift für Wilhelm FELGENTRAEGER z. 70. Geburtstag, Göttingen 1969 (Felgentraeger-Festschr.)
- NÖRR, Rudolf Die Rechtsnatur der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss., München 1954 (NÖRR)
- OERTMANN, Paul Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig 1914 (Verkehrssitte); Bürgerliches Gesetzbuch Erstes Buch, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1908 (BGB)
- OFTINGER, Karl Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, Festgabe zum 70. Geburtstag von August SIMONIUS, S. 263 ff., Basel 1955 (Simonius-Festschr.)
- OPPO, Giorgio Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico, Bologna 1943 (OPPO)
- OPSTALL, S. N. van Het Nederlands verbintenissenrecht, de algemene leer der verbintenissen, eerste gedeelte, 8. Aufl., Groningen 1959 (OPSTALL in Hofmann, Verbintenissenrecht A. L.)
- OSER, Hugo s. EGGER
- OSTI, Giuseppe Contratto, Noviss. dig. it., Bd. IV, S. 462 ff., Torino 1959 (Noviss. dig. it. IV)
- OTTOLENGHI, G. La cambiale nel diritto internazionale, Torino 1902 (Cambiale)
- PABBRUWE, H. J. Gebruik en gebruikelijk beding, Zwolle 1961 (PABBRUWE)
- PACHE, André La coutume et les usages dans le droit privé positif, Thèse, Lausanne 1938 (PACHE)
- PAGE, Henri DE Traité élémentaire de droit civil belge, Bd. I, II, 3. Aufl., Bd. V, 2. Aufl., Bruxelles 1952, 1962, 1964 (DE PAGE I, II)
- PAVONE LA ROSA, Antonio Studi sulla polizza di carico, Milano 1958 (Polizza di carico); Consuetudine, usi normativi e usi negoziali, Encicl. dir. Bd. IX, S. 513 ff., Milano 1961 (Encicl. dir. IX)
- PEDAMON, Michel in Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, hrsrg. HOUIN, Paris 1962 (Jur. comm.)

- PERGOLESÌ, Ferruccio  
BORSI, Umberto  
PERGOLESÌ, Ferruccio  
PERREAU, E. H.  
PFAFF, L.  
PFENNINGER, Hans, Felix  
PICARD, Edmond  
PICARD, Edmond  
HOFFSCHMIDT, N. d'  
PILZ, Hubert  
PINTOR, Manfredi, Siotto  
PIOTET, Paul  
PISKO, Oskar  
PITLO, A.  
PLANIOL, Marcel  
PLANIOL, Marcel  
RIPERT, Georges  
BOULANGER, Jean  
PLANIOL, Marcel  
RIPERT, Georges  
ESMEIN, Paul  
PONSARD  
AUBRY, C.  
RAU, C.  
Pothier, J. R.  
PRÉLOT, Marcel  
PUCHTA, Georg, Friedrich  
PUGLIATTI, Salvatore  
PULBY  
PUTZIER, Dieter  
QUADRI, Rolando
- Trattato di diritto del lavoro, Bd. I, 3. Aufl., Padova 1960 (PERGOLESÌ-BORSI I)  
Sistema delle fonti normative, 3. Aufl., Bologna 1949 (Fonti)  
Technique de la jurisprudence en droit privé, Paris 1923 (Technique)  
s. KRAINZ  
Übung und Ortsgebrauch im schweizerischen ZGB, Zürich 1911 (PFENNINGER)  
Le droit pur, Paris 1920 (Droit pur)  
Coutumes, Pandectes belges, encyclopédie de législation de doctrine et des jurisprudences belges Bd. XXVII, Bruxelles 1888 (PandB)  
Richterliche Vertragsergänzung und Vertragsabänderung, Diss., Freiburg 1963 (PILZ)  
Réflexions au sujet de la coutume en droit interne, Recueil d'études en l'honneur de E. LAMBERT, Bd. I, S. 372 ff., Paris 1938 (Mélanges Lambert I)  
La formation du contrat, Bern 1956 (Contrat)  
Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, Wien 1923 (Handelsrecht); s. auch STAUB  
Het verbintenissenrecht 3. Aufl., Haarlem 1952 (Verbintenissenrecht); Het systeem van het Nederlandse privaatrecht, 2. Aufl., Haarlem 1964 (System)  
Traité élémentaire de droit civil Bd. I, 6. Aufl., Paris 1911 (Traité él. I)  
Traité élémentaire de droit civil Bd. I, 5. Aufl., Paris 1950 (Traité él. I)  
Traité pratique de droit civil français, Bd. VI, Paris 1952  
Traité prat. VI)  
Droit civil français, Bd. I, 7. Aufl., Paris 1964 (PONSARD-AUBRY-RAU I)  
Traité des obligations Bd. I, Paris 1768 (Obligations I)  
Institutions politiques et droit constitutionnel, 3. Aufl., Paris 1963 (PRÉLOT)  
Das Gewohnheitsrecht Bd. I, II, Erlangen 1828/1837 (Gewohnheitsrecht)  
Gli istituti del diritto civile, Bd. I, Milano 1943 (PUGLIATTI)  
La coutume et son rôle en matière de compte courant, Thèse, Paris 1924 (PULBY)  
s. KRÜGER, Seminar  
Diritto internazionale pubblico, 4. Aufl., Palermo 1963 (Dir. int. pubbl.); L'interpretazione dei negozi giuridici nel diritto internazionale privato, Studi critici di diritto internazionale in onore di S. Romano, Bd. I, 1, S. 239 ff., Padova 1939 (Studi Romano I, 1)

- RABEL, Ernst  
RADBRUCH, Gustav  
RAISER, Ludwig  
RAULT, J.  
RAYNAUD, Pierre  
RAU, C.  
RÉGLADE, Marc  
REHFELDT, Bernhard  
REHME, Paul  
REICHEL, Hans  
RENARD, Claude  
VIEUJEAN, Edouard  
HANNEQUART, Yvon  
MADE, Raoul van der  
RENARD, Claude  
RENAULT, L.  
RHODE, Heinz  
RICCA-BARBERIS, Mario  
RICHARDI, Reinhard  
RIEG, Alfred  
RIPERT, Georges  
RIPERT, Georges  
BOULANGER, Jean  
RIPERT, Georges  
ROBLOT, René  
DURAND, Paul  
RIPERT, Georges  
RITTER, Karl
- Das Recht des Warenkaufs, Berlin 1957 (Warenkauf)  
Die Natur der Sache als juristische Denkform, Festschrift zu Ehren von E. LAUN, S. 157 ff., Hamburg 1948 (Laun-Festschr.)  
Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben I, S. 114 ff., Karlsruhe 1964 (JT-Festschr. I); Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935 (AGB)  
s. ESCARRA  
s. MARTY  
s. AUBRY  
La coutume en droit public interne Thèse, Bordeaux 1919 (RÉGLADE)  
Die Wurzeln des Rechts, Berlin 1951 (Wurzeln); Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1966 (Einführung)  
s. EHRENBERG  
Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915 (Richterspruch); Zu den Einleitungsartikeln des ZGB, Festgabe für Rudolf STAMMLER zum 70. Geburtstag, S. 281 ff., Berlin-Leipzig 1926 (Stammler-Festschr.)  
Théorie générale des obligations, Les Nouvelles, corpus iuris belgici, Bd. IV, 1, 2, Bruxelles 1957, 1958 (Nouvelles, IV, 1, 2, obligations)  
Cours d'encyclopédie du droit, Bd. I, Liège 1960 (Cours I)  
s. LYON-CAEN  
Die Willenserklärung und der Pflichtgedanke im Rechtsverkehr, Berlin 1938 (RHODE)  
Consuetudine e diritto, Torino 1955 (RICCA-BARBERIS)  
Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, Habilitationsschrift, München 1968 (Richardi)  
Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Paris 1961 (RIEG)  
Droit maritime, 4. Aufl., Bd. III, Paris 1953 (Dr. marit. III); s. auch DALLOZ  
Traité de droit civil, Bd. I, Bd. II., Paris 1956/1957 (RIPERT-BOULANGER)  
Traité élémentaire de droit commercial, Bd. I, 4. Aufl., Paris 1959 (RIPERT-ROBLOT-DURAND I)  
Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris 1948 (Régime); Usages commerciaux, Rép. dr. comm. Bd. II, S. 818 ff., Paris 1957 (Rép. dr. comm.); La règle morale dans les obligations civiles, 4. Aufl., Paris 1949 (Règle morale); Les forces créatrices du droit, Paris 1955 (forces créatrices); s. auch PLANIOL  
Das Recht der Seeversicherung, Bd. I, Hamburg 1953 (RITTER)

- RIVÉRO, Jean  
SAVATIER, Jean  
ROBLOT, René  
ROCCO, Alfredo
- RODIÈRE  
RODOTÀ, Stefano  
ROMANO, Salvatore  
ROMANO, Santi
- ROTHOEFT, Dietrich
- ROUBIER, Paul
- RUGGIERO, Roberto de
- RUGGIERO, Roberto de  
MAROI, Fulvio  
RÜMELIN, Max
- RUTTEN, L. E. H.
- RYCKMANS, Xavier  
ZWICK, Jacques  
RYN, Jean VAN
- SALANDRA, Vittorio
- SALEILLES, Raymond
- SANDROCK, Otto
- SANTORO-PASSARELLI, F.
- SAUER, Wilhelm
- SAVATIER, René
- SAVATIER, Jean
- Droit de travail, 4. Aufl., Paris 1966 (RIVÉRO-SAVATIER)
- s. RIPERT  
Principii di diritto commerciale, parte generale, Torino 1928 (Principii); Diritto commerciale, parte generale, Milano 1936 (Dir. comm.); s. auch BOLAFFIO  
s. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE  
Le fonti di integrazione del contratto, Milano 1969  
Autonomia privata, Milano 1957 (Autonomia)  
Principi di diritto costituzionale generale, Milano 1945 (Principi)  
System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, Tübingen 1968 (ROTHOEFT)  
Théorie générale du droit, 2. Aufl., Paris 1951 (Théorie);  
Le droit transitoire, 2. Aufl., Paris 1960 (Dr. transit.);  
L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, Études offertes à Georges Ripert, Bd. I, S. 9 ff., Paris 1950 (Mélanges Ripert I)  
Istituzioni di diritto civile, Bd. I, 4. Aufl., Bd. III, 7. Aufl., Messina-Milano 1926, 1935 (Istituzioni I, III)  
Istituzioni di diritto privato, 9. Aufl., Messina-Milano 1964 (de RUGGIERO-MAROI)  
Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung, Tübingen 1929 (Gewohnheitsrecht)  
Verbindenissenrecht, 2. Aufl., 3. Teil von C. ASSER, Hand-  
leiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burger-  
lijk Recht, Zwolle 1961 (RUTTEN-ASSER III)  
Les droits et les obligations de medecins, Bruxelles 1954 (RYCKMANS-ZWICK)  
Principes de droit commercial, Bd. I, Bruxelles 1954 (VAN RYN I)
- Manuale di diritto commerciale, Bd. I, 3. Aufl., Bologna 1949 (Manuale I)  
De la déclaration de volonté, Paris 1901 (Déclaration);  
Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts, Breslau 1905 (Einführung)  
Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Köln-Opladen 1966 (Auslegung)  
Dottrine generali del diritto civile, 9. Aufl., Napoli 1966 (SANTORO-PASSARELLI)  
Die grundsätzliche Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung für Praxis und Wissenschaft, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. I, S. 122 ff., Berlin-Leipzig 1929 (RG-Festschr.)  
Structures matérielles et structures juridiques, Études offertes à Georges RIPERT, Paris 1950 (Mélanges Ripert I); Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, I. serie, 3. Aufl., Paris 1964 (Métamorphoses)  
s. RIVÉRO

- SAVIGNY, Friedrich, Carl von System des heutigen Römischen Rechts Bd. I, II, Berlin 1840 (System); Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Nachdruck Freiburg 1892 (Beruf)
- SCARPELLO, Gaetano Rassegna di giurisprudenza sul codice civile, Buch I, 2. Aufl., Milano 1957 (SCARPELLO-STELLA-RICHTER)
- STELLA-RICHTER, Mario Das deutsche Seerecht, Bd. II, 3. Aufl., Berlin 1962 (SCHAPS-ABRAHAM)
- SCHAPS, Georg Handelsgesetzbuch Bd. III, 4. Aufl., Berlin-Frankfurt 1965 (Schlegelberger)
- ABRAHAM, Hans Jürgen
- SCHLEGELBERGER Zum Problem der Geschäftsgrundlage, Festschrift für H. C. NIPPERDEY zum 60. Geburtstag S. 1 ff., München-Berlin 1955 (Nipperdey-Festschr.)
- GESSLER, Ernst Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht, Graz-Köln 1966 (SCHMIEDEL)
- HEFERMEHL, Wolfgang International trade law and private international law, Vom deutschen zum europäischen Recht, Bd. II, S. 257 ff., Tübingen 1963 (Dölle-Festschr.)
- HILDEBRANDT, Wolfgang Sozialtypisches Verhalten im Lichte des ABGB, Gedenkschrift Franz GSCHNITZER, Aalen 1969, S. 359 ff.
- SCHRÖDER, Georg Algemeen deel, I. Bd. von C. ASSER Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht 2. Aufl., Zwolle 1934 (SCHOLTEN-ASSER, A. D. I)
- SCHMIDT-RIMPLER, Walter s. EGGER
- SCHMIEDEL, Burkhard Die kaufmännische Schiedsgerichtsbarkeit, Bremen 1953 (SCHOTTELIUS)
- SCHMITTHOFF, Clive M. Handelsbräuche, Mannheim-Berlin-Leipzig 1922 (Handelsbräuche)
- SCHNORR, Gerhard s. SCHLEGELBERGER
- SCHOLTEN, Paul Das Gewohnheitsrecht, Breslau 1890 (SCHUPPE)
- SCHÖNENBERGER, Wilhelm s. BRUNNER
- SCHOTTELIUS, D. J. Sistema del diritto della navigazione, 3. Aufl., Roma 1933 (Navigazione); Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale, Saggi di vario diritto, Bd. I, S. 253 ff., Roma 1927 (Saggi I)
- SCHREIBER, Otto Contratti in generale, Bd. IV. 2 von Grosso-Santoro-Passarelli, trattato di diritto civile 2. Aufl., Milano 1966 (SCOGNAMIGLIO)
- SCHRÖDER, Georg
- SCHUPPE, Wilhelm
- v. SCHWERIN, Claudius
- SCIALOJA, Antonio La leçon de la Rome antique sur le fondement de la force obligatoire de la coutume, Recueil d'études en l'honneur de E. LAMBERT Bd. I, S. 218 ff., Paris 1938 (Mélanges Lambert I)
- SCOGNAMIGLIO, Renato Le refus de contracter, Thèse, Paris 1967 (SERNA)
- SENN, F. Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, Nördlingen 1881 (SEUFFERT)
- SERNA, Jean-Christian s. SOERGEL
- SEUFFERT, Lothar Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips, Festgabe der Basler Juristenfakultät zum schweiz. Juristentag S. 233 ff., Basel 1942 (Basler Festschr.)
- SIEBERT, W.
- SIMONIUS, August

- SMIDT, Jacobus Thomas de      Rechtsgewoonten. De gebruiken en plaatselijke gebrui-  
ken waarnaar het Burgerlijk Wetboek verwijst, Amster-  
dam 1954 (DE SMIDT)
- SOERGEL, Th.                      Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Stuttgart 1967 (SOER-  
GEL-SIEBERT, W.                      GEL-SIEBERT, bzw. SOERGEL-HEFERMEHL)
- SCHULTZE v. LASAULX              Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le  
SOURIOUX, Jean-Louis              droit positif, Thèse, Paris 1967 (SOURIOUX)
- SPAGNUOLO VIGARITA, Luciano      Gli usi aziendali, Napoli 1965 (SPAGNUOLO-VIGARITA)  
SPERDUTI, Giuseppe              La fonte suprema dell'ordinamento internazionale, Mi-  
lano 1946 (Fonte); Prescrizione consuetudine e acqui-  
scenza in diritto internazionale, Studi in memoria di  
Giovan Batista Funaioli S. 523 ff. (Studi Funaioli)
- STAMMLER, Rudolf                  Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Ge-  
schichtsauffassung, Berlin-Leipzig 1924 (Wirtschaft); Die  
Lehre vom richtigen Recht, Berlin 1902 (Richtiges Recht);  
Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin-Leipzig  
1928 (Rechtsphil); Das Recht der Schuldverhältnisse in  
seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897 (Schuldverhält-  
nisse)
- STAUB                                  Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetz-  
PISKO, Oskar                          buch, Ausgabe für Österreich, 3. Aufl., Bd. I, II, Wien  
1935, 1938 (STAUB-PISKO)
- STAUDINGER, J.                      Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner  
COING, Helmut                      Teil, 11. Aufl., Berlin 1957 (STAUDINGER-COING, STAU-  
BRÄNDL, Franz                      DINGER-BRÄNDL)
- STAUDINGER, J.                      Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der  
WEBER, Wilhelm                      Schuldverhältnisse, Teil 1 b, § 242 BGB, Berlin 1961  
(STAUDINGER-WEBER)
- v. STEIGER, F.                      Der internationale Kauf, Vom Kauf nach schweizer.  
Recht, Festschrift für Theo GUHL S. 219 ff., Zürich 1950  
(GUHL-Festschr.)
- STEINICKE, Dietrich                  s. KRÜGER Seminar
- STOLFI, Giuseppe                    Teoria del negozio giuridico, Padova 1961 (Negozio)
- STOLFI, Nicola                      Il nuovo codice civile commentato Buch IV, Bd. I, Napoli  
STOLFI, Francesco                  1949 (Nuovo codice)
- STOUFFLET, Jean                    Le crédit documentaire, Paris 1957 (Crédit); Contrats  
commerciaux, Juris Classeur, droit international, Fasc.  
565, Paris 1959 (Contrats)
- STRACHE, Karl-Heinz              Das Denken in Standards, Berlin 1968 (STRACHE)
- STRATENWERTH, Günter            Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache, Tü-  
bingen 1957 (STRATENWERTH)
- SUIJLING, J. Ph.                    Inleiding tot het Burgerlijk Recht, Bd. I, 3. Aufl., Bd. II,  
2. Aufl., Haarlem 1934, 1948 (SUIJLING I, II)
- TALAMON, Christian                Les pouvoirs de la cour de cassation dans l'interpréta-  
tion des contrats, Thèse, Paris 1920 (TALAMON)
- TANAKA                              Fonction de la coutume en droit commercial, Recueil  
d'études sur les sources du droit en l'honneur de Fran-  
çois GÉNY, Bd. III, S. 253 ff., Paris 1934 (Mélanges Gény  
III)
- THALLER, E.                        Traité de droit commercial, 7. Aufl., Paris 1925 (THAL-  
PERCEROU, J.                        LER-PERCEROU)

- THÖL, Heinrich  
TILSCH, Emanuel  
Das Handelsrecht Bd. I, 4. Aufl., Göttingen 1862 (THÖL I)  
Das ABGB und die Gewohnheiten im Wandel des Jahrhunderts, Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB Bd. II, S. 37 ff., Wien 1911 (ABGB-Festschr. II)
- TITZE, Heinrich  
Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910 (Mißverständnis); Richtermacht und Vertragsinhalt, Tübingen 1921 (Richtermacht)
- TORRENTE, Andrea  
Manuale di diritto privato, 5. Aufl., Milano 1962 (Manuale)
- TOULLIER, C. B. M.  
DUVERGIER, J. B.  
TRABUCCHI, Alberto  
Le droit civil français, Bd. I, 6. Aufl., Paris – ohne Datum – (TOULLIER–DUVERGIER I)  
Istituzioni di diritto civile, 15. Aufl., Padova 1966 (TRABUCCHI)
- v. TUHR, Andreas  
Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1925 (OR AT); Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, II, 1, Berlin 1910/14 Nachdr. 1957 (TUHR I, II, 1)
- TUNC, André  
ébauche du droit des contrats professionnels, Études offertes à Georges RIPERT Bd. II, S. 136 ff., Paris 1950 (Mélanges Ripert II); s. auch MAZEAUD
- UNGER, Joseph  
System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. I, 4. Aufl., Leipzig 1876 (UNGER I)
- VALETTE, Léonce  
Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé actuel, Thèse, Lyon 1908 (VALETTE)
- VANNI, Icilio  
Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione, Saggi di filosofia sociale e giuridica S. 1 ff., Bologna 1906 (SAGGI)
- VECCHIO, Giorgio del  
Lezioni di filosofia del diritto, 13. Aufl., Milano 1965 (Lezioni); Il problema delle fonti del diritto positivo, 2. Aufl., Roma 1938 (Fonti)
- VENTURINI, Giancarlo  
Diritto internazionale privato II, 2.1., Padova 1956 (Dir. int. priv.)
- VERGA, Angelo  
Errore e responsabilità nei contratti, Padova 1941 (VERGA)  
s. DALLOZ  
s. RENARD
- VERGÉ, Emmanuel  
VIEUJEAN, Edouard  
VINNIUS, Arnold  
VISCHER, Frank  
VIVANTE, Cesare  
Institutionum Commentarius, Amsterdam 1765 (VINNIUS)  
Internationales Vertragsrecht, Bern 1962 (VISCHER)  
Trattato di diritto commerciale Bd. I, 5. Aufl., Milano 1929 (Trattato I); s. auch BOLAFFIO
- VÖLLMAR, H. F. A.  
Nederlands burgerlijk recht, Bd. I, II, 2. Aufl., Zwolle 1951–1952 (VÖLLMAR I, II)  
s. STAUDINGER
- WEBER, Wilhelm  
WEDEMEYER, Werner  
Auslegung und Irrtum, Diss., Göttingen 1903 (WEDEMEYER)
- WEILL, Alex  
WEISS, André  
Traité théorique et pratique de droit international privé, Bd. IV, II, Paris 1901 (WEISS)
- WERNER, Alfred  
s. DÜRINGER

- WERTHEIM, W. F. De verhouding van het B. W. tot de gewoonte van 1838 tot heden gedenkboek BW 1838/1938 S. 97 ff., Zwolle 1938 (Gedenkboek BW)
- WEYL, Richard System der Verschuldensbegriffe des BGB, München 1905 (WEYL)
- WIEACKER, Franz Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967 (Privatrechtsgeschichte); Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, Göttinger-Festschrift für das OLG-Celle S. 263 ff., Göttingen 1961 (OLG-Celle-Festschr.); Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956 (§ 242 BGB)
- WINDSCHEID, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 9. Aufl., Frankfurt 1906 (WINDSCHEID I)
- KIPP, Theodor s. KLANG
- WOLFF, Karl Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, 3., 4. Aufl., Berlin 1964/1968 (ZAHN)
- ZAHN, Johannes
- ZANZUCCHI, Marco Fullio Diritto processuale civile Bd. II, 5. Aufl., Milano 1962 (ZANZUCCHI II)
- ZICCARDI, Piero Consuetudine, diritto internazionale, Encicl. dir. Bd. IX, S. 477 ff., Milano 1961 (Encicl. dir. IX); La costituzione dell'ordinamento internazionale, Milano 1943 (Costituzione)
- ZITELMANN, Ernst Internationales Privatrecht Bd. II, München-Leipzig 1912 (IPR)
- ZUCCHETTA, Jean Les clauses de style de l'acte notarié, Thèse, Aix-en-Provence 1943 (ZUCCHETTA)
- ZWEIGERT, Konrad Rechtsgeschäft und Vertrag heute, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag Bd. II, S. 493 ff., Tübingen 1969
- ZWICK, Jacques s. RYCKMANS

## Gesetzesregister mit Anhang Privatkodifikationen

[Zitierweise: Textziffern 100; Fußnoten I.1 (römische Kapitelziffer  
und arabische Fußnotenziffer)]

<b>Belgien</b>				<b>92, 93, 94, 95, 96, 107, 112, 116, 120, 145, 149, 150</b>
Cc	Art. 1107 = VIII.335 Art. 1135 = I.5 Art. 1159 = I.5 Art. 1160 = I.5 Art. 1738 = VII.66	§ 244 § 269 § 281 § 314 § 315 § 316 § 453 § 536 § 612 § 632 § 638 § 663 § 1433 a.F.	= VI.140 = V.22 = VIII.195 = 197 = V.39, VI.152 = VI.152 = VI.152 = 88, 89 = VI.152 = VI.152 = 88 = VII.98 = V.4	
Ccomm	Art. 25 = 160 Art. 206 = VIII.342			
L. v. 10.3.1900	Art. 3, 17, 22 = 16			
<b>Deutschland</b>		EGBGB Art. 2	= 206, VI.303	
BGB	§ 116 = VI.65 § 118 = 105, VI.61 § 119 = 105, 107, 142, 143, VI.98, 137 § 122 = 105 § 127 = 96 § 133 = 93, 96, 98, 103, 107, 108, 109, 111, 119, 161, 197, V.69 § 140 = VI.155 § 142 = 142 § 147 = VI.112 § 148 = VI.112 § 151 = 116, 161, VI.133, VII.61 § 155 = 118, VI.137 § 157 = 55, 56, 57, 82, 83, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 103, 106, 107, 108, 111, 112, 119, 139, 149, 161, 197 § 186f. = VIII.193 § 242 = 46, 55, 56, 57, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90,	HGB § 38 § 56 § 75h § 346  § 354 § 359 § 362  § 380	= IV.200 = 172, VII.109 = 172 = 55, 57, 82, 83, 104, 146, 158, IV.143, 19 = VI.152 = 145 = 170, 171, 172, VII.101 = 145	AdHGB § 279 = 55, IV.48  PatG § 2 = 181  GVG § 136 = VIII.77  EheG 1938 = 210  TVG § 4 = IV.123  UWG § 1 = IV.31  VVG § 37 = IV.48

GG Art. 20 = VIII.65  
 Art. 97 = VIII.65

Reichsverfassung 1871 = 206  
 Reichsgesetz v. 13.9.1934 = Einl.10  
 Führererlaß v. 6.11.1941 = 210  
 Reichsgesetz v. 21.3.1943 = Einl.10  
 Bundesgesetz v. 29.3.1951 = VIII.323  
 Zugabe-Verordnung § 1 = 56, IV.30

### Frankreich

Code Art. 4 = VIII.68  
 Civil Art. 5 = 184, VIII.70  
 Art. 220 = VII.71  
 Art. 931 = VIII.339  
 Art. 1108 = 7, 100, 118  
 Art. 1109 = 107  
 Art. 1110 = VI.277  
 Art. 1117 = 107, VI.272  
 Art. 1134 = 14, 20, 100, 139  
 Art. 1135 = 5, 6, 7, 8, 13, 19, 20,  
 21, 22, 23, 78, 83, 89,  
 90, 91, 92, 93, 95, 96,  
 107, 119, 139, I.51  
 111, VI.1, 13  
 Art. 1137 = 56  
 Art. 1138 = VI.127  
 Art. 1139 = VIII.331  
 Art. 1147 = 7, 88  
 Art. 1154 = 8, 210, VIII.330  
 Art. 1156 = 7, 11, 18, 98, 103,  
 110, 111, VI.85  
 Art. 1159 = 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12,  
 13, 14, 15, 18, 19, 20,  
 21, 23, 83, 95, 98,  
 103, 110, 145, 147,  
 VI.297  
 Art. 1160 = 5, 6, 7, 8, 9, 15, 16, 18,  
 19, 20, 23, 24, 39, 57,  
 78, 83, 90, 91, 92, 93,  
 95, 96, 98, 103, 110,  
 119, I.97, IV.121,  
 VI.121  
 Art. 1161 = 133  
 Art. 1202 = 8, 210  
 Art. 1265ff. = VIII.269  
 Art. 1325 = VIII.339  
 Art. 1341 = 7, 11, 18, 164,  
 VI.121

Art. 1353 = 7, 18  
 Art. 1382 = 203, VII.111  
 Art. 1390 = V.4  
 Art. 1624 = VI.127  
 Art. 1719 = 23, V.13  
 Art. 1873 = 20, 210  
 Art. 1985 = 164, I.34  
 Art. 1988 = VII.111  
 Art. 1992 = 23, V.21

Ccomm. Art. 18 = 20, I.4  
 Art. 109 = 160  
 Art. 216 = VII.111  
 Art. 232 = VII.111  
 Art. 351 = VIII.342

C.rur. Art. 809 = 67, Einl.19

C.trav. Art. 23 Livre I  
 = 145, 146, VI.276  
 Art. 54 Livre II  
 = IV.52

Cpc. Art. 83 = VIII.216  
 Art. 1004 = VIII.216

L. v. 25. ventôse an XI Art. 9  
 = 210

L. v. 30. ventôse an XII Art. 7  
 = 5, 175, V.4

L. v. 1.4.1837 = VIII.51

L. v. 13.6.1860 = IV.197

L. v. 2.4.1936 Art. 4 = V.21

L. v. 16.8.1940 = 2

L. v. 26.4.1946 = 2

L. v. 7.10.1946 Art. 168

= 2

L. v. 25.7.1952 = VIII.254

L. v. 20.3.1956 Art. 2

= VII.111

Art. 8 = VIII.250

Décr. L. v. 30.10.1935

= VI.140

Décr. 60-451 v. 12.5.1960

= IV.120

Ordonnance 45-1483 Art. 37

i. d. F. Décr. 58-545 = 56, IV.36

## Holland

- BW Art. 198 = *V.4*  
 Art. 1374 = 91, *VI.255*  
 Art. 1375 = 5, 6, 7, 22, 23, 90, 91,  
*I.6, IV.184, V.32,*  
*VI.255, 288*  
 Art. 1382 = 5, 6, 9, *I.6*  
 Art. 1383 = 5, 6, 7, 15, 20, 21, 22,  
 23, 90, 91, *I.6, IV.184,*  
*V.32*  
 Art. 1429 = 91  
 Art. 1496 = 91
- AB Art. 3 = 5, 20, 21, *VIII.1, 285*  
 Art. 5 = 5, 206, 209, *VIII.284*  
 Art. 12 = 184  
 Art. 13 = *VIII.68*
- WvK Art. 1 = *I.4*
- GrW Art. 170 = *VII.9*

## Italien

- Disp. Art. 1 = 2, 24, 26, *VIII.1, 263*  
 prel. Art. 4 = 26  
 Art. 5 = 2, *VIII.70*  
 Art. 8 = 24, *VIII.70, 263*  
 Art. 15 = 206, *VIII.285*

- Codice Civile Art. 161 = *V.4*  
 Art. 1124 = 24, 33, 42  
 Art. 1322 = 33  
 Art. 1325 = 58  
 Art. 1327 = 116  
 Art. 1329 = *VI.108*  
 Art. 1333 = *VII.65*  
 Art. 1337 = 38, *VII.81, 111*  
 Art. 1339 = *VI.152*  
 Art. 1340 = 24, 26, 27, 28, 30, 33,  
 36, 37, 38, 39, 40, 41,  
 43, 57, 58, *IV.55,*  
*V.62, VI.116, 156,*  
*VIII.263*  
 Art. 1341 = *IV.130, VI.140, 158,*  
*VII.10, 14, 107, 108,*  
*VIII.263*

- Art. 1362 = 41, 57  
 Art. 1363 = 30, 133  
 Art. 1366 = 139, *VI.255*  
 Art. 1368 = 24, 26, 27, 28, 30, 31,  
 32, 33, 36, 38, 41, 43,  
 58, 145, 147, *VI.116,*  
*297, 298*  
 Art. 1370 = *VII.106*  
 Art. 1374 = 24, 26, 27, 28, 33, 34,  
 35, 36, 37, 38, 40, 41,  
 42, 43, 58, 89, *V.28, 62,*  
*VI.116, 120, 156, 255*  
 Art. 1399 = *VII.111*  
 Art. 1428 = 107  
 Art. 1429 = *VI.277*  
 Art. 1474 = *VI.152*  
 Art. 1495 = 67  
 Art. 1657 = *VI.152*  
 Art. 2721 = 26

## Codice Civile (1865)

- Art. 1134 = 24, 30, 32  
 Art. 1135 = 24, 36, 39  
 Art. 1505 = 67

## Ccomm (von 1882)

- Art. 1 = 210

## Legge v. 11.3.1926

- Art. 73 = 201

## Österreich

- ABGB § 10 = 44, 47, *VIII.336*  
 § 12 = 51, *VIII.70*  
 § 37 = *VI.287*  
 § 861 = 49  
 § 863 = 44, 104, 123, 158,  
*VI.104, VII.37*  
 § 864 = *VII.60*  
 § 869 = *VI.138*  
 § 871 = *VI.60*  
 § 914 = 44, 47, 49, 94, 123,  
 52, 66, *VI.104 V.24,*
- AHGB Art. 1 = 44, *VI.309, VIII.336*  
 Art. 278 = 104  
 Art. 279 = 44, 104, 123, *VI.309,*  
*VIII.336*

HGB	§ 346 = 44, 146, 158, VI.52	96, 97, VI.236
	§ 362 = VII.37	252, 310, VIII.210, 213
4. EVO z. HBG		61, IV.91
Art. 4 = 44		61, IV.91, 96, VI.216, VII.107, VIII.226
öst. HandelsagentenG.		
§ 8 = VI.140		
JN	§ 88 = VII.10	
	<b>Schweiz</b>	
ZGB	Art. 1 = 45, 51, 94, 96, 184	
	Art. 2 = 49, 52, 84, 94, V.23, 99	
	Art. 5 = 45, 67, VI.201	
OR	Art. 1 = 49, VI.104	
	Art. 2 = 52, III.33, VI.139, 242	
	Art. 18 = 45, 49, VI.85, 104	
	Art. 24 = VI.277	
	Art. 117 = 210	
	Art. 124 = 210	
	Art. 314 = 210	
BV	Art. 4 = VIII.68	
	Art. 59 = VII.10	
	<b>Internationale Gesetze</b>	
Ver-	Art. 13 = IV.47, 52, VI.105,	
trags-	218	
abschlG	Art. 6 = VII.60	
Int-	Art. 9 = IV.52, VI.117, 218,	
KaufG	VIII.88	
IntGül-	Art. 7 = IV.57, VI.102, 218	
tigkG		
	<b>Anhang</b>	
Haager Seefrachtbedingungen	IV.79	
Warsaw-Rules	IV.95	
York-Antwerpener		
Haverei-Regeln	IV.84, 87, 90,	
	Trade Terms	
	Incoterms	
	Bedingungen der London Corn Trade Association	200, IV.90
	Règles et usages du commerce international de pommes de terre	IV.90
	Allg. Lieferbedingungen für den Export von Anlagegütern gem. Empfehlungen der ECE	2
	Lissaboner Regeln und Gebräuche für Dokumentenakkreditive	VIII.226
	Wiener Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive	60, 66, 67, IV.86, 125, VIII.225
	Gebräuche des internationalen Seidenhandels	IV.84, 125
	Conditions générales types d'achat et de vente de froments indigènes	2
	Bedingungen der Handelskammer Brüssel für den Holzhandel	IV.84
	Brüsseler Börsenusanzen ADSpB	74 Einl.10, IV.128 Einl.10
	KVO	
	Absatzbedingungen f. landw. Erzeugnisse	Einl.10
	Tegernseer Abkommen und Gebräuche für den Verkehr mit Rundholz	IV.80
	Platzusanzen des Hambur- gischen Warenhandels	IV.79, 94
	Berliner Börsenusanzen v. 1. 1. 1913	IV.81, 136
	Hamburger Börsenusanzen	141
	Deutscher Einheitsmiet- vertrag	IV.97
	Allgemeine ital. Bank- bedingungen	2
	Allgemeine Bedingungen	

franz. Bankensyndikate	<i>IV.136, 137</i>	öst. Holzhandelsusancen	<b>60, IV.80</b>
Gebräuche und Bedingungen		Richtlinien öst. Realitäten-	
der associazione cotoniera		vermittler	<i>IV.190</i>
italiana	<b>61</b>	AöSpB	<i>III.10</i>