

# Die Beachtlichkeit von Gebräuchen nach § 10 AT ZGB aus deutscher und europäischer Perspektive

Phillip Hellwege<sup>1</sup>

## Abstract

Nach § 10 AT ZGB darf auf Gebräuche nur im Fall von Gesetzeslücken zurückgegriffen werden. Die Auslegung dieser auf den ersten Blick leicht zu fassenden Vorschrift wirft Probleme auf. Der Beitrag erarbeitet vergleichend einen Auslegungsvorschlag. Danach erfasst § 10 im Unterschied zu § 142 AT ZGB allein Gewohnheitsrecht, nicht aber faktische Bräuche und Sitten. Vorzugswürdig ist zudem eine Auslegung, nach der Gewohnheitsrecht als gleichrangige Rechtsquelle anerkannt wird, sich also auch in Widerspruch zum dispositiven Recht bilden kann – ob eine solche Auslegung aber mit dem Wortlaut von § 10 AT ZGB noch vereinbar ist, bleibt dem Urteil chinesischer Juristen überlassen.

§ 10 des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China (AT ZGB)<sup>2</sup> ordnet an, dass auf Gebräuche nur im Fall von Gesetzeslücken zurückgegriffen werden darf. Der Beitrag erarbeitet vergleichend einen Auslegungsvorschlag für diese Norm.

## I. Gebräuche im Bürgerlichen Recht und Handelsrecht

Die Beachtlichkeit von Gebräuchen nach § 10 chinesischem AT ZGB aus deutscher Perspektive zu beleuchten, bereitet Probleme, ist doch unklar, welche Entsprechung § 10 im deutschen Recht findet. Die Identifizierung einer Entsprechung ist für einen sinnhaften Rechtsvergleich indes unerlässlich. Der Verweis auf Gebräuche lässt den deutschen Leser zuerst an § 157 BGB, § 346 HGB denken. Stellt man beide Vorschriften § 10 AT ZGB gegenüber, entstehen jedoch Zweifel, ob es sich wirklich um Entsprechungen handelt. § 10 AT ZGB lautet:

„Die Behandlung ziviler Streitigkeiten muss gemäß dem Gesetz [erfolgen]; soweit das Gesetz keine Bestimmung enthält, können Gebräuche angewendet werden, jedoch darf nicht der öffentlichen Ordnung [und] den guten Sitten zuwidergehandelt werden.“

§ 10 AT ZGB und § 157 BGB, § 346 HGB weisen zumindest eine Parallele auf. Sie dienen gleichermaßen auch der Lückenfüllung. Aber hier enden die Gemeinsamkeiten: (1) Nach § 10 AT ZGB sollen Gebräuche Gesetzeslücken schließen. Nach § 157 BGB, § 346 HGB können sie im Rahmen der Auslegung dazu herangezogen werden, um Vertragslücken zu schließen. (2) Anders als nach § 10 AT ZGB ist die Bedeutung von Gebräuchen im Rahmen von § 157 BGB, § 346 HGB nicht auf eine solche Lückenfüllung beschränkt. Es geht

in erster Linie um die Ermittlung des Parteiwillens. (3) Nach § 10 AT ZGB darf auf Gebräuche nur zurückgegriffen werden, wenn Gesetzeslücken bestehen. Ein Rückgriff ist mithin ausgeschlossen, wenn Gesetzesrecht existiert. Der Normtext macht dabei keinen Unterschied zwischen zwingendem und dispositivem Recht. Prima facie können sich Gebräuche im Rahmen von § 10 AT ZGB damit auch gegenüber dem dispositiven Recht nicht durchsetzen, eine Auslegung, auf die an späterer Stelle noch eingegangen wird. Dagegen ist anerkannt, dass Verkehrssitte und Handelsbrauch im Sinne von § 157 BGB, § 346 HGB dem Dispositivrecht vorgehen. Sie finden ihre Grenzen nur im zwingenden Recht.<sup>3</sup> (4) Schließlich sind § 157 BGB, § 346 HGB schon ihrem Wortlaut nach als Auslegungsvorschriften zu verstehen. Dagegen zeigt § 10 AT ZGB dem Richter auf, welche Normen er zur Lösung einer zivilrechtlichen Streitigkeit heranziehen darf. § 10 AT ZGB behandelt damit ein Rechtsquellenproblem. Die Unterschiede zwischen § 10 AT ZGB und § 157 BGB, § 346 HGB sind damit zu groß, als dass sie vergleichend in Beziehung zueinander gesetzt werden können. Zudem finden § 157 BGB, § 346 HGB ihre Entsprechung in § 142 AT ZGB und § 125 chinesisches Vertragsgesetz (VG)<sup>4</sup>. So wie § 157 BGB, § 346 HGB auf Verkehrssitten und Handelsbräuche Bezug nehmen, verweist § 142 AT ZGB auf Gebräuche und § 125 VG auf Verkehrssitten.

Neben § 157 BGB verweist auch § 242 BGB auf Verkehrssitten. Die Verkehrssitte hat in beiden Vorschriften jedoch eine unterschiedliche Funktion.<sup>5</sup> Und auch § 242 BGB entspricht nicht § 10 AT ZGB, dient § 242 BGB doch nicht in erster Linie der Schließung von Gesetzeslücken. § 242 BGB entspricht vielmehr den

<sup>3</sup> Siehe nur Karsten Schmidt, in: Münchener Kommentar zum HGB, Bd. 5, 4. Auflage, München 2018, § 346 Rn. 37 f.

<sup>4</sup> Vertragsgesetz, 中华人民共和国合同法, erlassen am 15.3.1999, chinesische Fassung siehe New Law and Regulations Monthly [新法规月刊] 1999, Nr. 4, S. 4 ff.; deutsche Übersetzung von Frank Münzel in: Chinas Recht, 15.3.99/1.

<sup>5</sup> Allgemein Jan Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 7. Auflage, München 2015, § 157 Rn. 4, 16.

<sup>1</sup> Prof. Dr., M.Jur. (Oxon.); Universität Augsburg.

<sup>2</sup> 中华人民共和国民法总则 v. 15.3.2017, Volkszeitung (人民日报) v. 19.3.2017, S. 1, deutsche Übersetzung von Nils Klages/Peter Leibkühler/Knut Benjamin Pfister, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff.

§§ 6, 7 AT ZGB. §§ 6, 7 AT ZGB verzichten auf einen ausdrücklichen Verweis auf Verkehrssitten. Das zu § 242 BGB Gesagte gilt auch für § 138 BGB. Seine Entsprechung findet § 138 BGB nicht in § 10 AT ZGB, sondern in § 8 AT ZGB. § 138 BGB und § 8 AT ZGB sprechen gleichermaßen nicht einfach von Sitten und Gebräuchen, sondern von guten Sitten.

Im deutschen Recht findet sich eine Bezugnahme auf Gewohnheiten und Gebräuche schließlich noch in § 310 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zieht der Gestaltungsfreiheit des AGB-Verwenders Grenzen. Wenn AGB einem Unternehmer gegenüber verwendet werden, ist bei Bestimmung dieser Grenzen nach § 310 Abs. 1 S. 2 BGB auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Auch § 310 Abs. 1 S. 2 BGB ist damit nicht das Korrelat zu § 10 AT ZGB. Im AT ZGB findet sich überhaupt keine Entsprechung zu § 310 Abs. 1 S. 2 BGB. Die allgemeine Vorschrift zur Inhaltskontrolle von AGB ist vielmehr § 39 VG.

In der Gesamtschau wird im deutschen bürgerlichen Recht und Handelsrecht damit in unterschiedlichen Kontexten auf Sitten und Gebräuche Bezug genommen. Eine Entsprechung des § 10 AT ZGB findet sich dabei nicht. Auf Ebene der europäischen und internationalen Privatrechtsharmonisierung ergibt sich ein ähnliches Bild, wie beispielhaft die Principles of European Contract Law (PECL)<sup>6</sup> zeigen. Bräuche können bei der Auslegung berücksichtigt werden (Art. 5:102 PECL), sie können Einfluss darauf haben, ob und wie eine Annahme zu erklären ist (Art. 2:205 PECL), sie können herangezogen werden, um den Maßstab der Angemessenheit zu konkretisieren (Art. 1:302 PECL), und es findet sich eine Vorschrift mit ihren Anwendungsvoraussetzungen (Art. 1:105 PECL). Und auch die PECL enthalten keine Vorschrift, die explizit macht, dass Bräuche zur Füllung von Gesetzeslücken herangezogen werden können.

Dieser Abschnitt diene einer Annäherung an das Thema dieses Beitrages. Sein Ertrag lässt sich wie folgt zusammenfassen: (1) Gebräuche sind im bürgerlichen Recht und Handelsrecht in unterschiedlichen Kontexten zu beachten. (2) Die Fragen, was unter Gebräuchen zu verstehen ist, unter welchen Voraussetzungen sie Beachtung finden und welche Funktionen sie haben, sind für jeden Kontext gesondert zu beantworten. (3) § 10 AT ZGB hat keine unmittelbare Entsprechung im geltenden deutschen Recht und im europäischen Privatrecht. Aus dieser Zusammenfassung ergibt sich der Gang der weiteren Darstellung. Die gerade aufgeworfenen Fragen werden für die einzelnen Kontexte, in denen Gebräuche zu beachten sind, beantwortet. Vor diesem Hintergrund wird es möglich sein, die Normaussage von § 10 AT ZGB zu präzisieren.

Auch wenn sich keine Parallelvorschrift zu § 10 AT ZGB im geltenden deutschen Recht findet, so muss

<sup>6</sup> Ole Lando/Hugh Beale (Hrsg.), Principles of European Contract Law. Parts I and II, Dordrecht 2000.

auf einen vergleichenden Ansatz nicht verzichtet werden. Im Schrifttum wird nämlich darauf verwiesen, dass § 10 AT ZGB „nach dem Vorbild des Art. 1 des schweizerischen ZGB geschaffen wurde“.<sup>7</sup> Zudem kommt ein Vergleich mit Art. 1 ADHGB (1861) und § 10 ABGB in Frage. Sie definieren ebenfalls das Verhältnis von Gewohnheiten zum Gesetzesrecht.

## II. Sitten und Gebräuche im Rahmen der Auslegung

Sitten und Bräuche können im Rahmen der Auslegung herangezogen werden.

### 1. Die natürliche Auslegung

Versteht man als Aufgabe der natürlichen Auslegung, den wirklichen Willen der Parteien zu ermitteln,<sup>8</sup> steht § 133 BGB im Vordergrund. Ist der wirkliche Wille der Parteien, auf Grundlage von Verkehrssitte oder Handelsbrauch zu kontrahieren, erwiesen, so bestehen an ihrer Beachtlichkeit keine Zweifel. Im Vertrag verwendete Begriffe werden sodann in ihrem Sinne verstanden. Und sie gelten unmittelbar als Bestandteil des Vertrages. Und als solcher können sie sich über das dispositive Recht hinwegsetzen. Besondere Voraussetzungen müssen sie dabei für ihre Beachtlichkeit nicht erfüllen: steht fest, dass die Parteien auf ihrer Grundlage kontrahieren wollen, reichen bloße faktische Sitten und Bräuche aus. Das alles ist selbstverständlich und gilt auch für die Instrumente der Privatrechtsharmonisierung, bei denen die subjektive Auslegung regelmäßig an den Anfang der Auslegungsvorschrift gestellt wird, so in Art. 5:101(1) PECL.

### 2. Die normative Auslegung

Die Normen, die die normative Auslegung behandeln, unterscheiden sich in ihrer praktischen Anwendung kaum voneinander. § 157 BGB, § 346 HGB verweisen auf Verkehrssitte und Handelsbrauch. Für das chinesische Recht heißt es in § 142 Abs. 1 AT ZGB:

„Bei der Auslegung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung muss anhand des verwendeten Wortlauts unter Einbeziehung relevanter Klauseln, der Natur und des Zwecks der Handlung, der Gebräuche und des Grundsatzes von Treu und Glauben der Inhalt der Willenserklärung bestimmt werden.“

Daneben gilt § 125 VG fort:

„Wenn zwischen den Parteien Streit über die Auslegung von Vertragsklauseln besteht, muss der wahre Sinn der Klauseln aufgrund

<sup>7</sup> BU Yuanshi, Die Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuches – ausgewählte Fragen, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 183–202, 187.

<sup>8</sup> Zum Begriff der natürlichen Auslegung siehe Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Tübingen 2016, Rn. 512.

der Wortwahl im Vertrag, der einschlägigen Klauseln des Vertrags, der Vertragsziele, der Verkehrssitte und nach Treu und Glauben bestimmt werden. [...]"

Auf europäischer Ebene bestimmt Art. 5:102 PECL:

"In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to: ... (f) usages; (g) good faith and fair dealing."

Die Beispiele ließen sich fortsetzen. Zwischen den Formulierungen bestehen Unterschiede. So sprechen die Vorschriften mal von Verträgen, mal von Willenserklärungen und mal von Handlungen und Unterlassungen als Auslegungsgegenstand. Doch wirken sich diese Unterschiede nicht auf die Anwendung der Vorschriften aus. Auch der Unterschied, dass mal von Gewohnheiten und Gebräuchen, mal von Verkehrssitte gesprochen wird, ist ohne Bedeutung. Zudem stehen nach § 142 AT ZGB und nach Art. 5:102 PECL Gebräuche selbständig neben dem Grundsatz von Treu und Glauben, wohingegen § 157 BGB seinem Wortlaut nach Treu und Glauben in den Vordergrund rückt und § 346 HGB auf eine Nennung von Treu und Glauben ganz verzichtet. Aber auch diese Unterschiede sind ohne praktische Bedeutung.

Allen genannten Normen liegt vielmehr der Gedanke zugrunde, dass die Parteien bei Vertragsschluss das Übliche selbstverständlich mitgedacht haben. Alle Normen gehen daher von der Vermutung aus, dass die Parteien das Übliche ebenfalls wollten und ihren Vertrag entsprechend verstanden wissen wollen. Die Berücksichtigung von Bräuchen im Rahmen der Auslegung führt so zu einer Entlastungsfunktion. Die Parteien müssen das als selbstverständlich Mitgedachte nicht noch explizit machen. Zudem vertrauen die Parteien regelmäßig darauf, dass ihr Gegenüber in Kenntnis des Üblichen kontrahiert hat und sich an das Übliche hält. Die Berücksichtigung von Verkehrssitte und Handelsbrauch dient damit auch dem Vertrauensschutz.

Die Normen folgen also einem einheitlichen Gedanken. Doch gibt es im Vergleich einen Unterschied, der die Frage nach den Entstehungsvoraussetzungen, der Geltung und der Natur von Sitten und Bräuchen betrifft. Gelten beide (quasi-)normativ oder vertraglich?<sup>9</sup> Nach der Normentheorie – geeigneter ist der Begriff normativierender Theorie, denn mit Rechtsnormen (etwa im Sinne von Art. 2 EGBGB) stellt auch diese Theorie Sitten und Bräuche nicht gleich – sollen beide kenntnisunabhängig, also (quasi-)normativ gelten. Nach der Vertragstheorie sollen sie ihre Wirkung nur entfalten, wenn unterstellt werden kann, dass die Parteien den Brauch oder die Sitte zur Anwendung kommen lassen wollten. Ein wirklicher Wille ist dabei, wie auch sonst im Rahmen der Auslegung, nicht nötig.

<sup>9</sup> Umfassend zu beiden Theorien mit zahlreichen Nachweisen *Phillip Hellwege*, Handelsbrauch und Verkehrssitte, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 214 (2014), S. 854–887.

Mit der normativierenden Theorie geht eine Differenzierung einher. Denn nicht jeder faktische Brauch darf quasi-normativ gelten. Die Vertreter dieser Theorie nehmen eine Dreiteilung vor. Auf der einen Seite steht das Handelsgewohnheitsrecht. Es ist Rechtsquelle und entsteht durch Übung sowie die Überzeugung der Beteiligten, dass diese Übung rechtlich geboten ist. Auf der anderen Seite steht eine bloß faktische Übung, die ihre Wirkung nur entfaltet, wenn die Parteien in ihrer Kenntnis kontrahiert haben. Zwischen beiden sollen Verkehrssitte und Handelsbrauch im Sinne von § 157 BGB, § 346 HGB stehen. Beide seien zwar keine Rechtsnormen, so dass sie ihre Wirkung auch nicht aus sich heraus entfalten können. Sie entfalten ihre Wirkung vor allem durch Vermittlung von Gesetz, etwa § 157 BGB, § 346 HGB, die daher als Transformationsnormen bezeichnet werden. Dafür sei eine Kenntnis der Parteien von der Verkehrssitte und vom Handelsbrauch nicht erforderlich. Für die Entstehung von Verkehrssitte und Handelsbrauch sei in Abgrenzung zu rein faktischen Übungen nicht ausreichend, dass sie faktisch beachtet werden. Ihre Entstehung hat neben der gleichmäßigen Übung über einen angemessenen Zeitraum hinweg noch zur Voraussetzung, dass sie vom beteiligten Verkehrskreis als maßgeblich gebilligt werden.

Im Kern unterscheiden sich normativierende Theorie und Vertragstheorie damit in der Verortung eines subjektiven Elements. Die Vertragstheorie erfordert kein subjektives Element auf Ebene der Entstehungsvoraussetzungen. Sie versteht Verkehrssitte und Handelsbrauch rein faktisch. Sie stellt mit dem Kennenmüssen aber eine subjektive Anwendungsvoraussetzung auf. Die normativierende Theorie kennt mit der Billigung als maßgeblich eine subjektive Entstehungsvoraussetzung. Freilich muss diese nicht bei den konkreten Parteien vorliegen. Auf Ebene der Anwendungsvoraussetzung verzichtet die normativierende Theorie auf ein subjektives Element.

Vom deutschen Recht wird behauptet, es folge der normativierenden Theorie. Das ist jedoch eine Vereinfachung: sie ist vorherrschend, aber nicht unbestritten. Auch in anderen Rechten, von denen behauptet wird, sie würden eher zur einen oder anderen Theorie tendieren, existiert regelmäßig ein weitgefächertes Meinungsspektrum. In der europäischen und internationalen Vertragsrechtsharmonisierung ist zwar ein Trend hin zur normativierenden Theorie erkennbar, aber auch hier ist sie nicht unbestritten.<sup>10</sup>

Die Vertragstheorie ist entgegen der vorherrschenden Meinung jedoch vorzugswürdig. Die wichtigsten Gründe lassen sich kurz zusammenfassen:<sup>11</sup> (1) Die normativierende Theorie bejaht die Geltung etwa eines Handelsbrauchs selbst dann, wenn erwiesen ist, dass beide Parteien in seiner Unkenntnis kontrahiert haben. Doch wird seine Geltung auch mit Vertrauensschutz-

<sup>10</sup> Umfassend *Phillip Hellwege*, Understanding Usage in International Contract Law Harmonization, in: *American Journal of Comparative Law* 66 (2018), S. 127–174.

<sup>11</sup> Vgl. die Diskussionen bei *Phillip Hellwege* (Fn. 9), S. 862–869; *idem* (Fn. 10), S. 150–159.

aspekten begründet. Ist aber erwiesen, dass beide Parteien in seiner Unkenntnis kontrahiert haben, dann besteht kein schutzwürdiges Vertrauen an seiner Befolgung. Zudem ist kein Grund ersichtlich, warum der Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* nicht gelten sollte. (2) Zieht man Verkehrssitten und Handelsbräuche im Rahmen der Auslegung heran, um den normativen Willen zu ermitteln, dann ist widersprüchlich, sie vollkommen kenntnisunabhängig anzuwenden, also selbst dann, wenn eine Partei sie nicht kennen musste. Die normativierende Theorie verzichtet ja selbst auf ein solches Kennenmüssen. Gelten sie aber in diesem Sinne kenntnisunabhängig, dann lassen sie auf Grundlage der normativen Auslegung keinen Rückschluss auf einen normativen Willen zu. Als Auslegungsmittel sind sie dann ungeeignet. (3) Weiterhin handelt es sich bei der normativierende Theorie um nichts anderes als ein dogmatisches Rudiment, das sich historisch aus der inzwischen veralteten Erklärungstheorie entwickelt hat und damit mit unserer modernen normativen Auslegung nicht in Einklang zu bringen ist. (4) Die Berücksichtigung von Verkehrssitten und Handelsbräuchen im Rahmen der normativen Auslegung ist schließlich auch möglich, wenn man sie im Sinne der Vertragstheorie als faktische Übungen versteht. Dann stehen sie mit den übrigen Auslegungsmitteln auf einer Stufe, die ebenfalls nur herangezogen werden können, wenn sie beide Parteien zumindest kennen mussten. Haben beide Parteien in ihrer Unkenntnis kontrahiert, dann können sie nicht herangezogen werden, selbst wenn beide Parteien sie hätten kennen müssen, denn insoweit geht die natürliche Auslegung vor.

### 3. Handeln oder Unterlassen als Willenserklärung

§ 157 BGB, § 346 HGB können auch die Frage betreffen, ob ein Handeln oder Unterlassen als Willenserklärung verstanden werden darf. Auch das ist eine Auslegungsfrage,<sup>12</sup> und auch hier können Sitten und Bräuche eine Rolle spielen. Prima facie zieht § 140 AT ZGB Sitten und Bräuchen hier engere Grenzen:

„Der Handelnde kann Willenserklärungen ausdrücklich oder stillschweigend abgeben. Schweigen kann nur dann als Willenserklärung angesehen werden, wenn es das Gesetz bestimmt, es die Parteien vereinbaren oder wenn dies nach den früheren geschäftlichen Gebräuche[n] zwischen den Parteien üblich war.“

Nach § 140 AT ZGB reicht eine Verkehrssitte, die Schweigen als Willenserklärung deutet, nicht aus. Es muss ein entsprechender Geschäftsgebrauch zwischen den konkreten Parteien bestehen. Freilich ist auch das deutsche Recht zurückhaltend, einem Schweigen einen Erklärungswert beizumessen.<sup>13</sup> Das leitet zu § 151

S. 1 BGB über, der auf den ersten Blick § 140 AT ZGB entspricht. Doch bestehen zwischen beiden Normen Unterschiede. Zum einen reicht bei § 151 S. 1 BGB eine Verkehrssitte aus. Ein Geschäftsgebrauch zwischen den Parteien wird gerade nicht gefordert. Umgekehrt genügt nach § 151 S. 1 BGB ein bloßes Schweigen nicht. Der Annehmende muss eine Handlung vornehmen, die als Erklärung gedeutet werden kann. Die Verkehrssitte hat nur die Wirkung, dass auf ihren Zugang verzichtet wird.

### 4. Die ergänzende Auslegung

Die ergänzende Auslegung greift immer ein, wenn ein Vertrag eine auch durch die normative Auslegung nicht zu schließende Lücke enthält.<sup>14</sup> Die dogmatische Einordnung der ergänzenden Auslegung ist strittig.<sup>15</sup> Welche Bedeutung Sitten und Bräuche im Rahmen der ergänzenden Auslegung haben, ist nicht einfach zu beantworten, wird diese Frage in der Lehrbuch- und Kommentarliteratur doch kaum vertieft erörtert.<sup>16</sup>

(1) Die normative Auslegung geht der ergänzenden Auslegung vor.<sup>17</sup> Im Rahmen der normativen Auslegung können Sitten und Bräuche herangezogen werden, wenn die Parteien sie kennen mussten, beziehungsweise solange feststeht, dass nicht beide Parteien in ihrer Unkenntnis kontrahiert haben. Die Heranziehung von Sitten und Bräuchen im Rahmen der ergänzenden Auslegung ist damit auf Fälle beschränkt, in denen beide Parteien den Vertrag in ihrer Unkenntnis geschlossen haben, in denen von zumindest einer Partei eine Kenntnis nicht erwartet werden konnte oder in denen mindestens eine der Parteien nicht in ihren Anwendungsbereich fällt.

(2) Eine Vertragslücke als Voraussetzung der ergänzenden Auslegung soll ausgeschlossen sein, wenn sie bereits durch das dispositive Recht interessengerecht geschlossen wird.<sup>18</sup> Sollten im Rahmen der ergänzenden Auslegung zur Lückenschließung Sitten und Bräuche herangezogen werden, so stellt sich ihr Verhältnis zum dispositiven Recht daher anders dar als im Rahmen der natürlichen oder normativen Auslegung. Bei der natürlichen und normativen Auslegung gehen Sitte und Brauch als Vertragsinhalt dem dispositiven Recht vor. Für die ergänzende Auslegung ist nur dann Raum, wenn das dispositive Recht kein sach- und interessengerechtes Ergebnis bereithält. Nur in diesem Fall kann überhaupt auf Sitte und Brauch im Rahmen der ergänzenden Auslegung zurückgegriffen werden.

(3) So wie das dispositive Recht der ergänzenden Auslegung vorgeht, so ist für die ergänzende Ausle-

<sup>14</sup> Statt aller Jan Busche (Fn. 5), § 157 Rn. 26, 38.

<sup>15</sup> Vgl. Herbert Roth, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2015, § 157 Rn. 8. Ablehnend insgesamt Manfred Wolff/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage, München 2016, § 35 Rn. 68.

<sup>16</sup> Vgl. Jan Busche (Fn. 5), § 157 Rn. 52–54; Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin 1992, S. 324.

<sup>17</sup> Herbert Roth (Fn. 15), § 157 Rn. 5.

<sup>18</sup> Vgl. Jan Busche (Fn. 5), § 157 Rn. 39, 45 f.

<sup>12</sup> Statt aller Reinhard Singer, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2017, § 133 Rn. 25.

<sup>13</sup> Dieter Medicus/Jens Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Heidelberg 2016, Rn. 392.

gung kein Raum, wenn eine vermeintliche Vertragslücke bereits im Rahmen der normativen Auslegung unter Rückgriff auf Sitte und Brauch sachgerecht geschlossen werden kann. Für die ergänzende Auslegung ist also nur Raum, wenn die Beachtung von Verkehrssitte und Handelsbrauch im Rahmen der normativen Auslegung zu einem nicht sachgerechten Ergebnis führt, das dem mutmaßlichen Willen der Parteien widerspricht. In einem solchen Fall wäre es schlicht widersinnig, eben diese Sitte oder diesen Brauch im Rahmen der ergänzenden Auslegung zu berücksichtigen. Ein Rückgriff auf beide im Rahmen der ergänzenden Auslegung ist dann ausgeschlossen.

(4) Die ergänzende Vertragsauslegung hat ein anderes Ziel als die normative Auslegung. Es geht nicht um die Ermittlung des normativen, sondern des hypothetischen Parteiwillen:<sup>19</sup> „Es ist darauf abzustellen, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.“ Nur wenn die Heranziehung von Verkehrssitte und Handelsbrauch nach diesen Grundsätzen angemessen ist, dürfen sie im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung Berücksichtigung finden. Hier dreht sich das Verhältnis von Sitte und Brauch einerseits und Angemessenheitsprüfung andererseits also um. Im Rahmen der normativen Auslegung dürfen beide nicht treuwidrig sein, um herangezogen werden zu können. Im Rahmen der ergänzenden Auslegung sollen sie dagegen nur Beachtung finden, wenn das so erzielte Ergebnis einer angemessenen Abwägung der Interessen der Parteien entspricht.

In der Gesamtschau wird eine Sitte im Rahmen der ergänzenden Auslegung also in den Fällen zu beachten sein, in denen dispositives Recht fehlt oder lückenhaft ist,<sup>20</sup> in denen sich aufgrund dessen eine angemessene Sitte etabliert hat, welche beide Parteien indes nicht kannten, welche zumindest eine Partei nicht kennen musste oder von deren persönlichen Anwendungsbereich sie nicht erfasst ist, deren Anwendung im konkreten Fall aber zu einem redlichen Interessenausgleich führt.

## 5. Zwischenfazit

Werden Sitten und Bräuche im Rahmen der Auslegung herangezogen, kommt ihnen keine quasi-normative Funktion zu. Sie sind weder Rechtsnormen noch außerrechtliche Normen. Sie werden als rein faktische Begebenheiten berücksichtigt. Im Rahmen der normativen Auslegung basiert ihre Heranziehung auf der Vermutung, dass die Parteien bei ihrem Vertragsschluss das Übliche selbstverständlich mitgedacht haben. Zudem basiert ihre Beachtlichkeit auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes. Anders liegt der Fall im Rahmen der ergänzenden Auslegung. Hier finden

Sitten und Bräuche nicht deshalb Anwendung, weil davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien das Übliche mitgedacht haben. Auch der Gedanke des Vertrauensschutzes ist nicht einschlägig.

## III. Die Konkretisierung der Grenzen der Privatautonomie und des vertraglichen Pflichtenprogramms

Sitten und Gebräuche bilden den Rahmen privatautonomes Handelns. Daher werden sie im Rahmen der Auslegung beachtet. Aber auch das Recht selbst kann Sitten und Gebräuche nicht ausblenden, und zwar selbst dann nicht, wenn es darum geht, die Grenzen der Privatautonomie zu bestimmen. Dass Sitten und Gebräuche auch hier eine Rolle spielen, machen die verschiedenen Normtexte zum Teil explizit. Freilich können Sitten und Gebräuche die Grenzen der Privatautonomie nicht unmittelbar bestimmen. Das ist dem Gesetzesrecht vorbehalten. Doch verwendet das Recht dazu oft unbestimmte Rechtsbegriffe. Zu ihrer Konkretisierung kann auf Sitten und Gebräuche zurückgegriffen werden. Darüber hinaus kann auf Sitten und Gebräuche zur Konkretisierung des vertraglichen Pflichtenprogramms zurückgegriffen werden.

### 1. Treu und Glauben nach § 242 BGB und die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB

§ 138 BGB zieht dem Rechtsgeschäft Grenzen, § 242 BGB der Ausübung von Rechten.<sup>21</sup> Zudem können durch Rückgriff auf § 242 BGB bestehende Pflichten konkretisiert oder Pflichten begründet werden.<sup>22</sup> Ihre Entsprechungen finden §§ 242, 138 Abs. 1 BGB in §§ 6–8 AT ZGB. Die nach §§ 6–8 AT ZGB relevanten Maßstäbe sind die Grundsätze der Gerechtigkeit und von Treu und Glauben, die Maßstäbe der Ehrlichkeit und der Gewissenhaftigkeit, Gesetze, die öffentliche Ordnung und die guten Sitten. Doch welcher Bezug besteht zum Thema dieses Beitrages? Welche Rolle spielen also Sitten und Bräuche bei Anwendung dieser Normen?

Mit Blick auf das deutsche Recht lässt sich zunächst negativ feststellen, dass mit den guten Sitten in § 138 Abs. 1 BGB etwas anderes gemeint ist als mit der Verkehrssitte in § 157 BGB. Bloß faktische Sitten sind in § 138 Abs. 1 BGB nicht gemeint. Die guten Sitten sind ebenso wie Treu und Glauben, aber anders als die Verkehrssitten und Handelsbräuche ethische und moralische Maßstäbe.<sup>23</sup> Positiv lässt sich für § 242 BGB festhalten, dass es selbstverständlich ist, dass faktische Gebräuche und Gewohnheiten berücksichtigt werden können, um den Maßstab von Treu und Glauben zu konkretisieren. *Claudia Schubert* schreibt:<sup>24</sup> „Zudem trägt sie [die Verkehrssitte] zur Präzisierung

<sup>21</sup> Vgl. *Christian Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 7. Auflage, München 2015, § 138 Rn. 1; *Claudia Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 7. Auflage, München 2016, § 242 Rn. 84; *Rolf Sack/Philipp S. Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2017, § 138 Rn. 1, 32.

<sup>22</sup> *Claudia Schubert* (Fn. 21), § 242 Rn. 83.

<sup>23</sup> *Christian Armbrüster* (Fn. 21), § 138 Rn. 1, 11.

<sup>24</sup> *Claudia Schubert* (Fn. 21), § 242 Rn. 13.

<sup>19</sup> *Jürgen Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, München 2018, § 157 Rn. 7.

<sup>20</sup> So in den Fällen moderner Vertragstypen: *Herbert Roth* (Fn. 15), § 157 Rn. 27.

des Inhalts von Treu und Glauben bei.“ Und auch im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB spielen rein faktische Sitten bei der Konkretisierung der guten Sitten eine Rolle.<sup>25</sup> Freilich ist das Wechselspiel zwischen Treu und Glauben und den guten Sitten einerseits und Gewohnheiten und Gebräuchen andererseits komplex. Klar ist etwa, dass die guten Sitten nicht statistisch erhoben oder aus faktischen Bräuchen unmittelbar geschlossen werden können. Es gibt eben auch allgemeine Unsitten.<sup>26</sup>

Zudem lässt sich mit Blick auf § 138 Abs. 1 BGB feststellen, dass in einigen Fallgruppen Gewohnheiten und Gebräuche bei Konkretisierung des Begriffs der guten Sitten völlig unbedeutend sind, so bei der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Ebenbürtigkeitsklauseln.<sup>27</sup> Hier war es ohne Bedeutung, dass solche Klauseln beim deutschen Hochadel wohl üblich sind. Vielmehr standen verfassungsrechtliche Erwägungen im Vordergrund, so die grundrechtlich geschützte Eheschließungsfreiheit. Und in der Tat ist es höherrangiges Recht, vor allem die Grundrechte und sonstige verfassungsrechtliche Wertungen, das bei der Konkretisierung der guten Sitten von Bedeutung ist.<sup>28</sup> Faktische Sitten spielen praktisch eine untergeordnete Rolle. Gleiches gilt für die Bedeutung der Verkehrssitte bei der Konkretisierung des Maßstabs von Treu und Glauben bei § 242 BGB. Auch hier stehen verfassungsrechtliche Wertungen im Vordergrund.<sup>29</sup>

Doch existieren Fallgruppen, in denen faktische Sitten und Bräuche durchaus eine Rolle spielen, so etwa bei der Fallgruppe der Geliebtentestamente.<sup>30</sup> Sie wurden lange Zeit als sittenwidrig angesehen. Heute geht die herrschende Lehre von ihrer Wirksamkeit aus. Ihre Wirksamkeit allein mit Verweis auf das Prostitutionsgesetz zu begründen, ist zu vordergründig. Nicht nur die rechtliche Erfassung der Prostitution hat sich gewandelt, so dass ein Rückschluss auf die Zulässigkeit von Geliebtentestamente geboten ist. Vielmehr haben sich die gelebte Sexualmoral und die gelebten Familienmodelle insgesamt verändert. Das Prostitutionsgesetz ist nur Ausdruck und Folge dieses Wandels. Dass sich Sitten, Gebräuche und Gewohnheiten gewandelt haben, ist für sich genommen freilich nicht ausreichend. Prostitution gab es ebenso wie Geliebte schon immer. Wichtig ist, dass sich mit der gelebten Sexualmoral und den gelebten Familienmodellen zugleich die gesellschaftliche Akzeptanz außerehelicher Beziehungen geändert hat. Mit Blick auf § 242 BGB ergibt sich nichts anderes. Seinem Wortlaut nach betrifft § 242 BGB zunächst einmal die Frage, wie ein Schuldner seine Leistung bewirken muss. Was der Rechtsverkehr

von einem Schuldner nach Treu und Glauben erwarten darf, wird aber auch durch die Gebräuche und Gewohnheiten des Rechtsverkehrs mitgeprägt.

## 2. Reasonableness nach Art. 1:302 PECL

Dass Sitten und Gebräuche zur Konkretisierung von Gerechtigkeits- und Fairneßmaßstäben, die die Grenzen privatautonomen Handelns festlegen und die das vertragliche Pflichtenprogramm näher bestimmen, herangezogen werden können, machen auf europäischer Ebene beispielhaft die PECL für den Maßstab der *reasonableness* in Art. 1:302 explizit.<sup>31</sup>

## 3. Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Im deutschen Recht macht § 310 Abs. 1 S. 2 BGB explizit, dass Gewohnheiten und Gebräuche im Rahmen der Inhaltskontrolle von AGB Beachtung finden können. Die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche können die Grenzen dessen, was eine Partei der anderen in AGB zumuten darf, verschieben. Im Kern geht es um die Auslegung des Begriffs der unangemessenen Benachteiligung in § 307 Abs. 1 BGB. Doch gilt dies nach deutschem Recht nur für den Handelsverkehr. Die Einzelheiten sind umstritten.<sup>32</sup> Im chinesischen Recht findet sich die allgemeine Vorschrift zur Inhaltskontrolle von AGB in § 39 VG.<sup>33</sup> Zwar nennt § 39 S. 1 VG nicht ausdrücklich Gebräuche, doch scheint gesichert zu sein, dass bei Konkretisierung des Gerechtigkeitsgrundsatzes im Handelsverkehr Handelsbräuche beachtet werden.<sup>34</sup> Über § 310 Abs. 1 S. 2 BGB und § 39 S. 1 VG scheint auf europäischer Ebene etwa Art. II-9:405 DCFR hinauszugehen:

“A term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.”

Art. II-9:405 DCFR scheint Sitten und Gebräuchen unmittelbar Leitbildfunktion zukommen zu lassen.

<sup>31</sup> Vgl. zu Art. 1:302 PECL und zu vergleichbaren Vorschriften in anderen Texten zur europäischen und internationalen Vertragsrechtsharmonisierung Jan Peter Schmidt, in: Nils Jansen/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018, Art. 1:302 Rn. 1–9.

<sup>32</sup> Siehe Phillip Hellwege, Die Inhaltskontrolle der §§ 307–309 BGB enthalten zwei Formen der Inhaltskontrolle, in: Juristenzeitung 2015, S. 1130–1138.

<sup>33</sup> Zur Funktion von § 39 chinesisches VG siehe WANG Jianyi, Die deutsche AGB-Kontrolle und nicht im Einzelnen ausgehandelte Klauseln im europäischen Vertragsrecht, Göttingen 2015, S. 129; LIU Peipei, Die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und formularmäßigen Vertragsklauseln im deutsch-chinesischen Vergleich, Frankfurt am Main 2016, S. 42; SHI Ping, Die Prinzipien des chinesischen Vertragsrechts, Frankfurt am Main 2005, S. 71.

<sup>34</sup> Vgl. Lennart Kriebel, Die AGB-Kontrolle in der VR China, Freiburg 2015, S. 20.

<sup>25</sup> So ausdrücklich für das österreichische Recht Georg E. Kodek, in: Peter Rummel/Meinhard Lukas (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 4. Auflage, Wien 2015, § 10 Rn. 3.

<sup>26</sup> Christian Armbrüster (Fn. 21), § 138 Rn. 14.

<sup>27</sup> Rolf Sack/Philipp S. Fischinger (Fn. 21), § 138 Rn. 688–690.

<sup>28</sup> Rolf Sack/Philipp S. Fischinger (Fn. 21), § 138 Rn. 3, 97–99.

<sup>29</sup> Dirk Looschelders/Dirk Olzen, in: Staudinger; Kommentar zum BGB, Berlin 2015, § 242 Rn. 146, 169.

<sup>30</sup> Zum folgenden mit weiteren Nachweisen Christian Armbrüster (Fn. 21), § 138 Rn. 59.

Das wäre bedenklich.<sup>35</sup> Freilich sollen nur gute Handelspraktiken die Grenzen der Gestaltungsfreiheit des AGB-Verwenders bestimmen. Faktische Praktiken reichen nicht aus.

#### 4. Zwischenfazit

Die Beispiele, in denen Sitten und Gebräuche Berücksichtigung finden, wenn es darum geht, die Grenzen privatautonomen Handelns oder das Pflichtenprogramm zu konkretisieren, ließen sich fortsetzen. Die Frage, welche Anforderungen an Sitten und Gebräuche gestellt werden müssen, damit sie auf solche Weise beachtet werden können, stellt sich als wenig problematisch dar. Denn Sitten und Gebräuche können die Grenzen privatautonomen Handelns nicht unmittelbar bestimmen. Das ist dem Gesetzesrecht vorbehalten. Dieses verwendet dazu oftmals unbestimmte Rechtsbegriffe: Treu und Glauben, die guten Sitten, *reasonableness* oder unangemessene Benachteiligung. Zu ihrer Konkretisierung kann auf Sitten und Gebräuche zurückgegriffen werden. Es spricht nichts dagegen dabei rein faktische Gebräuche und Sitten heranzuziehen. Nur dort, wo Gebräuche unmittelbar die Grenzen privatautonomen Handelns bestimmen, reichen rein faktische Gebräuche nicht aus. Dies macht auch Art. II-9:405 DCFR deutlich, der in diesem Zusammenhang ja nicht auf einen *commercial practice*, sondern auf einen *good commercial practice* Bezug nimmt.

#### IV. Die Unmittelbare Anwendbarkeit von Sitten und Gebräuchen

Sitten und Gebräuche können schließlich unmittelbar Geltung beanspruchen, im deutschen Recht aber nur dann, wenn sie zu Gewohnheitsrecht erstarkt sind. Eine Vorschrift, welche die Voraussetzungen der Anwendung von Gewohnheitsrecht definiert, fehlt im geltenden deutschen Recht. Im schweizerischen und im österreichischen Recht existieren solche Vorschriften mit Art. 1 schweizerisches ZGB und § 10 ABGB, und in Deutschland gab es eine solche Vorschrift mit Art. 1 ADHGB (1861).

Die Entstehungsvoraussetzungen von Gewohnheitsrecht sind in Europa im Grundsatz unstrittig. Es entsteht durch eine allgemeine, dauerhafte Übung, die von der Überzeugung der Beteiligten getragen ist, es handele sich um Recht. Im Detail existieren zahlreiche Kontroversen.<sup>36</sup> Im Übrigen umranken den Begriff des Gewohnheitsrechts, dessen Geltungsgrund, Bedeutung und Abgrenzung von anderen Rechtsquellen viele Streitigkeiten.<sup>37</sup> So ist das Verhältnis zum Rich-

terrecht strittig.<sup>38</sup> Und schon die praktische Bedeutung von Gewohnheitsrecht wird uneinheitlich beurteilt. Oft heißt es, Gewohnheitsrecht spiele im deutschen, schweizerischen und österreichischen (Privat-)Recht eine nur untergeordnete Rolle.<sup>39</sup> Dagegen kommt Martin Klose zu dem Schluss, Gewohnheitsrecht sei „auch im heutigen Verfassungsstaat keineswegs bedeutungslos“.<sup>40</sup> Doch ist zweifelhaft, ob es sich bei den von ihm angeführten Beispielen – allgemeines Persönlichkeitsrecht, kaufmännisches Bestätigungsschreiben, Sicherungsübereignung, *actio pro socio*, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Drittschadensliquidation im Falle mittelbarer Stellvertretung und einiges mehr<sup>41</sup> – durchweg um Fälle von Gewohnheitsrecht handelt. Freilich ist eine Auseinandersetzung mit diesen Problempunkten hier nicht angezeigt. Es sollen hier nur die Fragen erörtert werden, die für eine Auslegung von Art. 10 AT ZGB von Bedeutung sein werden, insbesondere die Frage, in welchem Verhältnis Gewohnheitsrecht zum Gesetzesrecht steht.<sup>42</sup> Hier zeigen sich im Rechtsvergleich deutliche Unterschiede.

#### 1. Gewohnheitsrecht als gleichrangige Rechtsquelle

Nach deutschem Verständnis steht das Gewohnheitsrecht gleichrangig neben dem Gesetzesrecht.<sup>43</sup> Das wird zum Teil aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet. Hier werden Gesetz und Recht nebeneinander genannt, und eine Lesart ist, dass mit „Recht“ etwas anderes als Gesetzesrecht gemeint sein müsse. Erfasst werde daher auch das Gewohnheitsrecht.<sup>44</sup> Klose weist zwar zu Recht darauf hin, dass Art. 20 Abs. 3 GG nicht als Geltungsgrund im Sinne einer gesetzgeberischen Gestattungsnorm verstanden werden darf.<sup>45</sup> Aber versteht man unter „Recht“ im Sinne von Art. 20 Abs. 3

<sup>38</sup> Martin Klose (Fn. 36), S. 373; Säcker (Fn. 37), Einl. Rn. 93–95; Bernd Rütters/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 8. Auflage, München 2015, Rn. 232; Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, München 2013, S. 223 f., 243–248.

<sup>39</sup> Bernd Rütters/Christian Fischer/Axel Birk (Fn. 38), Rn. 232; Ernst A. Kramer (Fn. 38), S. 223; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, Berlin 1983, S. 341; Georg E. Kodek (Fn. 25), § 10 Rn. 10; Heinrich Honsell, in: Heinrich Honsell u. a. (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch, Bd. 1, 5. Auflage, Basel 2014, Art. 1 Rn. 20 f.; Henri Deschenaux, Der Einleitungstitel, in: Max Gutzwiller et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. 2, Basel 1967, S. 1–281, 105; Susan Emmenegger/Axel Tschentscher, in: Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2012, Art. 1 Rn. 431.

<sup>40</sup> Martin Klose (Fn. 36), S. 372.

<sup>41</sup> Martin Klose (Fn. 36), S. 371.

<sup>42</sup> Siehe hierzu Theo Mayer-Maly, Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin 1993, S. 16 f.

<sup>43</sup> Heinrich Honsell, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2018, Einl. zum BGB Rn. 234.; Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage, Köln 2008, S. 556.

<sup>44</sup> Hans D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, 15. Auflage, München 2018, Art. 20 Rn. 53; Helmuth Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 3. Auflage, Tübingen 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 94.

<sup>45</sup> Martin Klose (Fn. 36), S. 376.

GG auch Gewohnheitsrecht, so hat der Verfassungsgeber dessen Existenz zumindest vorausgesetzt.<sup>46</sup>

Der Anwendungsbereich von Gewohnheitsrecht kann sich persönlich und räumlich unterscheiden. Einige der von Klose angeführten Beispiele, etwa der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, sind in ihrem persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich von allgemeiner Geltung. Es kann sich aber auch ein im persönlichen oder räumlichen Anwendungsbereich beschränktes Gewohnheitsrecht herausbilden, solange der erfasste Personenkreis nur klar abgrenzbar ist. Handelt es sich bei dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben um Gewohnheitsrecht, so ist es ein Beispiel für ein auf Kaufleute beschränktes Gewohnheitsrecht.

Bei Beantwortung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht entstehen kann, muss differenziert werden. Geht man von einer Gleichrangigkeit von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht aus, kann Gewohnheitsrecht nicht nur bei Lücken im Gesetzesrecht zur Anwendung kommen. Es kann sich vielmehr unproblematisch auch gegen dispositives Gesetzesrecht durchsetzen. Freilich sind die Schranken zu weit gezogen, wenn man nur fordert, dass Gewohnheitsrecht nicht gegen höherrangiges Recht oder tragende Rechtsprinzipien verstoßen darf.<sup>47</sup> Gewohnheitsrecht findet seine Grenzen vielmehr auch im zwingenden Gesetzesrecht, wenn eine Auslegung der zwingenden Gesetzesvorschrift ergibt, dass der Gesetzgeber damit die Bildung von Gewohnheitsrecht unterbinden möchte.<sup>48</sup> Nur wenn die Geltung des Gewohnheitsrechts nicht bereits durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt wird, muss es sich nur an höherrangigem Recht und grundlegenden Rechtsprinzipien messen lassen.

Damit muss der Satz, Gewohnheits- und Gesetzesrecht stünden gleichrangig nebeneinander, relativiert werden. Dem einfachen Gesetzgeber steht es zu, Gewohnheitsrecht einzuhegen und das Gesetzesrecht über Gewohnheitsrecht zu stellen. Erließe der einfache Gesetzgeber eine Vorschrift nach Vorbild von § 1 schweizerisches ZGB, so wäre das zwar nicht sonderlich sinnvoll, aber rechtlich nicht zu beanstanden.

Reduziert man die Frage, ob gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht möglich ist und wie es entstehen kann, auf die Fälle, in denen Gewohnheitsrecht dispositives Gesetzesrechts verdrängen soll, dann überzeugt von vornherein die Forderung nicht, gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht könne nur unter Einbeziehung der Justiz entstehen, wie auch generell anzuerkennen ist, dass sich Gewohnheitsrecht ohne Beteiligung der Justiz bilden kann.<sup>49</sup>

Darüber hinaus lassen sich keine generellen Aussagen zum Verhältnis von Gesetzesrecht und Gewohn-

heitsrecht treffen. Alles hängt von der Auslegung der einzelnen Rechtssätze ab. So wird man zwar grundsätzlich davon ausgehen dürfen, dass später erlassenes Gesetzesrecht bereits bestehendes Gewohnheitsrecht verdrängt: *lex posterior derogat legi priori*. Und in der Regel möchte der Gesetzgeber früheres Gewohnheitsrecht durch den Erlass von Gesetzesrecht auch aufheben. Eine Auslegung des Gesetzes kann aber durchaus ergeben, dass der Gesetzgeber bereits bestehendes Gewohnheitsrecht nicht in Frage stellen will.

## 2. Gewohnheitsrecht als subsidiäre Rechtsquelle

Zurückhaltender sind Art. 1 schweizerisches ZGB und Art. 1 ADHGB (1861). Art. 1 schweizerisches ZGB bestimmt:

„Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht ... entscheiden ...“

Damit legt Art. 1 schweizerisches ZGB eine Hierarchie der Rechtsquellen fest.<sup>50</sup> An erster Stelle steht das Gesetzesrecht. Nur wenn das Gesetzesrecht Lücken aufweist, darf subsidiär auf das Gewohnheitsrecht zurückgegriffen werden. Damit ist gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht ausgeschlossen.<sup>51</sup> Die Anwendung von Art. 1 schweizerisches ZGB wirft eine Reihe von Fragen auf, die auch aus dem deutschen Recht bekannt sind, die aber im schweizerischen Recht eine andere Relevanz haben: darf auf Gewohnheitsrecht nur zurückgegriffen werden, wenn eine Gesetzeslücke besteht, so kommt es besonderer Bedeutung zu, solche Lücken festzustellen.<sup>52</sup>

Art. 1 schweizerisches ZGB betrifft nur die Anwendung von Bundesgewohnheitsrecht.<sup>53</sup> Daneben gibt es noch die Übung beziehungsweise den Ortsgebrauch, den Art. 5 Abs. 2 schweizerisches ZGB regelt.

„Wo das Gesetz auf die Übung oder den Ortsgebrauch verweist, gilt das bisherige kantonale Recht als deren Ausdruck, solange nicht eine abweichende Übung nachgewiesen ist.“

Beim Ortsgebrauch soll es sich nach schweizerischer Lesart nicht um Gewohnheitsrecht handeln.<sup>54</sup> Er hat

<sup>50</sup> Heinrich Honsell (Fn. 39), Art. 1 Rn. 20; Henri Deschenaux (Fn. 39), S. 69.

<sup>51</sup> Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich 2015, S. 36; Patrick Middendorff/Beatrice Grob, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 1 Rn. 10.

<sup>52</sup> Heinrich Honsell (Fn. 39), Art. 1 Rn. 25–33; Henri Deschenaux (Fn. 39), S. 95–101; Ernst A. Kramer (Fn. 38), S. 222.

<sup>53</sup> Heinrich Honsell (Fn. 39), Art. 1 Rn. 24; Susan Emmenegger/Axel Tschentscher (Fn. 39), Art. 1 Rn. 419; Henri Deschenaux (Fn. 39), S. 103; Heinz Hausheer/Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 1 Rn. 33.

<sup>54</sup> Zum folgenden Flavio Lardelli, in: Heinrich Honsell u. a. (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch, Bd. 1, 5. Auflage, Basel 2014,

<sup>46</sup> Zum Völkergewohnheitsrecht siehe Hans D. Jarass (Fn. 44), Art. 25 Rn. 8.

<sup>47</sup> So aber wohl Martin Klose (Fn. 36), S. 387.

<sup>48</sup> So wohl auch Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl (Fn. 43), S. 556.

<sup>49</sup> Vgl. zur Gegenauffassung Martin Klose (Fn. 36), S. 387.



damit auch nicht dessen Entstehungsvoraussetzungen. Er ist zunächst einmal nur eine tatsächliche Übung. Er darf nicht irrational oder missbräuchlich sein. Und er wird nur beachtet, wenn das Gesetz auf ihn verweist. Das ZGB und das Obligationenrecht (OR) nehmen in ganz unterschiedlichen Kontexten auf solche Ortsgebräuche Bezug. Das schweizerische Bundesrecht delegiert die Regelung bestimmter Fragen damit an Ortsgebräuche. Und die Tatsache, dass das schweizerische Recht auf Ortsgebräuche verweist, um sie verbindlich zu machen, ist der Grund dafür, dass die Entstehungsvoraussetzungen für Gewohnheitsrecht nicht erfüllt sein müssen und dass eine tatsächliche Übung ausreichen soll. Aber durch die Bezugnahme des Bundesrechts auf den Ortsgebrauch, soll dieser Teil des Bundesrechts werden, so dass keine Lücke im Sinne von Art. 1 schweizerisches ZGB besteht, die durch Gewohnheitsrecht geschlossen werden könnte.

Schließlich kennt auch das schweizerische Recht neben Gewohnheitsrecht und Ortsgebrauch auch noch Handelsbräuche und Verkehrssitten.<sup>55</sup> Ebenso wie Ortsgebräuche handelt es sich um faktische Übungen, die aber anders als Ortsgebräuche nicht regional begrenzt sind, sondern die nur für bestimmte Verkehrskreise gelten. Ihre Bedeutung ist auf die Vertragsauslegung und die Ergänzung von Verträgen beschränkt. Im schweizerischen Recht scheint man dabei von der Vertragstheorie auszugehen.

Auch nach Art. 1 ADHGB (1861) war Gewohnheitsrecht nur eine subsidiäre Rechtsquelle:

„In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetz keine Bestimmungen enthält, die Handelsbräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.“

Nach Art. 1 ADHGB durfte auf Handelsbräuche nur zurückgegriffen werden, wenn das ADHGB Lücken aufwies. Neben Art. 1 nahm auch Art. 279 ADHGB Bezug auf Handelsbräuche:

„In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.“

Art. 279 ADHGB ist die Vorgängervorschrift des heutigen § 346 HGB. Die vorherrschende Meinung legte den Begriff der Handelsbräuche in Art. 1 ADHGB und die Wendung der „im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“ in Art. 279

Art. 5 Rn. 30–52; *Heinrich Honsell* (Fn. 39), Art. 1 Rn. 24; *Henri Deschenaux* (Fn. 39), S. 45–49; *Stephan Wolf*, in: *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bern 2012, Art. 5 Rn. 100.

<sup>55</sup> Zum folgenden *Flavio Lardelli* (Fn. 54), Art. 5 Rn. 35; *Henri Deschenaux* (Fn. 39), S. 46.

ADHGB verschieden aus.<sup>56</sup> In Art. 279 ADHGB seien faktische Handelsübungen gemeint, die im Rahmen der Auslegung zu beachten seien. Dabei erklärte die ganz herrschende Meinung die Geltung von Handelsbräuchen bis zum Aufkommen der Erklärungstheorie vertraglich. Art. 1 ADHGB meine dagegen Handelsgewohnheitsrecht.

### 3. Gewohnheitsrecht als delegierte Rechtsquelle?

Noch restriktiver ist seinem Wortlaut und seinem ursprünglichen Verständnis nach § 10 österreichisches ABGB:

„Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden.“

Platz für Gewohnheitsrecht sollte nach § 10 ABGB nicht schon dann sein, wenn das Gesetzesrecht Lücken aufweist, sondern nur, wenn das Gesetzesrecht explizit auf Gewohnheitsrecht Bezug nimmt. Man spricht von Gewohnheitsrecht als delegierte Rechtsquelle.<sup>57</sup> Freilich hat sich das österreichische Recht von diesem Verständnis verabschiedet. Inzwischen ist das Gewohnheitsrecht als gleichrangige Rechtsquelle anerkannt, und es wird angenommen, dass „§ 10 die Entstehung von auf gleicher Stufe stehendem Gewohnheitsrecht gar nicht verhindern“<sup>58</sup> kann. Zudem wird angenommen, dass es gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht geben könne.<sup>59</sup> Doch ist mit diesem Verständnis § 10 ABGB nicht obsolet geworden. Denn unter den Begriff der Gewohnheiten im Sinne von § 10 ABGB fallen nach heutiger Lesart die Gewohnheiten, die im Rahmen der Auslegung herangezogen werden können.<sup>60</sup> Ebenso wie § 157 BGB, § 346 HGB im deutschen Recht verweisen auch § 914 ABGB, § 346 UGB auf Gewohnheiten, so dass sie im Rahmen der Auslegung im Einklang mit § 10 ABGB ganz unproblematisch herangezogen werden können; zudem sollen Gewohnheiten vermittelt durch den Vertrag zur Anwendung kommen können.

### 4. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Sitten und Gebräuchen in den Instrumenten zur Vertragsrechtsharmonisierung

Während das deutsche Recht also von einer Gleichrangigkeit von Gewohnheits- und Gesetzesrecht aus-

<sup>56</sup> Vgl. hierzu bereits *Phillip Hellwege* (Fn. 9), S. 869–871; *idem*, *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre*, S. 95–103, 116–119.

<sup>57</sup> *Theo Mayer-Maly* (Fn. 42), S. 16 f.

<sup>58</sup> *Georg E. Kodek* (Fn. 25), § 10 Rn. 7. Siehe außerdem *Theo Mayer-Maly* (Fn. 42), S. 16 f.; *Willibald Posch*, in: *Michael Schwimann/Georg E. Kodek* (Hrsg.), *ABGB. Praxiskommentar*, Bd. 1, 4. Auflage, Wien 2012, § 10 Rn. 2.

<sup>59</sup> *Georg E. Kodek* (Fn. 25), § 10 Rn. 11.

<sup>60</sup> *Martin Schauer*, in: *Andreas Kletečka/Martin Schauer* (Hrsg.), *ABGB-ON. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien 2010, § 10 Rn. 2 f.; *Peter Bydliński*, *Bürgerliches Recht*, Bd. 1, 3. Auflage, Wien 2005, Rn. 1/22; *idem*, in: *Helmut Koziol u. a.* (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB*, 4. Auflage, Wien 2014, Art. 10 Rn. 1; *Andreas Kletečka*, *Grundriss des bürgerlichen Recht*, Bd. 1, 13. Auflage, Wien 2006, S. 40; *Georg E. Kodek* (Fn. 25), § 10 Rn. 2, 5; *Willibald Posch* (Fn. 58), § 10 Rn. 1.

geht, ist Gewohnheitsrecht nach Art. 1 schweizerisches ZGB nur subsidiäre und nach dem ursprünglichen Verständnis von § 10 ABGB sogar nur delegierte Rechtsquelle. Dagegen lassen die Instrumente der europäischen und internationalen Vertragsrechtsharmonisierung Sitten und Gebräuche auf den ersten Blick einen sehr viel größeren Raum. Art. 9(2) UN-Kaufrecht bestimmt beispielhaft:

„The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.“

Gemeint ist in Art. 9(2) UN-Kaufrecht indes nicht Gewohnheitsrecht. Gemeint sind faktische Gebräuche. Und Art. 9(2) UN-Kaufrecht erweitert nicht den Anwendungsbereich von faktischen Gebräuchen, sondern definiert nur die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit sie vor allem im Rahmen der Auslegung nach Art. 8(3) UN-Kaufrecht angewendet werden können.<sup>61</sup>

## 5. Zwischenfazit

Art. 1 ZGB schweizerisches ZGB, Art. 1 ADHGB (1861) und § 1 ABGB behandeln und behandelten Gewohnheitsrecht. Während das geltende deutsche Recht Gewohnheitsrecht grundsätzlich als mit dem Gesetzesrecht gleichrangige Rechtsquelle ansieht, ist es nach Art. 1 schweizerisches ZGB und war es nach Art. 1 ADHGB (1861) nur subsidiäre Rechtsquelle. Nach dem ursprünglichen Verständnis von § 10 ABGB war es sogar nur delegierte Rechtsquelle. Doch wie ist ein solcher kritischer Ansatz gegenüber Gewohnheitsrecht erklärbar? Mit Blick auf den ersten Entwurf zum BGB, der einen ähnlich kritischen Ansatz verfolgte, führt *Franz Jürgen Säcker* aus, dass „das Gewohnheitsrecht als Verletzung des staatlichen Gesetzesmonopols“ kritisiert worden war.<sup>62</sup> Nach *Heinrich Honsell* befürchtete man, dass das Gewohnheitsrecht die durch das BGB gerade erst geschaffene Einheit des bürgerlichen Rechts wieder in Frage stellen könnte.<sup>63</sup> Und nach *Georg E. Kodek* war im österreichischen Recht der „Hauptzweck des § 10 ... ursprünglich die Absicherung des Herrschaftsanspruchs des monarchischen Gesetzgebers“.<sup>64</sup>

## V. Die Beachtlichkeit von Gebräuchen nach § 10 AT ZGB – Versuch einer rechtsvergleichenden Auslegung

Wenden wir uns vor diesem Hintergrund § 10 AT ZGB zu. Dabei sollen zwei Fragen zur Auslegung der Vorschrift vergleichend beantwortet werden.

### 1. Sind in § 10 AT ZGB faktische Gebräuche oder Gewohnheitsrecht gemeint?

§ 10 und § 142 AT ZGB sprechen in der deutschen Übersetzung gleichermaßen von Gebräuchen. Wird der Begriff der Gebräuche in beiden Normen einheitlich gebraucht? Für die Vertragsauslegung wurde oben die Ansicht entwickelt, dass die Vertragstheorie vorzugswürdig ist, nach der Sitten und Gebräuche gerade keine quasi-normative Wirkung entfalten, sondern als faktische Sitten und Gebräuche nur dann im Rahmen der Auslegung berücksichtigt werden, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien auf ihrer Grundlage kontrahiert haben. Sind damit in §§ 10 und 142 AT ZGB gleichermaßen faktische Gebräuche und Sitten gemeint?

Art. 1, 279 ADHGB (1861) lehren, dass der Begriff der Gebräuche in einem Gesetz verschieden verwendet werden kann: Art. 1 sprach von Bräuchen, Art. 279 von Gewohnheiten und Gebräuchen. Sprachlich ist der Unterschied gering. Dennoch wurden beide Normen verschieden ausgelegt: Art. 1 ADHGB meinte Gewohnheitsrecht, Art. 279 faktische Sitten und Bräuche. Ein solches gespaltenes Verständnis des Begriffs der Gebräuche scheint auch für das chinesische Recht vorzugswürdig zu sein.

Würde man § 10 AT ZGB so auslegen, dass hier ebenso wie in § 142 AT ZGB rein faktische Gebräuche gemeint sind, dann könnte man § 10 AT ZGB zum einen als eine Norm nach Vorbild etwa von Art. 9(2) UN-Kaufrecht verstehen. Dann wären Gebräuche nur unter den Voraussetzungen des § 10 AT ZGB anwendbar, und zwar selbst dann, wenn das Gesetz selbst auf Gebräuche verweist, wie es das in § 142 AT ZGB tut. Doch bestünde zwischen § 10 AT ZGB und Art. 9(2) UN-Kaufrecht ein erheblicher Unterschied. Art. 9(2) UN-Kaufrecht greift nur die Anwendungsvoraussetzungen auf, die sich ohnehin im Rahmen der Auslegung herauskristallisiert haben. Sie schränken die Anwendungsvoraussetzungen nicht zusätzlich ein. Und Art. 9(2) UN-Kaufrecht soll nur die Voraussetzungen explizit machen, damit ein faktischer Handelsbrauch als Vertragsbestandteil gilt und zur Auslegung nach Art. 8(3) UN-Kaufrecht herangezogen werden darf. Würde man dieses Verständnis auf § 10 AT ZGB übertragen, würde das zu Koordinierungsproblemen mit § 142 AT ZGB führen. Im Rahmen der Auslegung dürften Gewohnheiten nur noch dann herangezogen werden, wenn das Gesetz Lücken enthält. Würde man den Begriff der Lücke so verstehen, dass auf Gewohnheiten schon dann nicht zurückgegriffen werden darf, wenn dispositives Recht besteht, dann würde man die Bedeutung von Gewohnheiten im Rahmen der Auslegung zu stark beschränken. Würde man den Begriff der Lücke dagegen so verstehen, dass auf Gewohnheiten nur dann nicht zurückgegriffen werden darf, wenn zwingendes Recht entgegensteht, dann reduziert man die Aussage von § 10 AT ZGB auf eine Selbstverständlichkeit: dem Vertrag darf auch unter Rückgriff auf Gebräuche im Wege der Auslegung kein Inhalt

<sup>61</sup> Vgl. die Darstellung bei *Phillip Hellwege* (Fn. 10), S. 127–131.

<sup>62</sup> *Franz Jürgen Säcker* (Fn. 37), Einl. Rn. 93.

<sup>63</sup> *Heinrich Honsell* (Fn. 43), Einl. zum BGB Rn. 235.

<sup>64</sup> *Georg E. Kodek* (Fn. 25), § 10 Rn. 1.

beigemessen werden, der gegen zwingendes Recht verstößt. Das ergibt sich zudem bereits aus § 8 AT ZGB. § 10 AT ZGB wäre mit dieser Auslegung schlicht überflüssig.

Versteht man den Begriff der Gebräuche in § 10 und § 142 AT ZGB identisch als faktische Gebräuche, dann gibt es aber noch eine andere Auslegungsvariante, nach der § 10 AT ZGB nicht eine vergleichbare Funktion wie Art. 9(2) UN-Kaufrecht hätte. Man könnte nämlich die Ansicht entwickeln, dass § 10 AT ZGB die Anwendungsvoraussetzungen für die Fälle bestimmt, in denen das chinesische ZGB gerade nicht explizit auf Gebräuche verweist, und dass § 10 AT ZGB faktische Gebräuche in diesen Fällen für unmittelbar anwendbar erklärt, wobei er die Anwendungsvoraussetzungen in diesen Fällen abschließend erklärt. Damit wären Koordinierungsprobleme zwischen § 142 und § 10 AT ZGB vermieden. Beide hätten klar voneinander abgrenzbare Aussagen: § 142 würde die Heranziehung von Gebräuchen im Rahmen der Auslegung betreffen, und § 10 AT ZGB würde darüber hinaus – also vor allem in den Fällen, in denen § 142 nicht anwendbar ist – faktische Gebräuche für unmittelbar anwendbar erklären. Würde man sodann davon ausgehen, dass § 10 AT ZGB Raum für faktische Gebräuche nur dann lässt, wenn auch kein entgegenstehendes dispositives Gesetzesrecht besteht, dann wären faktische Gebräuche in diesen Fällen unmittelbar anwendbar, selbst wenn sie noch nicht zu Gewohnheitsrecht erstarkt sind. Das würde zu weit gehen. Faktische Gebräuche dürfen ein Rechtsverhältnis zum Beispiel nicht schon dann konkretisieren, wenn sie faktisch vorhanden sind, sondern nur dann, wenn etwa Treu und Glauben oder der Maßstab der Angemessenheit eine Konkretisierung des Rechtsverhältnisses im Sinne des faktischen Gebrauchs erforderlich scheinen lassen. Das Problem wäre noch verstärkt, wenn nicht schon dispositives, sondern nur zwingendes Recht nach § 10 AT ZGB die Anwendung von faktischen Gebräuchen ausschließt.

In der Gesamtschau ist es nicht möglich, § 10 AT ZGB eine sinnvolle Aussage abzurufen, wenn man den Begriff der Gebräuche im Sinne von rein faktischen Gebräuchen begreift. Jede mögliche Auslegungsvariante führt zu Verwerfungen. So wie Art. 1 schweizerisches ZGB muss auch § 10 AT ZGB mit Gebräuchen also Gewohnheitsrecht meinen.

## 2. Geht § 10 AT ZGB von Gewohnheitsrecht als gleichrangige oder als subsidiäre Rechtsquelle aus?

Akzeptiert man, dass § 10 AT ZGB Gewohnheitsrecht und nicht faktische Sitten und Gebräuche meint, so stellt sich die Folgefrage, ob das chinesische Recht dem schweizerischen Recht folgt und dem Gewohnheitsrecht nur die Rolle einer subsidiären Rechtsquelle zuerkennt, das nur dann zur Anwendung kommt, wenn das Gesetzesrecht insgesamt eine Lücke aufweist. Mit einem solchen Verständnis wäre die Anwendung von Gewohnheitsrecht schon immer dann ausgeschlossen,

wenn es dispositives Recht gibt, und gesetzesderogierende Gewohnheitsrecht könnte nicht entstehen.

Für ein solches Verständnis spricht zunächst der Hinweis in der Literatur, § 10 AT ZGB sei „nach dem Vorbild des Art. 1 des schweizerischen ZGB geschaffen“<sup>65</sup> geschaffen worden. Zudem spricht für eine solche Auslegung, dass der Normtext von § 10 AT ZGB zumindest in der deutschen Übersetzung keinen Unterschied zwischen dispositivem und zwingendem Recht macht, sondern ganz allgemein bestimmt, dass Gebräuche nur angewendet werden können, „soweit das Gesetz keine Bestimmungen enthält“.

Falls sich der chinesische Gesetzgeber von den identischen Sorgen hat leiten lassen wie laut *Honsell* die Verfasser des ersten Entwurfes des BGB, nämlich dass bereits existierendes Gewohnheitsrecht die Rechtseinheit des neuen Gesetzes sofort wieder gefährde, so scheinen mir diese Sorgen unbegründet. Macht ein Gesetzgeber mit Erlass eines neuen Gesetzes deutlich, dass er bereits existierendes Gewohnheitsrecht durch dieses Gesetz außer Kraft setzen möchte, dann findet schlicht der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* Anwendung.

Durch ein Verständnis von § 10 AT ZGB im Sinne von Art. 1 schweizerisches ZGB wäre zudem ausgeschlossen, dass sich neues Gewohnheitsrecht bilden kann, das die dispositiven Vorschriften des chinesischen ZGB nachträglich wieder verdrängt. Ein solcher Ansatz kann auf dem Gedanken basieren, nach dem „Gewohnheitsrecht als Verletzung des staatlichen Gesetzesmonopols“ angesehen wird.<sup>66</sup> Auch hat sich der Gesetzgeber vielleicht von der Sorge leiten lassen, dass die einmal realisierte Rechtseinheit nachträglich durch sich neu bildendes Gewohnheitsrecht wieder gefährdet wird. In einem Vielvölkerstaat wie China mag diese Sorge besonders ausgeprägt sein.

Dennoch wären solche Erwägungen wenig überzeugend. Das Gesetzesmonopol in dem Sinne, dass nur der Gesetzgeber Recht erlassen kann, ist bereits durch das Verständnis des § 10 AT ZGB aufgeweicht, wonach die Bildung von Gewohnheitsrecht zwar nur dort möglich ist, wo kein dispositives Recht vorhanden ist, eine solche Bildung aber dennoch nicht rundum ablehnt. Zudem kann sich Gewohnheitsrecht auch bei Anerkennung der Gleichrangigkeit von Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht nicht über zwingendes Gesetzesrecht und über höherrangige Grundprinzipien des Rechts hinwegsetzen. Und selbst eine Auslegung des dispositiven Rechts kann ausnahmsweise ergeben, dass es zwar durch privatrechtliche Vereinbarung abbedungen, aber nicht durch Gewohnheitsrecht verdrängt werden kann. Das Verhältnis des dispositiven Rechts zum Gewohnheitsrecht sollte mithin nicht durch eine allgemeine Bestimmung nach Vorbild von Art. 1 schweizerisches Gesetzbuch bestimmt werden, sondern von der Auslegung der jeweils betroffenen dispositiven Norm abhängen. Weiterhin gilt es zu

<sup>65</sup> BU Yuanshi (Fn. 7), S. 187.

<sup>66</sup> Franz Jürgen Säcker (Fn. 37), Einl. Rn. 93.

berücksichtigen, dass die Entstehungsvoraussetzung, dass Gewohnheitsrecht von dem betroffenen Verkehrskreis als rechtlich bindend anerkannt wird, nur dann erfüllt sein wird, wenn es seinerseits als gerecht empfunden wird. Zudem können im Vertragsrecht AGB nur dann zu Gewohnheitsrecht erstarken, wenn sie zum einen einer Inhaltskontrolle standhalten und wenn der Vertragspartner des AGB-Verwenders diese AGB nicht nur als Ausfluss der stärkeren Verhandlungsposition seines Gegenübers ansieht. Und auch wenn Gewohnheitsrecht unabhängig von seiner richterlichen Anerkennung entstehen kann, so ist es dennoch nur dann durchsetzbar, wenn der Richter überzeugt ist, dass Gewohnheitsrecht entstanden ist und entstehen konnte. Die Sorgen, die einer Norm nach Vorbild des Art. 1 schweizerisches ZGB zugrunde liegen mögen, überzeugen nach alledem nicht.

Vor allem aber wäre eine Auslegung von § 10 AT ZGB nach Vorbild von Art. 1 schweizerisches ZGB inkonsequent. Nach § 5 AT ZGB dürfen die Parteien „gemäß ihrem eigenen Willen Zivilrechtsbeziehungen begründen, ändern [oder] beenden“. Dass damit nicht nur eine Abschlussfreiheit, sondern auch eine Gestaltungsfreiheit gemeint ist, wird aus §§ 6–9 AT ZGB deutlich, die die Vertragsfreiheit auch im Sinne der Gestaltungsfreiheit begrenzen. Die Parteien scheinen also in ihrem Vertrag vom dispositiven Recht abweichen zu dürfen. Weichen die Parteien eines bestimmten Verkehrskreises immer vom dispositiven Recht in einer bestimmten Weise ab, so sind nach § 142 AT ZGB, § 125 VG die so entstandenen faktischen Gebräuche und Sitten im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen. Und darüber hinaus können die gesetzlich bestimmten Grenzen der Vertragsfreiheit sowie das Pflichtenprogramm der Vertragsparteien durch Bezugnahme auf faktische Sitten und Gebräuche konkretisiert werden. Nur den letzten Schritt würde man mit einer Vorschrift nach Vorbild von Art. 1 schweizerisches ZGB nicht gehen wollen, nämlich dass die so auf vielfältige Weise als rechtlich erheblich anerkannten faktischen Gebräuche und Sitten zu Gewohnheitsrecht erstarken können.

Vorzugswürdig scheint daher, Gewohnheitsrecht in den eben aufgezeigten Grenzen selbst dort anzuerkennen, wo es sich im Widerspruch zum dispositiven Recht bildet. Ob eine Auslegung von § 10 AT ZGB in diesem Sinne möglich ist, können am Ende selbstverständlich nur chinesische Juristen auf Grundlage des chinesischen Wortlautes der Norm beurteilen.

\* \* \*

### *The Role of Common Practices under the General Part of the Chinese Civil Code*

*According to § 10 of the Chinese General Part of the Civil Code, a court may refer to common practices only where there are gaps in the law. Although on its face an easily grasped provision, its interpretation raises a number of problems. The present contribution formulates an interpretation from a comparative perspective. This viewpoint suggests that § 10 uses the term common practices in the meaning of customary law. Furthermore, it would be preferable to interpret § 10 such that customary law is of equal rank to statutory law, thereby allowing customary law to also trump non-mandatory statutory law.*

## VI. Zusammenfassung

1. Im Rahmen der Auslegung können Sitten und Bräuche als faktische Begebenheiten berücksichtigt werden. Sie sind dann weder Rechtsnormen noch außerrechtliche Normen, noch haben sie eine normative Wirkung. Sie werden herangezogen, weil sie den faktischen Rahmen privatautonomen Handelns bilden und davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien bei Vertragsschluss das Übliche mitgedacht haben. Zudem soll jede Partei darauf vertrauen, dass sie Handlungen ihres Gegenübers im üblichen Sinne verstehen darf. Werden faktische Sitten und Bräuche im Rahmen der Auslegung herangezogen, so gelten sie allein vermittelt durch den Vertrag.
2. Faktische Sitten und Bräuche können zudem zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe herangezogen werden, wenn es darum geht, die durch Gesetz gezogenen Grenzen der Privatautonomie und das vertragliche Pflichtenprogramm näher zu bestimmen. Auch in diesem Kontext gelten faktische Sitten und Bräuche nicht aus sich selbst heraus, sie sind weder Rechtsnormen noch außerrechtliche Normen, und sie haben wiederum keine normative Wirkung. Sie entfalten ihre Wirkung vielmehr vermittelt durch das Gesetz.
3. Sitten und Bräuche können schließlich zu Gewohnheitsrecht erstarken. Sodann handelt es sich um Rechtsnormen, die aus sich selbst heraus wirken, ohne dass ihre Geltung durch Vertrag oder Gesetz vermittelt werden muss.
4. § 10 AT ZGB betrifft die Geltung von Gewohnheitsrecht, nicht von faktischen Sitten und Bräuchen. Gewohnheitsrecht sollte dabei als mit dem Gesetzesrecht gleichrangige Rechtsquelle anerkannt werden. Es sollte sich auch in Widerspruch zum dispositiven Recht bilden können.