

Historisch-kritischer  
**Kommentar zum BGB**

herausgegeben von  
Mathias Schmoeckel  
Joachim Rückert  
Reinhard Zimmermann

Band II  
Schuldrecht: Allgemeiner Teil

§§ 241–432

Redaktion

Reinhard Zimmermann

bearbeitet von

Franz Dorn · Thomas Duve · Peter Gröschler  
Hans-Peter Haferkamp · Jan Dirk Harke  
Christian Hattenhauer · Phillip Hellwege  
Hans-Georg Hermann · Sibylle Hofer · Nils Jansen  
Jens Kleinschmidt · Sebastian Lohsse · Sonja Meier  
Rudolf Meyer-Pritzl · Ralf Michaels · Martin Pennitz  
Tilman Repgen · Martin Josef Schermaier  
Mathias Schmoeckel · Andreas Thier · Stefan Vogenauer  
· Reinhard Zimmermann

1. Teilband: vor § 241–§ 304

Mohr Siebeck 2007

## **Autoren**

- Prof. Dr. jur. *Franz Dorn*, Universität Trier  
Prof. Dr. jur. *Thomas Duve*, Pontificia Universidad Católica Argentina  
Prof. Dr. jur. *Peter Gröschler*, Universität Mainz  
Prof. Dr. jur. *Hans-Peter Haferkamp*, Universität zu Köln  
Prof. Dr. jur. *Jan Dirk Harke*, Universität Würzburg  
Prof. Dr. jur. *Christian Hattenhauer*, Universität Heidelberg  
Dr. jur. *Phillip Hellwege* M.Jur. (Oxford), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg  
Prof. Dr. jur. *Hans-Georg Hermann*, Universität München  
Prof. Dr. jur. *Sibylle Hofer*, Universität Bern  
Prof. Dr. jur. *Nils Jansen*, Universität Münster  
Dr. jur. *Jens Kleinschmidt* LL.M. (Berkeley), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg  
Dr. jur. *Sebastian Lohsse*, Universität Bonn  
Dr. jur. *Sonja Meier* LL.M. (London), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg  
Prof. Dr. jur. *Rudolf Meyer-Pritzl*, Universität Kiel  
Prof. Dr. jur. *Ralf Michaels* LL.M. (Cambridge), Duke University  
Prof. Dr. jur. *Martin Pennitz*, Universität Graz  
Prof. Dr. jur. *Tilman Reppen*, Universität Hamburg  
Prof. Dr. jur. *Martin Josef Schermaier*, Universität Bonn  
Prof. Dr. jur. *Mathias Schmoeckel*, Universität Bonn  
Prof. Dr. jur. *Andreas Thier* M. A., Universität Zürich  
Prof. *Stefan Vogenauer* M.Jur. (Oxford), University of Oxford  
Prof. Dr. jur. Dr. h.c. mult. *Reinhard Zimmermann* FBA, FRSE, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

## **Zitiervorschlag**

HKK/*Dorn*, § 241, Rn. 30 ff.

ISBN 978-3-16-149376-8

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

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Rotation gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden. Den Umschlag entwarf Uli Gleis in Tübingen.

## § 242. Leistung nach Treu und Glauben

	Rn.
I. Regelungsproblem und Lösungswege ( <i>Duve/Haferkamp</i> ) . . . . .	1
II. Ursprünge ( <i>Duve</i> ) . . . . .	4
1. Antike . . . . .	4
2. Mittelalter . . . . .	9
3. Frühe Neuzeit . . . . .	16
4. Zwischenbilanz. . . . .	20
III. 19. und 20. Jahrhundert – Eine »steile Karriere« von Treu und Glauben? ( <i>Haferkamp</i> ). . . . .	21
IV. 19. Jahrhundert ( <i>Haferkamp</i> ) . . . . .	26
1. Terminologisch: Treu und Glauben und <i>bona fides</i> . . . . .	26
2. Quantitativ: Verwendungen des Arguments in der Judikatur . . . . .	27
3. Qualitativ. . . . .	28
a) Diskussionsfeld 1: <i>Bona fides</i> im Obligationenrecht . . . . .	29
aa) Einheit von <i>bonae fidei iudicia</i> und <i>iudicia stricti iuris</i> . . . . .	29
bb) Maßstab der <i>bona fides</i> im Obligationenrecht . . . . .	31
(1) <i>Bona fides</i> und Verkehrssitte . . . . .	31
(2) »Vertrauen« und »Redlichkeit« . . . . .	37
(3) Treu und Glauben als Ermessenszuweisung an den Richter . . . . .	41
b) Diskussionsfeld 2: <i>Exceptio doli generalis</i> und strenges Recht. . . . .	43
4. Gesetzgebungsdebatten . . . . .	45
5. <i>Exceptio doli generalis</i> und »Rechtsmißbrauch« . . . . .	47
6. Zwischenbilanz. . . . .	55
V. 20. Jahrhundert ( <i>Haferkamp</i> ) . . . . .	56
1. Quantitativ: Treu und Glauben in »Soergel Rechtsprechung« 1900–1941. . . . .	57
2. Qualitativ: . . . . .	60
a) 1900–1914 . . . . .	60
b) 1914–1918 . . . . .	66
c) 1919–1932 . . . . .	67
aa) Der »neue Richter« im »Aufwertungskampf«? . . . . .	67
bb) Abkehr von Treu und Glauben als einheitlichem Gedanken . . . . .	69
cc) Antiliberale Tendenzen: »Gesetzesmißbrauch« . . . . .	70
d) 1933–1945 . . . . .	71
aa) Politisierung von Treu und Glauben. . . . .	71
bb) Insbesondere: Von der <i>exceptio doli generalis</i> zum Rechtsmissbrauch . . . . .	74
e) 1945ff. . . . .	77
aa) Allgemeine Tendenzen. . . . .	77
bb) Insbesondere: Rechtsmissbrauch . . . . .	82
VI. Bilanz und Ausblick ( <i>Duve/Haferkamp</i> ) . . . . .	88

**Wichtige Literatur**

*Justus Wilhelm Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933; *Wolfgang Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, 72), 1934; *Filippo Ranieri*, Dolo petit qui contra pactum petat, *Ius Commune* IV (1972), 158–187; *Hans-Wolfgang Strätz*, Treu und Glauben (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres Gesellschaft NF, 15), 1974; *Okko Behrends*, Treu und Glauben. Zu den christlichen Grundlagen der Willenstheorie im heutigen Privatrecht, in: G. Dilcher, I. Staff (Hg.), Christentum und modernes Recht. Beiträge zum Problem der Säkularisierung, 1984, 255–303; *Bruno Huwiler*, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung, in: B. Schmidlin (Hg.), Vers un droit privé européen? – Skizzen zum gemeuropäischen Privatrecht, 1994, 59–93; *Rudolf Meyer*, Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition (Quellen und Forschungen zum Recht und seiner Geschichte, 5), 1994; *Hans-Peter Haferkamp*, Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens? (Berliner juristische Universitätschriften, Zivilrecht, 1), 1995; *Markus Klemmer*, Gesetzesbindung und Richterfreiheit (*Fundamenta Juridica*, 30), 1995; *Alfredo Mordechai Rabello* (Hg.): International Conference on Aequitas and Equity. Equity in civil law and mixed jurisdictions, Jerusalem 1997; *Bernd Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 6. Aufl. 2005; *Filippo Ranieri*, Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1998, 1055–1092; *Hans-Peter Haferkamp*, Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, in: U. Falk, H. Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter (Rechtsprechung, Materialien und Studien, 14), 2000, 1–38; Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker (Hg.), Good faith in European contract law, Cambridge 2000; *Klaus Luig*, Treu und Glauben in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Jahren 1900 bis 1909, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2002, 85–103; *Luigi Garofalo* (Hg.), Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Boddese, 4 Bde., Padua 2003; *Jan Schröder*, Zivilrechtliche Generalklauseln in der Methodendiskussion des frühen 20. Jahrhunderts, in: Festschrift für Heinz Holzhauser zum 70. Geburtstag, 2005, 265–274; *Nadja Al-Shamari*, Die Verkehrssitte im § 242 BGB: Konzeption und Anwendung seit 1900 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jh., 50), 2006.

**I. Regelungsproblem und Lösungswege**

»Das Thema ›Generalklauseln‹ enthält ja nichts weniger als ... die Probleme der juristischen Methodenlehre überhaupt.« *Franz Bydlinski* stellte 1989 klar<sup>1</sup>, welche Dimension die Beschäftigung insbesondere auch mit § 242 inzwischen erreicht hat. Handelt es sich bei § 242 BGB überhaupt um eine echte Gesetzesnorm<sup>2</sup>, wenigstens »ein Stück offengelassene Gesetzgebung«<sup>3</sup>? Dient sie damit nur der Illusion syste-

<sup>1</sup> *Franz Bydlinski*, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, in: O. Behrends u. a. (Hg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse, Dritte Folge, Nr. 181), 1990, 189ff.

<sup>2</sup> Zu diesen »Gleichheitsthesen« *Jürgen Schmidt*, Präzisierung des § 242 BGB – eine Daueraufgabe?, in: O. Behrends u. a. (Hg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse, Dritte Folge, Nr. 181), 1990, 231, 234ff.

<sup>3</sup> *Justus Wilhelm Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933, 58 (aufgegriffen etwa von MüKo/G. Roth, Bd. IIa, 4. Aufl. 2003, § 242, Rn. 20); zur Genese dieser Sichtweise vgl. *ders.*, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. Ein Über-

**matischer Geschlossenheit**, indem sozusagen richterliche Rechtsfortbildung das System nicht verlässt, so dass eine realistischere Betrachtung § 242 wohl als »funktionslos«<sup>4</sup> betrachten müsste?

Was bietet Treu und Glauben dem Richter als Maßstab? Ist es ein auf die Verfassung verweisendes<sup>5</sup> oder übergreifend »sozialethisches Prinzip«<sup>6</sup>, so dass der Richter auf ein »Wertverstehen« und einen Blick in den – wie es bei *Larenz* hegelianisierend hieß – »objektiven Geist« der Werteordnung verwiesen wird?<sup>7</sup> Fehlt es andererseits an einem solchen Maßstab, oder bleibt ein Zugang zum »allgemeinen Rechtsbewusstsein« spekulativ und unsicher? Dann wird § 242 als »Blankettnorm« ein rein methodisches Problem<sup>8</sup>, indem zu fragen ist, ob und wie der Richter das Recht unter Berufung auf Treu und Glauben fortbildet und inwieweit er dies darf. § 242 wird damit zum systematischen Ort der Richterrechtsdebatten, in denen sich seit langem das Beharren auf dem verfassungsrechtlichen Bindungspostulat auf der einen Seite und die Betonung der Illusion einer solchen Bindung auf der anderen Seite gegenüberstehen. Ob § 242 überhaupt ein Regelungsproblem hat, hängt damit von einer ganzen Reihe von Prämissen ab. Das Nachdenken über diese Prämissen scheint nach einer Hochphase in den fünfziger bis siebziger Jahren inzwischen zunehmend einem gewissen Justizpositivismus Platz zu machen, was durch die elektronische Datenverarbeitung sicher noch gefördert wird.

- 2 In **historischer Perspektive** schafft die heutige Nähe des Treu-und-Glauben-Problems zur Richterrechtsfrage eigenständige **Zugangsschwierigkeiten**. Die Bedeutung der *bona fides* als Chiffre für richterliche Eingriffskompetenz fußt auf aktuellen Überlegungen zur Stellung des Richters. Dessen Position ist, wie ja auch das Gewalt-

---

blick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz, 1. Teil, 1910, 119ff.; *ders.*, Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht (Schriften des Vereins Recht und Wirtschaft, III, 2), 1913, 16ff.; *ders.*, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht (Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, 8), 1929, 281ff., 319ff. sowie unten Rn. 21.

<sup>4</sup> *Jürgen Schmidt*, Präzisierung (Fn. 2), 34ff.

<sup>5</sup> Vgl. zur Theorie von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte unten Rn. 87.

<sup>6</sup> *Franz Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 193/194), 1956, 19.

<sup>7</sup> *Karl Larenz*, Methodenlehre, 2. Aufl. 1969, 318; ähnlich *ders.*, Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, 1979, 23ff., 80ff.; hierzu *Monika Frommel*, Zur Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser (Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 47), 1981, 182ff.; *Josef Kokert*, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz (Schriften zur Rechtstheorie, 166), 1995, 95ff.; *Joachim Rückert*, Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: K. Acham u.a. (Hg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste. Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren, 1998, 144ff.

<sup>8</sup> Vielfach misst man § 242 als Norm »keinen irgendwie aus ihr selbst heraus fassbaren Tatbestand und desgleichen keine Rechtsfolgeaussage« (MüKo/G. *Roth*, Bd. IIa, 4. Aufl. 2003, § 242, Rn. 1.) mehr zu; ähnlich *AK/Teubner*, 1980, § 242, Rn. 1, 5; *ders.*, Standards und Direktiven in Generalklauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht (Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, 8), 1971, 106f.; *Bernad Rühers*, Richterrecht – rechtswidrig oder notwendig, Archiv des öffentlichen Rechts 113 (1988), 276ff.; *Staudinger/Schmidt*, 13. Bearb. 1995, § 242, Rn. 126ff.

tenteilungsmodell insgesamt, jedoch keine historische Konstante<sup>9</sup>. Auch die methodische Reflexion der Richterrechtsfrage – ein deutsches Lieblingsthema des 20. Jahrhunderts – hat bekanntlich eine eigene Geschichte, die zeitgenössischen Kompetenzzuweisungen zugrundelag. Man darf also heutige Sichtweisen nicht einfach rückprojizieren. Ob die *bona fides* freies Richterrecht legitimiert, muss daher ganz konkret in verschiedenen Kontexten untersucht werden. Dabei ist nicht nur problematisch, dass jede historische Aussage in dieser Frage bereits eine eigene Position im methodischen Kardinalproblem impliziert, was Normanwendung eigentlich ausmacht. Im Einzelnen muss vielmehr auch immer wieder der Grad an richterlicher Freiheit in Relation zur Bindungsintensität des sonstigen Normapparats neu ermittelt werden. Das heutige Verhältnis zwischen Treu und Glauben und der uns vertrauten hochabstrakten und begrifflich-exakten Sprache des BGB kann dabei nicht einfach vorausgesetzt werden. Das Gemeine Recht fußte im Kern auf antikem Fallrecht, überwölbt von einer kaum überschaubaren Fülle justizieller und wissenschaftlicher Ansichten hierzu. Die Bindungsintensität dieses Stoffs näherte sich erst im Laufe des 19. Jahrhunderts heutigen Verhältnissen an. Die Schwierigkeiten, die Bedeutung des *bona-fides*-Arguments in früheren Jahrhunderten zu bestimmen, resultieren zudem aus den heute oftmals vergessenen richterlichen Korrekturmöglichkeiten des gemeinen Rechts, die als funktionale Äquivalente den »richterrechtlichen« Wert der *bona fides* im Gesamtsystem beeinflusst haben. Beispiele sind die *restitutio in integrum*<sup>10</sup> oder die breitgespannten Möglichkeiten der Gewohnheitsrechtslehre<sup>11</sup>. Kein Richterrecht vertrat die *bona fides* zudem dann, wenn sie entweder explizit den römischen Quellen zu entnehmen und/oder in feste Anwendungstradition eingebettet war. Beispielhaft ist ihre Bedeutung als Gutgläubensvoraussetzung der Ersitzung<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Vgl. in historischer Gesamtperspektive Heinz Hübner, Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts (Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte, 8), 1980; Clausdieter Schott, »Rechtsgrundsätze« und Gesetzeskorrektur. Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln (Schriften zur Rechtsgeschichte, 9), 1975. Vgl. zu den verschiedenen normativen Kontexten für die Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeiten die Überlegungen zur prinzipiellen Gesetzgebung bei HKK/Rückert, vor § 1, Rn. 49ff.; sowie Josef Esser, Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht, in: Summum ius – summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben. Ringvorlesung gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät, WS 1962/1963, 1963, 22–40.

<sup>10</sup> Etwa in der Auslegung, die Puchta ihr gab, vgl. Hans-Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« (Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, 171), 2004, 173ff.; knapper Überblick für das 19. Jahrhundert bei Phillip Hellwege, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 130), 2004, 451ff.

<sup>11</sup> Hierzu Reimund Scheuermann, Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861 (Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, 17), 1972, 55, 73 hebt in seiner Untersuchung die starke gerichtspraktische Bedeutung der Gewohnheitsrechtslehre Puchtas hervor. Zur älteren Justiztradition nun Roy Garré, Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten *ius commune* in Italien (16.–18. Jahrhundert) (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 183), 2005.

<sup>12</sup> So kann die Funktion von *aequitas*, *bona fides* und »Treu und Glauben« als Interpretations-

Ein weiterer Grund spricht dafür, die heutige semantische Zuweisung des Treu-und-Glauben-Arguments zu relativieren. Nimmt man nicht dogmatische Begründungen, sondern vergleichbare Sachverhaltskonstellationen zum Ausgangspunkt des historischen Vergleichs, so zeigt sich, dass identische Ergebnisse verschieden begründet werden können. Konkret deutet sich im Vertragsrecht insbesondere ein Konkurrenzverhältnis zwischen »willentheoretischen« Argumentationen und der Heranziehung der *bona fides* an<sup>13</sup>. Die Analyse der reichsgerichtlichen Judikatur durch *Klemmer*<sup>14</sup> konnte für das erste Drittel des 20. Jahrhunderts in akribischer Kleinarbeit zeigen, dass die *bona fides* mit der Gesetzes- und Vertragsauslegung (teleologisch, hypothetisch, ergänzend) oder etwa mit Instituten des Leistungsstörungsrechts, wie der Unmöglichkeit, in unklarer Konkurrenz stand. Gleiche Ergebnisse konnten also eher »gesetzstreu« oder eher »richterrechtlich« entschieden werden. Für welches Argument ein Richter sich entschied, hing auch von Vorverständnissen ab, die erneut einen bestimmten Kontext reflektierten. Mit Ausnahme der genannten Arbeit *Klemmers*, liegen Untersuchungen, die diese Aspekte beachten, bisher nicht vor, insbesondere also nicht für die Zeit vor 1900. Dies kann die vorliegende Kommentierung nicht ersetzen. Ziel waren daher einige erste Annäherungen und der Versuch, jenseits üblicher »Ewigkeitsperspektiven«, etwa Billigkeit *versus* Gesetz, durch einen möglichst dichten Kontextbezug »Romantik durch Realismus zu ersetzen«<sup>15</sup>.

- 3 Ausgangspunkt der Kommentierung war die historisch und rechtsvergleichend anzutreffende erstaunlich große terminologische Stabilität: *bona fides*, *aequitas* sowie deren nationalsprachliche Ausprägungen wie *good faith*, *bonne foi*, *buena fede* und *equity*, *equidad*, *equité* oder »Treu und Glauben« und »Billigkeit« scheinen sich wie Universalien durch unterschiedliche Geltungskontexte zu ziehen<sup>16</sup>. Es bietet

maßstab nur am Rande einbezogen werden; vgl. zur Geschichte der Vertragsauslegung m. w. N. HKK/*Vogenaier*, §§ 133, 157, Rn. 7ff.; ebensowenig das Problem der *fides* als Voraussetzung der Ersitzung, vgl. dazu *Dieter Nörr*, Die Entstehung der *longi temporis praescriptio*. Studien zum Einfluß der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit (Veröffentlichungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen. Geisteswissenschaften, 156), 1969, insbes. 85ff.; *Heinz Hausmaninger*, Die *bona fides* des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht (Wiener Rechtsgeschichtliche Arbeiten, 8), 1964 sowie *Hans Erich Troje*, Art. »Guter Glaube«, HRG, Bd. I, 1971, Sp. 1866–1871.

<sup>13</sup> So Ergebnis eines Fallvergleichs zu Formproblemen von *Filippo Ranieri*, *Dolo petit qui contra pactum petat*, *Ius Commune* IV (1972), 158ff.; ähnlich rechtsvergleichend die Ergebnisse von *Reinhard Zimmermann*, *Simon Whittaker*, *Coming to terms with good faith*, in: dies. (Hg.), *Good faith in European contract law*, Cambridge 2000, 653ff.; hierzu unten Rn. 81.

<sup>14</sup> *Markus Klemmer*, Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen während der Weimarer Republik und im späten Kaiserreich (*Fundamenta Juridica*, 30), 1996. Die Analyse genügt für eine umfassende Aufarbeitung der Treu-und-Glauben-Judikatur freilich nicht.

<sup>15</sup> So im Zusammenhang von Supranationalität von Treu und Glauben *Hans Jürgen Sonnenberger*, *Treu und Glauben – ein supranationaler Grundsatz? Deutsch-französische Schwierigkeiten einer Annäherung*, in: *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*. 1996, 703, 704.

<sup>16</sup> Eindrucksvolle Panoramen ergeben sich aus den Darstellungen bei *Reinhard Zimmermann*, *Simon Whittaker* (Hg.), *Good faith in European contract law*, Cambridge 2000, sowie den Beiträ-

sich damit ein (eingeschränkt<sup>17</sup>) begriffsgeschichtlicher Zugang an. Ziel ist also die Ermittlung der Bedeutung von Treu und Glauben durch die Rekonstruktion verschiedener innerjuristischer Gespräche über Treu und Glauben. Für die Bedeutung in der Rechtspraxis konnte dies nur indiziell sein, auch andere Indizien wurden einzeln herangezogen<sup>18</sup>.

Eine Begrenzung des Untersuchungsstoffs folgte aus der Schuldrechtsreform. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313), die *culpa in contrahendo* (§ 311 II), die positive Forderungsverletzung (§ 280), das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305–310) und die Schutzpflichten (§ 241 II) wurden ausgegliedert. Verwandte Gebiete, etwa »Formmissbrauch« (§ 125)<sup>19</sup> oder Schikane (§ 226)<sup>20</sup> wurden gleichfalls an anderer Stelle kommentiert. Es verbleibt neben der Art und Weise der Leistungserbringung vor allem der Rechtsmissbrauch als Beispielsfall.

---

gen in Alfredo Mordechai Rabello (Hg.), International Conference on Aequitas and Equity. Equity in civil law and mixed jurisdictions Jerusalem 1997, insbes. *Ole Lando*, Good Faith in the Legal Systems of the European Union and in the Principles of European Contract Law, ebd., 332–346 sowie *Pierre Mayer*, »Équité« in Modern French Law, ebd., 365–371; *Claude Klein*, Equity in the French Conseil d'État, ebd., 326–331; *Esin Örüçü*, Equity in the Scottish legal System, ebd., 383–394; *Menachem Elon*, The Principles of Jewish Equity in the Decisions of the Supreme Court of Israel, ebd., 291–313; *Francesco Galgano*, Equity in Italian Contract Law, ebd., 313–316; *Konstantinos D. Kerameus*, Equity in Modern Greek Law, ebd., 317–325; *Harvey McGregor*, The Codification of Contracts in England and Scotland, ebd., 372–382; *K. Yukizawa*, Equity and Good Faith in the Japanese Legal System, ebd., 510–516; *Reinhard Zimmermann*, Good Faith and Equity in Modern Roman-Dutch Contract Law, ebd., 517–582; *Yehuda Z. Blum*, The Role of Equity in International Law, ebd., 229–238; *Ruth Lapidoth*, Equity in International Adjudication, ebd., 239–268; *Ayal Benvenisti*, The Role of Equity in International Law: Equity and the Apportionment of Shared Water Resources, ebd., 269–289; *Béatrice Jaluzot*, La bonne foi dans les contrats, 2001 (zu Deutschland, Frankreich und Japan); dazu Rezension von *Filippo Ranieri*, *RabelsZ* 2004, 391ff.; *ders.*, Europäisches Obligationenrecht, 2. Aufl. 2003, 664ff.; zu England nun *Nicole Schneider*, *Überima Fides. Treu und Glauben und vorvertragliche Aufklärungspflichten im englischen Recht* (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, 46), 2004; zu Amerika *Marietta Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen 2005, S. 180ff.; Abgleich Deutschland und Italien im 20. Jahrhundert bei *Marion Träger*, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale in Deutschland und Italien im 20. Jahrhundert* (Fundamenta Juridica, 42), 2003, 451ff.; nicht mehr berücksichtigt werden konnte das breite Spektrum in: *Luigi Garofalo* (Hg.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, 4 Bde., Padua 2003.

<sup>17</sup> Eine Begriffsgeschichte koselleckscher Provenienz kann dies schon wegen der Beschränkung auf den innerjuristischen Diskurs über die *bona fides*, also mangels vertiefter sozialgeschichtlicher Bezüge, nicht sein.

<sup>18</sup> Etwa die Auszählung von Urteilsammlungen, vgl. unten Rn. 57–59.

<sup>19</sup> HKK/*Meyer-Pritzl*, §§ 125–129, Rn. 33ff.

<sup>20</sup> HKK/*Haferkamp*, §§ 226–231, Rn. 2ff.

## II. Ursprünge

### 1. Antike

- 4 Wie so oft, hat das römische Recht die Bausteine geliefert, mit denen die westliche Tradition seitdem arbeitet: vor allem *fides*, *bona fides*<sup>21</sup> (Rn. 4–7) und *aequitas*<sup>22</sup> (Rn. 8).

»Fides ist eine Grundkategorie römischen Normverständnisses; sie verkörpert die Erwartung normgerechten Verhaltens«<sup>23</sup>. Die mit der *fides* gemeinte Verpflichtung zur Einhaltung eines Versprechens und das korrespondierende Vertrauen darauf gehen auf sakrale Ursprünge zurück. *Fides* war eine Personifikation der Treue<sup>24</sup>. Später wurde sie als von der religiösen Rückbindung gelöstes selbständiges sittliches Moment verstanden<sup>25</sup>, das die Grundlage für jede Rechtsordnung sei: »Fundamentum autem est iustitiae fides« (*Cicero*)<sup>26</sup>. In dieser Grauzone zwischen Kultur- und Rechtsnorm etablierte sich auch die *fides* als Begriff des internationalen Rechts<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Zur *bona fides* vgl. die Literaturübersicht bei *Pierre D. Senn*, Buona fede nel diritto romano, in: *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civile, Bd. II, 1988 (ND 1993), 129ff. sowie *Reinhard Zimmermann*, *Simon Whittaker*, Good faith in European contract law: surveying the legal landscape, in: dies. (Hg.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000, 7–62; *Martin Josef Schermaier*, Bona fides in Roman contract law, in: R. Zimmermann, S. Whittaker (Hg.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000, 63–92. Von besonderer Bedeutung *Dieter Nörr*, Die fides im römischen Völkerrecht (*Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, 191), 1991; *Franz Wieacker*, Zum Ursprung der bonae fidei iudicia, *ZRG (RA)* 80 (1963), 1–41; *Luigi Lombardi*, Dalla »Fides« alla »Bona fides« (*Fondazione Guglielmo Castelli*, 28), 196; *Fritz Pringsheim*, Bonum et aequum, in: ders., *Gesammelte Abhandlungen I*, 1961, 173–223. Übersichten bei *Alexander Beck*, Zu den Grundprinzipien der bona fides im römischen Vertragsrecht, in: *Aequitas und bona fides*. Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Basel 1953, 9–27; *Detlef Liebs*, Römisches Recht (*UTB für Wissenschaft*, 465), 5. Aufl. 1999, 264ff.; *Amelia Castresana Herrero*, Fides, bona fides. Un concepto para la creación del derecho (*Ciencias jurídicas*), 1991; *Okko Behrends*, Treu und Glauben. Zu den christlichen Grundlagen der Willenstheorie im heutigen Privatrecht, in: G. Dilcher u. a. (Hg.), *Christentum und modernes Recht. Beiträge zum Problem der Säkularisierung*, 1984, 255–303; *Staudinger/Schmidt*, 13. Bearbeitung 1995, § 242, Rn. 1ff.

<sup>22</sup> Zur *aequitas* im römischen Rechtsdenken im Überblick *Gottfried Schieman*, Art. »Aequitas«, in: H. Cancik u. a. (Hg.), *Der Neue Pauly*, Bd. I, 1996, Sp. 188–189; *Tilman Repgen*, Art. »Billigkeit«, ebd., Bd. XIII, Sp. 515–519 sowie *Fritz Pringsheim*, Bonum et aequum (Fn. 21); *ders.*, *Aequitas und bona fides*, in: ders., *Gesammelte Abhandlungen I*, 1961, 154–172; *ders.*, »ius aequum« und »ius strictum«, in: ebd., 131–153.

<sup>23</sup> *Nörr*, *Völkerrecht* (Fn. 21), 4. Im Überblick *Carl Becker*, Art. »Fides«, in: Th. Klauser u. a. (Hg.), *Reallexikon für Antike und Christentum*, Bd. VII, 1969, 801ff.; *Gottfried Schieman*, Art. »Fides«, II. Recht, in: H. Cancik u. a. (Hg.), *Der Neue Pauly*, Bd. I, 1997, Sp. 507–509.

<sup>24</sup> *Georg Wissowa*, *Religion und Kultus der Römer*, 2. Aufl. 1912, 133–134.

<sup>25</sup> *Franz Wieacker*, *Römische Rechtsgeschichte (Rechtsgeschichte des Altertums, 3, 1)*, Bd. I, 1988, 506.

<sup>26</sup> *Cicero*, *De officiis*, 1, 23, der fortsetzt: »... id est dictorum conventorumque constantia et veritas«.

<sup>27</sup> Zur völkerrechtlichen *fides* umfassend *Dieter Nörr*, *Aspekte des römischen Völkerrechts*. Die

Das von anderen in diese Grundhaltung gesetzte Vertrauen war in erster Linie Reflexwirkung<sup>28</sup>.

Dass aus dieser empirischen eine rechtlich geschützte Verhaltenserwartung werden konnte, stand im Zusammenhang mit dem steigenden Permeabilitätsgrad des im *ius* repräsentierten Teilsystems für außerrechtliche Wertvorstellungen<sup>29</sup>. Es brachte erhöhten Vertrauensschutz zwischen Personen, die in einem besonderen Rechtsverhältnis zueinander standen<sup>30</sup>. Seit dem 3. Jh. v. Chr.<sup>31</sup> ist die *fides* als Rechtsbegriff im Zusammenhang der *bonae fidei iudicia* zu finden<sup>32</sup>. Diese nur in ihrem Bezug auf den römischen Formularprozess<sup>33</sup> und den mit diesem verbundenen Typenzwang zu verstehenden *bonae fidei iudicia* bezogen sich auf formfreie Rechtsverhältnisse wie Kauf, Miete oder Gesellschaft und ergänzten die *stricti iuris iudicia*. Die Klagformel richtete sich auf das, was der Beklagte *ex fide bona* zu leisten hatte. Spätestens damit war die *bona fides* zum Rechtsbegriff geworden<sup>34</sup>. Man wird, bei allen offenen Fragen<sup>35</sup>, von einem Prozess der Verrechtlichung der *fides* zur *bona fides* als gleichberechtigter Klage sprechen können<sup>36</sup>. Trotz der damit verbundenen wesentlichen Erweiterung der klagbaren Ansprüche lag darin allerdings kein Übergang zu einem allgemeinen, allein auf Konsens begründeten Vertragsschluss<sup>37</sup>.

Allerdings war dies ein Schritt zur Verobjektivierung, denn »aus einem Mittel zur privaten Gestaltung durch den Abschluss von Verträgen im Vertrauen auf deren Einhaltung wurde nun ein Beurteilungskriterium für ein staatliches Organ«<sup>38</sup>. So

---

Bronzetafel von Alcántara (Bayerische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-Historische Klasse, Abhandlungen. NF, 101), 1989.

<sup>28</sup> Zu den unterschiedlichen Sichtweisen auf das Verhältnis von Vertrauen und Vertrauenswürdigkeit vgl. Nörr, Alcántara (Fn. 27), 150.

<sup>29</sup> So Wieacker, Römische Rechtsgeschichte (Fn. 25), 503.

<sup>30</sup> Vgl. z.B. zur Bedeutung der *fides* im Rahmen des *mandatum* Dieter Nörr, »Mandatum«, »Fides«, »Amicitia«, in: ders. u.a. (Hg.), Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht, 1993, 13ff.; Okko Behrends, Die »bona fides« im »mandatum«, in: Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein, 1993, 33ff.

<sup>31</sup> Zur Entstehungszeit vgl. Lombardi, Fides (Fn. 21), 179ff.; anders Franz Wieacker, Rez. Lombardi, ZRG (RA) 79 (1962), 407, 415.

<sup>32</sup> Zum folgenden allgemein Wieacker, ZRG (RA) 80 (1963), 1ff.; ders., Römische Rechtsgeschichte (Fn. 25), 441ff.; Max Kaser, Das Römische Privatrecht (Rechtsgeschichte des Altertums 3, 3), Bd. I, 2. Aufl. 1971, 485ff. und Bd. II, 2. Aufl. 1975, 333f.; Giuseppe Gandolfi, Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, Mailand 1966, 356ff.

<sup>33</sup> Vgl. Max Kaser/Karl Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht (Rechtsgeschichte des Altertums, 3, 4), 1996, 149ff.

<sup>34</sup> Zusammenfassend Schermaier, Bona fides (Fn. 21), 72ff.

<sup>35</sup> Wieacker, ZRG (RA) 80 (1963), 1. Auf die offenen Fragen weisen auch hin Nörr, Völkerrecht (Fn. 21), 43; und Schermaier, Bona fides (Fn. 21), 77.

<sup>36</sup> Vgl. zu einzelnen Fällen Nörr, Longi temporis praescriptio (Fn. 12), 85ff.

<sup>37</sup> Dass das römische Vertragsrecht eben nicht in dieser Weise verstanden werden kann, unterstreicht Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, paperback Ausgabe Oxford 1996, 537ff.

<sup>38</sup> Schiemann, Fides (Fn. 23), 508.

konnten auch Fälle des Rechtsmissbrauchs<sup>39</sup> in den *bonae fidei iudicia* direkt berücksichtigt werden, ohne dass es der Erteilung einer *exceptio doli* bedurfte, wie bei den *iudicia stricti iuris*. Aus der *fides*, die ursprünglich allein als Verpflichtungsgrund galt, konnte jetzt sogar das Erlöschen der ursprünglichen Forderung hergeleitet werden<sup>40</sup>. *Bona-fides*-Klauseln wurden auch zur Geltendmachung der durch den jeweils individuellen Vertrag bestimmten Leistungspflichten eingesetzt und sogar als Auslegungsmaßstab bei den *actiones stricti iuris*<sup>41</sup>. Auch hier erschließt sich die Anwendbarkeit der *bona fides* vor allem über die Entgegensetzung zum *dolus malus*, dem arglistigen Verhalten<sup>42</sup>. Die *bona fides*, die auch eine subjektive Voraussetzung beim Rechtserwerb bezeichnete, wurde »zum Maßstab für Inhalt und Umfang der Schuldnerpflichten, eine Art unbestimmter Rechtsbegriff, der sich als höchst produktiv erweist«<sup>43</sup>.

7 In dieser Ausgangslage finden sich verschiedene **Bedeutungsschichten der *fides***. Ursprünglich erscheint die *fides* als individual-ethisches Prinzip, das die Bindung des Einzelnen an seine vorangegangenen Entschlüsse ausdrückt. Daneben findet man die *fides* als Selbstbindung, auf die andere zunächst empirisch, dann rechtlich geschützt vertrauen konnten. Sie erweiterte so den Kreis der klagbaren Verpflichtungen. Funktional äquivalent dazu ist die darauf aufbauende Vorstellung der *bona fides* als Maßstab der Präzisierung der Vertragspflichten und als Instrument, das zur Verwirkung des Anspruchs führen konnte.

Die auf das äußere Verhalten gerichtete und verobjektivierte Dimension der *fides* lässt sich nur noch in ihrem historischen Ausgangspunkt von der *aequitas* unterscheiden<sup>44</sup>: Die *aequitas* war ein objektiver Maßstab zur Bewertung äußerer Verhältnisse, sie diente der Feststellung, dass eine Entscheidung so und nicht anders lauten musste, insbesondere als Gleichbehandlung des Gleichen, eng verbunden mit

<sup>39</sup> Historische Überblicke zum Rechtsmissbrauch bei *Filippo Ranieri*, *Bonne foi et exercice du Droit dans la tradition du Civil Law*, *Revue Internationale de Droit Comparé* (1998), 1055ff.; *Mario Röttondi*, *L'abuso di diritto*, *Rivista di diritto civile* 15 (1923), 105ff., 209ff., 417ff.; *Erwin Riezler*, *Venire contra factum proprium*. Studien im römischen, englischen und russischen Zivilrecht, 1912; *Peter Mader*, *Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung*, 1994, 25ff.; *Hans-Peter Haferkamp*, *Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?* (Berliner juristische Universitätsschriften, Zivilrecht, 1), 1995, insbes. 20ff. Rechtsvergleichend die verschiedenen Beiträge in *Rabello*, *Aequitas and Equity* (Fn.16), insbes. zu *Abuse of Rights in the Civil Law of Quebec*, *Civil Law, Turkish Civil Law, Jewish Law, Swiss Law, Louisiana Law*.

<sup>40</sup> Dazu *Wieacker*, *Römische Rechtsgeschichte* (Fn.25), §26 III 1b.

<sup>41</sup> *Ulpian D.* 50,17,116 pr.; C. 4,1,3; C. 4,10,4; C. 4,44,5.

<sup>42</sup> Dazu *Schermaier*, *Bona fides* (Fn.21), 86ff. mit Hinweis auf D. 19,1,6,9: »... aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit« und D. 19,1,37: »Sicut aequum est bonae fidei emptori alterius dolum non nocere, ita non est aequum eidem personae venditoris sui dolum prodesse«.

<sup>43</sup> *Liebs*, *Römisches Recht* (Fn.21), 267. Vgl. auch *Wolfgang Kunkel*, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in: *Festschrift für Paul Koschacker*, Bd. II, 1939, 1ff.

<sup>44</sup> Zur Verschmelzung von *bona fides* und *aequitas* vgl. besonders *Fritz Pringsheim*, *Römische Aequitas der christlichen Kaiser*, *Actis Congressus Iuridici Internationalis*, 1935, Bd. I, 121–152 auch in: *ders.*, *Gesammelte Abhandlungen*, Bd. I, 1961, 224ff.; im Überblick *Schermaier*, *Bona fides* (Fn.21), 87f.

Tauschgerechtigkeit (*iustitia commutativa*) und ausgleichender Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*)<sup>45</sup>. Die bekannte Charakterisierung des Rechts als *ars boni et aequi* ist nur ein spezifischer Ausdruck der Verteilungsgerechtigkeit<sup>46</sup>. Zugleich war die *aequitas* auch eine rechtskritische Kategorie<sup>47</sup> und findet sich in völkerrechtlichem Kontext<sup>48</sup>. Verbindungen mit der griechischen *epieikeia*<sup>49</sup>, die *Aristoteles* als »Berichtigung des Gesetzes, wo es infolge seiner allgemeinen Fassung lückenhaft ist«<sup>50</sup> und als das, was »über das geschriebene Gesetz hinaus gerecht ist« definiert<sup>51</sup>, sind nur schwer auflösbar.

Auch die *aequitas* hatte ihren Ursprung in einer göttlichen Figur und wurde ein rechtliches Institut, das in Klagformeln der Ädilen und Prätores schon in republikanischer Zeit zu finden war – die *actio rei uxoriae* ging auf *quod eius melius aequius erit*<sup>52</sup>; die *actio iniuriarum* (Beleidigungsklage) auf *quantum ob eam rem iudici aequum videbitur*<sup>53</sup>. Wie wenig man aber von einem einheitlichen Gebrauch ausgehen kann, zeigt die folgenreiche sog. Codexantinomie. Im Codex wurde zunächst hervorgehoben, bei der Rechtsanwendung sei stets der *aequitas* Vorrang zu geben (C. 3,1,8), was zwei Jahre später aber dem Kaiser vorbehalten bleiben sollte (C. 1,14,1). Die darin liegende Sonderbeziehung des Kaisers zur *aequitas* verweist auf eine für die spätere Rezeption wesentliche Bedeutungs- und Funktionserweiterung. Die *aequitas* wurde unter aristotelischem und christlichem Einfluß zur »rechtsethischen und rechtspolitischen Rechtfertigung und Leitidee aller magistratischen

<sup>45</sup> Vgl. im Überblick *Wolfgang Waldstein*, Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian, in: Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag (Rechtsethik, 3), Wien u. a. 1996, 1–71; eine spezifisch auf die Problematik der Vertragsgerechtigkeit bezogene Aufarbeitung bei *Jürgen Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluß auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrags (Ius privatum, 21), 1997, 54ff.

<sup>46</sup> D. 1,1,1 pr.; siehe auch D. 45,1,91,3.

<sup>47</sup> Vgl. dazu *Dieter Nörr*, Rechtskritik in der römischen Antike (Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Abhandlungen n.F., 77), 1974, 32ff., 112ff.

<sup>48</sup> *Karl-Heinz Ziegler*, Aequitas in Roman International Law, in: M. Rabello (Hg.), International Conference on Aequitas and Equity. Equity in civil law and mixed jurisdictions Jerusalem 1997, 48–62.

<sup>49</sup> Vgl. zu deren Geschichte besonders *Francesco d'Agostino*, *Epieikeia*. Il tema dell'Equità nell'antichità greca (Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia del Diritto dell'Università di Roma, III – 8), Mailand 1973; *ders.*, La tradizione dell'epieikeia nel medioevo latino. Un contributo alla storia dell'idea di equità (Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia del Diritto dell'Università di Roma, III – 15), Mailand 1976.

<sup>50</sup> *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* V, 14 (1137 a, b), übersetzt bei *Franz Dirlmeier*, *Aristoteles*. Werke, VI, 9. Aufl. 1991, 118.

<sup>51</sup> Vgl. zum Einfluss des aristotelischen Denkens *Helmut Coing*, Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, ZRG (RA) 69 (1952), 24–59.

<sup>52</sup> Vgl. bei *Otto Lenel*, Das edictum perpetuum. Ein Versuch seiner Wiederherstellung, 3. Aufl. 1927 (ND 1985), 303ff.

<sup>53</sup> *Ulpian* D. 47,10,17,2.

und richterlichen Rechtsschöpfung«<sup>54</sup>. Kritischer spricht man von ihr als »Legitimationsprosa der Kaisergesetze seit *Konstantin*«<sup>55</sup>. Dadurch wurde sie »mehr und mehr zur schlichten Billigkeit, die lästige Bindungen des überkommenen Rechts überwindet«<sup>56</sup>. In diesem Zusammenhang ist auch die nachklassische Gegenüberstellung von *ius strictum* – *ius aequum* zu sehen<sup>57</sup>.

## 2. Mittelalter

- 9 Für die mittelalterliche Entwicklung ist es nicht möglich, den Termini eindeutige Bedeutungen zuzuweisen<sup>58</sup>.

Im Übergang von der Spätantike zum frühen Mittelalter wurde die antike Vorstellung der *aequitas* in der Patristik christlich adaptiert<sup>59</sup>, bei *Isidor von Sevilla* in einer »Bedeutungsbreite, die Recht und Gerechtigkeit umfasst«<sup>60</sup>. Die *aequitas* war eine der *misericordia* eher entgegengesetzte Gerechtigkeitsvorstellung<sup>61</sup>, auch *Gratian* definiert sie als *mater iustitiae* (C.25, q.2, c.21). Erst danach wurde sie in ihrer besonderen Ausprägung als *aequitas canonica*<sup>62</sup> zunehmend in einen Gegensatz zum *rigor iuris* gesetzt.

- 10 Die frühmittelalterlichen Rechtsquellen<sup>63</sup> geben wenig Anhaltspunkte. *Lex Visigothorum* und die *Lex Burgundionum* zeigen das Bild eines weitgehend gebundenen Richters. Die *Leges Baiuvariorum*, *Salica*, *Alamannorum* und *Ribuaria* sahen nur geringe Freiräume vor. In späteren fränkischen Königsgesetzen und Kapitularien

<sup>54</sup> Beck, Grundprinzipien der bona fides (Fn. 21), 10.

<sup>55</sup> Beispiele von *Schiemann*, C. 3,1,8; 7,22,3; CTh 1,2,3; 1,5,3.

<sup>56</sup> *Schiemann*, *Aequitas* (Fn. 22), 189.

<sup>57</sup> Vgl. die ausführliche Übersicht bei *Fritz Pringsheim*, *Jus aequum und jus strictum*, ZRG (RA) 42 (1921), 643ff.

<sup>58</sup> Vgl. im Überblick *James Gordley*, *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, in: R. Zimmermann, S. Whittaker (Hg.), *Good faith in European contract law*, Cambridge 2000, 93–117, der *bona fides* und *aequitas* zusammen behandelt sowie die einzelnen Nachweise zur *bona fides* (Fn. 21), *aequitas* (Fn. 22).

<sup>59</sup> Vgl. *Eugen Wohlhaupter*, *Aequitas canonica*. Eine Studie aus dem kanonischen Recht (Görres-Gesellschaft zur Pflege der Wissenschaft im katholischen Deutschland. Veröffentlichung der Sektion für Rechts- und Staatswissenschaften, 56) 1931, 27ff.; *Ferdinand Elsener*, *Gesetz, Billigkeit und Gnade im kanonischen Recht (Districtio legum, Aequitas canonica, Misericordia)*, in: *Summum ius – summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*. Ringvorlesung gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät, WS 1962/1963, 1963, 168–190.

<sup>60</sup> *Harald Siems*, Art. »Billigkeit«, *Realexikon der Germanischen Altertumskunde*, Bd. II, 1976, 607–612, 609 m. w. N.

<sup>61</sup> *Isidorus Hispalensis*, *Sententiarum Libri III*, c. 52 (P.L. vol. 83, col. 721).

<sup>62</sup> Vgl. *Peter Landau*, »Aequitas« in the *Corpus Iuris Canonici*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 20 (1994), 95–104; *Paolo Grossi*, *L'ordine giuridico medievale (Collezione storica)*, Rom 1995, 210ff. sowie die ältere Gesamtdarstellung von *Wohlhaupter*, *Aequitas canonica* (Fn. 59).

<sup>63</sup> Vgl. zum Folgenden *Siems*, *Billigkeit* (Fn. 60).

war eine Ergänzung der Regel vor allem für Lücken und Zweifelsfälle vorgesehen; als Milderungsmotiv trat auch hier vor allem die *misericordia* auf<sup>64</sup>. Deswegen wird auch davon gesprochen, dass es ein Verständnis von Billigkeit als dauernder »Aufgabe des Ausgleichs zwischen Recht und Gerechtigkeit« im frühen Mittelalter nicht gegeben habe<sup>65</sup>.

Vor allem mit der *Aristoteles*-Rezeption im Hoch- und Spätmittelalter »rückte die Billigkeit als Korrekturmoment bis zur Identifizierung an das Naturrecht heran«<sup>66</sup>. Ihre Funktion als Rechtsquelle wurde deutlicher<sup>67</sup>. *Hostiensis* verstand sie als *relaxatio iuris* und als *iustitia dulcore misericordiae temperata*<sup>68</sup>. Ein Zusammenhang mit der Schärfung des Regelbegriffs, die in der Kanonistik im 12. und 13. Jahrhundert zu beobachten ist<sup>69</sup>, liegt nahe: Die *aequitas* profilierte sich zu einer das strikte Recht modifizierenden Vorstellung. Doch das erweiterte nur ihre Bedeutungsmöglichkeiten. Korrektur und Fortbildung lassen sich kaum unterscheiden<sup>70</sup>.

Legistik und die Glossatoren verwendeten die *aequitas* in der großen Bedeutungsbreite, die in den antiken Quellen angelegt war<sup>71</sup>. *Aequitas* wurde im Sinne von Gleichbehandlung<sup>72</sup>, als Vorstufe des *iustum*, als Gegensatz zum *ius*, insbesondere zum *ius strictum*<sup>73</sup>, im Sinne der Milderung<sup>74</sup> und im Zusammenhang mit der *bona fides*<sup>75</sup> gebraucht. Sie wurde überall da herangezogen, wo sich »rein dogmatisch-konstruktiv eine befriedigende Lösung aus den Quellen nicht gewinnen lässt«<sup>76</sup>. Die Codexantinomie (C. 3,1,8 – C. 1,14,1, vgl. Rn. 8) wurde nach anfänglicher Unsicherheit über eine Unterscheidung von *aequitas scripta* und *aequitas non scripta* gelöst.

11

<sup>64</sup> Vgl. zum Problem der »Billigkeitsrechtsprechung« *Ekkehard Kaufmann*, *Aequitatis iudicium. Königsgerecht und Billigkeit in der Rechtsordnung des frühen Mittelalters* (Frankfurter Wissenschaftliche Beiträge, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Reihe, 18), 1959.

<sup>65</sup> *Siems*, Art. »Billigkeit« (Fn. 60).

<sup>66</sup> *Claudi Dieter Schott*, *Billigkeit und Subjektivismus – ein historisches Problem*, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag. Zürich 1989, 745–756, 747. Vgl. zur *aequitas* bis zur spanischen Spätscholastik *Wohlhaupter*, *Aequitas canonica* (Fn. 59), 67.

<sup>67</sup> Vgl. dazu besonders *Reppen*, Art. »Billigkeit« (Fn. 22), Sp. 516.

<sup>68</sup> *Hostiensis*, *Comment. in Decretales X* 5, 39, 32. Vgl. zu *Hostiensis'* *aequitas*-Lehre *Giuliano Brugnotto*, *L'aequitas canonica. Studi e analisi del concetto negli scritti di Enrico da Susa (Cardinal Ostiense)* (Tesi Gregoriana, Diritto canonico, 40), Rom 1999.

<sup>69</sup> *Landau*, *Aequitas* (Fn. 62), 99 im Hinblick auf Stephan von Tournai, bei dem sich diese Bedeutungsveränderung findet.

<sup>70</sup> *Landau*, *Aequitas* (Fn. 62), 101f. Vgl. allgemein zur *aequitas* in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft den Überblick bei *Grossi*, *L'ordine* (Fn. 62), 175ff., 210ff.; *Hermann Lange*, *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*, ZRG (RA) 71 (1954), 319; *Norbert Horn*, *Aequitas in den Lehren des Baldus* (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, 11) 1968.

<sup>71</sup> Zum *Tractatus de aequitate*, in dem eine »sehr weite Bedeutung dieses Begriffs zu Grunde gelegt wird« *Hermann Lange*, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. I, Die Glossatoren, 1997, 414ff.

<sup>72</sup> *Azo*, *Summa Inst.* 1,1 n.11.

<sup>73</sup> Gl. *Ex solemnibus* zu D. 4,1,7 pr.; Gl. *Consumpta est actio* zu D. 14,3,13 pr.

<sup>74</sup> Gl. *Humanus est* zu D. 1,14,3; Gl. *Aequitatis* zu C. 2,1,8.

<sup>75</sup> Gl. *Aequitas* zu C. 4,37,3: »id est bona fides«.

<sup>76</sup> So als Ergebnis der Untersuchung des Gebrauchs bei Baldus *Horn*, *Aequitas* (Fn. 70), 221.

Die Berufung auf die *aequitas non scripta* war dem Kaiser vorbehalten<sup>77</sup>. Allerdings gibt es Anhaltspunkte, dass die Praxis freier verfuhr<sup>78</sup>. Auch der weite, auf Generalisierung der Einzelfallentscheidung ausgerichtete Interpretationsbegriff der Glossatoren ließ trotz der Textgebundenheit der *aequitas scripta* erhebliche Spielräume; »transzendente« Gesetzeskritik erfolgte im Gewand der »immanenten«<sup>79</sup>.

- 12 Im common law des ausgehenden Mittelalters lässt sich eine besondere institutionelle Ausprägung beobachten. Vor allem<sup>80</sup> mit dem ca. 1340 gegründeten *Court of Chancery*<sup>81</sup> konnte auf einen eigenen Gerichtszweig der Billigkeitsrechtsprechung verwiesen werden. Dabei handelte es sich um eine aus der Königsgerichtsbarkeit hervorgegangene Institution, in der *ex aequo et bono* entschieden wurde. Das für die anglo-amerikanische Tradition prägende Recht der *equity* hat hier seinen deutlich vom kanonischen Recht beeinflussten Ursprung<sup>82</sup>. In verschiedenen Mischrechtsordnungen<sup>83</sup> entstand auf dieser Grundlage eine *built-in equity*<sup>84</sup>.
- 13 Mit dieser vielfältigen Berufung auf die *aequitas* korrespondiert eine eher abnehmende Bedeutung der *bona fides*<sup>85</sup>. Hatte die *aequitas* als *aequitas scripta* eine funktionale Form angenommen, die ihr Überleben auch in der textbasierten Rechtswissenschaft sicherte, so wurde die *bona fides* aus einer ihrer Kernfunktionen, der Begründung zusätzlicher vertraglicher Erfüllungspflichten, mit den Veränderungen im Prozesswesen von anderen Mechanismen verdrängt. Auch wenn der römisch-

<sup>77</sup> Vgl. dazu *Hermann Lange*, *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*, in: E.H. Schrage (Hg.), *Das römische Recht im Mittelalter*, 1987, 89, 100ff.; zu den Kommentatoren dann vor allem *Horn*, *Aequitas* (Fn. 70), 203ff.

<sup>78</sup> *Lange*, ZRG (RA) 71 (1954), 101 m.w.N.

<sup>79</sup> Begriffe der transzendenten und immanenten Kritik bei *Lange*, ZRG (RA) 71 (1954), 114.

<sup>80</sup> Zum früheren Gebrauch der *Equity* vgl. *H.D. Hazeltine*, *The Early History of English Equity*, in: P. Vinogradoff (Hg.), *Essays in Legal History*, Oxford 1923, 261–285.

<sup>81</sup> Vgl. *Javier Martínez-Torrón*, *Anglo-American Law and Canon Law. Canonical Roots of the Common Law Tradition* (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History. Vergleichende Untersuchungen zur kontinentaleuropäischen und anglo-amerikanischen Rechtsgeschichte, 18), 1998, 51ff.; zur Abgrenzung der Billigkeit des Gesetzes und den richterrechtlichen Normen der *Equity* *Stefan Vogenauer*, *Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Bd. II (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 72), 2001, 687ff.; *Reinhard Zimmermann*, *Der europäische Charakter des englischen Rechts – Historische Verbindungslinien zwischen civil law und common law*, ZEuP 1 (1993), 4, 27ff.; als Standardwerk gilt noch immer *George Spence*, *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, Philadelphia 1848.

<sup>82</sup> Vgl. dazu insbesondere *Martínez-Torrón*, *Canonical Roots* (Fn. 81), 62ff.

<sup>83</sup> Zu Mischrechtsordnungen vgl. *Reinhard Zimmermann*, *Daniel Visser*, *Introduction. South African Law as a Mixed Legal System*, in: dies. (Hg.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford 1996, 1, 2ff.

<sup>84</sup> Vgl. *Reinhard Zimmermann*, *Good faith and Equity*, in: ders., *D. Visser* (Hg.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford 1996, 217ff.

<sup>85</sup> Gordley hält sie sogar für absolut ununterscheidbar, mit nicht immer überzeugenden Belegen – etwa wenn er *Baldus' Kommentar zu X 1, 29, 3* »bona fides aequitatem desiderat« als Identifizierung von *aequitas* und *bona fides* ansieht, vgl. *Gordley*, *Good faith* (Fn. 58), 108, Fn. 74. Anders die Unterscheidung bei *Beck*, *Aequitas* (Fn. 21), 24ff., den *Gordley*, *Good faith* (Fn. 58), 95f., Fn. 8 kritisiert.

rechtliche Typenzwang weiterwirkte<sup>86</sup>, wurden – zunächst in der Kanonistik – andere Wege gesucht, um zu einer generellen Erfüllungspflicht für alle *pacta* zu kommen<sup>87</sup>. Mit der Grundlegung der modernen Vertragslehre<sup>88</sup> war der Bedeutungsverlust der *bona fides* in dieser Hinsicht unvermeidlich. Inwieweit *bona fides* als Teil der *lex mercatoria* wichtig war, hängt von deren umstrittener Bewertung ab<sup>89</sup>.

Die für die *aequitas* und die *bona fides* hervorgehobene Bedeutungsbreite zeigt sich auch bei der deutschen Formel »Treu und Glauben«<sup>90</sup>. Deren Teile erhalten ihren spezifischen Sinn aus der Zusammenstellung als Paarformel, in der sich sakrale und rechtliche Bedeutung überlagerten<sup>91</sup>. Nur wenige Themen der Rechtsgeschichte waren derart anfällig für zeitgebundene Perspektivenverschiebungen und Mystifizierungen wie die Geschichte von »Treu und Glauben«. So wurde im 19. und in weiten Teilen des 20. Jahrhunderts eine Kontinuität von germanischer Gefolgschaftstreue, Verwandtentreue, Treue zum Schwurfreund hin zur Vertragstreue mit einem breiten Bedeutungsspektrum gezogen, an deren Ende man § 242 sah<sup>92</sup>. In der NS-Zeit wurde die »Glutwärme germanischer Treue« der römischen *fides* entgegenge-

14

<sup>86</sup> Vgl. HKK/Rückert, vor § 1, Rn. 69; grundlegend Hermann Dilcher, Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht, ZRG (RA) 77 (1960), 270, 274ff.; Tilman Reppen, Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, NF, 73) 1994.

<sup>87</sup> Vgl. dazu Peter Landau, Pacta sunt servanda, in: Festschrift für Knut Wolfgang Nörr, 2003, 457–474; Gerhard Kegel, Zur Geschichte der Auffassung vom Vertrag im kontinentalen Europa, in: Gedächtnisschrift Alexander Lüderitz, 2000, 347–384; Klaus-Peter Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert (Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte, 9) 1985, insbes. 31ff.

<sup>88</sup> Vgl. dazu Zimmermann, The Law of Obligations (Fn. 37), 508ff.; Landau, Pacta, (Fn. 87); Kegel, Vertrag (Fn. 87).

<sup>89</sup> Dazu Rudolf Meyer, Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition (Quellen und Forschungen zum Recht und seiner Geschichte, 5), 1994. Kritisch Karl-Otto Scherner, Lex mercatoria – Realität, Geschichtsbild oder Vision?, ZRG (GA) 118 (2001), 148; ders., »Goldschmidt's Universum«, in: Festschrift für Knut Wolfgang Nörr, 2003, 859–892; Albrecht Cordes, Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen lex mercatoria, ZRG (GA) 118 (2001), 168ff.

<sup>90</sup> Zu Treu und Glauben vgl. Hans-Wolfgang Strätz, Treu und Glauben, Bd. I: Beiträge und Materialien zur Entwicklung von »Treu und Glauben« in deutschen Privatrechtsquellen vom 13. bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts, 1974; Adalbert Erler, Art. »Treu und Glauben«, HRG, Bd. V, 1998, Sp. 318f.; Ekkehard Kaufmann, Art. »Treue«, HRG, Bd. V, 1998, Sp. 320–338; Karl Kroeschell, Die Treue in der deutschen Rechtsgeschichte, in: A. G. Ermimi (Hg.), Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto 1970, 465–489, auch in: ders., Studien zum frühen und mittelalterlichen Recht (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, NF, 20), 1995, 157–181. Knapper Überblick bei Ralph Weber, Entwicklung und Ausdehnung des § 242 BGB zum »königlichen Paragraphen«, JuS 1992, 631–636.

<sup>91</sup> Vgl. zu den Paarformeln in der Rechtsgeschichte Ruth Schmidt-Wiegand, Art. »Paarformeln«, HRG, Bd. III, 1983, Sp. 1387–1393; Gerhard Dilcher, Paarformeln in der Rechtssprache des frühen Mittelalters, 1961.

<sup>92</sup> Vgl. zur Sicht des ausgehenden 19. Jahrhunderts Otto von Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. I: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868, 89ff. Überblick zur Forschungsentwicklung bei Kaufmann, Art. »Treue« (Fn. 90), Sp. 324.

setzt, der »der eisige Hauch leidenschaftslos-kühler Überlegung« anhafte<sup>93</sup>. Das prägte auch die Sicht auf die Geschichte. Schon die oft als Ausgangspunkt herangezogene Vorstellung einer »germanischen Treue« bei *Tacitus* ist allerdings weniger aussagekräftig als angenommen<sup>94</sup>. Auch in den frühmittelalterlichen Quellen wurde allein der Begriff der *fides* gebraucht. Als Lehnübersetzung in das Althochdeutsche findet man Vorformen des Treuebegriffs vor allem als Bindung an Gott; strittig ist auch, inwieweit man in der prozessualen *fides facta* wirklich ein »Treu gelöbnis« sehen kann<sup>95</sup>. Die Wendung von »Treu und Glauben« wird erst im Spätmittelalter überhaupt als rechtliche Formel greifbar<sup>96</sup>. Der Terminus »Glaube« trat bereits im 14. Jahrhundert als spezifischer Rechtsbegriff auf<sup>97</sup>, wobei – ähnlich der *fides* – eine Überlagerung von in der Person begründeter Vertrauenswürdigkeit und dem dieser entgegengebrachten Vertrauen festzustellen ist. Dies führte zur Verwendung als Verhaltensmaßstab, nicht zuletzt als Umsetzung der mit der *bona fides* verbundenen Vorstellungen<sup>98</sup>.

- 15 Unabhängig von dieser problematischen Forschungslage dürfte sich eine nur geringe funktionale Entsprechung zu den hier im Mittelpunkt stehenden Regelungsproblemen feststellen lassen. Zwar können Treue als versprochenes Verhalten (Geschäftstreue) und Treue als innere Einstellung (Gesinnungstreue) unterschieden werden<sup>99</sup>. Doch auch die Geschäftstreue bezeichnete in erster Linie allein das Festhalten am Geschäft.

### 3. Frühe Neuzeit

- 16 In der Frühen Neuzeit wurde die deutschsprachige Formel »Treu und Glauben« zunehmend mit der *bona fides* parallelisiert und nach römisch-rechtlichen Denkformen begriffen. Beide fanden in verschiedener Form Eingang in die Kodifikationen<sup>100</sup>. Ihr Schwerpunkt blieb allerdings auf der Treue zum Vertrag oder auf den subjektiven Einstellungen der Vertragspartner<sup>101</sup>.

<sup>93</sup> W. Merk, Die Treue im älteren deutschen Recht, Deutsches Recht 4 (1934), 526ff.

<sup>94</sup> Vgl. dazu Klaus v. See, Barbar, Germane, Arier: die Suche nach der Identität des Deutschen, 1994, 45f., 105ff., 128f.; Kroeschell, Treue (Fn. 90), 164–167; Kaufmann, Art. »Treue« (Fn. 90), Sp. 327–329.

<sup>95</sup> Dazu Kroeschell, Treue (Fn. 90), 174ff.

<sup>96</sup> Vgl. zu den Belegen Strätz, Treu und Glauben (Fn. 90).

<sup>97</sup> Strätz, Treu und Glauben (Fn. 90), 56ff.

<sup>98</sup> Strätz, Treu und Glauben (Fn. 90), 201ff.

<sup>99</sup> Dazu Kaufmann, Art. »Treue« (Fn. 90), Sp. 328ff.

<sup>100</sup> Vgl. bereits CTher 3 II 2 XVI 179: »Treue und Glauben erheischet, daß ein ernstlich und beächtlich geschlossener Vertrag nach Thunlichkeit bei Kräften erhalten ... werde«. Verbindung von »Treu und Glauben« und »Billigkeit« ebd., 171. Zu anderen Kodifikationen vgl. die Auszüge und Nachweise bei Staudinger/Schmidt, 13. Bearb. 1995, § 242, Rn. 12ff.

Fragen der Regelergänzung und -korrektur wurden nun terminologisch vor allem mit der *aequitas*<sup>102</sup> verbunden. Die Juristen des 16. Jahrhunderts verwendeten unvermindert die *aequitas scripta* als regelergänzende Rechtsquelle<sup>103</sup>. Daneben gewann aber auch die nicht-geschriebene *aequitas* an Bedeutung, vor allem im Umfeld der sog. humanistischen Jurisprudenz<sup>104</sup>, etwa in der Abhandlung zur Billigkeit von *Oldendorp* (1529)<sup>105</sup>. Dies wird auf eine Wiederentdeckung der *Aristotelischen* Epikie zurückgeführt<sup>106</sup> und dürfte im Zusammenhang mit der allgemeinen Autoritätenkritik und dem Bemühen um eine auch von der Reformation beeinflusste moralphilosophische Begründung des Rechts stehen<sup>107</sup>. 1550 führt *Connanus* die *aequitas* als selbständige, das geschriebene positive, aber auch das Naturrecht ergänzende Rechtsquelle auf<sup>108</sup>; der französische Jurist *Dumoulin* begründete die Klagbarkeit

<sup>101</sup> *Helmut Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, §§ 34–37.

<sup>102</sup> Vgl. zur *aequitas* in der Frühen Neuzeit *Jan Schröder*, *Aequitas und Rechtsquellenlehre in der Frühen Neuzeit*, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 26 (1997), 265–305; *ders.*, *Aequitas und rechtswissenschaftliches System*, *ZNR* 21 (1999), 21; *ders.*, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1800)*, 2001, 15ff., 109ff.; *Gunter Wesener*, »*Aequitas naturalis*«, »natürliche Billigkeit« in der privatrechtlichen Dogmen- und Kodifikationsgeschichte, in: *Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag (Rechtsethik, 3)*, Wien 1996, 81–105 mit zahlreichen Nachweisen der Literatur in Fn. 5, 7; *Schott*, *Billigkeit* (Fn. 66).

<sup>103</sup> Vgl. z.B. *Ulrich Zasius*, *Commentaria in titulum codicis Iustiniani de iudiciis, l. placuit, Nr. 1*, in: *ders.*, *J. Münsinger von Frundeck (Hg.)*, *Opera omnia*, Bd. IV, Lyon 1550, 188: »*Aequitas praeferitur rigori*«; und n. 13: »*aequitas ... si est scripta, iuri scripto semper praeponderat, & praeferitur*«.

<sup>104</sup> *Guido Kisch*, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit: Studien zum humanistischen Rechtsdenken (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, 56)*, Basel 1960, 177ff. nimmt an, dass es sich hier um eine Neuerung des 16. Jahrhunderts handelt; ähnlich auch *Schröder*, *ZNR* 21 (1999), 31. Zur humanistischen Jurisprudenz und deren *aequitas*-Begriff vgl. *Hans Erich Troje*, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluß des Humanismus*, in: *H. Coing (Hg.)*, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. II/1, 1977, 615–795, insbes. 616, 626; allgemein zur sog. humanistischen Jurisprudenz *Klaus Luig*, *Humanismus und Privatrecht*, in: *Vestigia iuris Romani. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag (Grazer rechts- und staatswissenschaftliche Studien, 49)*, *Graz* 1992, 285.

<sup>105</sup> *Johann Oldendorp*, *Wat byllich unn recht ys (1529)*, übers. v. *Erik Wolf*, in: *ders. (Hg.)*, *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1950, 51ff.; zu Oldendorp *A. Freybe*: *Johann Oldendorps Schrift über Billigkeit und Recht*, *ZRG (RA)* 14 (1893), 97.

<sup>106</sup> Tatsächlich findet die aristotelische Definition allseits Eingang in die Abhandlungen, vgl. *Zasius*, *Commentaria* (Fn. 103), n. 1–4 unter Berufung auf »den Philosophen«, das heißt Aristoteles.

<sup>107</sup> Vgl. dazu *Christoph Strohm*, *Die Voraussetzungen reformatorischer Naturrechtslehre in der humanistischen Jurisprudenz*, *ZRG (KA)* 86 (2000), 398, 407ff.; *Martin Heckel*, *Summum ius – summa iniuria als Problem reformatorischen Kirchenrechts*, in: *Summum ius – summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*. Ringvorlesung gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät, *WS 1962/1963*, 1963, 240.

<sup>108</sup> *Franciscus Connanus*, *Commentariorum iuris civilis libri decem*. Hanau 1609, liber I, cap. 10, n. 3. Vgl. zu Connanus und dessen Verständnis der *aequitas* *Christoph Bergfeld*; *Franciscus Connanus (1508–1551) (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte, 12)*, 1968, insbes. 118ff.; *Schröder*, *ZNR* 21 (1999), 31.

der *pacta nuda* mit der *aequitas*<sup>109</sup> – die also hier die Funktion der *bonae fidei iudicia* übernommen hatte<sup>110</sup>. Auch der niederländische Jurist *Wesenbeck* wies ihr 1582 viele Funktionen zu: die Anpassung der Gesetze an die Vernunft, die Möglichkeit der Produktion neuer Rechtssätze aus einer Analogie sowie für den Fall, dass weder aus dem Wortlaut noch dem Sinn des Gesetzes eine Lösung gefunden werden kann<sup>111</sup>. Als subsidiäre Rechtsquelle ließen sie auch bedeutende Juristen des 17. Jahrhunderts zu – *Johannes Althusius*<sup>112</sup>, *Dietrich Reinkingk*<sup>113</sup>, *Johannes Brunne-mann*<sup>114</sup> und *Hermann Vultejus*<sup>115</sup>. Bei *Hugo Grotius* wurde *aequitas* als gleichbedeutend mit *ius*, aber auch als mildernder Korrekturmaßstab oder schlicht im Sinne von Naturrecht gebraucht; ausdrücklich definierte er sie als Korrektur des Gesetzes, wo dieses wegen seiner Allgemeinheit mangelhaft sei<sup>116</sup>. Hier deutet sich eine vor allem auf Veränderung zielende Nutzung der *aequitas* an. In der gerichtlichen Praxis scheint man sich dagegen verhältnismäßig selten auf sie berufen zu haben<sup>117</sup>.

18 Im 17. Jahrhundert machte sich die Kritik an einer freien Rechtsschöpfung ohne jeglichen Anhaltspunkt im geschriebenen Recht vor allem an der *aequitas* fest; aus diesem Umfeld stammt auch die Bezeichnung der *aequitas* als »Kopfgeburt« (*aequitas cerebrina*)<sup>118</sup>. Bald spielte sie nur noch eine untergeordnete Funktion; *Struve* sah sie nicht mehr als subsidiäre Rechtsquelle<sup>119</sup>, bei *Lauterbach* und *Stryk* wurde sie überhaupt nicht mehr behandelt<sup>120</sup>, die *Thomasius*-Schule widmete der *aequitas cerebrina* zwei Dissertationen, in denen sie geradezu mit der Ungerechtigkeit gleichgesetzt wurde<sup>121</sup>. Als »Schein- und Hirnbillichkeit« bezeichnete dann auch *Kreitt-mayr* »sich selbst gemachte Dictamina«, die »den Namen Aequität« so wenig ver-

<sup>109</sup> Vgl. dazu *François Spies*, De l'observation des simples conventions en droit canonique, Paris 1928, 221–225.

<sup>110</sup> Zur *aequitas* im französischen Humanismus vgl. *Vincenzo Piano Mortari*, Aequitas e ius nell'umanesimo giuridico francese, in: Atti della Accademia Nazionale dei Lincei, anno 394 (Memorie, Classi di Scienze Morali, Storiche e Filologiche, Accademia Nazionale dei Lincei, Fasc. 2), Roma 1997, 243–279; *Michel Humbert*, The Concept of Equity in the Corpus Iuris Civilis and its Interpretation by Pothier, in: M. Rabello (Hg.), International Conference on Aequitas and Equity. Equity in civil law and mixed jurisdictions, Jerusalem 1997, 29.

<sup>111</sup> *Matthaeus Wesenbeck*, In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Lib. IIX, 1593, zu D. 1,1, Nr. 18, 10; zu Wesenbecks Herleitung der Klagbarkeit aller Verträge aus der *aequitas iuris gentium* vgl. *Nanz*, Vertragsbegriff (Fn. 87), 85ff.

<sup>112</sup> Dicaeologicae libri tres, 2. Aufl. 1649, lib. 1 cap. 16 Rn. 18, 19.

<sup>113</sup> Tractatus de regimine saeculari et ecclesiastico, 5. Ausg. 1651, liber II, class. 2, cap. 12, n. 41.

<sup>114</sup> Commentarius in Codicem Justinianum 1663, ed. novissima 1708, zu C. 3,1,8, Nr. 5–6.

<sup>115</sup> Diatribe de causis iuris constituentibus, in: ders., Tractatus tres, 1586, 59–78, 65f.

<sup>116</sup> *Hugo Grotius*, De Aequitate, Indulgentia et Facilitate, Amsterdam 1735, Cap. I § 3: »Proprie vero et singulariter aequitas est virtus voluntatis, correctrix eius, et in quo lex propter universalitatem deficit«.

<sup>117</sup> So *Schröder*, ZNR 21 (1999), 35; *Schröder*, Aequitas und Rechtsquellenlehre (Fn. 102), 278.

<sup>118</sup> Dazu *Clausdieter Schott*, Aequitas cerebrina, in: Festschrift für Hans Thieme zum 70. Geburtstag, 1977, 132.

<sup>119</sup> *George Adam Struve*, Syntagma, 1672, exerc. 2, Nr. 44, 69.

<sup>120</sup> Vgl. *Schröder*, ZNR 21 (1999), 33 Fn. 16, 17.

<sup>121</sup> Vgl. bei *Schott*, Aequitas cerebrina (Fn. 118), 154ff.

dienten »als der Aberglaube den Namen der Frommheit«. Was zulässigerweise erkannt werden könne, stamme nur aus den Prinzipien des Naturrechts<sup>122</sup>.

Die vorübergehende Konjunktur der *aequitas* wird teilweise aus der Komplementarität von *aequitas* und Naturrecht erklärt<sup>123</sup>. Solange das Naturrecht als strukturell unvollständige Rechtsordnung verstanden wurde, griff man in den Fällen der Gesetzeskorrektur und -ergänzung auf die *aequitas* zurück; mit dem Ausbau des Naturrechts zum lückenlosen System übernahm dieses die Funktion der *aequitas*. Neben diesen theoriegeschichtlichen Gründen dürften auch andere Zusammenhänge eine Rolle gespielt haben wie der zunehmende Legalismus, die steigende Regelungsdichte, die Professionalisierung der Rechtsanwendung, die mediengeschichtlichen Veränderungen<sup>124</sup>. Auch wenn an der Schwelle des Kodifikationszeitalters die *aequitas* in der Theorie verpönt war, so bedeutete das keineswegs strikte Gesetzesgebundenheit in der Praxis. Strategische Nutzung der Spielräume, die sich aus der Rechtsquellenvielfalt, der Interpretationsbedürftigkeit zentraler Rechtsbegriffe und den Bedingungen der Rechtsverwirklichung ergaben, waren effektive funktionale Äquivalente zur Argumentation mit der *aequitas*<sup>125</sup>.

#### 4. Zwischenbilanz

Der historisch-vergleichende Blick zeigt die **Bedeutungsbreite** der Termini *aequitas*, *bona fides* und »Treu und Glauben«. Es verläuft keine gerade Linie von einer »germanischen Treue« zu § 242; die *bona fides* gibt es nicht, sondern nur deren höchst unterschiedlichen Gebrauch, und, wie *Kreittmayr* am Vorabend des Kodifikationszeitalters 1759 feststellte: »Aequität oder Billichkeit wird bald für die Gerechtigkeit,

<sup>122</sup> *Wiguläus Xaver Aloys Fhr. v. Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, 1. Theil, München 1758 (ND 1844), Bd. I, I. Cap. § X (29).

<sup>123</sup> Vgl. zum Folgenden *Schröder*, ZNR 21 (1999), 40ff. Zum Naturrecht und dessen Wirkung auf die frühneuzeitliche Rechtswissenschaft vgl. *Reinhard Voppel*, Der Einfluß des Naturrechts auf den Usus modernus. Eine Untersuchung anhand der Literatur zum geltenden Recht im 17. und 18. Jahrhundert (Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte, 11), 1996, insbes. zum Verhältnis zur *aequitas* 24ff.

<sup>124</sup> Vgl. zu den Faktoren des Wandels *Thomas Duve*, Mit der Autorität gegen die Autoritäten? Überlegungen zur heuristischen Kraft des Autoritätsbegriffs für die neuere Privatrechtsgeschichte, in: W. Oesterreicher u. a. (Hg.), Autorität der Form – Autorisierungen – institutionelle Autoritäten, (P&A, 1) 2003, 239.

<sup>125</sup> Vgl. zur begrenzten Steuerungsfähigkeit der Theorie und den daraus resultierenden Spielräumen bereits *Wolfgang Wiegand*, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit (Münchener Universitätsschriften, Abhandlungen zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 27), 1977, sowie *Peter Oestmann*, Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich (Rechtsprechung, 18), 2002. Das Ausmaß zeigt sich auch im Spiegel der Begründungsunsicherheit, vgl. dazu *Stephan Hocks*, Gerichtsgeheimnis und Begründungszwang. Zur Publizität der Entscheidungsgründe im Ancien Régime und im frühen 19. Jahrhundert (Rechtsprechung, 17), 2002. Zu den Spielräumen im Rahmen der Gutachtenpraxis exemplarisch *Ulrich Falk*, Im Interesse meiner Parthey. Eine Fallstudie zur Strafverteidigung, Gerichts- und Gutachtenpraxis im Usus modernus, ZNR 21 (1999), 153.

bald für das Recht der Natur, auch öfter für das bloße Gutbedunken und arbitrarisches Wesen ... genommen«<sup>126</sup>.

Die *Termini* erfassen stets nur einen kleinen Teil der funktionalen Äquivalente: Man konnte auch mit überpositiven Grundsätzen argumentieren (»Naturrecht«), eine ergänzende Rechtsquelle heranziehen (»Billigkeit«), die sich sogar zu einem eigenen Gerichtszweig verfestigte (Court of Chancery), über die Stellung des Richters Freiräume schaffen, im Fall des Rechtsmissbrauchs eine Einrede zubilligen, mit einem material aufgeladenen Interpretationsbegriff zum gewünschten Ergebnis gelangen oder die Probleme schlicht nicht-förmlichen, vielleicht nicht einmal reflektierten Mechanismen überlassen<sup>127</sup>.

Auffallend ist allerdings, dass die Polemik gegenüber den Anpassungsmechanismen dann ansteigt, wenn man sich um die Schärfung der Regeln bemüht – sei es, weil man sich, wie die Glossatoren, unter der erdrückenden Autorität des überlieferten Textes<sup>128</sup> oder, wie im ausgehenden 18. Jahrhundert, dem Druck der Kodifikationsidee sah. Die Haltung zur *aequitas, bona fides* sagt also viel über die Erwartungen der Theoretiker aus. Über die Rechtswirklichkeit gibt sie nur sehr vermittelt Anhaltspunkte<sup>129</sup>.

Blickt man auf die vielfältigen Bedeutungen der *Termini*, so erstaunt es, dass noch 1993 von »übergesetzlichen Rechtssätzen« gesprochen werden kann<sup>130</sup> und mit den *Termini* sogar unveränderliche **materiale Gehalte** assoziiert werden. Ein Grund dürfte darin liegen, dass oberste Wertbegriffe wie »Treu und Glauben«, »Billigkeit« etc. typischerweise in der konkreten Sprechsituation einleuchten, inhaltlich aber kaum zu definieren sind<sup>131</sup>. In diesem Phänomen lag stets ein Antrieb zu einer für Dogmatik und Rechtstheorie hochproduktiven Auseinandersetzung mit *Termini* wie »Billigkeit« und »Treu und Glauben«. »Wiewohl dieser Spruch: Was billig und recht ist, gemeinlich überall, in freundschaftlichen und rechtlichen Handlungen, schriftlich und mündlich, angeführt und ausgesprochen wird, so ist doch zu besorgen, daß nicht jedermann dieselbigen Worte gründlich verstehe ...«, heißt es schon bei *Johann Oldendorp*<sup>132</sup>. Dieses Phänomen lädt allerdings zu Mystifizierungen geradezu ein, legt die Berufung auf scheinbare historische Evidenz nahe und überwindet jeden rationalen Diskurs: »... Jeder Deutsche weiß, was gemeint ist«<sup>133</sup>, kann so 1936 *Karl Larenz* zu »Treu und Glauben« schreiben. Die historisch-kritische Perspektive über

<sup>126</sup> *Kreittmayr*, Anmerkungen I (Fn. 122), I. Cap. § XI (S. 32).

<sup>127</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die Überlegungen zum prinzipiellen Rechtsdenken und den Alternativen in *HKK/Rückert*, vor § 1, Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg, Rn. 14.

<sup>128</sup> Vgl. dazu *Lange*, Glossatoren (Fn. 71), 449ff.

<sup>129</sup> Auch hier gilt wie beim Rechtsbegriff, dass »die Beteiligten ihre unterschiedlichen philosophischen Grundeinstellungen als Definitionsprobleme austragen«, dazu *Klaus Röhl*, Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 2001, 10.

<sup>130</sup> BGH (v. 14. 10. 1992 – VIII 91/91), NJW 1993, 259, 263.

<sup>131</sup> Vgl. zur Begriffsbildung *Röhl*, Rechtslehre (Fn. 129), 25ff.

<sup>132</sup> *Oldendorp*, *Wat Byllich* (Fn. 105), Vorrede an den Leser.

<sup>133</sup> *Karl Larenz*, Vertrag und Unrecht, Bd. I, 1936, 109.

die Lösungsansätze kann deswegen vor allem deutlich machen, dass »Treu und Glauben«, *bona fides* und *aequitas* in erster Linie **Chiffren für ein konstantes Problem und dessen jeweils kontextbezogene verschiedene, keinesfalls jedoch für eine einheitliche überzeitliche Lösung** sind<sup>134</sup>.

### III. 19. und 20. Jahrhundert – Eine »steile Karriere« von Treu und Glauben?

Während die Debatte um die Geschichte der *bona fides* in der älteren Rechtsentwicklung bis heute weitgehend auf den Kreis der engeren Rechtsgeschichte beschränkt geblieben ist, besetzt die Bedeutung der *bona fides* im 19. und 20. Jahrhundert eine zentrale Argumentationsachse in historischen Großlinienzuehungen nicht nur der Dogmengeschichte, sondern auch der Methodenlehre, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Rechtsphilosophie und auch der aktuellen Privatrechtsdogmatik. Die Verwendung von Treu und Glauben steht beispielhaft für Entwicklungen, die *Max Weber*<sup>135</sup> begriffsbildend<sup>136</sup> als **Materialisierung** des Privatrechts beschrieben hat und in der *Franz Wieacker* – in gegensätzlicher Stoßrichtung – die »Krise des Positivismus« sah<sup>137</sup>. Die nachfolgende Kommentierung verknüpft die Geschichte der *bona fides* im 19. und 20. Jahrhundert daher mit diesen Deutungen<sup>138</sup>.

Für die heutige dogmatische Bedeutung und Aufgabe der Generalklauseln hat man das »Kollossalgemälde« Materialisierung zuletzt in den Beratungen zur Schuldrechtsreform nutzbar gemacht<sup>139</sup>. Geprägt wurde das Bild wesentlich durch *Justus Wilhelm Hedemann*, dem wohl wichtigsten Chronisten der Generalklauseln<sup>140</sup>. Den

<sup>134</sup> Vgl. aus sprachtheoretischer Perspektive den »nominalistischen Begriffsskeptizismus« bei *Röhl*, Rechtslehre (Fn. 129), 32.

<sup>135</sup> *Max Weber*, Rezension zu: Philipp Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, Bd. I, 1902, in: Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik 17 (1902), 723ff.; *ders.*, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie, 6. Aufl. 1976, Kap. VII, § 8: Die formalen Qualitäten des modernen Rechts (entstanden zwischen 1911 und 1913).

<sup>136</sup> Vgl. etwa *Claus-Wilhelm Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung, AcP 200 (2000), 276, 297ff.

<sup>137</sup> *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, 515 Fn. 1 sowie Teil 6 passim.

<sup>138</sup> Einen eigenen Quellenzugang, freilich unter Vernachlässigung der rechtshistorischen Literatur zu diesen Fragen, unternimmt Jürgen Schmidt in *Staudinger/J. Schmidt*, § 242, 12. Aufl. 1995, 1. Teil. Seine Linie bleibt in wesentlichen Eckpunkten der traditionellen Sichtweise verhaftet, etwa keine Bedeutung von Treu und Glauben in der Rechtswirklichkeit vor Inkrafttreten des BGB (a.a.O., Rn. 11), zentrale Bedeutung der Aufwertung (a.a.O., Rn. 78). Schmidt bringt aber auch eigene Deutungen, die im Folgenden diskutiert werden.

<sup>139</sup> Vgl. *Rainer Schröder, Jan Thiessen*, Von Windscheid zu Beckenbauer – die Schuldrechtsreform im Deutschen Bundestag, JZ 2002, 325ff.

<sup>140</sup> 1910 war ihm § 242 Symbol eines Abschieds von einer »Gedankenwelt, die jedes juristische Urteil auf eine Formel der reinen Logik zurückführt«, einer Welt, die er mit vorrangigem Blick auf die Gesetzgebung vor allem in der »erste[n] Hälfte« des 19. Jahrhunderts vorzufinden glaubte (*Hedemann*, Fortschritte des Zivilrechts [Fn. 3], 117) und 1913 bei der »Kleingeisterei« der »histo-

Ausgangspunkt bildet das »positivistische«<sup>141</sup> 19. Jahrhundert. Die im logischen Formalismus erstarrte **Begriffsjurisprudenz**<sup>142</sup> mit ihrer »Illusion der Vollständigkeit der Normen«<sup>143</sup> und der spätliberale »Willensformalismus«<sup>144</sup> haben danach in Theorie und Praxis<sup>145</sup> mit »sozialethischen«<sup>146</sup> Prinzipien wie Treu und Glauben wenig anfangen können. Noch die »ersten beiden Jahrzehnte der Geltung des BGB« seien vom »Gesetzespositivismus der Reichsgerichtspraxis geprägt« gewesen<sup>147</sup>. Erst mit dem Ersten Weltkrieg<sup>148</sup>, eigentlich erst seit Weimar und insbesondere der **Aufwertungsfrage**<sup>149</sup>, finde man in der Judikatur die »Entdeckung der Freiräume, die das

---

rischen Schule« verortete, die noch immer erst im Absterben begriffen sei (*Hedemann*, Werden und Wachsen [Fn. 3], 17). § 242 war damit, so 1913, eine »königliche Regel« (S. 10 – die später viel zitierten königlichen Paragraphen), Zeichen für die »Bewegungsfreiheit« als Signum des Zeitgeists. 1933 (*Hedemann*, Generalklauseln [Fn. 3], 10f.) zeigte sein zu diesem Zeitpunkt pessimistisches Resümee dann die heute allseits bekannte Linie. Schon kurz nach 1900 habe sich die Wissenschaft zwar der neuen Norm angenommen, die Praxis habe aber gleichwohl »auffallende Zurückhaltung bewiesen«. Anfangs seien die Fälle »dünn gesät« gewesen, ein jahrelanges »mattes Herantasten«. Bis in die Kriegszeit hinein, so vertiefend 1929 (*Hedemann*, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht [Fn. 3], 281ff.) habe § 242 sich »in den ruhigen, gemessenen Bahnen normaler Vertragsauslegung bewegt«. Zwei Einflussfaktoren seien für die nun beginnende Fahrt des § 242 »ins Land der unbegrenzten Möglichkeiten« entscheidend gewesen, die Freirechtsbewegung nach 1909 und der »Aufwertungskampf« nach 1923; vgl. *Heinz Mohnhaupt*, Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus, in: M. Stolleis, D. Simon (Hg.), Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, 1989, 107ff., insbes. 140ff. zur Entwicklung von Hedemanns Sicht der Generalklauseln; *Christine Wegerich*, Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann (1878–1963), 2004, 140f.

<sup>141</sup> Zu den verschiedenen Positivismen etwa *Wieacker*, PdN (Fn. 137), 431f.

<sup>142</sup> Zu den Facetten dieses Bildes *Ulrich Falk*, Ein Gelehrter wie Windscheid (Ius Commune Sonderhefte, 38), 1989, 4f.; *Haferkamp*, Puchta (Fn. 10), 102ff.

<sup>143</sup> *Norbert Horn*, Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch, NJW 2000, 40, 45.

<sup>144</sup> Vgl. etwa *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte (Fn. 137), 520, 540f.; *Helmut Coing*, Rechtspolitik und Rechtsauslegung, in: Verhandlungen des XLIII. DJT, 1962, B 6f.; *ders.*, Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert, in: J. Blühdorn, J. Ritter (Hg.), Recht und Ethik (Studien zur Philosophie und Literatur des neunzehnten Jahrhunderts, 9), 1970, 12ff., 19ff.

<sup>145</sup> *Michael J. Rainer*, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts bis zum Inkrafttreten des BGB: Ein Modellfall für den Europäischen Gerichtshof?, ZEuP 3 (1997), 751ff.; *Hans-Georg Mertens*, Untersuchungen zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts vor dem Inkrafttreten des BGB, AcP 174 (1974), 333, 343.

<sup>146</sup> *Behrends*, Treu und Glauben (Fn. 21), 255ff., 283: Wurzeln bereits bei Grotius, gleichwohl selbst vom BGB-Gesetzgeber noch »kaum geahnt«.

<sup>147</sup> *Hans Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, 194.

<sup>148</sup> So *Heinrich Dörner*, Erster Weltkrieg und Privatrecht, Rechtstheorie 17 (1986), 385, 386; vgl. hierzu näher unten, Rn. 66.

<sup>149</sup> Etwa *Wieacker*, PdN (Fn. 137), 530; *Friedrich Karl Kübler*, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, AcP 162 (1963), 104ff.; *John P. Dawson*, The Oracles of the Law, Westport 1978, 465ff.; *Hans Hattenhauer*, Richter und Gesetz (1919–1979): eine Zwischenbilanz, ZRG (GA) 106 (1989), 46; *ders.*, Wandlungen des Richterleitbildes im 19. und 20. Jahrhundert, in: R. Dreier, W. Sellert (Hg.), Recht und Justiz im »Dritten Reich«, 1989, 9, 11f.; *Karl Kroeschell*, Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 1992, 50; *Bernä Rütters*, Die unbegrenzte Auslegung,

Gesetzbuch mit den Generalklauseln« eröffnet habe<sup>150</sup>. Seitens der Rechtswissenschaft sei dies ein später Triumph der Freirechtsbewegung vor dem Ersten Weltkrieg gewesen<sup>151</sup>. Schon in Weimar habe § 242 befreit »von juristischen Zwirnsfäden«<sup>152</sup>, sodass den Entwicklungen nach 1933 in der aktuellen Dogmatik keine dauerhaften Einflüsse eingeräumt werden<sup>153</sup>. Methodengeschichtlich bedeutet dies den sanft evolutionären Übergang von der »Interessenjurisprudenz« der Vorkriegszeit zur »Wertungsjurisprudenz« der Nachkriegszeit.

Diese Deutungslinie findet sich auch in Nachbardisziplinen wieder. In der Methodenlehre fand eine Durchsicht der wichtigsten Positionen jüngst Einigkeit »lediglich darüber, was abzulehnen ist: die gesetzpositivistische »Begriffsjurisprudenz«<sup>154</sup>. Im beständigen Rückgriff auf diesen historisch scheinbar nachgewiesenen »methodologische[n] Prügelknabe[n]«<sup>155</sup> wird man nicht müde, Erkenntnisse der Hermeneutik und Erkenntnistheorie der vormaligen Illusion einer wertungsfreien, lückenlosen Jurisprudenz entgegenzuhalten<sup>156</sup>. Weil man Gewissheit darüber zu haben glaubt, dass § 242 auf der Vorstellung der Deduktivität und (vollständigen) Gesetzesbindung und dem Begründungssystem des klassischen Gesetzespositivismus basiert, kann man § 242 mit *Jürgen Schmidt* als »funktionslos geworden«<sup>157</sup> bezeich-

22

5. Aufl. 1997, 80ff.; Staudinger/*J. Schmidt*, 13. Bearb. 1995, § 242, Rn. 78 (Ausdruck des Bewusstseins der Richterschaft am RG).

<sup>150</sup> *Dieter Schwab*, Das BGB und seine Kritiker, ZNR 2000, 325, 336. Schwab verweist diesbezüglich auf Aussagen Endemanns von 1910 und Oertmanns von 1916 und hält sich mit eigenen Wertungen zurück.

<sup>151</sup> *Wieacker*, PdN (Fn. 137), 520; *Kübler*, AcP 162 (1963), 107; *Dörner*, Rechtstheorie 17 (1986), 391; *Weber*, JuS 1992, 633f.

<sup>152</sup> *Ernst Bloch*, Naturrecht und menschliche Würde (1961), Werkausgabe Bd. VI, 2. Aufl. 1991, 153 zum Zusammenhang zwischen Freirecht und Nationalsozialismus; der gleiche Vorwurf durchzieht die Abhandlung von *Okko Behrends*, Von der Freirechtsschule zum konkreten Ordnungsdanken, in: R. Dreier, W. Sellert (Hg.), Recht und Justiz im »Dritten Reich«, 1989, 34ff.

<sup>153</sup> Glaubt man *Jürgen Schmidt*, so stand schon 1902 fest, dass der Richter »objektiv gesellschaftliche Wertungen gegenüber Normen jeder Herkunft zur Anwendung bringen« dürfe, so dass die Anbindung von Treu und Glauben an das »gesunde Volksempfinden« »keine entscheidende Wirkung auf die wissenschaftliche Behandlung des 242« gehabt habe, sondern nur die bereits zuvor gebräuchliche objektive Wertung »in die politische Terminologie der Zeit umgesetzt« worden sei, Staudinger/*Schmidt*, 13. Bearb. 1995, § 242, Rn. 68, 76, 86, 708; ebenso *Enno Bommel*, Die Entstehung der Verwirkungslehre in der Krise des Positivismus (Rechtshistorische Reihe, 101), 1992, 140; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (Fn. 16), 122, die auch die Entwicklung nach 1933 in den Blick nimmt, meint zunächst, die bis 1945 »entstandene Funktion und Bedeutung der Generalklauseln konnte nicht einfach wieder eliminiert werden«. Wenige Sätze später heisst es dann unvermittelt: »Insgesamt entspricht der gegenwärtige Anwendungsbereich der Generalklauseln also in seinen Grundstrukturen dem schon vor 1933 erreichten Stand«.

<sup>154</sup> *Frank Laudenklos*, *Michael Rohls*, *Wilhelm Wolf*, Resümee, in: J. Rückert (Hg.), Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, 1997, 315.

<sup>155</sup> *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, 109.

<sup>156</sup> So etwa die einflussreiche Schrift von *Görg Haverkate*, Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode (Schriften zur Rechtstheorie, 73), 1977, 57ff.

<sup>157</sup> Vgl. oben Rn. 1.

nen, und, von der gesetzgeberischen Konzeption befreit, eigene Lösungsmodelle unterbreiten.

- 23 In den letzten etwa 20 Jahren mehren sich die Anzeichen dafür, dass Privatrechtsgeschichte, Methodenlehre und Dogmatik hier einem **groben und folgenreichen Zerrbild** huldigen<sup>158</sup>. Klassifikationen wie das »positivistische« und »begriffsjuristische« 19. Jahrhundert<sup>159</sup>, der Gesetzespositivismus des Reichsgerichts vor 1914<sup>160</sup>, der neue Richter in Weimar<sup>161</sup> sind grundlegenden Zweifeln ausgesetzt. Angesichts dieser Fragwürdigkeit der überkommenen Deutungsprämisse, zeigt sich zugleich, dass wir über § 242 als Regelung und Lösung weit weniger wissen, als wir lange zu wissen glaubten. Insbesondere welche Bedeutung Treu und Glauben in Rechtswissenschaft und Praxis des 19. Jahrhunderts zukam, ist weitgehend unbekannt. Neu zu deuten ist die keineswegs geringe Bedeutung von § 242 vor 1914 und im Anschluss daran, was Treu und Glauben in Weimar hiervon unterschied. Blinde Flecken bieten gerade auch die durchaus breit untersuchten Jahre 1933 bis 1945. Seit *Bernd Rühthers*<sup>162</sup> Untersuchungen besteht kein Zweifel mehr daran, dass § 242 in der juristischen Argumentationsstrategie des Nationalsozialismus eine bedeutende Rolle gespielt hat. Er und andere<sup>163</sup> haben wiederholt auf das grundlegend Neue im Umgang

<sup>158</sup> Zusammenfassend nun *HKK/Rückert*, Das BGB und seine Prinzipien, 2003, Rn. 93ff.; knapper *Joachim Rückert*, Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance, JZ 2003, 750f.; früher bereits *ders.*, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover, 19), 1988, 87, 93ff.; *Jan Thiessen*, Das unsoziale BGB – vertraute Bilder und neue Zweifel, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, 2004, 29ff.

<sup>159</sup> *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? (Rechtsprechung. Materialien und Studien, 1), 1986, 275 sieht im Argumentationshaushalt der Pandektistik den »Rückgriff auf überpositive Gerechtigkeits Elemente voll integriert«; *Falk*, Windscheid (Fn. 142), u. 2. Aufl. 1999; *Sibylle Hofer*, Freiheit ohne Grenzen? (Ius Privatum, 53), 2001; *Haferkamp*, Puchta (Fn. 10).

<sup>160</sup> Weitestgehend gegen einen solchen Gesetzespositivismus die Beiträge in: U. Falk, H. Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter (Rechtsprechung. Materialien und Studien, 14), 2000; daneben nun *Klaus Luig*, Treu und Glauben in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Jahren 1900 bis 1909, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2002, 85ff.

<sup>161</sup> *Knut Wolfgang Nörr*, Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit. Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Krisen von Weltkrieg und Inflation, und die Entfaltung eines neuen richterlichen Selbstverständnisses (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, 222), 1996; *Klemmer*, Gesetzesbindung (Fn. 14), 31ff.; *Joachim Rückert*, Richtertum als Organ des Rechtsgeistes: Die Weimarer Erfüllung einer alten Versuchung, in: K. W. Nörr, u. a. (Hg.), Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik, 1994, 267ff., *ders.*, Richterrecht seit Weimar?, in: Festschrift Sten Gagner zum 3. März 1996, 1996, 203ff.

<sup>162</sup> Insbesondere *Rühthers*, Unbegrenzte Auslegung, 1968 u. 6. Aufl. 2005.

<sup>163</sup> *Michael Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht (Münchener Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 15), 1974, 97ff.; *Fritjof Börner*, Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit (Europäische Hochschulschriften, Reihe II, 828), 1989, 23ff.; hierzu Rez. *Heinz Mohnhaupt*, ZNR 1991, 124ff.; *Haferkamp*, Rechtsmißbrauchslehre (Fn. 39), 281ff. m. w. N.; *Joachim Rückert*, Das »gesunde Volksempfinden« – eine Erbschaft Savignys?, ZRG (GA) 103 (1986), 219, 225, 233f.

mit den Generalklauseln nach 1933 hingewiesen. Eine Verarbeitung dieser Ergebnisse in der aktuellen Methodenlehre und Dogmatik findet sich, jenseits gelegentlicher Hinweise auf »Perversion«<sup>164</sup>, aber kaum<sup>165</sup>.

Ein Beispiel bietet der Umgang mit der Rechtsmissbrauchslehre. Während in der rechtshistorischen Literatur seit langem auf »ideologische Verstrickungen« dieser Rechtsfigur nach 1933 hingewiesen wird<sup>166</sup>, nimmt die dogmatische Literatur diese Einwände weitgehend nicht wahr und verwendet die hierzu grundlegend gewesenen Arbeiten *Wolfgang Sieberts* weiterhin ohne Rücksicht auf ihre zeitbedingte Prägung<sup>167</sup>. Versuche, die Entwicklung des § 242 nach 1933 mit aktuellen Debatten in ein Gespräch zu bringen, zeigen freilich auch die Schwierigkeiten eines solchen Unterfangens<sup>168</sup>. Angesichts der banalen Tatsache, dass mit § 242 keine genuin nationalsozialistischen (also etwa antisemitischen) Wertungen mehr transportiert wer-

24

<sup>164</sup> Zur mit diesem Vokabular erreichten »Technik der Abschiebung« bereits *Wolfgang Fritz Haug*, *Der hilflose Antifaschismus. Zur Kritik der Vorlesungsreihen über Wissenschaft und NS an deutschen Universitäten*, 1967, 17 und passim; *Stolleis*, *Gemeinwohlformeln* (Fn. 163), 5.

<sup>165</sup> Vgl. den Überblick von *Rainer Schröder*, *Die Bewältigung des Dritten Reichs durch die Rechtsgeschichte*, in: H. Mohnhaupt (Hg.), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990)*, 1991, 604ff.

<sup>166</sup> *Karl Kroeschell*, *Zur Lehre vom »germanischen« Eigentumsbegriff*, in: *Festschrift für Hans Thieme zum 70. Geburtstag*, 1977, 35ff., 62f.; *ders.*, *Rechtsgeschichte* (Fn. 90), 88f.; *Knut Wolfgang Nörr*, *Zwischen den Mühlsteinen (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, 1)*, 1988, 51 Fn. 24 (»explizit auf den Boden der NS-Anschauung gestellt«), ähnlich *Stolleis*, *Gemeinwohlformeln* (Fn. 163), 90ff., 100ff.; *Rüthers*, *Unbegrenzte Auslegung* (Fn. 149), 364f.; *Peter Thoss*, *Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung*, 1968, 59ff.; *Karl-Heinz Fezer*, *Teilhabe und Verantwortung (Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, 49)*, 1986, 307ff.; *Franz Kasper*, *Das subjektive Recht – Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit (Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen, 25)*, 1967, 110ff.; *Diethelm Klippel*, *Subjektives Recht und germanisch-deutsche Rechtsgedanke in der Zeit des Nationalsozialismus* in: J. Rückert, D. Willoweit (Hg.), *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, 12)*, 1995, 34, 35, 37f.; *Haferkamp*, *Rechtsmissbrauchslehre* (Fn. 39), 183ff.

<sup>167</sup> So etwa *Palandt/Heinrichs*, 62. Aufl. 2003, § 242, Rn. 38; *MüKo/G. Roth*, Bd. IIa, 4. Aufl. 2003, § 242, Rn. 19, 23, 186, vgl. auch die historische Herleitung Rn. 185; *Dieter Medicus*, *Schuldrecht*, Bd. I, 14. Aufl. 2003, 75; *Staudinger/Schmidt*, 13. Bearb. 1995, § 242, Rn. 713ff.; *Heinz Hübner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2. Aufl. 1996, § 24; *Mader*, *Rechtsmissbrauch* (Fn. 39), 114; *Theo Mayer-Maly*, in: H. Honsell u. a. (Hg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bd. I, Zürich 1996, Rn. 32.; vgl. unten Rn. 82ff.

<sup>168</sup> Vgl. die Versuche von *Robert Alexy*, *Gerold Köhler* in: F.J. Säcker (Hg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus (Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 1)*, 1992, 219ff.; eingehend zu den Problemen auch *Rückert*, *ZRG (GA)* 103 (1986), 199ff., 204ff.; weitausgreifend das Nachwort von *Rüthers*, *Unbegrenzte Auslegung* (Fn. 149), 5. Aufl. 1997: *Auslegung im Wechsel der Systeme*, 476ff.; kennzeichnend auch die Debatte um seine weitergehenden »Lehren aus der Rechtsperversion des Nationalsozialismus« (*ders.*, *Entartetes Recht*, 1988, 22ff. mit insgesamt 24 Lehren), hierzu: *A. Lübbe*, *Aus der Geschichte lernen?*, *Rechtshistorisches Journal* 7 (1988), 417ff.; zurückhaltender *Michael Stolleis*, *Lehren aus der Rechtsgeschichte? Zur Auseinandersetzung mit den Thesen von Bernd Rüthers*, in: R. Eisfeld, I. Müller (Hg.), *Gegen Barbarei*, 1989, 385ff.; *Okko Behrends*, *Zum Problem einer rein etatistischen Rechtsbegründung gestern und heute*, *NJW* 1988, 2862ff.; *Klaus Luig*, *Macht und Ohnmacht der Methode*, *NJW* 1992, 2536ff.

den, fallen simple Lösungen, wie etwa ein historisch begründetes Verwertungsverbot, aus<sup>169</sup>. Inhaltlich erscheinen die Versuche der »Rechtserneuerung«, einen Gemeinschaftsvorrang im BGB zu verankern, schnell als bloße Überspitzung allgemeiner antiliberaler Tendenzen des 20. Jahrhunderts, eben der angeblichen »Krise des Positivismus«<sup>170</sup>. Fast immer finden sich »Vorläufer«, wie *Otto v. Gierke*<sup>171</sup>. Je nach Blickwinkel scheint auch vieles »von den Rechtsordnungen anderer Kulturvölker angeregt«<sup>172</sup>. Was man nach 1933 zur »Überwindung« des subjektiven Rechts entwickelte, stellt sich dann als »legitime dogmen- und systemkritische Erwägung«<sup>173</sup> dar und es bleibt gelegentlich<sup>174</sup> bloß noch Verwunderung<sup>175</sup>.

25 Eine historische Auseinandersetzung mit § 242 erfordert demnach, auch die Jahre nach 1933 zu integrieren, sich schwierigen **Kontinuitätsfragen** zu stellen und gegebenenfalls auch zu begründen, warum man hier keine Probleme sieht. Dies kann hier nur ganz ansatzweise und für einige Problemstellungen, insbesondere den Rechtsmissbrauch, erfolgen. Eine **neue Geschichte von Treu und Glauben** wird damit begonnen. Den Einstieg in die Gesamtlinie bietet das »positivistische« 19. Jahrhundert.

<sup>169</sup> Ganz unrichtig nimmt Mayer-Maly an, ich hätte die »Innentheorie wegen Sieberts Engagement für diese nationalsozialistischen Vorstellungen zuordnen zu können« geglaubt und daher ein Einschwenken in die Außentheorie empfohlen (*Theo Mayer-Maly*, Rezension Haferkamp, Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens, ZNR 1996, 348 – gar: »Zentralthese«), da doch praktisch durchweg die Vorläufer, insbesondere Gierke, die Französische und Schweizer Debatte offengelegt und thematisiert werden. Ich hatte (S. 342) ausdrücklich davor gewarnt, das »Gesichtsfeld durch eine antizipierte Verwerflichkeit der Lehre zu verengen«. Daher fußte das abschließende Plädoyer für die Außentheorie, ganz wie Mayer-Maly es annimmt, durchweg auf (insbes. methodischen) Überlegungen, die »unserer Zeit entstammen«.

<sup>170</sup> So die Linienführung von *Bommel*, Verwirkungslehre (Fn. 153).

<sup>171</sup> Etwa *Bommel*, Verwirkungslehre (Fn. 153), 140.

<sup>172</sup> *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte (Fn. 137), 515; ähnlich bereits in der 1. Aufl. 1952, 306 Fn. 1, 309; *ders.*: Präzisierung (Fn. 6), 35, 46. Es fallen dabei jedoch auch einige nachdenkliche Äußerungen zur Rechtsmissbrauchslehre Sieberts bei *Wieacker* auf. So deutet er in seiner Privatrechtsgeschichte (S. 518) spätere Gefahren der Rechtsmissbrauchslehre an. Ähnlich spricht er in »Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB« von einer vielleicht zu schnellen Verallgemeinerung des Rechtsmissbrauchsgedankens (S. 46).

<sup>173</sup> *Wieacker*, PdN (Fn. 137), 515 Fn. 2 a.E.; so mit Verweis auf den Wandel der Problemlagen auch *Mayer-Maly* (Fn. 169), 347f.

<sup>174</sup> *Bommel*, Verwirkungslehre (Fn. 153), 107, löst das Problem, indem er Siebert eine »taktisch-äußerliche« und »korrumpierende« Anpassung an die gegebenen politischen Verhältnisse unterstellt, was ohne tiefere Einblicke in die Psyche Sieberts Spekulation ist.

<sup>175</sup> *Rupert Klaus Neuhaus*, Das Rechtsmissbrauchsverbot im heutigen Völkerrecht (Schriften zum Völkerrecht, 80), 1984, 156: »Es mutet heute seltsam an, daß die Ausweitung des Rechtsmissbrauchsverbotes auch auf andere Kriterien einem Autor, nämlich Siebert, zu verdanken ist, der diese Ausweitung nicht zuletzt in der Absicht suchte, das deutsche Zivilrecht der nationalsozialistischen Weltanschauung zu öffnen und dem Satz »Gemeinnutz geht vor Eigennutz« ... auch für das Zivilrecht zur Geltung zu verhelfen«.

## IV. 19. Jahrhundert

## 1. Terminologisch: Treu und Glauben und bona fides

Einen Zugang bieten Begrifflichkeiten. Für Jürgen Schmidt gelangte die Wortverbindung Treu und Glauben neben der *bona fides* »mehr zufällig in die Entwürfe zum BGB und dann schließlich in § 242 BGB«<sup>176</sup>. Dabei lenken privatrechtshistorische Vorverständnisse den Blick. Treu und Glauben waren nicht nur inhaltlich<sup>177</sup> schon lange<sup>178</sup> mit der *bona fides* verschmolzen, sondern auch sprachlich. Treu und Glauben erfreute sich vor allem im Handelsrecht<sup>179</sup>, in Partikulargesetzen<sup>180</sup>, aber auch im »heutigen« römischen Recht einiger Beliebtheit<sup>181</sup>, während zugleich die *bona fides*<sup>182</sup> auch »germanistisch« Beachtung erfuhr<sup>183</sup>. Treu und Glauben gehörte also zum gängigen Argumentationshaushalt im 19. Jahrhundert und gelangte auf diese Weise auch in das BGB. Demgegenüber findet sich die heute geläufige gruppenartige und dogmatisierende Erfassung des Phänomens, etwa als »Generalklauseln«, nicht<sup>184</sup>. Hatte diese *bona fides* bzw. Treu und Glauben im 19. Jahrhundert jedoch überhaupt eine nennenswerte praktische Bedeutung?

<sup>176</sup> Staudinger/J. Schmidt, 13. Bearb. 1995, § 242, Rn. 11.

<sup>177</sup> Treu und Glauben hatte die ältere Bedeutung als streng im Sinne der Vertragstreue zu stehenden Paarformel schon früher eingebüßt und inhaltlich mit der *bona fides* gleichgezogen. Die Verschmelzung ist also deutlich älter, vielleicht früh vernunftrechtlich, vgl. die Anhaltspunkte bei Behrends, Treu und Glauben (Fn. 21), 282f.; Strätz, Treu und Glauben (Fn. 90), 281f.; Domenico Corradini, Il Criterio della Buona Fede e la Scienza del Diritto Privato, Mailand 1970 und o. Rn. 14.

<sup>178</sup> Vgl. o. Rn. 16.

<sup>179</sup> Vgl. die Nennungen bei Meyer, Bona fides (Fn. 89), 71ff.

<sup>180</sup> Etwa § 858 des sächsischen BGB von 1863; weiteres bei Al-Shamari, Die Verkehrssitte in § 242 BGB, 56f.

<sup>181</sup> Etwa Friedrich Ludwig v. Keller, Pandekten: Vorlesungen, Leipzig 1861, § 93; Friedrich Carl v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. V, Berlin 1841, 109; Carl Georg Wächter, Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrechte, 2. Heft, Elfte Erörterung. Einfluß der Verschiedenheiten der Klagen auf die Freiheit der richterlichen Behandlung und Beurtheilung; actiones stricti juris (condictiones) und bonae fidei, Stuttgart 1846, 47; Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, Düsseldorf 1862, § 46 mit Fn. 4.

<sup>182</sup> *Bona fides* in der hier vorliegenden Variante nicht als Gegensatz zur *mala fides* als »Guter Glaube« im Sachenrecht, sondern als Gegensatz zum *dolus malus* im Obligationenrecht; zeitgenössisch zu den vertretenen Abgrenzungen August Bechmann, Der Kauf nach Gemeinem Recht, Teil 1, Geschichte des Kaufs im römischen Recht, Erlangen 1876 (ND 1965), 619ff.

<sup>183</sup> Auch Carl Adolf Schmidt, Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte, Bd. I: Die Verschiedenheit der Grundbegriffe und des Privatrechts, Rostock 1853, 267 wechselt beliebig zwischen beiden Bezeichnungen, daneben etwa Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. III, 1917, § 176 I.

<sup>184</sup> »Generalklausel« taucht wohl erstmals 1895 in den Debatten um § 1 UWG auf, vgl. HKK/Rückert, vor § 1, Fn. 283; Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (Fn. 16), 112, Fn. 32. In den Materialien zum BGB taucht *clausula generalis* im Zusammenhang mit § 1444 (Ehescheidung) auf; hierzu Jan Schröder, Zivilrechtliche Generalklauseln in der Methodendiskussion des frühen 20. Jahrhunderts, in: Festschrift für Heinz Holzhauser zum 70. Geburtstag, 2005, 265,

## 2. Quantitativ: Verwendungen des Arguments in der Judikatur

- 27 Für die Rechtspraxis bietet die Nennung der *bona fides* oder – gleichgestellt – von Treu und Glauben in Urteilsbegründungen ein erstes, quantitatives Indiz. Die lange ganz einhellige Ansicht ging davon aus, dass eine größere Zahl von Belegen kaum zu finden sein dürfte. Dies wurde freilich mehr durch eine methodengeschichtliche Prämisse, als durch genauere Nachprüfung begründet: »Bei einer formalen Auffassung, welche auch das Privatrechtsdenken der deutschen Pandektistik beherrschte, blieb allerdings der Zugang zu einer material-ethischen Bewertung rechtlicher Vorgänge, wie sie etwa die römische Vorstellung der *bona fides* bot, in großem Umfange versperrt«<sup>185</sup>. Im Einklang mit diesen Prämissen stellte *Ranieri* 1972 fest, dass die *exceptio doli generalis* im 19. Jahrhundert »eine verhältnismäßig geringe Rolle gespielt« habe<sup>186</sup>. Deutlich leitete auch *Mertens* in seiner Untersuchung zur zivilrechtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts vor Inkrafttreten des BGB<sup>187</sup> sein Ergebnis aus methodengeschichtlichen Großlinien ab:

»Ausdrücke wie ... ›Treu und Glauben‹ (*bona fides*) ... verweisen den Richter weitgehend auf seine persönlichen Gerechtigkeitsvorstellungen, ohne ihm klare Entscheidungskriterien zu bieten. Wegen ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit liegen solche Begriffe einem Rechtsdenken fern, das von der Annahme der Lückenlosigkeit des bestehenden positiven Rechts ausgeht und alle Entscheidungen allein durch logische Operationen aus jenem herleiten will. Ein solches Rechtsdenken war dem Positivismus eigen. Da die Entstehung des RG in die Epoche des Positivismus fällt, ist es nicht erstaunlich, dass derartige Ausdrücke in der frühen Rspr. des RG nicht allzu häufig auftauchen«.

Die Absicherung in der Fußnote<sup>188</sup> durch Autoritäten wie *Wieacker*, *Larenz* und *A. Kaufmann* in ihren Lehrbüchern und ein Pauschalverweis auf »Täter« wie *Windscheid* und *Bergbohm* konnte die genaue *Auszählung* der Urteile offenbar ersetzen, die nachfolgend nur »ungefähr«, »etwa« erfolgte. *Coing* verwies für seine Einschätzung, dass die Rechtsprechung auf Treu und Glauben »verhältnismäßig wenig zu-

Fn. 1. 1905 sprach *Konrad Schneider*, Zur Verständigung über den Begriff von Treu und Glauben, ArchBürgR 25 (1905), 269, 273 mit Bezug auf §§ 157, 242 bereits ganz selbstverständlich, von einer »Generalklausel«, vgl. *Klemmer*, Gesetzesbindung (Fn. 14), 433. Denkbare sprachliche Vorläufer sind die *clausula generalis* als Teil der *in integrum restitutio* (vgl. D. 4,6,26,2), die noch im 18. Jahrhundert als allgemeine Ermessenszuweisung an den Richter, nicht wie in der Antike an den Prätor, verstanden wurde. Im 19. Jahrhundert versuchte man dies in Einzelfälle aufzulösen; vgl. die Diskussionsnachweise bei *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 6. Aufl. Frankfurt a.M. 1887, § 119 Fn. 3. Auch die *exceptio doli generalis* ist quellenmäßig (vgl. D. 44,4,4, 33), kommt also als denkbare Vorbild in Betracht. Im Rahmen der Debatten um § 1 UWG könnte auch die französische Bezeichnung von Art. 1382 CC als *règle générale* Vorbildcharakter besessen haben, so *Auer*, a. a. O.

<sup>185</sup> *Ranieri*, *Ius Commune* IV (1972), 176.

<sup>186</sup> Vgl. *Ranieri*, a. a. O.

<sup>187</sup> *Mertens*, AcP 174 (1974), 362f.

<sup>188</sup> *Mertens*, AcP 174 (1974), 363 Fn. 150.

rückgegriffen« habe, auf die Auszählung *Hedemanns* aus dem Jahr 1933<sup>189</sup>. *Hedemann* fand zur *exceptio doli generalis* in den ersten dreißig Bänden von RGZ, also bis 1892, lediglich 10 Nennungen dieses Rechtsinstituts<sup>190</sup>. Eine Nachprüfung<sup>191</sup> dieser Ergebnisse zeigte, dass schon in der offiziellen Sammlung, wenn man die unterschiedlichen Benennungen der *exceptio doli generalis*, also Arglisteinrede, Einrede des dolus etc., mitheranzieht, bis 1892 in 31 Entscheidungen die *exceptio doli generalis* vom Reichsgericht als Argument herangezogen wurde. Die zusätzliche Auswertung der Sammlungen von *Bolze* und *Seuffert* ergab bis 1900 insgesamt 92 reichsgerichtliche Entscheidungen zur *exceptio doli generalis*, also zur einredeweise vorgebrachten Berufung auf die *bona fides*<sup>192</sup>. Die *bona fides* war also offenbar ein durchaus gängiges dogmatisches Argument. Hierfür spricht auch ein heute weithin vergessener Hinweis von *Eugen Ehrlich* aus dem Jahr 1888. *Ehrlich* beschäftigte sich hier mit der lückenfüllenden Funktion des Treu-und-Glauben-Arguments. Entgegen den späteren Wünschen nach offen materiaethischer Argumentation kritisierte er, dass ein solches Argument »keineswegs die juristische Begründung einer Entscheidung abgeben« könne<sup>193</sup>. In kritischer Perspektive beklagte er eine »Massenhaftigkeit«<sup>194</sup> von Urteilen, die in der Begründung auf die *bona fides* bzw. Treu und Glauben zurückgriffen. Nur beispielhaft nannte er über 30 Urteile verschiedener Zivil- und Handelsgerichte mit einer solchen Argumentation.

### 3. Qualitativ

Was bedeutet dies qualitativ? Bei Durchsicht der **einschlägigen Abhandlungen** finden sich zwei Diskussionsfelder, in denen die Bedeutung der *bona fides* im 19. Jahrhundert behandelt wird. 28

(1) Nahezu einhellig wird der *bona fides* eine regulierende Funktion im vertraglichen, aber auch im außervertraglichen Obligationenrecht zugesprochen (nachfolgend a)). Hier schützt die *bona fides* insbesondere im Vertragsbereich zumeist eine berechnete Verhaltenserwartung des Vertragspartners. Darüber hinaus wird sie jedoch als eine allgemeine Ermessenzuweisung an den Richter verstanden, im Einzelfall anhand inhaltlich nicht vorab festgelegter Wertungen korrigierend einzugreifen.

<sup>189</sup> *Coing*, Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft (Fn. 144), 27f.

<sup>190</sup> *Hedemann*, Generalklauseln (Fn. 3), 4ff.

<sup>191</sup> *Hans-Peter Haferkamp*, Die *exceptio doli generalis* in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, in: U Falk, H. Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter (Rechtsprechung. Materialien und Studien, 14), 2000, 1ff.

<sup>192</sup> Näher hierzu unten, Rn. 43.

<sup>193</sup> *Eugen Ehrlich*, Über Lücken im Rechte, Juristische Blätter 1888, hier zitiert nach *Manfred Rehbinder* (Hg.), Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und Freiheitslehre von Eugen Ehrlich (Schriften des Instituts für Rechtssoziologie, 7), 1967, 80ff., 105.

<sup>194</sup> *Ehrlich*, Über Lücken im Rechte (Fn. 193), 95f. Fn. 45.

(2) Weit kritischer wird die *bona fides* in einem zweiten Diskussionsfeld betrachtet (nachfolgend b)). Im Wesentlichen mit Blick auf das Wechselrecht wird ein Kernbereich strengrechtlicher Klagen behauptet, den freilich die Rechtsprechung unter Berufung auf die *exceptio doli generalis* bereits kurz nach Inkrafttreten der Wechselordnung aufweicht. Die *exceptio doli generalis* wird damit, positiv wie negativ, zum Sinnbild für die Frage, ob es überhaupt einen Rechtsbereich geben soll, in dem der *bona fides* eine Korrekturfunktion abgesprochen wird.

#### a) Diskussionsfeld 1: Bona fides im Obligationenrecht

##### aa) Einheit von *bonae fidei iudicia* und *iudicia stricti iuris*

- 29 Helmut Coing, der in früheren Schriften die fehlende Berücksichtigung materialethischer Komponenten im von einem Willensformalismus beherrschten Pandektensystem wiederholt kritisiert hatte<sup>195</sup>, berief sich 1989 auf Art. 1134 CC und § 242 BGB für die in diesem Blickwinkel und für das 19. Jahrhundert doch eigentlich bemerkenswerte Feststellung: »Grundsätzlich gilt für alle Verträge, daß sie nach Treu und Glauben (*bona fide*) zu erfüllen sind«<sup>196</sup> – ein großer Einsatzbereich für ein vermeintlich unbedeutendes Argument. Coing verwies damit auf die Diskussion in der Pandektistik darüber, ob die antike Trennung zwischen *bonae fidei iudicia* und den *iudicia stricti iuris* fortbestehe. Diese Frage war mit dem 1816 wiederentdeckten Gaius erneut in den Blick der Rechtswissenschaft gerückt. Die in Gaius 4, 119 überlieferte Klageformel brachte Licht in das »Dunkel« (Savigny) des antiken Verhältnisses zwischen den *bonae fidei iudicia* und den *iudicia stricti iuris*<sup>197</sup>. Die nun neu diskutierte<sup>198</sup> Bestimmung dieses Verhältnisses für das geltende Recht entschied über den Anwendungsbereich der *bona fides*. 1840 unterwarf Friedrich Liebe alle *pacta* – und als solche waren jenseits des antiken Typenzwangs alle Verträge zu begreifen<sup>199</sup> – dem *strictum ius*, so dass dem Richter nur mehr die »äußere Übereinstimmung der Erklärung des Beklagten mit dem Verlangen des Klägers« zu prüfen gestattet war<sup>200</sup>.

<sup>195</sup> Vgl. Fn. 189.

<sup>196</sup> Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. II, 1989, 444; er behandelte ansonsten die *bona fides* (S. 280, 282, 390) lediglich als Gutgläubensvoraussetzung bei Ersitzung und Verjährung.

<sup>197</sup> Einen Überblick über die zuvor bestehenden Quellenunsicherheiten vermittelt Eduard Gans, Über Römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatcontracten und dem *ius poenitendi*. Erste Abhandlung: Ein System des römischen Obligationenrechts muß hauptsächlich auf den Unterschied der *actiones stricti iuris* und *bonae fidei* gebaut seyn, Heidelberg 1819, 9ff.

<sup>198</sup> Vgl. Siegmund Wilhelm Zimmern, Geschichte des Römischen Privatrechts bis auf Justinian, Bd. III, Heidelberg 1829, §§ 56–63; grundlegend dann Savigny, System V (Fn. 181), §§ 218–220 und Beilage XIII.

<sup>199</sup> Vgl. Nanz, Vertragsbegriff (Fn. 87), 95ff., zum 19. Jahrhundert: 197ff.

<sup>200</sup> Friedrich Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen. Eine civilistische Abhandlung, Braunschweig 1840, 93; zu Liebes Konzeption Hofer, Freiheit (Fn. 159), 231.

Dies war für Savigny kaum mehr als ein »Mißverständnis«<sup>201</sup>. Für ihn<sup>202</sup> war die Ansicht, dass im gesamten Obligationenrecht »für uns nur allein das Princip der freyen, namentlich also der *bonae fidei actiones*, gelten kann« bereits »allgemeines Gewohnheitsrecht«<sup>203</sup>. Die ganz überwiegende Meinung<sup>204</sup> lag zwar nicht in der rechtsquellentheoretischen Einordnung, aber in der Sache auf Savignys Linie<sup>205</sup>, stimmte also mit diesem darin überein, dass die »ausgedehntere Wichtigkeit der *bona fides*« das »heutige« römische Recht von seinem antiken Vorbild unterschied<sup>206</sup>.

Alle vertraglichen und außervertraglichen Obligationen mussten sich damit an der *bona fides* messen lassen. Zumeist wurde dies historisch begründet. Traditionell hatte man die *actiones stricti juris* an die Stipulationen gebunden und mit ihnen untergehen lassen<sup>207</sup> oder darauf hingewiesen, dass dem deutschen Recht das römische Formularverfahren fremd sei<sup>208</sup>. Savigny<sup>209</sup> und Wächter<sup>210</sup> betonten zudem, dass bereits der justinianische Beamtenprozeß die abgestufte Eingriffsmöglichkeit des Richters nicht übernommen habe. Deutlicher rechtspolitisch fügte Wächter hinzu, der Gegensatz zwischen *stricti juris* und *bonae fidei actiones* widerspreche

30

<sup>201</sup> Savigny, System V (Fn. 181), 141 mit Fn. (f).

<sup>202</sup> Savigny, System V (Fn. 181), 138f. Hierfür könne man sich »zuversichtlich auf das Bewußtseyn aller Derjenigen berufen, welchen Rechtsgeschäfte nicht aus der Theorie, sondern nur aus der Erfahrung bekannt sind«. Man müsse schon Vorlesungen über Römisches Recht gehört haben, sonst würde es schwer fallen, einem Praktiker verständlich zu machen, warum die Forderung aus einem Darlehen eine andere Natur haben solle, als eine solche aus Kauf oder Miete.

<sup>203</sup> Gewohnheitsrecht stimmte nach Friedrich Carl v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, §12, in Anlehnung an Puchta, mit dem Volksgeist überein, war also »richtig«. Der diesbezüglich feststehende Gerichtsgebrauch war nur Kennzeichen, nicht Entstehungsgrund des Gewohnheitsrechts, vgl. hierzu Haferkamp, Puchta (Fn. 10), 173ff.

<sup>204</sup> Präziser Überblick über den Meinungsstand bei Wächter, Erörterungen (Fn. 181), 43ff., 112ff.; daneben Karl Friedrich Ferdinand Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht, Bd. I, Giesesen 1844, §29 Fn. 50.

<sup>205</sup> Für die Beibehaltung des Gegensatzes neben Liebe: Karl Friedrich Eichhorn, Einleitung ins deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehenrechts, 3. Aufl. Göttingen 1829, §92 Anm. b), zustimmend George Phillips, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehenrechts, 2. Aufl. Berlin 1829, §70 Fn. 2; Gans, Obligationenrecht (Fn. 197), 7ff., 132ff. machte den Gegensatz zunächst zum Haltepunkt seiner Einteilung des Obligationenrechts. Später rückte er für das geltende Recht davon ab, vgl. ders., System des Römischen Civilrechts im Grundrisse, Berlin 1827 (ND 1999), 60, 226.

<sup>206</sup> Savigny, System I, (Fn. 203), 5.

<sup>207</sup> Christian Friedrich v. Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld, 4. Theil 1. Abt., §310 a.E.; Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Theoretisch praktischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 7. Aufl. Frankfurt a.M. 1803, §751; Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 8. Aufl. Jena 1834, Bd. I, §71, Christian Friedrich Mühlbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts. Nach Doctrina Pandectarum, 2. Theil, 3. Aufl. Halle 1840, §329.

<sup>208</sup> Wilhelm August Friedrich Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Bd. II, 2. Aufl. Stuttgart 1800, §184.

<sup>209</sup> Savigny, System V (Fn. 181), 136f.

<sup>210</sup> Wächter, Erörterungen (Fn. 181), 112.

dem »Geiste unseres Rechts« und solle auch nicht »in einigen einzelnen eben wegen ihrer Isoliertheit bedeutungslosen Ruinen« festgehalten werden<sup>211</sup>.

Die Geltung der *bona fides* reichte im 19. Jahrhundert also weit. Der Richter durfte Treu und Glauben etwa berücksichtigen bei Kauf, Tausch, Sach-, Dienst- und Werkmiete, bei der Gesellschaft, bei Bürgschaft, Leihe, Hinterlegung, Gemeinschaft, bei der Geschäftsführung ohne Auftrag und dem Pfandrecht, nach h.M. sogar im Deliktsrecht, beim Darlehen und der ungerechtfertigten Bereicherung<sup>212</sup>.

## bb) Maßstab der *bona fides* im Obligationenrecht

### (1) *Bona fides* und Verkehrssitte

- 31 Die bloße Zahl von Nennungen und der abstrakt gegebene breite Anwendungsbereich sagen freilich noch wenig über die praktisch-dogmatische Bedeutung der *bona fides* aus. Eine in diesem Zusammenhang wichtige Grenzscheide ist das Verhältnis der *bona fides* zur Verkehrssitte. Besonders im Handelsrecht wurde die traditionell<sup>213</sup> hochgeschätzte *Usance* bei der Auslegung des Parteiwillens hilfsweise herangezogen. Zugleich tauchte in diesem Kontext auch die *bona fides* auf<sup>214</sup>. Die Verkehrssitte stand als dogmatisches Argument für eine Präferenz der Parteien und des privatautonom geprägten »Verkehrs« gegenüber richterlichen Eingriffen. Die *bona fides* setzte demgegenüber materialethische Verhaltensstandards auch gegen den Willen einer oder mehrerer Parteien durch. Hier war der Richter verlängerter Arm der Rechtsordnung, dort des Parteiwillens. In der Abgrenzung zwischen Verkehrssitte und *bona fides* wurden somit die Machtbereiche zwischen Richter und Gesellschaft abgegrenzt. Dies hat insbesondere *Jochim Rückert* näher beleuchtet<sup>215</sup>. Während sich zu Beginn der BGB-Debatten, etwa bei *Gebhard*, noch die engere, strenge Bindung an den Parteiwillen finde, übernehme die Verkehrssitte in den achtziger Jahren zunehmend eine ergänzende Funktion bei einem nicht feststellbaren Parteiwillen. Eine »Tendenzwende der Literatur« dahin, diese Verkehrssitte Treu und Glauben zu unterwerfen, finde sich, von Einzelfällen wie *Rudolph Sohm*s berühmtem Hinweis zu § 157<sup>216</sup> abgesehen, vollends erst um 1900<sup>217</sup>. Zuvor habe man noch nicht normativ in einem »Gegensatz von Treu und Glauben und Verkehrssitte« gedacht. Eine neben dem Herkommen eigenständige Kontrollfunktion besaß die *bona fides* gegen-

<sup>211</sup> *Wächter*, Erörterungen (Fn. 181), 112.

<sup>212</sup> Anders vor allem *Windscheid*, vgl. dazu unten Rn. 43.

<sup>213</sup> Vgl. *Meyer*, *Bona fides* (Fn. 89), 71ff., der Meinungsstand im 19. Jahrhundert erschließt sich über *Paul Oertmann*, *Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Bürgerlichem Recht*, 1914, 61ff.; *Konrad Hagen*, *Die Usance und Treu und Glauben im Verkehre*, Leipzig 1894, 23ff.

<sup>214</sup> Grundlegend waren Stellungnahmen von *Laband* und *Goldschmidt*, vgl. die Nachweise bei *HKK/Vogenauer*, §§ 133, 157, Rn. 62.

<sup>215</sup> *Rückert*, *Autonomie* (Fn. 158), 45ff.; zur aktuellen Dimension dieser Frage *Peter Oestmann*, *Verkehrssitte, Privatautonomie und spontane Ordnung*, *KritVj* 85 (2002), 409, 412ff.

<sup>216</sup> *Sohm* bezeichnete § 157 bekanntlich als das »feurige Schwert« mit dem die deutsche Praxis »durch alle anderen Paragraphen des Vertragsrechts hindurchzuschlagen imstande« sei, *Rudolf Sohm*, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich in zweiter Lesung*, *Gruchot* 39 (1895), 737, 757.

<sup>217</sup> *Rückert*, *Autonomie* (Fn. 158), 45ff.

über Rechtsgeschäften vor 1900 also jedenfalls im Blick der Literatur demnach nicht.

Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch, dass bereits vor 1900 auch die korrektorische Funktion der *bona fides* jenseits der Verkehrssitte weithin Anerkennung gefunden hatte.

Weniger entscheidend als oft vermutet<sup>218</sup> ist für diese Zusammenhänge der um 1900 einsetzende Übergang von einer »subjektiven« zu einer »objektiven Verkehrssitte«<sup>219</sup>. Die praktischen Auswirkungen waren mit Blick auf die Verkehrssitte gering<sup>220</sup>. Für das ROHG kommt *Ogorek* zu dem Ergebnis, die Richter hätten durchweg, und nur *pro forma* durch einen vermeintlichen Parteiwillen rückversichert<sup>221</sup>, die Handlungssancen gegen das dispositive Recht in Stellung gebracht<sup>222</sup>. Ganz deutlich formulierte das Gericht schon im dritten Band: »Treu und Glauben verbieten das Gewöhnliche oder allgemein Gewollte ohne klaren Ausschluß für nicht gewollt zu halten«<sup>223</sup>. Ob man die Verkehrssitte »in die dunklen Tiefen der Parteeisele versenkt[e]« oder eine offene Geltung der »Außenwelt« forderte<sup>224</sup>, war eine rechtspolitische Grundsatzäußerung<sup>225</sup>, die einer Geltendmachung des Herkommens aber nicht im Wege stand. 32

Interessanter für das Verhältnis zwischen *bona fides* und Verkehrssitte ist die Entstehungsgeschichte von § 242. »Keim« dieser Bestimmung wurde *Franz v. Kübels* Eingangsbestimmung in seinem *Teilentwurf »Rechte und Verpflichtungen aus Verträgen«* von 1882<sup>226</sup>: »Ein Vertrag verpflichtet den Vertragsschließenden zu demje- 33

<sup>218</sup> Etwa *HKK/Vogenaue*r, §§ 133, 157, Rn. 62.

<sup>219</sup> *Erich Danz*, *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 2. Aufl. 1906, 54, 90; gute Nachzeichnung bei *Oertmann*, *Rechtsordnung und Verkehrssitte* (Fn. 213), 65ff.

<sup>220</sup> Noch die Zweite Kommission musste sich mit dem Hinweis auseinandersetzen, dass es sich bei der Berücksichtigung der Verkehrssitte »nicht selten nicht um »Auslegung« im streng wissenschaftlichen Sinne handle, sondern um Ergänzung des fehlenden Willens durch das Gesetz«. Eher schwach hielt man entgegen, dass der »Sprachgebrauch des Lebens auch die hierauf gerichtete Tätigkeit des Richters unter dem Ausdrucke Auslegung begreife«, so dass ein Missverständnis nicht zu befürchten sei, vgl. Prot., 1252 (*Mugdan*, Bd. II, 522).

<sup>221</sup> Hierzu *Regina Ogorek*, *Privatautonomie unter Justizkontrolle. Zur Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts*, ZHR 150 (1986), 87ff.

<sup>222</sup> *Ogorek*, ZHR 150 (1986) 92, 94; skeptisch *Rückert*, *Autonomie* (Fn. 158), 45 Fn. 145.

<sup>223</sup> ROHGE (v. 27. Juni 1871–123/71) 3, 1ff., 3; hierzu auch *Meyer*, *Bona fides* (Fn. 89), 73f.

<sup>224</sup> *Rudolf Leonhard*, *Rez. zu Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte*, ZHR 76 (1915), 282, 284; *Oertmanns Monographie* (Kurzfassung vom Autor DJZ 1914, 649) versuchte insbesondere die Bedeutung der Verkehrssitte in der Dogmatik des BGB zu klären, was 1914 breite Anerkennung erhielt, vgl. die Stellungnahmen bei *Rüdiger Brodhun*, *Paul Ernst Wilhelm Oertmann. Leben, Werk, Rechtsverständnis sowie Gesetzeszwang und Richterfreiheit* (*Fundamenta Iuridica*, 34), 1999, 198.

<sup>225</sup> In dieser entscheidenden Perspektive wird die Debatte beleuchtet von *Hofer*, *Freiheit* (Fn. 159), 157ff.

<sup>226</sup> Vgl. daneben TE-OR 1, Nr. 13: *Wirkungen der Schuldverhältnisse im Allgemeinen*, § 196: »Die in einem Schuldverhältnis Stehenden sind sich gegenseitig verpflichtet, die daraus für sie entspringenden Verbindlichkeiten redlich und Treu und unter Aufwendung desjenigen Grades an Sorgfalt zu erfüllen, welchen sie versprochen haben oder zu welchem sie gesetzlich verpflichtet sind«.

nigen, was sich als Inhalt seiner Verbindlichkeit aus den besonderen Vertragsbestimmungen und aus der Natur des Vertrages, dem Gesetz oder Herkommen gemäß ergibt<sup>227</sup>. *Kübel* zog, neben dem selbstverständlichen<sup>228</sup> »Gesetz« und der »Natur des Vertrages«, das »Herkommen« zur ergänzenden Ausgestaltung der Vertragspflichten heran<sup>229</sup>. Er verwies<sup>230</sup> auf Vorgänger, allen voran Art. 1135 CC, der 1804 auf »l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature« verwiesen hatte, in der offiziellen Fassung für Westfalen als »Herkommen oder Gesetze aus der Natur der Verbindlichkeit« übersetzt<sup>231</sup>. Ähnlich formulierten der ebenfalls von ihm benannte bayerische BGB-Entwurf von 1861 in Art. 83<sup>232</sup> und der Dresdener Entwurf, den *Kübel* ja mitverfasst hatte<sup>233</sup>, in Art. 150<sup>234</sup>. Die zweite Kommission setzte für das Herkommen, offenbar ohne Diskussion, die »Verkehrssitte«<sup>235</sup>. Im späteren § 224 I 1 E I-RJA<sup>236</sup>, zunächst Vorläufer von § 276<sup>237</sup>, hieß es dann: »Die Leistung ist so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern«. Treu und Glauben und Verkehrssitte standen offenbar in einem engen Zusammenhang.

- 34 Auch Aussagen in der Judikatur über die »den Verkehr beherrschende tatsächliche Übung«<sup>238</sup> scheinen den Eindruck *Rückerts* zu stützen, dass man den Rechtsverkehr, nicht materiale Grundsätze, entscheiden lassen wollte. Noch 1903 betonte das Reichsgericht<sup>239</sup>: »Ob diese Verkehrssitte zu billigen ist, oder nicht, macht keinen

<sup>227</sup> TE-OR 1, Nr. 20: Rechte und Verpflichtungen aus Verträgen, § 1.

<sup>228</sup> Vgl. *Kübels* Hinweis auf die selbstverständliche Bindung der Willensmacht an die Rechtsordnung – vergleichbar Windscheids »rechtlich geschützter Willensmacht«, in: TE-OR 1, 136.

<sup>229</sup> Vgl. auch HKK/*Vogenaue*r, §§ 133, 157, Rn. 61ff.

<sup>230</sup> TE-OR 1, 380.

<sup>231</sup> Napoleons Gesetzbuch. Einzig offizielle Ausgabe für das Königreich Westphalen, Straßburg 1808 (ND 2001).

<sup>232</sup> »Der Schuldner hat nicht nur dasjenige zu leisten, wozu er ausdrücklich verpflichtet ist, sondern auch alles, worauf sich das Schuldverhältnis nach seiner Natur oder dem Gesetze oder Herkommen von selbst erstreckt«.

<sup>233</sup> Vgl. TE-OR 1, XV.

<sup>234</sup> »Ein Vertrag verpflichtet die Vertragschließenden nicht nur zu Dem, was er versprochen hat, sondern auch zu Dem, was sich nach Gesetz oder Herkommen aus der Natur des Vertrages ergibt, sofern nicht eine Ausnahme hiervon vereinbart worden ist«.

<sup>235</sup> *Horst Heinrich Jakobs*, *Werner Schubert* (Hg.), *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Schuldrecht*, Bd. I, §§ 241–432, 1978, 47; näher *Al-Shamari* (Fn. 180), 22f.

<sup>236</sup> *Jakobs*, *Schubert* (Hg.), *Beratung Schuldverhältnisse I* (Fn. 235), 48; hierzu auch *Hans Schulte-Nölke*, *Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (Ius Commune Sonderhefte, 71), 1995, 344.

<sup>237</sup> Hierzu *Susanne Würthwein*, *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts* (Schriften zur Rechtsgeschichte, 47), 1990, 254ff.

<sup>238</sup> So die überall herangezogene Definition von RG (v. 1.11. 1901 – II 230/01) 49, 158, 162 in einer handelsrechtlichen Sache.

<sup>239</sup> Das Reichsgericht lehnte sich zu diesem Zeitpunkt noch eng an den Parteiwillen an, vgl. RG (v. 25.10. 1902 – V 233/02), *Nachschlagewerk*, § 242 Nr. 1; Lockerung der Anforderung an die Parteikennntnis der Verkehrssitte erstmals in RG (v. 9.1. 1907 – I 263/06), *Nachschlagewerk*, § 242 Nr. 19.

Unterschied<sup>240</sup>. Dies bedeutete freilich noch nicht, dass auch im Ergebnis Parteiwille und Verkehrssitte unbehelligt blieben. Im Rahmen der Auslegung des Parteiwillens konnte die *bona fides* unstreitig herangezogen werden<sup>241</sup>. Man konnte alternativ aber auch die Streitigkeiten über die Abgrenzung<sup>242</sup> nutzen und eine Verkehrssitte zum Gewohnheitsrecht erklären<sup>243</sup>, da Treu und Glauben bei der »Aus- und Fortbildung, insbesondere der gewohnheitsrechtlichen Rechtssätze« herangezogen werden müsse<sup>244</sup>. Ein zusätzliches Kontrollinstrument bedeutete es zudem, dass man den Richter nicht auf Umfragewerte, sondern auf seine Beurteilung der Verkehrssitte verwies<sup>245</sup>. So politisch bedeutsam die Wahl des Arguments war, so wenig ist damit über die praktischen Auswirkungen ausgesagt.

Offen diskutiert wurde das Verhältnis der *bona fides* zur Verkehrssitte im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>246</sup>. Vor allem<sup>247</sup> im Handelsrecht maß man zunächst den Parteiwillen unauffällig an der *bona fides*. Regina Ogorek kommt in der Untersuchung der Judikatur zu Versicherungsbedingungen zu dem Ergebnis: »Über die Auslegung von Versicherungsverträgen findet eine richterliche Korrektur unbilliger Vertragsgestaltungen statt, obwohl gerade diese Korrekturfugnis von den Richtern lebhaft bestritten wird.«<sup>248</sup>. Um die Jahrhundertwende wurde nun deutlich, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>249</sup> angesichts der unsicheren Abgrenzungen mit einer Verkehrssitte in Konflikt treten konnten. Ehrlich wies unter Bezugnahme auf Karl Adler 1899 auf diese »bisher ganz unbeachtete Seite der Usance« hin, die besonders als »aufgedrungener Vertragsbestandteil« eine

35

<sup>240</sup> RGZ (v. 16.10.1903 – VII 228/03) 55, 375, 377.

<sup>241</sup> Vgl. den Fall bei Christoph Bergfeld, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts zur Auslegung von Rechtsgeschäften, in: U. Falk, H. Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter (Rechtsprechung. Materialien und Studien, 14), 2000, 625ff., 640ff.; Thomas Henne, Richterliche Rechtsharmonisierung – Startbedingungen, Methoden und Erfolge in Zeiten beginnender staatlicher Zentralisierung analysiert am Beispiel des Oberhandelsgerichts, in: A. Thier u. a. (Hg.), Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte (Rechtshistorische Reihe, 196), 1999, 335ff.; so auch für Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen HKK/Hofer, §§ 305–310, Rn. 7 (ansonsten sei Treu und Glauben erst nach 1945 herangezogen worden).

<sup>242</sup> Vgl. die Nachweise bei Paul Laband, Die Handels-Usancen, ZHR 17 (1872), 466, 481ff., 496, 500ff.

<sup>243</sup> Hierzu Haferkamp, Puchta (Fn. 10), 173ff.; Scheuermann, Einflüsse (Fn. 11), 86, 92f.

<sup>244</sup> Levin Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, 2. Aufl. Stuttgart, Erlangen 1875, 309f. mit Fn. 14.

<sup>245</sup> Deutlich Oertmann, vgl. Brodhun, Oertmann (Fn. 224), 340. Nach langen gedanklichen Schleifen so auch das Ergebnis Endemanns, hierzu Sibylle Hofer, Zwischen Gesetzestreue und Juristenrecht – Die Zivilrechtslehre Friedrich Endemanns (1857–1936) (Fundamenta Juridica, 22), 1993, 116ff., 120ff., 125f.

<sup>246</sup> Vgl. auch HKK/Hofer, §§ 305–310.

<sup>247</sup> Vgl. zur Verwendung der *boni mores* im Zusammenhang mit Eisenbahnbeförderungsbedingungen Robert Pohlhausen, Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen im 19. Jahrhundert (Münchener Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 30), 1978, 50ff.

<sup>248</sup> Regina Ogorek, Privatautonomie (Fn. 221), 101.

<sup>249</sup> Hierzu HKK/Hofer, §§ 305–310, Rn. 9ff.

»ausgesprochen antisoziale Tendenz« entwickeln könne<sup>250</sup>. Auch *Emil Steinbach*<sup>251</sup> stellte 1900 heraus, dass die verschiedenen Usancen des Verkehrs dem Staat nicht die Antwort auf die Frage abnähmen, »ob die Treueverpflichtungen der sonstigen menschlichen Organisationen mit seinen Zwecken vereinbar oder denselben sogar förderlich sind«<sup>252</sup>. Für den Praktiker *Konrad Schneider* hatte daher *Erich Danz* seine Thesen von der »objektiven« Verkehrssitte »allein hinter seinem Tintenfass« entwickelt. Schon jetzt gebe es offen Versuche, durch allgemeine Geschäftsbedingungen Verkehrssitten zu prägen, so dass sie »auch ohne Bezugnahme darauf bei den Abschlüssen, als Grundlage für Verträge angesehen werden müssten«<sup>253</sup>.

- 36 In diesem Kontext wurde offenbar, dass einzig die Judikatur bisher den unauffälligen Weg über die Auslegung gegangen war. Gegenüber einer »Unsitte«<sup>254</sup> hatte auch die handelsrechtliche Literatur die *bona fides* im Blick behalten. *Ehrlich* hielt *Adlers* Ansicht, derzufolge das bisherige Reichsrecht »der Rechtsprechung keine Handhabe giebt, gegen Uebergriffe von Seiten der Verkehrssitte anzukämpfen«<sup>255</sup> entgegen: »Schon die bisher herrschende Meinung verlangte fast ausnahmslos, dass die Usancen ehrlich seien«<sup>256</sup>. Die *bona fides* gehörte also nicht zu den abdingbaren Rechtssätzen, die durch Verkehrssitten sollten überspielt werden können<sup>257</sup>. Auch für den der Parteiautonomie verpflichteten<sup>258</sup> *Levin Goldschmidt* durfte schon 1875 »selbstverständlich die Verkehrssitte weder gegen Treu und Glauben noch gegen zwingende Rechtsnormen verstoßen«, die Usance müsse »redlich und ehrbar sein, d.h. weder der Sittlichkeit, insbesondere Treu und Glauben, noch dem gemeinen Wohle zuwiderlaufen«<sup>259</sup>. Handelsgeschäfte waren eben »bonae fidei negotia im eminenten Sinne«<sup>260</sup>. *Gottlieb Planck* spitzte dies willentheoretisch zu: »Ein Parteiwille, der die Berücksichtigung von Treu und Glauben ausschliesse, würde gegen die guten Sitten verstoßen, eine darauf gerichtete Vereinbarung nichtig sein«<sup>261</sup>.

<sup>250</sup> *Eugen Ehrlich*, Das zwingende und das nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1899, 93 unter Bezugnahme auf die Kritik des neuen Handelsrechts durch Karl Adler; hierzu bereits *Rückert*, Autonomie (Fn. 158), 48.

<sup>251</sup> Vgl. *HKK/Haferkamp*, §§ 226–231, Rn. 16f.

<sup>252</sup> *Emil Steinbach*, Treu und Glauben im Verkehr, Wien 1900, 23; ebenso *Oertmann*, vgl. *Brodhun*, *Oertmann* (Fn. 224), 327f.

<sup>253</sup> *Konrad Schneider*, Abänderliches Recht und Verkehrssitte, *JhJb* 59 (1911), 383, 384; ebenso kritisch bereits *ders.*, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1902, 150ff.

<sup>254</sup> Unter diesem Terminus vor allem zu den *boni mores* diskutiert, vgl. *Jens Wanner*, Die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts im totalitären Staat (Münchener Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 79), 1996, 38ff.

<sup>255</sup> So mitgeteilt bei *Ehrlich*, Das zwingende und das nichtzwingende Recht (Fn. 250), 94.

<sup>256</sup> *Ehrlich*, Das zwingende und das nichtzwingende Recht (Fn. 250), 94.

<sup>257</sup> Vgl. auch *Laband*, *ZHR* 17 (1872) 466ff., 487f.

<sup>258</sup> Dies pointiert *Pohlhausen*, Geschäftsbedingungen (Fn. 247), 89ff.

<sup>259</sup> *Goldschmidt*, Handbuch (Fn. 244), 337; die klassische »Rationabilität« (z.B.D. 8,53,1,2) in einer Auslegung, die vor allem *Georg Friedrich Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, Bd. I, Erlangen 1828, 99ff., Bd. II, ebd. 1837, 49ff., 290ff. vorgegeben hatte.

<sup>260</sup> *Goldschmidt*, Handbuch (Fn. 244), 309f. mit Fn. 14.

<sup>261</sup> *Gottlieb Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I, Berlin 1897, § 157.

Für *Ehrlich* hatte das BGB »wohl alles gethan, was an ihm war, damit über der Rücksicht auf die Verkehrssitte Treu und Glauben nicht vergessen werde«<sup>262</sup>. Schon *Kübel* hatte dies in den Motiven seines Vorentwurfs ausgesprochen. Die Verkehrssitte sei eine Auslegungshilfe für die »von den Parteien gewollte, subsidiäre Norm«<sup>263</sup>. Die Betonung des »Herkommen[s]« in seiner Formulierung sei aber nur »ein wichtiger Umstand, welcher vermöge dieses Prinzips bei der Eruiierung des Sinnes eines Vertrages und der hiernach dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit in Betracht kommt«<sup>264</sup>. Trotz dieser Klarstellung wurde in der zweiten Kommission beantragt, den Verweis auf die Verkehrssitte zu streichen, weil die Bedeutung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte eine »durchaus verschiedene sei«. Der Antrag wurde durch den Hinweis erledigt, dass es nicht um eine »Gleichstellung der beiden Maßstäbe« gehe. Ziel der Formulierung sei vielmehr, dass »bei der Feststellung, was im Einzelfalle durch Treu und Glauben gefordert werde, die Verkehrssitte berücksichtigt werden soll«. Treu und Glauben sei keineswegs »gegenüber einem abweichenden Parteiwillen nicht beachtlich«, sondern »absolute Vorschrift«<sup>265</sup>.

## (2) »Vertrauen« und »Redlichkeit«

Wofür stand nun Treu und Glauben als »objektiver Maßstab«?

Die *bona fides* bot nach *Savigny* Schutz gegen »eine unsittliche Verletzung desjenigen Zutrauens, worauf aller menschlicher Verkehr beruht«<sup>266</sup>. Insbesondere alle Verträge stünden unter dem Schutz der »bey rechtlichen Menschen geltenden Sitte«<sup>267</sup>. Der Richter habe durchaus »in freyer Rücksicht auf Billigkeit«<sup>268</sup> das im Rechtsverkehr unentbehrliche Vertrauen auf ein redliches Geschäftsgebahren und damit zugleich »die Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freyheit«<sup>269</sup> der Kontrahenten zu schützen. Konkret könne die *bona fides* bewirken, dass der Kläger neben dem explizit Vereinbarten auch bekomme, »was zwar nicht im Vertrag ausgedrückt, wohl aber bei Verträgen dieser Art allgemein üblich«<sup>270</sup> sei. Zumeist genanntes Beispiel waren Verzugszinsen<sup>271</sup>. Auf Beklagtenseite wurden alle denkbaren Einredetatbestände berücksichtigt, ohne dass es einer förmlichen Geltendmachung bedurfte. Der Beklagte konnte sich im Rahmen der allgemeinen *bona fides* beispielsweise mittels der *exceptio pacti* auf ein formloses Versprechen berufen, zudem Sittenwidrigkeit und Arglist entgegenhalten<sup>272</sup>. Zentraler Aspekt der *bona fides* war damit Vertrauensschutz. Geschützt wurde, so *Ernst Immanuel*

37

<sup>262</sup> *Ehrlich*, Das zwingende und das nichtzwingende Recht (Fn. 250), 95.

<sup>263</sup> TE-OR 1, 380.

<sup>264</sup> TE-OR 1, 380.

<sup>265</sup> Protokolle, Bd. II, 1251f. (Mugdan, Bd. II, 522).

<sup>266</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, Berlin 1840, 117f.

<sup>267</sup> *Savigny*, System V (Fn. 181), 108.

<sup>268</sup> *Savigny*, System V (Fn. 181), 101.

<sup>269</sup> *Savigny*, System I (Fn. 203), 55.

<sup>270</sup> *Savigny*, System V (Fn. 181), 464.

<sup>271</sup> *Savigny*, System V (Fn. 181), 140.

<sup>272</sup> *Savigny*, System V (Fn. 181), 467.

*Bekker*, »eine berechtigte Erwartung, die der andere Teil gehegt hat oder doch hätte hegen können«<sup>273</sup>. Gerade in dieser Perspektive erklärte sich die starke Stellung der Verkehrssitte als Auslegungshilfe.

- 38 Was dies konkret bedeuten konnte, machten etwa die Diskussionen um die **Haftung bei Übermittlungsfehlern** deutlich. Im Zentrum der Frage stand der viel diskutierte Telegraphenfall. Hier hatte die Telegraphenbehörde den Antrag des Verkäufers falsch übermittelt (Kaufen statt Verkaufen)<sup>274</sup>. In der Frage, wer haften sollte, kam die *bona fides* von verschiedenen Seiten zum Einsatz. Vertraut ist die »verkehrsschützende« Argumentation *Otto Bährs*: »Wer beim Contrahieren in einer ihm zuzurechnenden Weise die äußere Erscheinung seines Willens hervorruft, so dass der ihm Gegenüberstehende *bona fide* Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und glauben darf, wird mit seiner Behauptung, daß ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, gar nicht gehört«<sup>275</sup>. Nach *Bähr* musste der Erklärende also kaufen, ohne dass ihm ein Anfechtungsrecht zugestanden wurde. Ähnlich ließ *Gustav Hartmann* den Erklärenden auch ohne Willen haften, »wenn die gute Treue die Bemängelung aus dem Inneren heraus verbietet«<sup>276</sup>. Überraschender war nun die Verwendung der *bona fides* durch *Bernhard Windscheid*<sup>277</sup>. *Windscheid* wollte, wie *Jhering*, den Erklärenden zwar nicht gegen seinen Willen an der Erklärung festhalten, sprach dem Empfänger aber auch ohne *culpa* das negative Interesse zu<sup>278</sup>. Interessant ist die Begründung: Gleich *Bähr* stellte *Windscheid* einen allgemeinen Satz auf, »daß jeder Vertragsschließende einstehen muß für die nachtheiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf den Erwerb eines Forderungsrechts aus dem Vertrag, insofern dieser Erwerb durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist«<sup>279</sup>. *Windscheid* machte sich wohl keine Illusionen darüber, dass dieser Satz den römischen Quellen kaum zu entnehmen war<sup>280</sup>. Zunächst hatte er daher zur Begründung einen stillschweigenden Garantievertrag konstruiert<sup>281</sup>. *Goldschmidts* Hin-

<sup>273</sup> Ernst Immanuel Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts, Bd. I, Berlin 1871 (ND 1970), 161.

<sup>274</sup> Ausführlich *Otto Bähr*, Über Irrungen im Contrahieren, JhJb 14 (1875), 393ff.; zum Folgenden *Coing*, Europäisches Privatrecht II (Fn. 196) 277, 440 (mit dem Hinweis auf die Lösung des Falles nach Rheinischem, also französischem Recht); *Falk*, *Windscheid* (Fn. 142), 30ff.; *Hofer*, Freiheit (Fn. 159), 186ff.

<sup>275</sup> *Bähr*, JhJb 14 (1875), 394. *Jhering* hatte in solchen Fällen seine *culpa in contrahendo* gefunden und das negative Interesse, allerdings nur für den Fall des Verschuldens, zugesprochen.

<sup>276</sup> *Gustav Hartmann*, Wort und Wille im Rechtsverkehr, in: JhJb 20, 1882, 60; vgl. *Hofer*, Freiheit (Fn. 159), 181.

<sup>277</sup> Hierzu *Falk*, *Windscheid* (Fn. 142), 41ff.

<sup>278</sup> Nachweise bei *Falk* (Fn. 142); zeitgenössischer Meinungsstand zur *culpa in contrahendo* bei *Tomasz Giaro*, *Culpa in contrahendo*, in: U. Falk, H. Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter (Rechtsprechung. Materialien und Studien, 14), 2000; 113ff., 118f.

<sup>279</sup> *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 6. Aufl. Frankfurt a.M. 1887, § 307 Fn. 5.

<sup>280</sup> Im Einzelnen *Falk* (Fn. 142), 42f.

<sup>281</sup> So noch *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 5. Aufl. Frankfurt a.M. 1879.

weis, eine solche Konstruktion sei »denkbar, aber entbehrlich«<sup>282</sup>, leuchtete *Windscheid* aber offensichtlich ein. 1887 tauschte er seine Begründung daher aus und stellte für den gleichen Grundsatz »einfach auf die *bona fides* ab«<sup>283</sup>.

Offenbar waren »willenstheoretische« und »erklärungstheoretische« Elemente gleichermaßen in der Lage, die gewünschten Ergebnisse zu rechtfertigen. Dies ist spätestens seit *Ehrlichs* Abhandlung zur stillschweigenden Willenserklärung bekannt<sup>284</sup>. Gerade beim »Willenstheoretiker«<sup>285</sup> *Windscheid* zeigt sich ein auffallend unverkrampfter Umgang mit der *bona fides*. Dieses Argument war keineswegs so ungewöhnlich wie es spätere Betrachter glaubhaft machen wollten. Die *bona fides* stand weder für ein bestimmtes, gar sozialpolitisches Privatrechtskonzept, noch für verbotene richterliche Willkür. Sie war unstreitig Teil des gemeinen Rechts. *Windscheid's* Abstützung seiner Haftung in der *bona fides* hieß zugleich: »Das Recht ist es, welches will, daß der Empfänger einer Willenserklärung sich darauf muß verlassen können«<sup>286</sup>. Die Perspektivfrage »Wille« oder »Erklärung« entlockte auch *Kübel* eine ausnahmsweise klarere Maßstabsbestimmung<sup>287</sup>: In »Vertragsverhältnissen ist Treue und Glauben nicht zu entbehren, der Eine ist genöthigt, auf den Anderen zu vertrauen, und es ist demzufolge als Pflicht eines Jeden zu betrachten, das Seinige zu thun, dass dieses Vertrauen nicht getäuscht werde«.

Wie bei den Debatten um die Bedeutung der Verkehrssitte, so wurde auch bei *Windscheid* deutlich, dass die *bona fides* nicht zum dispositiven Gesetzesrecht gehörte, sondern bindender rechtlicher Maßstab war. Die *bona fides* bestimmte damit neben der Parteiabrede und der gesetzlichen Einzelregelung fundamental die Vertragspflichten<sup>288</sup>.

Welche Bedeutung der *bona fides* daraus für die Rechtspraxis resultierte, ist unsicher. Für die Zivilrechtspraxis fehlt es bisher an genaueren Untersuchungen. Für das Handelsrecht hat *Rudolf Meyer* drei Aufgaben der *bona fides* in der Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts unterschieden. Sie habe zur Betonung der Vertragstreue gedient, zur Begründung von Vertragspflichten, aber auch zur Bestimmung der Gren-

<sup>282</sup> *Levin Goldschmidt*, Rez. Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen. Erstes Heft, Wien 1868, ZHR 13 (1869), 333, 334f.: »Ließe sich die Entscheidung nicht einfacher auf das Postulat der *bona fides* zurückführen?«, gegen Regelsberger, der sich in der rezensierten Schrift, 33, *Windscheid* angeschlossen hatte; hierzu auch *Bergfeld*, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, (Fn. 241), 643 mit Fn. 53.

<sup>283</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts II, ab 6. Aufl., § 307 Fn. 5.

<sup>284</sup> *Eugen Ehrlich*, Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893 (ND 1970), zusammenfassend 286ff.

<sup>285</sup> Zu den schwierigen Einordnungen *Hofer*, Freiheit (Fn. 159), 167ff.

<sup>286</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts II, ab 6. Aufl., § 307 Fn. 5.

<sup>287</sup> TE-OR 1, 146.

<sup>288</sup> Im Sach- wie im Dienstmietvertrag folgten bei *Windscheid* daraus beispielsweise Kündigungsrechte bei Unbrauchbarkeit oder Gefahr auf Seiten des Mieters, bei Missbrauch der Mietsache und Zahlungsrückstand auf Seiten des Vermieters: *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 7. Aufl. Frankfurt a.M. 1891, § 402 mit Fn. 2 und 10 a.

zen der Vertragstreue<sup>289</sup>. *Ehrlich*<sup>290</sup> unterschied 1888 unter dem Mantel von Treu und Glauben beim ROHG neue Rechtsgrundsätze, für ihn eigentlich Gewohnheitsrecht, von überflüssigen Verwendungen wie bloß moralisierender Zusatzrhetorik und normaler Gesetzes- oder Vertragsinterpretation. Er wies damit auf das zentrale Problem hin, dass die *bona fides* mit anderen dogmatischen Korrekturmöglichkeiten im Einzelfall konkurrierte. *Savigny*, dessen Aufgeschlossenheit gegenüber Treu und Glauben bereits gezeigt wurde<sup>291</sup>, erreichte Ähnliches durch die Abwägung der konkurrierenden Freiheitssphären<sup>292</sup>, andere arbeiteten offen mit Verkehrsinteressen<sup>293</sup> oder der Natur der Sache<sup>294</sup>.

### (3) Treu und Glauben als Ermessenszuweisung an den Richter

41 Mit dem zentralen Begriff »Vertrauensschutz« ist die Bedeutung von Treu und Glauben aber nur unzureichend umrissen. *Ehrlich* betonte, dass es »ein im Vorhinein verlorenes Unternehmen wäre, alle diese Entscheidungen auf eine einheitliche Grundidee zurückzuführen«. Für *Ehrlich* verwies Treu und Glauben den Richter nicht auf feststehende materiale Grundsätze, sondern auf »das Rechtsbewußtsein seiner Zeit oder vielmehr auf sein Rechtsbewußtsein«<sup>295</sup>. Ähnlich bestimmte *Windscheid* die Bedeutung der *bona fides*. Die ihr unterfallenden Rechtsverhältnisse stünden unter »freiem richterlichen Ermessen«<sup>296</sup>, entscheiden müssten die »besonderen Umstände des Falles«<sup>297</sup>.

Nicht alle Stimmen im 19. Jahrhundert schoben die Person des Richters derart in den Vordergrund. Auch *Windscheid* verwies an anderer Stelle vorsichtiger auf die »unter redlichen Menschen festgehaltene Regel«<sup>298</sup>. *Kübel* brachte mit seinem Verweis auf Art. 1135 CC »l'équité«, die »Billigkeit«, wie durchaus vieldeutig<sup>299</sup> die offizielle Übersetzung für Westfalen lautete<sup>300</sup>, ins Spiel. *Carl Georg v. Wächter* und *Johann Friedrich Martin Kierulff* vertrauten in alter Tradition<sup>301</sup> den »allgemeinen Grundsätzen der Aequitas«<sup>302</sup>. *Kübel* verwies in seinen Ausführungen auf *Franz Försters* pandektistisch geprägtes Lehrbuch zum preußischen Recht. Dieser sprach

<sup>289</sup> *Meyer*, *Bona fides* (Fn. 89), 72f.

<sup>290</sup> *Ehrlich*, Über Lücken im Rechte (Fn. 193), 95ff.

<sup>291</sup> Vgl. oben Rn. 37.

<sup>292</sup> Vgl. hierzu *Hofer*, *Freiheit* (Fn. 159), 158ff.

<sup>293</sup> So *Rudolf Leonhard*, vgl. *Hofer*, *Freiheit* (Fn. 159), 181ff.

<sup>294</sup> So *Wilhelm Roever*, vgl. *Hofer*, *Freiheit* (Fn. 159), 175ff.

<sup>295</sup> *Ehrlich*, Über Lücken im Rechte (Fn. 193), 104ff.

<sup>296</sup> *Bernhard Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. II, Düsseldorf 1865, § 389 zum Kauf.

<sup>297</sup> *Windscheid*, *Pandekten*, Bd. I, 1. Aufl. Düsseldorf 1862, § 46, beibehalten in den späteren Auflagen.

<sup>298</sup> *Windscheid*, *Pandekten I* (Fn. 297), § 46 mit Fn. 4.

<sup>299</sup> Vgl. die Typen bei *Wesener*, *Aequitas naturalis* (Fn. 102), 81ff.

<sup>300</sup> Napoleons Gesetzbuch. Einzig offizielle Ausgabe für das Königreich Westphalen, Straßburg 1808 (ND 2001).

<sup>301</sup> Vgl. oben Rn. 7.

<sup>302</sup> *Wächter*, *Erörterungen* (Fn. 181), 47f.; ähnlich *Johann Friedrich Martin Kierulff*, *Theorie des*

im Zusammenhang mit der *bona fides* von »Sittlichkeit«, »Treue« und »Gewissenhaftigkeit«<sup>303</sup>. Ganz überwiegend gaben die gemeinrechtlichen Autoritäten im 19. Jahrhundert ähnlich weite Umschreibungen. *Georg Friedrich Puchta* verwies schlicht auf die »allgemeine Gerechtigkeit«<sup>304</sup>, *Friedrich Ludwig v. Keller* und viele andere während des gesamten 19. Jahrhunderts bewusst unspezifisch auf »Treu und Glauben«<sup>305</sup>. Konkreter hatte bereits das sächsische BGB 1863 in § 858 »Treu und Glauben« als die »Handlungsweise eines redlichen Mannes« erläutert.

Die seltenen Versuche »hinter die *bona fides* vorzudringen« fanden keine nennenswerte Beachtung<sup>306</sup>. *Alfred Pernice* stellte klar, dass ein solches »Zuvielwissenwollen«<sup>307</sup> dem römischen Vorbild widerspreche. Die Geltung der *bona fides* im Vertragsrecht gestatte dem Richter, »sein Officium freier walten zu lassen«. Direktive sei »Art und Sitte rechtlicher Leute«<sup>308</sup>. Weitergehende Erkenntnisse seien kaum zu erreichen<sup>309</sup>.

Die *bona fides* blieb also richterlicher Anwendung übergeben. Die Grenzen wurden lediglich negativ gezogen. Es sollte nicht der Richter als Person, sondern als eine Art Medium des geltenden Rechts und Rechtsbewußtseins entscheiden. *Savignys* Bekenntnis zur *bona fides*<sup>310</sup> blieb nicht ohne Warnungen vor dem »möglichen Missbrauch, welcher in den *bonae fidei actiones* von einer vermeintlichen Billigkeit gemacht werden« könne<sup>311</sup>. Die alten Befürchtungen einer »*aequitas cerebrina*«<sup>312</sup> führten im 19. Jahrhundert besonders im Umfeld *Savignys* zu vielfältigen Versuchen, »den Richterstand in eine Lage zu bringen, in welcher er mit lebendigem Denken und nicht auf mechanische Weise sein Geschäft vollbringe, also ihn zu erziehen«<sup>313</sup>. »Lebendig«, aber nicht »willkürlich«. Hier begann das weite Feld der wis-

42

gemeinen Civilrechts, Bd. I, Altona 1839, 179; *Karl Birkmeyer*, Die Exceptionen im bonae fidei iudicium, Erlangen 1874, 304ff.

<sup>303</sup> *Franz Förster*, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen-preußischen Privatrechts, Bd. I, Berlin 1874, 402 mit Fn. 8.

<sup>304</sup> *George Friedrich Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht (entstanden vor 1846), hier nach 6. Aufl. Leipzig 1873, 222f. (§ 94); vgl. auch *ders.*, Cursus der Institutionen, Bd. II, Leipzig 1842, 151 (§ 170): »aus Gründen des allgemeineren Rechts (der *aequitas*)«.

<sup>305</sup> *Keller*, Pandektenvorlesungen (Fn. 181) § 93; weitere Nennungen oben Rn. 26.

<sup>306</sup> Dies gilt etwa für die Einteilungsversuche von *Moritz Voigt*, Die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer, Leipzig 1856, 350ff.

<sup>307</sup> *Alfred Pernice*, Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Teil C, Bd. II, Abtl. 1, 2. Aufl. Halle 1895, 174, dort auch das vorige Zitat.

<sup>308</sup> *Pernice*, Kaiserzeit (Fn. 307), 170f., vgl. auch 310.

<sup>309</sup> *Pernice*, Kaiserzeit (Fn. 307), 174.

<sup>310</sup> Vgl. hierzu auch *Okko Behrends*, Geschichte, Politik und Jurisprudenz in C. F. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts, in: Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstags von Franz Wieacker, 1985, 257ff., 293ff.; das »dualistische Grundmodell« *Savignys* wird dabei jedoch mehr vorausgesetzt als bewiesen, vgl. auch *Hofer*, Freiheit (Fn. 159), 208 Fn. 22.

<sup>311</sup> *Savigny*, System V (Fn. 181), 464 Anm. b); ähnlich *Wächter*, Erörterungen (Fn. 181), 47.

<sup>312</sup> Vgl. oben, Rn. 18.

<sup>313</sup> *Savigny* an Wilhelm von Gerlach vom 1.3. 1934, abgedruckt bei *Hans Liermann*, *Hans-Joachim Schoeps*, Materialien zur preußischen Eherechtsreform, 1961, 490.

senschaftlichen Methode, welche die Grenze zwischen »Production« von Recht und richterlicher »Willkür« fassbar machen sollte<sup>314</sup>: »Niemals ... ist die Billigkeit, die dem Richter zu berücksichtigen gestattet oder geboten wird, ein dunkles subjektives Gefühl, sondern ein seiner Gründe sich bewußtes, dem Geist des fraglichen Rechtsinstituts entsprechendes Ermessen der individuellen Umstände«<sup>315</sup>.

## b) Diskussionsfeld 2: Exceptio doli generalis und strenges Recht

- 43 Die *exceptio doli generalis* spielte in den Debatten um die *bona fides* zunächst keine größere Rolle<sup>316</sup>. Seit den 1830er Jahren wurde die Fortgeltung der römischen *exceptio* insgesamt in Frage gestellt<sup>317</sup>. Auch wenn die h.M. soweit nicht ging<sup>318</sup>, stand jedenfalls insofern die »ganze Annahme einer *exceptio doli generalis* völlig müßig da«<sup>319</sup>, als man das gesamte Obligationenrecht zu *bonae fidei iudicia* erklärte<sup>320</sup>. Nach h.M. war es »zulässig und auch gewöhnlich, nur nicht nöthig«<sup>321</sup>, wenn die Parteien im Prozess sich ausdrücklich auf die *exceptio doli generalis* beriefen. Bisherige Rechtsprechungsanalysen<sup>322</sup> deuten in diesem Sinne darauf hin, dass die *ex-*

<sup>314</sup> *Haferkamp*, Puchta (Fn. 10), 196ff.

<sup>315</sup> *Georg Friedrich Puchta*, Pandekten, ab 2. Aufl. Leipzig 1844, § 21, 1) a.E.; Wächter warnte ähnlich vor dem »individuellen Billigkeitsgeföhle« und der »subjektiven Ansicht von Recht und Gerechtigkeit«. Er forderte eine Berücksichtigung der »inneren juristischen Bedeutung« des zugrunde liegenden Geschäfts, aus seiner »allgemeinen rechtlichen Natur und den allgemeinen Grundsätzen der *aequitas*«: *Wächter*, Erörterungen (Fn. 181), 47; vgl. auch *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 7. Aufl. Frankfurt a.M. 1891, § 28 mit Fn. 4 u. 5; vgl. auch *Palandt/Heinrichs*, 62. Aufl. 2003, § 242, Rn. 2: »Zu betonen ist, dass § 242 keine Ermächtigung zu einer Billigkeitsjustiz enthält«.

<sup>316</sup> Einzig nennenswerte Abhandlung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts: *Ernst Hänel*, Über das Wesen und den heutigen Gebrauch der Actio und Exceptio doli, AcP 12 (1829), 408ff., 419ff.

<sup>317</sup> Grundlegend *J.A. Michael Albrecht*, Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprozesses geschichtlich entwickelt, München 1835; Darstellung dieser Debatten bei *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 9. Aufl. 1906, § 47 Fn. 1.

<sup>318</sup> Nachweise bei *Windscheid*, Pandekten I (Fn. 317).

<sup>319</sup> *Karl Adolph v. Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, 6. Aufl. Marburg 1851, § 155 Fn. 2 a.E.; Herausarbeitung dieser Zusammenhänge bei *Moritz August Bethmann-Hollweg*: Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, Bd. II/2: Der römische Civilprozeß, Formulae, Bonn 1865, § 99.

<sup>320</sup> Umstritten war lediglich, ob die *exceptio doli generalis* über die *bona fides* alle denkbaren, bereits typisierten Einreden entbehrlich machte, vgl. *Birkmeyer*, Exceptionen (Fn. 302), 131ff.

<sup>321</sup> *Wächter*, Erörterungen (Fn. 181), 50; ebenso *Savigny*, System V (Fn. 181), 163; *Friedrich Ludwig von Keller*, Der römische Civilprozeß und die Actionen, 6. Aufl. Leipzig 1883, 172; schon die Zulässigkeit bezweifelte dagegen *Zimmern*, Römische Rechtsgeschichte (Fn. 198), 305; missverständlich *Hänel*, AcP (1829), 420 (die *exceptio doli generalis* komme »auch in iudiciis b. f. zur Anwendung«); klar am Ende des Jahrhunderts auch *Ludwig Kühlenbeck*, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Berlin 1899, 41: »Die Amtspflicht des Richters schließt das Recht der Einrede nicht aus«.

<sup>322</sup> Insbes. *Haferkamp*, Die *exceptio doli generalis* (Fn. 191); *Ranieri*, *Ius Commune* IV, (1972), 158ff.

*ceptio doli* in der Praxis des gemeinen Rechts »nichts als der Ausdruck für die Geltendmachung des Prinzips der *bona fides* von Seiten des Beklagten« geworden war<sup>323</sup>. Hier war man relativ unbekümmert um die Subtilitäten der Lehre auf Seiten der »Billigkeit« tätig.

Die Wissenschaft unterschied dagegen sehr genau, ob die *bona fides* von Amts wegen oder einredehalber berücksichtigt werden mußte. Besondere Bedeutung erhielt dies seit 1856 bei Windscheid<sup>324</sup>. Er hielt am Gegensatz zwischen *judicia stricti juris* und *judicia bonae fidei* fest. Er wollte die strengrechtlichen Klagen nicht als Ausschluss der Billigkeit verstanden wissen. Vielmehr gebe es Rechtsverhältnisse, bei denen es gerade billig sei, an der Strenge der wörtlichen Vereinbarung festzuhalten<sup>325</sup>. Während Windscheid im übrigen Obligationenrecht der *bona fides* einen weiten, ganz dem richterlichen Ermessen unterworfenen Freiraum gewährte<sup>326</sup>, blieben die traditionell strengrechtlichen Ansprüche, also vor allem diejenigen aus Darlehen und ungerechtfertigter Bereicherung, richterlicher Korrektur anhand der *bona fides* versperrt. Hier kam es auf die *exceptio doli generalis* also an. Konsequenterweise erklärte Windscheid dieses Rechtsinstitut im geltenden Recht für obsolet<sup>327</sup>. In einem, wenn auch überschaubaren, Teilbereich war dem Richter damit die Berufung auf die *bona fides* mit nachvollziehbaren Gründen untersagt. Windscheids Plädoyer für eine Beibehaltung der strengrechtlichen Klagen blieb freilich weitgehend ungehört<sup>328</sup>. Dass zugleich Windscheids Absage an die *exceptio doli generalis* in den siebziger Jahren vielfach Zustimmung erfuhr<sup>329</sup> lag auch daran, dass man gerade die *bona fides* auch ohne einredeweise Geltendmachung berücksichtigen wollte<sup>330</sup>.

Hinzu kam, dass die Rechtspraxis zur *exceptio doli generalis* in den sechziger Jahren erstmals breitere Aufmerksamkeit und zugleich fast durchweg Kritik fand. Dabei ging es um ein Spezialgebiet, bei dem in der Literatur weitgehend Einigkeit darüber herrschte, dass hier die *bona fides* keine Berücksichtigung finden sollte, die

44

<sup>323</sup> So resümierend Theodor Kipp zu Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 8. Aufl. 1900, § 47 Fn. 7.

<sup>324</sup> Erstmals in Bernhard Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des römischen Rechts, Düsseldorf 1856, § 4; dann ders., Pandekten I (Fn. 297), § 47 Fn. 7.

<sup>325</sup> Vgl. Windscheids Kritik in: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 7. Aufl. 1891, § 46 Fn. 4.

<sup>326</sup> Windscheid begann die jeweiligen Erörterungen durchweg mit einem Hinweis auf das hier zu beachtende »freie richterliche Ermessen«, vgl. oben, Rn. 30.

<sup>327</sup> Kipp zu Windscheid, Pandekten I, 8. Aufl. (Fn. 323), § 47 Fn. 7.

<sup>328</sup> Vgl. die Darstellung des Diskussionsverlaufs von Theodor Kipp zu Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 9. Aufl. 1906, § 46 Fn. 5.

<sup>329</sup> Bereits vor Windscheid: Georg Christian Burchardi, Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Kiel 1832, 292; Vangerow, Pandekten I (Fn. 319), § 155 Fn. 2 a. E.; im Anschluss an Windscheid dann Reichsoberhandelsgerichtsrat Römer, Die *exceptio doli generalis*, insbes. im Wechselrecht, ZHR 20 (1875), 48, 52; Alois Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl. Erlangen 1873, 379f.; Julius Baron, Pandekten, Leipzig 1872, § 92 C; Ernst Immanuel Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts, Bd. II, Berlin 1873, 244; einschränkend auch Adolf Friedrich Rudorff als Herausgeber von Puchtas Pandekten, 11. Aufl., Leipzig 1872, § 94 Fn. a; a. A., also für Beibehaltung einer »productiven« *exceptio doli generalis*, vor allem Birkmeyer, Exceptionen (Fn. 302), 304ff.; kritische Rezension von Fridolin Eisele, KritVj 16 (1874), 501ff., 519ff.

<sup>330</sup> Klarstellend Birkmeyer, Exceptionen (Fn. 302), 308.

**Wechselklage.** Bereits *Savigny* hatte deutlich gemacht, beim Wechselversprechen wisse »jeder, dass die so contrahierte Schuld eine ganz andere Natur und Wirkung hat, als [sc. sonstige] Verträge«<sup>331</sup>. Die Frage hatte sich 1848, nach Erlaß von Art. 82 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung zugespitzt, da nun auch gesetzlich die Einreden des Wechselschuldners auf solche beschränkt wurden, die aus dem Wechsel selbst hervorgingen oder dem jeweiligen Kläger unmittelbar entgegengehalten werden konnten. Bereits 1855 hatte das Preußische Obertribunal gleichwohl die *exceptio doli generalis* »nach allgemeinen, durch die Wechselordnung nicht ausgeschlossenen Grundsätzen« erstmals zugelassen<sup>332</sup>. In diesem Kontext wurde es nun auch unter »den Praktikern eine brennende Frage«<sup>333</sup>, ob im Zusammenhang mit der *exceptio doli generalis* »von einer dem positiven Recht gegenüber zu berücksichtigenden Billigkeit« die Rede sein könne<sup>334</sup>. Dies hätte so formuliert bedeutet, die richterliche Gesetzesbindung aufzugeben, was auch mit Blick auf die Verkehrsfähigkeit des Wechsels niemand wollte<sup>335</sup>. Der richterliche Umgang mit der *exceptio doli generalis* hatte daher in den 1870er Jahren keinen guten Klang.

#### 4. Gesetzgebungsdebatten

- 45 In diesem Umfeld begannen 1875 die Kommissionsberatungen. *Kübel* hatte in seinem Vorentwurf *Zurückhaltung* gegenüber der Aufnahme von Treu und Glauben in die Kodifikation gezeigt. In den Motiven seines Teilentwurfs stellte er durchaus klar, dass über den »Umfang und die Modalitäten der Vertragsleistung« auch »die die Erfüllung von Verträgen ganz besonders beherrschende Rücksicht auf Treue und Glauben« entscheide. Dabei handele es sich, so hieß es wenige Zeilen später, um eine Ergänzung des Vertragswillens *ex fide bona*. *Kübel* war zurückhaltend gegenüber allgemeinen Auslegungsgrundsätzen<sup>336</sup>, seine Äußerung zu Treu und Glauben stand in einem Abschnitt zu Regelungen, die sich aus dem »Wesen des Vertrages ... von selbst« ergaben<sup>337</sup>. Die übrigen Mitglieder der ersten Kommission teilten diese Zu-

<sup>331</sup> *Savigny*, System V (Fn. 181), 138.

<sup>332</sup> Preußisches OTR (v. 13. 1. 1855, IV. Senats), StrArch 16 (1855), 159ff.; vgl. hierzu die weiteren Nachweis bei *Haferkamp*, Die *exceptio doli generalis* (Fn. 191), 2f.

<sup>333</sup> So *Goltz*, Die *exceptio doli generalis* im Preußischen Rechte, Vortrag in der Juristischen Gesellschaft Berlin am 10. 9. 1859, 2; Zusammenfassung in: Juristische Gesellschaft, Protokoll über die vierte Sitzung, in: Preußische Gerichts-Zeitung 1859, Nr. 43 vom 21. 9. 1859; die praktische Aufmerksamkeit belegen *R. Koch*, Der Inkassomandatar unter der Maske des Indossaments, ArchfWR 15 (1866), 270ff.; *Römer*, ZHR 20 (1875), 48ff.; *P. F. Werthauer*, Der fiduziarische Indossatar und die Einrede des Dolus im deutschen Wechselrechte, Grünhuts Zeitschrift 13 (1886), 586ff.; zu dieser Debatte *Haferkamp*, Die *exceptio doli generalis* (Fn. 191), 1ff., 14f.

<sup>334</sup> So der Einwand von *Baron* (Fn. 329), damals junger Kammergerichtsreferendar, gegen die Ausführungen von *Goltz*.

<sup>335</sup> Vgl. auch *HKK/Meyer-Pritzl*, §§ 125–129, Rn. 17ff.

<sup>336</sup> Vgl. den Hinweis von *Struckmann* zu allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung, in: TE-OR 1, 1146; hierzu auch *HKK/Vogenauer*, §§ 133, 157, Rn. 26.

<sup>337</sup> TE-OR 1, 379.

rückhaltung in Bezug auf die fragliche Vorschrift überwiegend nicht. In den Beratungen erzielte man Einigkeit darüber, dass eine »allgemeine Interpretationsregel«, die die Vertragspflichten nicht nur an die Vereinbarung und das positive Gesetz binde, »von nicht geringer praktischer Bedeutung sei und von großem Nutzen zu sein verspreche«<sup>338</sup>. Die erste Kommission beschloss 1882 neben »Natur des Vertrages« und »Herkommen« explizit auch eine Pflichterfüllung »nach Treue und Glauben (nach der Handlungsweise eines redlichen Mannes)« in den Gesetzeswortlaut aufzunehmen<sup>339</sup>. Bezüglich beider Änderungen wurde betont, dass dies in »sachlicher Hinsicht« keinen Widerspruch zu dem Vorschlag *Kübels* bedeute<sup>340</sup>.

In der Vorkommission des Reichsjustizamts beantragte *Jacubezky* mit Erfolg, § 359 E I zu streichen und stattdessen § 224 I 1 E I-RJA, zunächst Vorläufer von § 276 BGB, umzuformulieren<sup>341</sup>: »Die Leistung ist so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern«. Flankierend wurde als § 73 in der zweiten Kommission die spätere Vorschrift des § 157 BGB eingefügt. § 224 I 1 E I-RJA wurde mit kosmetischen Änderungen zu § 206 E II und dann zu § 242 BGB. Die Vorschrift galt, anders als der nur für vertragliche Obligationen konzipierte § 359 E I, auch im außervertraglichen Schuldrecht. § 73 stand als Vorläufer von § 157 BGB im Allgemeinen Teil, galt also insbesondere auch für dingliche und erbrechtliche Verträge. In der Interpretation der zweiten Kommission<sup>342</sup> beschränkte mit dieser Doppellösung Treu und Glauben nun bezüglich des »Ob« und des »Was« der Leistung alle Verträge des BGB und hinsichtlich des »Wie« der Leistung das gesamte, auch außervertragliche Schuldrecht. Schon die Motive der ersten Kommission betonten, dass »der heutige Geschäftsverkehr von der Rücksicht auf Treue und Glauben beherrscht wird«<sup>343</sup>. Diese weitreichende Bedeutung der *bona fides* im Privatrecht entsprach fest gefügter Tradition.

##### 5. Exceptio doli generalis und »Rechtsmissbrauch«

Schon *Kübels* Entwurf hatte, wie gezeigt, den weiten Anwendungsbereich von Treu und Glauben bzw. der *bona fides* nicht in Zweifel gezogen. Durch die ausdrückliche Nennung der *bona fides* in § 359 E I war eine darüber hinausgehende *exceptio doli generalis* im weiten Bereich des Obligationenrechts entbehrlich. Gleichwohl erregte

<sup>338</sup> *Jakobs/Schubert*, Beratung Schuldverhältnisse I (Fn. 235), 47.

<sup>339</sup> *Jakobs/Schubert*, Beratung Schuldverhältnisse I (Fn. 235), 47.

<sup>340</sup> *Jakobs/Schubert*, Beratung Schuldverhältnisse I (Fn. 235), 47 (Sitzung vom 24. 4. 1882). In der Redaktion wurde insbes. der Hinweis auf den »redlichen Mann« gestrichen. § 359 E I lautete: »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 Treue und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt«.

<sup>341</sup> *Jakobs/Schubert*, Beratung Schuldverhältnisse I (Fn. 235), 48; hierzu auch *Schulte-Nölke*, Reichsjustizamt (Fn. 236), 344.

<sup>342</sup> Prot., Bd. II, 1251f. (Mugdan, Bd. II, 522).

<sup>343</sup> Motive der ersten Kommission, zitiert nach Mugdan, Bd. II, 109.

es nach Erscheinen des Ersten Entwurfs die Gemüter, dass die *exceptio doli generalis* darin nicht vorgesehen war<sup>344</sup>. Dabei ging es keineswegs um die Frage, welche strengrechtlichen Klagen hiervon betroffen sein könnten. Die *exceptio doli generalis* wurde vielmehr losgelöst von konkreten Anwendungsfällen symbolhaft als *Billichkeitskorrektiv* diskutiert, wobei insbesondere die »missbräuchliche« Berufung auf den Gesetzeswortlaut thematisiert wurde. *Dernburg* hatte 1875 solchermaßen die *exceptio doli generalis* in zugespitzter Gegensätzlichkeit definiert. Dieses Rechtsinstitut komme dann zur Anwendung, »wenn ein Anspruch zwar in der positiven Gesetzgebung begründet ist, wenn ihm aber im gegebenen Falle das allgemeine Rechtsgefühl der Art entgegensteht, daß sich das Gericht demselben nicht zu verschließen vermag«<sup>345</sup>. In dieser Perspektive betonte 1888 *Hartmann*<sup>346</sup>, dass die *exceptio doli generalis* sich »mit zwingender Nothwendigkeit in Leben und Rechtspflege von selber« geltend mache<sup>347</sup>. *Bähr*<sup>348</sup> schien dieser Mangel des Entwurfs »angesichts der Rolle, die die *exceptio doli* im Interesse der materiellen Gerechtigkeit« spiele, »geradezu verhängnisvoll«<sup>349</sup>.

48 Mit Blick auf diese Symbolfunktion der *exceptio doli generalis* nahm in der zweiten Kommission die Angst vor der »Neigung des Richterstandes zu einer lediglich den Buchstaben des Gesetzes zur Geltung bringenden Rechtsprechung«<sup>350</sup> zu. *Mandry*<sup>351</sup> forderte der »Rechtsprechung ein zur Berücksichtigung der *aequitas* gegenüber dem formellen Rechte dienliches Mittel an die Hand zu geben«<sup>352</sup>. Noch fürchtete die Kommission jedoch, durch eine *exceptio doli generalis* werde »in höchst bedenklicher Weise an Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters gesetzt und die Grenze zwischen Recht und Moral verwischt«<sup>353</sup>. Statt auf offenes Richterrecht verwies man auf eingespielte Flexibilisierungsmechanis-

<sup>344</sup> Zum Folgenden *Haferkamp*, Die *exceptio doli generalis* (Fn. 191), 19ff.; *Reinhard Zimmermann*, Roman Law, Contemporary Law, European Law, Oxford 2001, 83ff.

<sup>345</sup> *Heinrich Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Bd. I, Halle 1875, §127 Anm. 3.

<sup>346</sup> Zur Bedeutung der *bona fides* im Privatrechtskonzept Hartmanns: *Hofer*, Freiheit (Fn. 159), 180f.

<sup>347</sup> *Gustav Hartmann*, Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprinzip und die Richterstellung, AcP 73 (1888), 309ff., 342.

<sup>348</sup> Zu *Bähr* (insbes. auch in den sechziger u. siebziger Jahren) *Jan Schröder*, Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung, 1985, 42f.; *Ogorek*, Richterkönig (Fn. 159), 328ff., zum Biographischen *Birgit Binder*, *Otto Bähr* (1817–1895). Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis, 1983.

<sup>349</sup> *Otto Bähr*, Ist der Begriff der Anspruchsverjährung im Sinne des Entwurfs des B.G.B. beizubehalten, in: Verhandlungen des XX. Deutschen Juristentages, Bd. I, Berlin 1889, 284ff., 299.

<sup>350</sup> Vgl. *Horst Heinrich Jakobs*, *Werner Schubert* (Hg.), Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Allgemeiner Teil, Bd. II, 1978, 1171.

<sup>351</sup> Kurzbiographie von *Rosemarie Jahnel*, in: *Horst Heinrich Jakobs*, *Werner Schubert* (Hg.), Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB. Einführung, Biographien, Materialien, 1978, 78.

<sup>352</sup> *Jakobs/Schubert*, Entstehungsgeschichte Allgemeiner Teil II (Fn. 350), 1171. Obwohl damit dem Richter eine »sehr weit gehende Machtvollkommenheit eingeräumt werde«, genügte *Mandry* sein »Zutrauen zur Gewissenhaftigkeit des deutschen Richters«.

<sup>353</sup> *Jakobs/Schubert*, Entstehungsgeschichte Allgemeiner Teil II (Fn. 350), 1171.

men: »Vielfach handelt es sich bei der Annahme eines Gegensatzes zwischen dem formellen Rechte und der Billigkeit in Wahrheit nur um eine zu enge Auslegung rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Bestimmungen«<sup>354</sup>.

1896 führte der Streit um die *exceptio doli generalis* bereits zu einer »ungewöhnlich langen Diskussion«<sup>355</sup> im Reichstag<sup>356</sup>. Unabhängig voneinander beantragten der Zentrumsabgeordnete und Landgerichtsrat Gröber<sup>357</sup> sowie der Rechtsanwalt und Abgeordnete der Fraktion der Polen Dziembowski-Pomian<sup>358</sup> erneut die Aufnahme einer *exceptio doli generalis*<sup>359</sup>. Struckmann verwies darauf, dass § 359 E I bereits für das gesamte Obligationenrecht eine *exceptio doli generalis* entbehrlich mache. Irritieren musste es freilich, dass die Zweite Kommission mit ganz anderen Gründen die *exceptio doli generalis* abgelehnt hatte. Zudem brachte die weitere Entstehungsgeschichte anderer Normen unklare Überschneidungen. Indem das Schikaneverbot vom heutigen § 903 BGB als § 226 BGB in den Allgemeinen Teil verlagert wurde, schien hier die eigentliche Rechtsausübungsschranke des BGB vorzuliegen<sup>360</sup>. Zugleich wurde freilich der heutige § 826 BGB auch auf Rechtsausübungshandlungen erweitert<sup>361</sup>, so dass eine konkurrierende Norm im Deliktsrecht vorlag. Neben § 242 BGB konnten daher auch die §§ 226 und 826 BGB mit der *exceptio doli generalis* in Verbindung gebracht werden. Da jedoch gleichzeitig eine Aufnahme dieser Rechtsfigur in das Gesetz wiederholt abgelehnt worden war, blieb die Rechtslage letztlich unklar<sup>362</sup>.

<sup>354</sup> Jakobs/Schubert, Entstehungsgeschichte Allgemeiner Teil II (Fn. 350), 1171.

<sup>355</sup> So der Protokollant Heller in: Jakobs/Schubert, AT II (Fn. 350), 1173.

<sup>356</sup> Hierzu nun auch Michael Wolters, Die Zentrumsparterie und die Entstehung des BGB (Fundamenta Juridica, 39), 2001, 234f.

<sup>357</sup> Kurzbiographie in Jakobs/Schubert (Hg.), Materialien (Fn. 351), 118.

<sup>358</sup> Kurzbiographie in Jakobs/Schubert (Hg.), Materialien (Fn. 351), 117f.

<sup>359</sup> Jakobs/Schubert, Entstehungsgeschichte Allgemeiner Teil II (Fn. 350), 1172: »§ 234 b. Ein Anspruch kann nicht erhoben werden, wenn die Geltendmachung gegen Treu und Glauben (evtl. gegen die guten Sitten) verstoßen würde« (Gröber) und »§ 236. Der Verpflichtete kann einer solchen Ausübung der Rechte widersprechen, die nach eigenem Verhalten oder nach den Erklärungen des Berechtigten gegen Treu und Glauben verstößt« (v. Dziembowski-Pomian, zitiert nach den stenographischen Protokollen des Reichstags, vgl. Fn. 362).

<sup>360</sup> HKK/Haferkamp, §§ 226–231, Rn. 14.

<sup>361</sup> Die erste Kommission sah für »kraft der allgemeinen Freiheit erlaubte« Handlungen in § 705 des 1. Entwurfs eine der *exceptio doli generalis* entsprechende Bestimmung (Motive II, 755f.). Nicht darunter fielen jedoch die gerade entscheidenden Fälle der Ausübung eines subjektiven Rechts, vgl. § 146 der Redaktionsvorlage (Horst Heinrich Jakobs, Werner Schubert (Hg.), Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 652–853, 1983, 888). Durch die Vorkommission des Reichsjustizamtes wurde die Vorschrift als späterer § 826 auch auf Rechtsausübungshandlungen erweitert, ohne dass die damit auftauchende Bedeutung für die *exceptio doli generalis* thematisiert worden wäre (hierzu Jakobs/Schubert, a.a.O., 893). Wohl wegen der deutlichen Anbindung an die »guten Sitten« wurde § 826 als alleinige Grundlage einer solchen, soweit ersichtlich, nicht vertreten; vgl. zeitgenössisch etwa Emil Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung, Wien 1898, 32ff.

<sup>362</sup> Diese aufkommenden Debatten in der Rechtswissenschaft veranlassten Dziembowski-Pomian im Juni 1896, im Reichstag nochmals die stenographische Feststellung zu verlangen, dass regierungsseitig die Ansicht vertreten worden sei, dass eine ausdrückliche Aufnahme einer *exceptio doli*

1896 gab *Ernst Eck* den Spekulationen mit einer schnell um sich greifenden Formulierung neue Nahrung, wonach die allgemeine *exceptio doli* auch »ohne positive Anerkennung, gleichsam von Gottes Gnaden, gelten« müsse<sup>363</sup>. Damit geriet die Frage, ob das BGB die *exceptio doli generalis* kenne, zu einem der brennenden Streitpunkte um die junge Kodifikation<sup>364</sup>. Wurde diese auch teilweise auf ein immanentes Prinzip gestützt, teilweise an § 226<sup>365</sup>, § 157<sup>366</sup> oder § 242<sup>367</sup> BGB gebunden, so trat die ganz herrschende Meinung um 1900 für den Fortbestand einer *exceptio doli generalis* ein<sup>368</sup>.

generalis entbehrlich sei, da das BGB bereits, wie sich aus verschiedenen Vorschriften ergebe, auf dem Gedanken einer solchen basiere und außerdem ein besonderes Schikaneverbot Aufnahme gefunden habe, vgl. zweite Beratung im Plenum des Reichstages, 110. Sitzung vom 20. 6. 1896: *Benno Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, 1310f.

<sup>363</sup> *Ernst Eck*, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Heft 1, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, Berlin 1896, 49.

<sup>364</sup> Dissertationen: *Kurt* (nach beigefügtem Lebenslauf: Konrad) *Dronke*, Die *exceptio doli generalis*, Berlin 1895; *Hans Carl Moses*, Die *exceptio doli* im Wechselrecht, Greifswald 1898; *Max Schumacher*, Die *exceptio doli generalis* nach Bürgerlichem Gesetzbuche und die Stellung des Richters zum Gesetz, insbesondere hinsichtlich der Berücksichtigung von Treu und Glauben, 1907; *Walter Georg Kruhoffer*, Die *exceptio doli generalis* im Recht der Schuldverhältnisse, 1909; *Sally Kaufmann*, Die Dilligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nach heutigem Recht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der *exceptio doli generalis*, 1909; *Heinrich Keller*, Gibt es im geltenden Recht eine *exceptio doli generalis*?, 1911.

<sup>365</sup> *Johannes Meisner*, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar, Breslau 1898, 3ff.; *Friedrich Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 5. Aufl. Berlin 1899, § 72 Fn. 2, § 84 a, Fn. 4.

<sup>366</sup> So später *Kaufmann*, Die Dilligenzpflicht (Fn. 364), 29ff.

<sup>367</sup> *Dronke*, *Exceptio* (Fn. 364), 123: Analogie aus §§ 127 (157 BGB), 206 (242 BGB) und den Bestimmungen über Gläubigerverzug im II. Entwurf.

<sup>368</sup> Neben den bereits Genannten sprachen sich für eine *exceptio doli generalis* aus: *Paul Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, § 242, 2. und 4. b.; *ders.*, Civilistische Bücherschau (zu Crome), ArchBürgR 18 (1900), 365; *Otto Wendt*, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, 1901, 41 (= AcP [1991], 442ff.; 92, 1ff.), zurückhaltender noch *ders.*, Lehrbuch der Pandekten, Berlin 1888, § 197; *Carl Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902, 186ff.; *Gottlieb Planck*, Kommentar zum BGB, Berlin 1897, § 242, 2.; *Ludwig Enneccerus*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, Marburg 1898, § 208; *Bernhard Mathias*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1900, 293; *H. Rehbein*, Das BGB mit Erläuterungen, Berlin 1899, Bd. I, § 226, 151, 339; Bd. II, § 242, 13; *Karl Jacubezky*, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich, München 1892, 56; *Eduard Hölder*, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900, 340; *Ludwig Kuhlenbeck*, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Berlin 1898, 493; *ders.*, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, Berlin 1899, § 242; *Erich Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena 1897, 145; *Hugo Neumann*, Handausgabe zum BGB, 2. Aufl. 1900, § 242 Fn. 2; *Meisner*, BGB AT (Fn. 365), 3ff.; *Otto*, Das Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches, Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht VIII (1898), 641ff., 648; *Ernst Landsberg*, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 1904, 518 Fn. 2; *Adalbert Düringer*, *Max Hachenburg*, HGB, Bd. II, 1901, 214f. (zum BGB); *Friedrich Hellmann*, Vorträge über das BGB, Freiburg 1897, 203; in der Sache auch *Max Hachenburg*, Vorträge über das BGB, 2. Aufl. 1900, 1ff. (»jeder Anspruch, der

Man fürchtete somit den Verlust eines gemeinrechtlichen Rechtsinstituts, das eigentlich, angesichts der konsentierten breiten Bedeutung der *bona fides* im Obligationenrecht, keine große Bedeutung hätte haben müssen, besonders in der Rechtspraxis aber **Symbolwert** erhalten hatte. Man argwöhnte, dass der Richter künftig gezwungen sein könnte, auch dann Ansprüche zuzusprechen, »wenn jemand, auf den Buchstaben des Gesetzes gestützt, sich Vorteile zuzuwenden sucht, welche ihm nach seinem [sc. des Richters] Rechtsgeföhle nicht zukommen«<sup>369</sup>. Dieses uralte Problem hatte im 19. Jahrhundert wenig Aufsehen erregt. Wenn *Jhering*, der sich bisweilen in Sackgassen konstruierte, dem arglistigen Doppelverkäufer einen zweifachen Kaufpreisanspruch geben zu müssen glaubte, hielt *Windscheid* ihm ruhig entgegen, dies verstoße gegen die *bona fides*<sup>370</sup>. Die **gemeinrechtliche Auslegungs- und Rechtsquellenlehre** bot angesichts der zugrundeliegenden weitgehend antiken Fallrechtsquellen auch unabhängig von solch offenen Gerechtigkeitswertungen genug **Spielraum**, um gewünschte Ergebnisse zu rechtfertigen. Schon aus diesem Grund war eine darüber hinausgehende allgemeine Rechtsmissbrauchslehre, die etwa die *bona fides* und das Schikaneserbot zusammengesetzt hätte<sup>371</sup>, wohl nicht notwendig<sup>372</sup>.