

CHRISTIAN ECKL

Treu und Glauben  
im spanischen  
Vertragsrecht

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

183

---

**Mohr Siebeck**

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

183

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann





Christian Eckl

Treu und Glauben im  
spanischen Vertragsrecht

Mohr Siebeck

*Christian Eckl*, geboren 1970 in München; Studium und Referendariat in Regensburg und Madrid; bis 2002 wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Historische Rechtsvergleichung in Regensburg; bis 2005 Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, seit 2006 Tätigkeit im Verlagswesen.

978-3-16-158434-3 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 978-3-16-149300-3

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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 auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

## Vorwort

Diese Arbeit ist im Sommersemester 2006 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen worden.

Meinem Doktorvater Professor Dr. Reinhard Zimmermann bin ich zu herzlichem Dank verpflichtet. Er hat meinen Themenvorschlag bereitwillig aufgegriffen und stand mir jederzeit mit wohlwollendem Rat, Ermunterung und Hilfsbereitschaft zur Verfügung. Die Jahre als Mitarbeiter am Lehrstuhl in Regensburg und später am Max-Planck-Institut in Hamburg werde ich immer in guter Erinnerung behalten. Dank gebührt auch Professor Dr. Andreas Spickhoff für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens und meinen Kollegen, die durch zahlreiche Anregungen und Kommentare zum Entstehen dieser Arbeit beigetragen haben.

Mein Interesse an Spanien und seinem Recht wurde durch einen Aufenthalt als Erasmus-Student an der Universidad Carlos III de Madrid begründet und später durch eine Wahlstation als Referendar an der Deutschen Handelskammer für Spanien in Madrid gefestigt. Die Erfahrungen, die ich im Rahmen dieser und weiterer Auslandsaufenthalte sammeln durfte, und die Freundschaften, die sich daraus ergaben, bedeuten für mich eine persönliche Bereicherung.

Ohne die Unterstützung meiner Eltern wäre diese Arbeit nicht zustande gekommen. Sie halfen mir finanziell, noch mehr aber durch persönlichen Beistand, wenn ich ihn am dringendsten benötigte, über manche Durststrecke hinweg. Das Buch ist daher ihnen gewidmet. Auch meiner zukünftigen Frau Christine danke ich, für Verständnis und Rückhalt.

Frankfurt am Main, März 2007

Christian Eckl



# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis .....	XVII
Einleitung: Treu und Glauben – Deutschland, Spanien, Europa .....	1
§ 1. Ausgangspunkt und Ziele der Untersuchung .....	5
§ 2. Die §§ 157 und 242 BGB als Ausdruck eines Grundsatzes des deutschen Vertragsrechts .....	13
§ 3. Treu und Glauben – ein supranationaler Rechtsgrundsatz? .....	42
Teil 1: Konzeptualisierung der <i>buena fe</i> : vom allgemeinen Rechtsgrundsatz zur Generalklausel .....	51
§ 4. Die Entwicklung ab den Vorarbeiten zum Código Civil .....	53
§ 5. Gesetzliche Verankerung durch Reform des Einführungstitels zum Código Civil .....	139
§ 6. Positivierung der <i>buena fe</i> in der modernen Gesetz- gebung außerhalb des allgemeinen Vertragsrechts .....	166
Teil 2: Konturierung der <i>buena fe contractual</i> durch Schrifttum und Rechtsprechung .....	185
§ 7. Zum Begriff der <i>buena fe contractual</i> .....	188
§ 8. Die <i>buena fe contractual</i> als Spiegel eines gewandelten Vertragsbildes .....	211
§ 9. Ausprägungen der <i>buena fe contractual</i> .....	236
Schluss: Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts und <i>buena fe contractual</i> .....	303
Anhang I: Gesetzliche Bestimmungen .....	309
Anhang II: Rechtsprechung .....	317
Literaturverzeichnis .....	319
Sachverzeichnis .....	339



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
Einleitung: Treu und Glauben – Deutschland, Spanien, Europa .....	1
§ 1. Ausgangspunkt und Ziele der Untersuchung.....	5
A. Untersuchungsgegenstand .....	5
B. Gang der Darstellung .....	10
C. Zielsetzung.....	12
§ 2. Die §§ 157 und 242 BGB als Ausdruck eines Grundsatzes des deutschen Vertragsrechts .....	13
A. Der Ausgangspunkt gemäß der Pandektistik des 19. Jahrhunderts .....	14
I. Die Position von August Bechmann .....	14
II. Weitergehende Bestandsaufnahme .....	19
B. Die Positivierung im BGB von 1896.....	21
C. Die Entfaltung der Generalklausel im 20. Jahrhundert.....	25
I. Die Frühzeit des BGB .....	25
II. Der Nationalsozialismus.....	27
III. Die Bundesrepublik.....	29
D. Ausprägungen des Grundsatzes.....	31
I. Auslegung nach Treu und Glauben .....	33
II. Art und Weise der Leistungserbringung .....	34
III. Beschränkung der Rechtsausübung, Verwirkung .....	34
IV. Beschränkung oder Fortfall der Leistungspflicht wegen Unzumutbarkeit.....	35
V. Vertragsauflösung oder Umgestaltung wegen Störung der Geschäftsgrundlage.....	36
VI. Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund.....	36

VII.	Begründung einzelner Verhaltens- oder Nebenleistungspflichten .....	37
VIII.	Begründung einer Leistungspflicht durch Erwirkung .....	38
IX.	Der Einwand der Arglist gegenüber dem Vorgehen im Prozess .....	38
X.	Einschränkung von Formerfordernissen .....	39
E.	Zusammenfassung .....	40
§ 3.	Treu und Glauben – ein supranationaler Rechtsgrundsatz? .....	42
A.	Zur Problematik der Rechtskreisbildung .....	43
B.	Inhaltliche Reichweite der Untersuchung .....	45
C.	Zur Verständigung über den Begriff der <i>buena fe</i> .....	47
I.	<i>Buena fe</i> subjetiva .....	48
II.	<i>Buena fe</i> objetiva .....	48
III.	Treu und Glauben – guter Glaube .....	49
Teil 1: Konzeptualisierung der <i>buena fe</i> : vom allgemeinen Rechtsgrundsatz zur Generalklausel .....		51
§ 4.	Die Entwicklung ab den Vorarbeiten zum <i>Código Civil</i> .....	53
A.	Das 19. Jahrhundert und die Kodifikation des spanischen Privatrechts .....	53
I.	Die <i>buena fe</i> in der Quellenvielfalt des vorkodifikatorischen Rechts .....	55
1.	Überblick über die Quellenlage .....	55
2.	Allgemeine Bezugnahmen auf die <i>buena fe</i> .....	56
3.	Die <i>Siete Partidas</i> im Besonderen .....	60
4.	Zur naturrechtlichen Tradition des spanischen Zivilrechts .....	62
II.	Die <i>buena fe</i> im <i>Código Civil</i> von 1889 .....	63
1.	Der <i>Código civil</i> als liberales Gesetzbuch des 19. Jahrhunderts .....	63
2.	Die Implementierung der <i>buena fe</i> durch den historischen Kodifikationsgesetzgeber .....	66
3.	Eine erste Einordnung durch das postkodifikatorische Schrifttum .....	68
B.	Die Orientierungsphase in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts .....	70

I.	Andreas von Tuhr (1925): Zwei Bedeutungen der bona fides .....	71
	1. Kategorische Unterscheidung zwischen zwei Arten der bona fides? .....	72
	2. Kritische Würdigung der spanischen Wahrnehmung .....	74
II.	José Alguer (1927): Die Entdeckung der buena fe als „objektives Kriterium im Recht“ .....	75
	1. Der Konflikt zwischen strengem Recht und billigem Recht als Ausgangspunkt .....	75
	2. Verschiedene Bedeutungen der buena fe .....	77
	3. Normative Elemente und Konzept der buena fe .....	80
	4. Verschiedene Anwendungsbereiche der buena fe .....	81
	5. Zusammenfassung und Würdigung .....	85
III.	Jerónimo González y Martínez (1927): Die buena fe als Leitmotiv des Immobilienverkehrs .....	88
	1. Bedeutung der Ley Hipotecaria von 1861 .....	89
	2. Die Rolle der buena fe .....	89
	3. Der größere Zusammenhang .....	90
IV.	José Castán Tobeñas (1933): Aufbruch zu einem sozialen Zivilrecht .....	92
	1. Krise und Rekonstruktion des Zivilrechts .....	93
	2. Vorüberlegungen zu einer Reform des Código Civil .....	94
	3. Aspekte eines künftigen Zivilgesetzbuchs .....	97
	4. Durchbruch in der Rechtsprechung .....	99
	5. Zusammenfassung und Würdigung .....	101
V.	Wolfgang Siebert (1942): Tendenzen zur Ideologisierung von Treu und Glauben .....	102
	1. Die Instrumentalisierung des Vertragsrechts .....	102
	2. Einflüsse auf das spanische Recht? .....	105
VI.	Zwischenergebnis: Die Moralisierung des Rechts als Zielsetzung .....	107
C.	Die Konsolidierungsphase in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts .....	112
	I. Alfonso de Cossio y Corral (1955): Buena fe und exceptio doli .....	112

1.	Die buena fe als moralisches und normatives Konzept.....	112
2.	Konstruktion der actio de dolo und der exceptio doli generalis auf der Grundlage der buena fe.....	113
3.	Zusammenfassung und Würdigung.....	118
II.	Luis Díez-Picazo (1963): Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens als Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes der buena fe.....	121
1.	Die actos propios-Doktrin als Unterfall des principio general de la buena fe.....	122
2.	Charakterisierung der buena fe.....	125
3.	Die Pflicht zu objektiv redlichem Verhalten als allgemeiner Grundsatz des spanischen Rechts.....	128
4.	Zusammenfassung und Würdigung.....	130
III.	F. Gómez-Acebo und José Luis de los Mozos: Einheit oder Pluralität der buena fe?.....	131
1.	Gómez-Acebo (1952) – „concepto unitario de la buena fe“.....	132
2.	De los Mozos (1965) – „principio de la buena fe“.....	134
IV.	Zwischenergebnis: Das Ringen um ein dogmatisches Konzept.....	137
§ 5.	Gesetzliche Verankerung durch Reform des Einführungstitels zum Código Civil.....	139
A.	Positivierung der buena fe als Kriterium der Rechtsausübung.....	141
I.	Gesetzgebungsgeschichte des Art. 7 CC.....	141
II.	Fließender Übergang zwischen verwandten Rechtsinstituten.....	144
III.	Zwischenergebnis: Die Reform als eine Frage der elegantia iuris.....	148
B.	Gesetzliche Anerkennung der buena fe als allgemeiner Rechtsgrundsatz.....	149
I.	Die Änderungen durch die Reform.....	150
II.	Die Konsequenzen für die buena fe.....	153
III.	Zwischenergebnis: Die Reform als Erhaltung des status quo.....	156

C.	Transformation der <i>buena fe</i> : Vom allgemeinen Rechtsgrundsatz zur Generalklausel.....	157
I.	Von der Konzeptualisierung zur Konkretisierung .....	159
II.	Polarisierung der <i>buena fe</i> .....	162
III.	Zwischenergebnis: Konvergenz von Treu und Glauben und <i>buena fe</i> .....	165
§ 6.	Positivierung der <i>buena fe</i> in der modernen Gesetzgebung außerhalb des allgemeinen Vertragsrechts .....	166
A.	Verwaltungs- und Steuerrecht .....	167
B.	Wettbewerbsrecht.....	169
C.	Prozessrecht .....	173
D.	Arbeitsrecht.....	175
E.	Verfassungsrecht.....	179
F.	Zwischenergebnis.....	182
Teil 2: Konturierung der <i>buena fe contractual</i> durch Schrifttum und Rechtsprechung.....		
§ 7.	Zum Begriff der <i>buena fe contractual</i> .....	188
A.	<i>Buena fe</i> des Vertragsrechts vs. <i>buena fe</i> im Vertragsrecht.....	190
I.	Der Vorrang gesetzlicher Vorgaben als objektive Beurteilungsgrundlage.....	191
II.	Der Schutz des guten Glaubens „bei Verträgen“ .....	194
III.	Das Arglistverbot als Grundlage der <i>buena fe contractual</i> ? .....	198
B.	<i>Buena fe contractual</i> im engeren Sinne .....	202
C.	Zusammenfassung und Stellungnahme.....	206
§ 8.	Die <i>buena fe contractual</i> als Spiegel eines gewandelten Vertragsbildes.....	211
A.	Vertragstreue.....	213
B.	Handelsrecht und bürgerliches Recht .....	214
C.	Gesetzesrecht und <i>lex privata</i> .....	217
D.	Privatautonomie vs. vertragliche Loyalität und Sozialbindung.....	220
E.	Das Leitbild des objektiven Verhaltensstandards .....	224
F.	Prozessuale Rahmenbedingungen.....	228
I.	Historische Entwicklung der Kassationsklage .....	228

II.	Verstöße gegen die <i>buena fe</i> als Grundlage einer Kassationsklage.....	231
III.	Die <i>buena fe contractual</i> im Besonderen .....	234
G.	Zwischenergebnis.....	235
§ 9.	Ausprägungen der <i>buena fe contractual</i> .....	236
A.	Zustandekommen und Bestand vertraglicher Schuldverhältnisse.....	238
I.	Nichtigkeit von Verträgen.....	239
1.	Verstoß gegen Formvorschriften.....	239
2.	Fehlende Zustimmung.....	240
3.	<i>Causa inmoral</i> .....	241
II.	Stellvertretung .....	243
III.	Bedingte Rechtsgeschäfte.....	245
IV.	Schweigen als Willenserklärung.....	245
V.	Zugang und Widerruf von Willenserklärungen .....	246
VI.	Willensmängel.....	247
VII.	Vorvertragliche Aufklärungspflichten .....	248
VIII.	<i>Culpa in contrahendo</i> .....	251
B.	Auslegung der Erklärungen der Parteien.....	253
I.	Erforschung des wahren Parteiwillens.....	255
II.	Ergänzung des nicht vollständig feststellbaren Parteiwillens.....	256
III.	Verhältnis von tatsächlichem und erklärtem Parteiwillen .....	258
IV.	Gemischter Ansatz des Tribunal Supremo.....	260
C.	Bestimmung der vertraglichen Rechte und Pflichten.....	261
I.	Leitentscheidung des Tribunal Supremo .....	263
II.	Art und Weise der Hauptleistung .....	265
III.	Schutz- und sonstige Nebenpflichten .....	266
IV.	Vertragliche Obliegenheiten.....	271
D.	Anpassung des Vertragsinhaltes .....	272
I.	Verbot widersprüchlichen Verhaltens .....	273
II.	Verwirkung .....	278
III.	Rechtsmissbrauch.....	280
IV.	Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	284
V.	Wegfall und Änderung der Geschäftsgrundlage .....	289

E. Beendigung des Vertrages.....	292
I. Rücktritt .....	293
II. Kündigung.....	295
F. Zwischenergebnis.....	300
 Schluss: Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts und <i>buena fe contractual</i> .....	 303
 Anhang I: Gesetzliche Bestimmungen .....	 309
Anhang II: Rechtsprechung .....	317
Literaturverzeichnis .....	319
Sachverzeichnis .....	339



## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADC	Anuario de Derecho Civil
AGB	allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz über allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
arg.	argumentum
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BOE	Boletín Oficial del Estado
bzw.	beziehungsweise
CC	Código Civil (Zivilgesetzbuch von 1889)
CCom	Código de Comercio (Handelsgesetzbuch von 1885)
CE	Constitución Española (Verfassung von 1978)
CISG	United Nations Convention on the International Sale of Goods (1980)
CJ	Codex Justinianus
CL	Colección Legislativa
D.	Digesten
d.h.	das heißt
ders. / dies.	derselbe / dieselbe
DJ	Documentación Jurídica
ebd.	ebenda
ELF	European Legal Forum
ERPL	European Review of Private Law
ET	Estatuto de los Trabajadores (Arbeitnehmergesetz von 1995)
etc.	et cetera

f. / ff.	folgende
Fn.	Fußnote
frz.	französisch
FS	Festschrift, Festgabe
Gac.	Gaceta
ggf.	gegebenenfalls
GG	Grundgesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hg.	Herausgeber
hg.	herausgegeben
HGB	Handelsgesetzbuch
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.V.m.	in Verbindung mit
JC	Jurisprudencia Civil
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos (Mietgesetz von 1994)
LCD	Ley de Competencia Desleal (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb von 1991)
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Gesetz über allgemeine Geschäftsbedingungen von 1998)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Zivilprozessordnung von 2000)
LGDCU	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Verbraucherschutzgesetz von 1984)
LGP	Ley General de Publicidad (Gesetz über die Werbung von 1988)
LH	Ley Hipotecaria (Hypothekengesetz von 1861 bzw. 1946)
LOPJ	Ley del Poder Judicial (Gerichtsverfassungsgesetz von 1985)
LPI	Ley de Propiedad Intelectual (Gesetz über geistiges Eigentum von 1996)
LPL	Ley de Procedimiento Laboral (Arbeitsprozessgesetz von 1995)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Mot.	Motive (der Kommission zum Bürgerlichen Gesetzbuch)
n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
PECL	Principles of European Contract Law
pr.	am Anfang (bei Digestenstellen)
Prot. II	Protokolle der Zweiten Kommission
RAP	Revista de Administración Pública

RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPat	Revista de Derecho Patrimonial
RDM	Revista de Derecho Mercantil
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RG	Reichsgericht
RGD	Revista General del Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJN	Revista Jurídica del Notariado
Rn.	Randnummer
RVDPA	Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje
S.	Seite, Satz
s.a.	siehe auch
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
str.	strittig
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (Urteil des Verfassungsgerichts)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (Urteil des obersten Gerichtshofes)
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Urteil des oberen Gerichtshofes einer autonomen Gemeinschaft)
TC	Tribunal Constitucional (Verfassungsgericht)
TP	Título Preliminar (Einführungstitel des Zivilgesetzbuchs)
TS	Tribunal Supremo (Oberster Gerichtshof, in Zivilsachen etc.)
TSJ	Tribunal Superior de Justicia (Oberer Gerichtshof einer autonomen Gemeinschaft)
TvR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
u.a.	und andere, unter anderem
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.a.	vor allem
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
vgl.	vergleiche
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Schweizer Zivilgesetzbuch von 1907
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZSS (RA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft



## Einleitung

### Treu und Glauben – Deutschland, Spanien, Europa

„Die *bona fides* der römischen Texte, die ‚gute Treue‘ der Kaufleute, die guten Handelsbräuche, die Billigkeit und das Billige sowie *Treu und Glauben* des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs sind übliche Begriffe, mit denen Rechtsregeln Elastizität verliehen, Richtern ein Höchstmaß an Ermessen eingeräumt und zugleich Privaten weitgehende Selbstbestimmung ermöglicht wird.“<sup>1</sup>

Das Zusammenwachsen Europas zu einem einheitlichen Rechts- und Wirtschaftsraum ist weit fortgeschritten. Was als wirtschaftlicher Integrationsprozess mit den Mitteln des Völkerrechts und dem Ziel der politischen Stabilisierung zum gemeinsamen Vorteil der europäischen Nationalstaaten begann, erstreckt sich längst über das zwischenstaatliche Recht hinaus unmittelbar in die privatrechtlichen Lebensverhältnisse der Bürger hinein<sup>2</sup>. Erst im grenzüberschreitenden privatautonomen Handeln verwirklicht sich nämlich die Idee des Binnenmarktes – das Leitbild für den geschilderten Integrationsprozess. Die Legislativorgane der Europäischen Union üben eine vielfältige Gesetzgebung aus, die nicht mehr nur Rahmenbedingungen für den effektiven Genuss der europarechtlich verbürgten Grundfreiheiten sicherstellen will (Dienstleistungs-, Kapitalverkehrs-, Personenverkehrs- und Warenverkehrsfreiheit), sondern auch die inhaltliche Gestaltung des Privatrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Angriff nimmt. In diesem Zusammenhang wird zunehmend die Frage diskutiert, ob anstelle der bisherigen bruchstückhaften Regelungsweise durch besondere Richtlinien und Verordnungen nicht ein Europäisches Zivilgesetzbuch oder mindestens ein einheitliches Vertragsrecht für Europa geeignet, erfor-

---

<sup>1</sup> *Clemente de Diego*, Fuentes, S. 124. Sämtliche in dieser Untersuchung abgedruckten Übersetzungen stammen von dem Verfasser, soweit nichts Anderes angegeben wird.

<sup>2</sup> Vgl. nur die Begründung der Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999, zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, worin ausdrücklich formuliert wird: „Der freie Warenverkehr betrifft nicht nur den gewerblichen Handel, sondern auch Privatpersonen. Dies bedeutet, dass es den Verbrauchern aus einem Mitgliedstaat möglich sein muss, auf der Grundlage angemessener einheitlicher Mindestvorschriften über den Kauf von Verbrauchsgütern im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats frei einzukaufen.“

derlich oder wünschenswert ist, um das Funktionieren des freien Binnenmarktes zu fördern<sup>3</sup>.

Zu welchem Ergebnis auch immer diese Diskussion führen wird: Das enorme Volumen des innergemeinschaftlichen Handels einerseits sowie die Existenz zahlreicher Gesetzgebungsakte der Europäischen Gemeinschaften mit zum Teil gravierenden Auswirkungen auf die nationalen Privatrechtsordnungen andererseits zwingen zu einer Auseinandersetzung mit ausländischem mitgliedstaatlichem Privatrecht. Denn der europäische Gesetzgeber ist wohlberaten, wenn er bei seiner Normsetzung (auch wenn sie lediglich bestimmte Sondermaterien betrifft und noch keine Kodifikation im klassischen Sinne anstrebt) Lösungen für Europa sucht, die sich harmonisch in die bestehenden Rechtsordnungen sämtlicher Mitgliedstaaten einpassen. Außerdem hat sich die Rechtspraxis in zunehmendem Maße mit ausländischem Privatrecht auseinanderzusetzen: Europaweit tätige Unternehmen müssen bei der Vorbereitung und Durchführung ihrer Geschäfte berücksichtigen, ob und ggf. welche fremden Rechtsregeln ihrer grenzüberschreitenden Tätigkeit zugrunde zu legen sind. Den Inhalt solcher Rechtsregeln festzustellen ist nicht immer eine leichte Aufgabe.

Zumindest in Kontinentaleuropa wendet sich der Rechtsuchende, der eine klare Vorstellung hinsichtlich der Existenz und der Reichweite bestimmter Rechtsregeln gewinnen will, zunächst den nationalen Kodifikationen oder Spezialgesetzen zu. Problematisch gestaltet sich die Konsultation von weniger präzisen Rechtsquellen wie „offenen“ Normen oder unbestimmten Rechtsbegriffen oder Generalklauseln. In diesen Fällen werden die jeweilige Tragweite und tatsächliche Bedeutung erst durch die Einbeziehung des juristischen Schrifttums und der Rechtsprechung sichtbar, welche sie konkretisieren. Eine solche Generalklausel, deren Wortlaut die wahre praktische Bedeutung nicht auf Anhieb offenbart, enthalten auch die §§ 157, 242 BGB. Auf ihrer Grundlage haben deutsche Gerichte mit Unterstützung der Rechtswissenschaft zahlreiche wichtige Rechtsregeln entwickelt, vielfach mit dem erklärten Ziel – als eines unter vielen<sup>4</sup> –, die Sicherheit und Schnelligkeit des Rechtsverkehrs zu fördern. Dabei handelt es sich um ein rechtspolitisches Anliegen, welches die genannten Kreise – europäischer Gesetzgeber und europaweit tätige Unternehmen – mit besonderem Interesse verfolgen werden; denn Sicherheit und Schnelligkeit des Rechtsverkehrs fallen in den Kernbereich des Leitbildes vom euro-

---

<sup>3</sup> Vgl. etwa die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über den Aktionsplan für ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht, KOM (2003) 68 final, vom 12.2.2003, sowie die Entschließung des Europäischen Parlaments zum Europäischen Vertragsrecht und zur Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands: weiteres Vorgehen, KOM (2005) 456, vom 23. März 2006.

<sup>4</sup> Der zugrunde liegende Gedanke ist schillernd und soll in seiner Vielschichtigkeit im Laufe dieser Untersuchung Gestalt gewinnen.

päischen Binnenmarkt und fördern den innergemeinschaftlichen Handel durch den Abbau von tatsächlichen und rechtlichen Handelshemmnissen jeglicher Art. Im Grunde ist es nicht überraschend, dass jede moderne Rechtsordnung in Europa und darüber hinaus nach Mitteln und Wegen sucht, um einerseits den aktuellen Erfordernissen des Rechtsverkehrs zu genügen und andererseits den Gerichten notwendige und flexible Instrumente an die Hand zu geben, für einen angemessenen Interessenausgleich zu sorgen, wie er beispielsweise im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger eines Kaufvertrages vorzunehmen ist. Länder wie Frankreich, Italien und Spanien bekennen sich zu ähnlichen rechtspolitischen Zielen, wie sie in Deutschland auf der Grundlage von Treu und Glauben verfolgt werden, und sie verfügen in ihren Zivilrechtskodifikationen über Vorschriften, die den §§ 157, 242 BGB mehr oder weniger gleichen.

Der Grundsatz von Treu und Glauben wird häufig als universaler Rechtsgrundsatz<sup>5</sup> bezeichnet, der in der *bona fides* des römischen Rechts begründet sei, in der *lex mercatoria* der Kaufleute des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit seinen Niederschlag gefunden habe, letztlich allen – jedenfalls den kontinentaleuropäischen – Rechtsordnungen zu eigen sei und paradigmatisch in den mehrfach zitierten Vorschriften des deutschen BGB zum Ausdruck komme<sup>6</sup>. In Art. 1:201 Abs. 1 der Principles of European Contract Law (Treu und Glauben und redlicher Geschäftsverkehr) heißt es daher mit einer gewissen Selbstverständlichkeit: „Jede Partei hat im Einklang mit den Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs zu handeln“; und Art. 5:102 PECL (Erhebliche Umstände) bestimmt: „Bei der Auslegung des Vertrages sind insbesondere zu berücksichtigen: [...] (g) Die Gebote von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs.“<sup>7</sup> Bei der Formulierung standen den Mitgliedern der Kommission für Europäisches Vertragsrecht<sup>8</sup> offensichtlich die §§ 157, 242 BGB vor Augen<sup>9</sup>. Aber befindet sich dieser Ansatz

---

<sup>5</sup> Vgl. Urteil des BGH v. 14.10.1992 (NJW 1993, 259 ff., 263), wo es in einem Fall im Zusammenhang mit der deutschen Wiedervereinigung (Wegfall der Geschäftsgrundlage) heißt, dass der Grundsatz von Treu und Glauben „als übergesetzlicher Rechtsatz allen Rechtsordnungen immanent“ sei.

<sup>6</sup> Vgl. anstelle vieler das einleitende Zitat von *Clemente de Diego* aus dem Jahr 1922.

<sup>7</sup> Vgl. auch Art. 1.4 UNIDROIT-Principles und Art. 1 Abs. 2, Art. 6 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 des Entwurfes für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch.

<sup>8</sup> Zu Zielen und Arbeitsweise der Kommission vgl. *v. Bar/Zimmermann*, Grundregeln, S. XXIII ff. Die auf rein wissenschaftlicher Autorität beruhende Arbeitsgruppe ist bemüht, Grundregeln des gegenwärtigen europäischen Vertragsrechts herauszuarbeiten, um mittel- oder langfristig einen Normierungsvorschlag für eine europaweite Regelung mit Gesetzescharakter formulieren zu können.

<sup>9</sup> *Zimmermann*, AcP 202 (2002), 243 ff., 271; auch *Duve/Haferkamp*, HKK – § 242 BGB, Rn. 80 konstatieren eine in der Rechtsvergleichung weit verbreitete Vorstellung, dass Treu und Glauben „allen Rechtsordnungen immanent“ sei (vgl. BGH NJW 1993,

wirklich im Einklang mit anderen europäischen Rechtsordnungen, in denen ein vertragsrechtlicher Grundsatz von Treu und Glauben jedenfalls nicht mit derselben Deutlichkeit zu Tage tritt wie in der deutschen Rechtswissenschaft?

In den letzten Jahren hat sich die europäische Wissenschaft verstärkt des Themas der vertraglichen *bona fides* angenommen<sup>10</sup>. In Deutschland existiert schon seit Inkrafttreten des BGB eine umfangreiche Literatur, die sich eingehend mit den §§ 157, 242 BGB auseinandersetzt<sup>11</sup>. Als weniger ergiebig erweisen sich Recherchen zu dem Stand in anderen europäischen Rechtsordnungen, wie beispielsweise Frankreich, Italien und Spanien<sup>12</sup>. Weitere Untersuchungen zu in den nationalen Rechtsordnungen verankerten Auffassungen über den Grundsatz von Treu und Glauben erscheinen aber aus mehreren Gründen nützlich und erforderlich. Von einem theoretischen Standpunkt aus wird dem Grundsatz von Treu und Glauben in vielen Rechtsordnungen eine so fundamentale Bedeutung beigemessen, dass er als eine zwingende normative Vorgabe erscheint<sup>13</sup>; dies könnte zur Folge haben, dass gesetzliche Vorschriften eines nationalen oder supranationalen Gesetzgebers oder auch vertragliche Vereinbarungen Privater, die gegen ihn verstoßen, von mitgliedstaatlichen Gerichten als unwirksam oder jedenfalls nur eingeschränkt wirksam angesehen werden. Und schließlich kann für eine sinnvolle europäische Rechtspolitik und Gesetzgebungstechnik ebenso wie für die interessengerechte Gestaltung eines grenzüberschreitenden Vertrages eine wichtige Rolle spielen, in welcher Weise Richter, deren Sichtweisen gegenwärtig noch weitgehend nationalstaatlich geprägt sind, ausdrücklich formulierte Treu und Glauben-Klauseln interpretieren und ausfüllen würden, seien sie nun in einem Vertragsentwurf oder in einem Gesetzesentwurf enthalten.

---

259 ff., 263) und stellen fest, dass „Treu und Glauben im einzelnen durchaus differente Aufgaben in verschiedenen dogmatischen Strukturen und Funktionszusammenhängen übernimmt, für deren Verständnis eine genaue Analyse historisch gewachsener, nationaler und europäischer Begründungstraditionen unverzichtbar ist.“

<sup>10</sup> Vgl. insbesondere *Zimmermann/Whittaker*, Good Faith.

<sup>11</sup> Vgl. beispielhaft die 1553 Seiten umfassende Kommentierung von *Weber*, Staudinger – § 242 BGB, aus dem Jahr 1961 mit umfangreichen bibliographischen Hinweisen.

<sup>12</sup> Vgl. für Italien etwa *Nanni*, Buona fede (1988) und für Frankreich zuletzt *Jaluzot*, Bonne foi (2001).

<sup>13</sup> Vgl. *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 129.

## § 1. Ausgangspunkt und Ziele der Untersuchung

„Die *buena fe* gehört zu den Konzepten, die so elastisch sind, dass sie zwar jedermann kennt, niemand sie aber gänzlich begreift.“<sup>14</sup>

### A. Untersuchungsgegenstand

Thema der vorliegenden Untersuchung ist die Entwicklung der *buena fe contractual*, d.h. des Grundsatzes von Treu und Glauben im spanischen Vertragsrecht<sup>15</sup>. Während die §§ 157 und 242 BGB<sup>16</sup> schon bald nach Inkrafttreten des BGB Gegenstand ausführlicher und zumindest anfangs z.T. heftiger Auseinandersetzung in der deutschen Rechtswissenschaft waren<sup>17</sup>, wurde in Spanien dem im spanischen Pendant (Artt. 7 und 1258 CC<sup>18</sup>) zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken noch bis weit in das 20. Jahrhundert hinein keine vergleichbare Beachtung zuteil. Zwar wird auch dort die *buena fe* nunmehr in jedem modernen Kommentar oder Lehrbuch des Zivilrechts als fundamentales Prinzip der spanischen Rechtsordnung gewürdigt, ist mittlerweile weit über die Grenzen des Privatrechts hinaus anerkannt und im Begriff, ähnlich wie in der Schweiz<sup>19</sup> sogar zu einem Verfassungsprinzip zu avancieren<sup>20</sup>. Noch die rechtswissenschaftliche Literatur des 19. und des frühen 20. Jahrhunderts hatte sich aber – soweit ersichtlich – so gut wie gar nicht mit dem Thema befasst oder jedenfalls die mit dem Konzept nach heutiger Sichtweise verbundenen Inhalte nicht

---

<sup>14</sup> *Alguer*, RJC 1927, 507.

<sup>15</sup> Zur Terminologie der Begriffe Treu und Glauben bzw. *buena fe* und ihrem Verhältnis zueinander sogleich Näheres, unten § 3 C. Zur Frage, inwieweit sich eine spezifisch vertragsrechtliche *buena fe* isolieren lässt, vgl. unten § 7.

<sup>16</sup> § 157 befindet sich im Allgemeinen Teil des BGB (1. Buch) im Abschnitt über die Rechtsgeschäfte und lautet: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“ § 242 befindet sich im 2. Buch des BGB (Recht der Schuldverhältnisse) im Abschnitt über den Inhalt der Schuldverhältnisse und bestimmt: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“

<sup>17</sup> Prägnant etwa *Henle*, Treu und Glauben, S. 3: „Diese Bestimmung [§ 157 BGB] mit ihrem redlichen Biedermannsgesicht ist zum Träger einer unheilvollen Seuche geworden, die am Mark unseres Rechtslebens vergiftend zehrt. Diese Seuche ist der Abfall der Rechtsprechung vom Gesetz.“ Damit ist der Beginn einer kritischen Linie im Schrifttum angedeutet, die bis in die heutige Zeit reicht und wonach der Grundsatz von Treu und Glauben ein inhaltsleeres Konzept, eine „Leerformel“ darstellen soll, die im schlimmsten Fall sogar die Gefahr richterlicher Willkür birgt. Vgl. heute etwa *Schmidt*, Staudinger – § 242 BGB, Rn. 179 ff.

<sup>18</sup> Der Wortlaut der Normen ist im Anhang zu finden.

<sup>19</sup> Vgl. hierzu *Chiariello*, Treu und Glauben (2003).

<sup>20</sup> Vgl. hierzu *Gil y Gil*, Principio, S. 25–183 (Kapitel 1: „De la bona fides al principio constitucional de la buena fe“).

unter dem Etikett der *buena fe* behandelt. Wie zu zeigen sein wird, sollte sich die *buena fe* erst gegen Mitte des 20. Jahrhunderts auch in Spanien zu einem nachhaltigen einflussreichen Rechtsgedanken entwickeln.

Bei der Auseinandersetzung mit grundlegenden Rechtsprinzipien wie dem von Treu und Glauben oder *buena fe* handelt es sich um einen Erkenntnisvorgang, der niemals abgeschlossen sein kann<sup>21</sup>. Diese Sichtweise ist allgemein anerkannt und kommt bereits im gewählten Eingangszitat von José Alguer aus dem Jahr 1927 zum Ausdruck. Die vorliegende Untersuchung versteht sich als Beitrag zu dieser Daueraufgabe der Erforschung des Grundsatzes von Treu und Glauben<sup>22</sup> und will insbesondere dem nichtspanischen juristischen Publikum wichtige Etappen und Fortschritte des Entwicklungsprozesses der *buena fe contractual* aufgrund einer Auswertung des spanischen Schrifttums und der Rechtsprechung des Landes vorstellen<sup>23</sup>. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei den Einflüssen, die das deutsche Recht durch seine Rezeption in Spanien ausgeübt hat. Es kann als ein Kennzeichen der spanischen Rechtskultur des 19. und 20. Jahrhunderts gelten, dass ausländische Rechtssysteme ihr als wichtige Inspirationsquelle dienten; der im spanischen Schrifttum ständig anzutreffende Rekurs auf das ausländische Recht erschwert dem nichtspanischen Juristen die Aufgabe, sich ein zutreffendes und einigermaßen abschließendes Bild von Inhalt und Reichweite bestimmter Rechtsinstitute Spaniens zu machen. Vor allem in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts, die als eine Phase des Eklektizismus der spanischen Rechtswissenschaft bezeichnet wird<sup>24</sup>, kam neben dem italienischen und französischen Recht der deutschen Jurisprudenz bei der wissenschaftlichen Durchdringung und Fortentwicklung des eigenen Privatrechts eine wichtige Bedeutung zu<sup>25</sup>. Der geschilderte Rezeptionsvorgang erlaubt es dem

<sup>21</sup> Auch in anderen Ländern, deren Rechte mit dem Konzept lange vertraut zu sein scheinen, wird immer wieder in Frage gestellt, was man unter Treu und Glauben eigentlich zu verstehen habe. Vgl. z.B. *Widmer*, Variationen, S. 185 ff., der auf die kategorische Aussage von *Roy Goode* (zit. ebd.) „we in England find it difficult to adopt a general concept of good faith. It may sound astonishing to you, but we do not know quite what it means“ erwidert: „Aus schweizerischer Sicht lässt sich [...] fragen, ob wir denn so viel besser wissen, was uns die Maxime von Treu und Glauben, die immerhin als zweite Bestimmung ganz zuvorderst im ZGB steht, bedeutet.“

<sup>22</sup> Vgl. *Schmidt*, Präzisierung, S. 231 ff.

<sup>23</sup> In Spanien ist die Zahl der wissenschaftlichen Publikationen, die sich speziell der *buena fe* widmen, im Vergleich zu Deutschland relativ überschaubar – in chronologischer Folge sind dies abgesehen von der Kommentarliteratur und den juristischen Enzyklopädien v.a. folgende Werke: *Alguer*, RJC 1927, 422 ff., 507 ff.; *de los Mozos*, Principio (1965); *Ferreira Rubio*, Buena fe (1984); aus italienischer Sicht *Pasa*, Rassegna di diritto civile 2001, 741 ff.

<sup>24</sup> So *Pasa*, Rassegna di diritto civile 2001, 758.

<sup>25</sup> Zu den mannigfaltigen Einflüssen der deutschen Rechtswissenschaft auf das spanische Zivilrecht vgl. *Puig Ferriol*, ZEuP 2000, 195 ff. m.w.N. Im hier inter-

deutschen Juristen, den Werdegang der *buena fe* vor dem Hintergrund seines eigenen Rechts (hier also des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäß §§ 157, 242 BGB) nachzuverfolgen. Eine Gegenüberstellung der Entwicklungen wird dadurch begünstigt, dass Deutschland und Spanien jedenfalls auf dem Gebiet des Privatrechts seit dem Erlass ihrer Zivilkodifikationen gegen Ende des 19. Jahrhunderts mit im Wesentlichen ähnlichen – wenn auch teilweise phasenverschobenen – sozialen, politischen und wirtschaftlichen Herausforderungen konfrontiert waren, die angemessenen juristischen Lösungen zugeführt werden mussten.

Eine Darstellung der Entwicklung der *buena fe* und ihrer praktischen Bedeutung im heutigen spanischen Recht erfordert Selbstbeschränkung in mehrfacher Hinsicht. Die erste der hier gewählten Eingrenzungen ist zeitlicher Natur und besteht darin, erst im 19. Jahrhundert einzusetzen, nämlich bei den Vorarbeiten zum spanischen Código Civil von 1889. Die zweite Grenze betrifft die sachliche Reichweite des Untersuchungsgegenstands, da die *buena fe contractual* im Mittelpunkt stehen und damit eine Fokussierung auf das Vertragsrecht stattfinden soll. Eine dritte Einschränkung ergibt sich aus dem verfolgten methodischen Ansatz, die *buena fe* als Topos im Sinne eines fruchtbar gemachten juristischen Arguments zu verstehen. Dieser dreifachen Eingrenzung des Themas liegen folgende Überlegungen zugrunde:

Die untersuchte Zeitspanne reicht von den Vorarbeiten zum ersten nationalen *spanischen* Zivilgesetzbuch vor mehr als hundert Jahren bis in unsere heutige Zeit, in der sogar die Idee einer *gesamteuropäischen* Kodifikation in greifbare Nähe zu rücken scheint. Der gewählte Untersuchungszeitraum ist deswegen interessant, weil sich hier verfolgen lässt, welchen Paradigmenwechsel das spanische Recht vollzogen hat: weg vom als Vorbild geltenden Code Civil und der in ihm verkörperten individualistisch-

---

essierenden Zusammenhang von Treu und Glauben im Vertragsrecht sind aus den zahlreichen ins Spanische übertragenen Werken deutscher Juristen folgende hervorzuheben (in chronologischer Reihenfolge der Übersetzungen): Das „System des heutigen römischen Rechts“ von *Friedrich Carl von Savigny*; das „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts“ von *Ludwig Enneccerus/Theodor Kipp/Martin Wolff*, seit den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts in diversen Auflagen und in der Bearbeitung der berühmten spanischen „Anotadores“ *José Alguer* (vgl. auch dessen Abhandlung über die *buena fe*, RJC 1927, 422 ff., 507 ff.) und *Blas Pérez González* erschienen; das „Lehrbuch des Schuldrechts“ von *Karl Larenz* (erstmalig 1958) und diejenigen von *Dieter Medicus* zum allgemeinen und zum besonderen Teil des Schuldrechts (*Tratado de las relaciones obligacionales*, 2 Bände, 1995); im echten Sinne bahnbrechend für die zunehmende Rezeption des Grundsatzes von Treu und Glauben wirkte die Übersetzung von *Franz Wieacker*s „Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB“ (1956) im Jahr 1977 unter dem Titel „El principio general de la buena fe“ mit einer wichtigen Einführung von *Luis Díez-Picazo*. Charakteristisch für die spanische Fachliteratur in Periodika sind regelmäßige Berichte über aktuelle oder maßgebliche Rechtentwicklungen in Deutschland.

liberalen Rechtsauffassung, hin zu einer Behandlung gemäß den Kategorien und der Methodik der deutschen Rechtswissenschaft. Einen Höhepunkt dieser Entwicklung stellt im Hinblick auf den Grundsatz von Treu und Glauben dar, dass der spanische Gesetzgeber, ähnlich wie kurz zuvor der portugiesische Gesetzgeber (1966)<sup>26</sup>, im Jahr 1974 mit Art. 7.1 CC eine allgemeine Generalklausel der *bona fides* bei der Rechtsausübung in den Código Civil aufnahm. Die Verankerung im quasi-verfassungsrechtlichen Einführungstitel des Código – zusätzlich zu der Verwurzelung in den vertragsrechtlichen Art. 1258 CC (1889) und Art. 57 CCom (1885, nahezu wortgleich Art. 247 CCom von 1829) – bedeutet eine bewusste Verbindung der Thematik von Treu und Glauben mit der vom historischen CC-Gesetzgeber noch nicht wahrgenommenen Kategorie der subjektiven Rechte und der Frage nach den Grenzen ihrer Ausübung.

Wie rechtfertigt sich aber dann die Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes auf die *buena fe contractual*? Diese Frage werden vor allem spanische Leser stellen, da die Mehrzahl der bisherigen monografischen Darstellungen zum spanischen Recht weiter ausholte und die *buena fe* als ein universales Phänomen – eben als einen allgemeinen Grundsatz der spanischen Rechtsordnung – behandelte, mit der mehr oder weniger stillschweigenden Prämisse, dass Differenzierungen weder möglich noch sachgerecht sind<sup>27</sup>. Folge dieses Ansatzes ist, dass sich viele der genannten Abhandlungen auf einem für die Rechtspraxis allzu hohen Abstraktionsniveau bewegen und dass eine monographische Darstellung der *buena fe contractual* – oder auch nur eine hinreichende Klärung, was mit diesem Begriff überhaupt gemeint ist – bis heute fehlt<sup>28</sup>. Zieht man außerdem in Betracht, dass die Idee der *bona fides* im nationalen wie auch im internationalen<sup>29</sup> Schrifttum gerade in den letzten Jahren aufgrund eines möglicherweise übersteigerten universellen Geltungsanspruchs als „Leerformel“ in die Kritik geraten ist, erscheint es erfolgversprechender, sich mit einer Untersuchung des Vertragsrechts zu bescheiden: Hier ist die *bona fides* als eine rechtliche Idee mit hinreichender dogmatischer Verfestigung greifbar, so dass ihre Darstellung weniger Gefahr läuft, sich im Beliebigen zu verlieren. Eine Beschränkung auf das Vertragsrecht ist noch

---

<sup>26</sup> In Portugal ist der Grundsatz von Treu und Glauben aber abweichend von der spanischen Reform nicht nur allgemein in Art. 762 (2) CC niedergelegt worden, sondern auch in besonderen Vorschriften wie Art. 227 über culpa in contrahendo, Art. 239 über Lücken des Vertrages, Art. 334 über Rechtsmissbrauch und Art. 437 über veränderte Umstände.

<sup>27</sup> Dies hängt wesentlich mit der Konzeptualisierung als allgemeiner Rechtsgrundsatz zusammen, vgl. hierzu im Einzelnen den 1. Teil der Arbeit.

<sup>28</sup> Vgl. *García Amigo*, *Actualidad Civil* 2000, 1 ff., 2. Vgl. hierzu v.a. unten § 7.

<sup>29</sup> Vgl. zum deutschen Recht v.a. *Schmidt*, *Staudinger* – § 242 BGB; ihm folgend *Hesselink*, *Good Faith*, S. 486 ff.

aus anderen Gründen nachvollziehbar: Erstens liegt hier – jedenfalls nach zutreffender Auffassung – die Wurzel und der historische Ausgangspunkt des Grundsatzes von Treu und Glauben<sup>30</sup>. Zweitens hat sich im Vertragsrecht die Idee von Treu und Glauben als besonders fruchtbar erwiesen, gemessen an der Zahl von Rechtsinstituten, die aus ihr hervorgegangen sind und teilweise bereits dogmatische Eigenständigkeit erreicht haben<sup>31</sup>.

Die dritte und vielleicht wichtigste Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes besteht darin, dass ein topischer Ansatz verfolgt werden soll: Es wird versucht, einen Eindruck zu vermitteln, in welchem Zusammenhang, aus welchen Gründen und mit welcher Zielrichtung die *buena fe* im Laufe der Zeit als juristisches Argument fruchtbar gemacht worden ist<sup>32</sup>. Das bedeutet zum einen, dass keine Dogmengeschichte der *buena fe* im spanischen Recht geliefert werden soll. Ein solches Unterfangen ist schon wegen der Beschränkung auf das Vertragsrecht nicht möglich, werden doch andere Quellen subjektiver Rechte wie Nachbarschaftsverhältnisse, deliktische Verkehrspflichten etc. weitgehend außer Acht gelassen (sie müssten aber in Betracht gezogen werden, wollte man die *buena fe* spanischer Prägung als ein autonomes Rechtsinstitut darstellen). Auch werden verwandte rechtliche Ideen wie die Billigkeit und allgemeine Rechtsgrundsätze nur am Rande untersucht, soweit es für das Verständnis der Entwicklungen im Vertragsrecht unbedingt erforderlich ist. Das Verfolgen eines topischen Ansatzes bedeutet weiterhin, dass keine funktionale Rechtsvergleichung betrieben wird. Denn hierfür wäre die Auseinandersetzung mit einer schlichtweg nicht zu bewältigenden Zahl von Sachverhaltskonstellationen in nicht nur einer, sondern sogar zwei Rechtsordnungen erforderlich<sup>33</sup>. Dabei steht ganz unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung als Generalklausel, allgemeiner Rechtsgrundsatz oder unbestimmter Rechtsbegriff außer Frage, dass ein Gesetzgeber gerade deshalb auf Treu und Glauben zurückgreift, weil er eine Kasuistik bedienen muss, die sich einer abschließenden individuell-konkreten Beschreibung entzieht. Eine wichtige Konsequenz des topischen Ansatzes besteht darin, dass im Rahmen der zahlreichen Diskussionsfelder (z.B. bei der culpa in contra-

---

<sup>30</sup> Vgl. hierzu unten § 2 A.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu unten § 2 D.

<sup>32</sup> Ähnlich *Duve/Haferkamp*, HKK – § 242 BGB, Rn. 3: „Ziel ist also die Ermittlung der Bedeutung von Treu und Glauben durch die Rekonstruktion verschiedener innerjuristischer Gespräche über Treu und Glauben“. Vgl. Auch *Hesselink*, Good Faith, S. 474: „[T]he character of good faith is best shown by the way in which it operates“ – zustimmend *Whittaker/Zimmermann*, Landscape, S. 30 ff.

<sup>33</sup> Ein großer Teil dieser Sachverhaltskonstellationen wird abgedeckt durch die rechtsvergleichend analysierten Fallgestaltungen bei *Zimmermann/Whittaker*, Good Faith, S. 171–652; diese gehen allerdings von den typischen Fallgruppen des deutschen Rechts aus und werden damit möglicherweise der Situation in anderen Rechtsordnungen nicht vollständig gerecht.

hendo oder bei der Auslegung oder der Ergänzung von Verträgen) herauszuarbeiten sein wird, auf welche Weise und mit welcher Zielsetzung die *buena fe contractual* in der juristischen Argumentation fruchtbar gemacht wird. Das Koordinatensystem des Diskussionsfeldes kann jeweils nur skizziert werden: eine detaillierte Darstellung der Auslegungslehre im spanischen Recht etwa wird man in dieser Untersuchung nicht finden.

### B. Gang der Darstellung

Auf eine umfangreiche Behandlung des Grundsatzes von Treu und Glauben im deutschen Vertragsrecht wird hier verzichtet, eine historisch aufgebaute Exposition der Problemstellung im deutschen Recht dient lediglich als Einleitung, um den Untersuchungsgegenstand im Hinblick auf das spanische Recht zu verdeutlichen. Das erscheint legitim, da erstens zu diesem Thema aus Sicht des deutschen Rechts bereits eine umfangreiche Literatur existiert<sup>34</sup>; zweitens steht in Deutschland – anders als in Spanien – heute jedenfalls im Ergebnis außer Frage, dass auf der Grundlage von Treu und Glauben wesentliche Beiträge zur Fortbildung des Schuldrechts geleistet wurden; und drittens haben sich die Ergebnisse dieser Rechtsfortbildung inzwischen so weit verfestigt, dass sie zu einem großen Teil als autonome gewohnheitsrechtlich begründete Rechtsinstitute begriffen und gehandhabt werden<sup>35</sup>. Daher ist es vorzuzugswürdig, der Entwicklung im spanischen Recht die volle Aufmerksamkeit zu widmen und Parallelen oder Abweichungen zum deutschen Recht an den geeigneten Stellen zu behandeln.

Eine Untersuchung über die *buena fe contractual* kann nicht unberücksichtigt lassen, dass Treu und Glauben auch außerhalb des Vertragsrechts eine Grundlage haben. In Spanien wurde das Konzept der *buena fe* im Laufe der Zeit wesentlich durch Überlegungen bestimmt, die auf einer höheren Stufe angesiedelt waren, nämlich auf der Ebene der Rechtsgeschäftslehre und der Kategorie der subjektiven Rechte (etwa im Hinblick auf das Institut des Rechtsmissbrauchs oder die Arglistenrede bzw. *exceptio doli*). Aus diesem Grund folgt die vorliegende Untersuchung der Methode, sich vom Allgemeinen kommend dem Besonderen zu nähern: Während im ersten Teil eine Begegnung mit dem Konzept der *buena fe* als allgemeinem Grundsatz des spanischen Rechts mit Geltungsanspruch für vielfältige Rechtsgebiete außerhalb des allgemeinen Vertragsrechts stattfindet, konzentriert sich der zweite Teil auf die *buena fe* als juristisches Argument („Topos“<sup>36</sup>) in der Binnensystematik des Vertragsrechts. Hier ist

<sup>34</sup> Vgl. oben Fn. 11. Die Darstellung der historischen Entwicklung stützt sich v.a. auf die Arbeit von *Duve/Haferkamp*, HKK – § 242 BGB.

<sup>35</sup> Vgl. zur sogenannten Durchgangsfunktion von Treu und Glauben unten § 2 E.

<sup>36</sup> Vgl. oben § 1 A.

darzustellen, wie durch Schrifttum und Rechtsprechung die zuvor auf der allgemeineren Stufe beobachteten Entwicklungen für den Bereich des Vertragsrechts mit Konturen versehen wurden. Es wird insbesondere versucht aufzuzeigen, unter welchen besonderen tatsächlichen Umständen sich der oberste spanische Gerichtshof veranlasst gesehen hat, bei der Bewältigung der ihm zur Entscheidung vorgelegten Vertragsstreitigkeiten auf die *buena fe* zu rekurrieren, und welche Erwägungen dabei für ihn leitend gewesen sind<sup>37</sup>. Im Dienste der Straffung des Untersuchungsgegenstandes wird fast ausschließlich die Judikatur des Tribunal Supremo untersucht, obwohl gerade die Rechtsprechung der Instanzgerichte einen unerschöpflichen Fundus für die lebensnahe Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in Spanien birgt. Der Schlussteil befasst sich mit der *buena fe contractual* aus der Perspektive der Privatrechtsharmonisierung in Europa: Hier geht es darum, auf welche Weise der Grundsatz von Treu und Glauben in verschiedenen Vereinheitlichungsprojekten oder Restatements des europäischen Vertragsrechts Niederschlag gefunden hat und inwieweit sich dies mit dem spanischen Verständnis der *buena fe contractual* deckt, wie es im Hauptteil erarbeitet wurde.

Im Gegensatz zum überwiegenden Ansatz in spanischen Abhandlungen zur *buena fe* folgt diese Untersuchung nicht der Vorgehensweise, aus einer Gesamtschau verschiedener Erscheinungsformen das „Wesen“ der *buena fe contractual* zu ergründen<sup>38</sup>. Auch deduktives Vorgehen im Sinne des Versuches, aus einem allgemeinen „Kerngehalt“ – der womöglich eine rechtsphilosophische Grundlage hätte – Lösungen für die mannigfachen Einzelprobleme des Rechtsalltags zu gewinnen, wäre zum Scheitern verurteilt. Was *buena fe* in concreto bedeutet, hängt schließlich nicht zuletzt von dem positiven Normengefüge ab, das den fraglichen Sachverhalt regelt. Es lassen sich also allenfalls Tendenzen und Wesenszüge feststellen, indem Erkenntnisse darüber gesammelt werden, in welcher Weise die *buena fe* im besonderen Fall und nach Maßgabe gesetzlicher Vorgaben, der Rechtsprechung und des Schrifttums gewirkt hat und weiterhin wirken soll. Dabei wird ein „materialer Gehalt“ umso greifbarer werden, je mehr sich die verglichenen Konstellationen ähneln und damit Prinzipien zu Tage treten, die als aus der *buena fe* abgeleitete Normen auf einer niedrigeren Abstraktionsstufe als diese selbst angesiedelt sind. Auch das deutsche

---

<sup>37</sup> Unberücksichtigt bleiben hierbei die (zahlreichen) Urteile, die sich ohne substantielles Eingehen auf den konkreten Einzelfall mit einer bloß hilfswaisen Anrufung des allgemeinen Grundsatzes der *buena fe* begnügen. Nicht behandelt werden also die Fälle, in denen die Parteien sich (vergeblich) auf reine Billigkeitserwägungen berufen haben, ohne dem Kassationsgericht durch substantiierten und bei den Instanzgerichten unter Beweis gestellten Sachvortrag eine Grundlage für die rechtliche Beurteilung zu geben.

<sup>38</sup> Vgl das unten in § 4 nachgewiesene Schrifttum.

Recht bleibt letztlich eine inhaltliche Definition von Treu und Glauben schuldig, wenn es diesen Grundsatz zum „rechtsethischen Prinzip“ redlichen Verhaltens erhöht<sup>39</sup> und dieses Prinzip methodisch bewältigt („bändigt“), indem zur Gewährleistung der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit künftiger Handhabung durch die Rechtsprechung Fallgruppen gebildet werden. Diese Fallgruppen entwickeln schließlich mit der Zeit durch gewohnheitsrechtliche Anerkennung unangefochtene Normativität und erhalten ihren festen Platz im Gefüge einer Rechtsordnung. Wo für die Lösung eines Problems eine als passend erkannte Norm vorhanden ist, da wird der Rekurs auf abstrakte Prinzipien, die der Norm möglicherweise zugrunde liegen, zu einem rein theoretischen Problem. Gerade die praktische Relevanz aber soll in den folgenden Ausführungen nicht aus den Augen verloren werden. Für den Gang der Darstellung ist es daher zweckdienlich und ausreichend, Treu und Glauben oder *buena fe* als eine „produktive rechtliche Idee“ zu begreifen, deren im Vertragsrecht nachweisbare und praktisch relevante Auswirkungen untersucht werden sollen.

### C. Zielsetzung

Da die effektive Bedeutung eines Grundsatzes wie Treu und Glauben oder *buena fe* nur durch einen Blick auf die Wirkungsweise im Gesamtgefüge einer Rechtsordnung erkennbar wird<sup>40</sup>, besteht ein Hauptzweck dieser Untersuchung darin, eine systematisch aufbereitete Sammlung zur Verfügung zu stellen, eine Gesamtschau dessen, was das spanische rechtswissenschaftliche Schrifttum, der spanische Gesetzgeber und die spanischen Gerichte unter Bezugnahme auf den Rechtsgedanken der *buena fe* mit Bedeutung für das Vertragsrecht theoretisch ausgeführt bzw. praktisch umgesetzt haben. Außer Frage steht, dass die *buena fe* im spanischen Schrifttum nicht annähernd so erschöpfend untersucht worden ist, wie es in Deutschland für Treu und Glauben der Fall ist<sup>41</sup>, und vielfach lässt sich – wie zu zeigen ist – der Rekurs der spanischen Jurisprudenz auf die *buena fe* unmittelbar auf Einflüsse des deutschen Rechts zurückführen<sup>42</sup>.

Darüberhinaus soll zu einer Klärung hinsichtlich folgender drei Fragen beigetragen werden: Erstens, ob in der spanischen Rechtswissenschaft die *buena fe* für eine überflüssige „Leerformel“ gehalten wird oder ob sie im Gegenteil für ein wichtiges juristisches Instrument bei der Bewältigung der rechtsdogmatischen Systembildung und der Anforderungen der Rechtspraxis angesehen wird. Zweitens, ob die *buena fe contractual* im Spanien

<sup>39</sup> Vgl. nur Wieacker, Präzisierung (1956).

<sup>40</sup> Hesselink, Redelijkheid (1999); Association Henri Capitant (Hg.), Journées Louisianaises (1994); Rabello, Aequitas (1997).

<sup>41</sup> Vgl. García Amigo, Actualidad Civil 2000, 2.

<sup>42</sup> So auch Pasa, Rassegna di diritto civile 2001, 758, 765 ff.

des angebrochenen 21. Jahrhunderts eine dogmatische und rechtspraktische Verfestigung erreicht hat, die sie tatsächlich zu einem festen Bestandteil des spanischen Vertragsrechts macht. Und drittens sollen Rückschlüsse gezogen werden, ob und inwieweit Ansätze europäischer Rechtsangleichung (europäische Prinzipien, Gemeinschaftsprivatrecht, etc.), die erklärtermaßen auf der Grundlage des deutschen Modells auf den Rechtsgedanken der *bona fides* abstellen, mit der Entwicklung und dem gegenwärtigen Stand des spanischen Privatrechts harmonisieren. Mit anderen Worten: Stellt die *bona fides*, verstanden als Rekurs auf den Grundsatz von Treu und Glauben, für das spanische Vertragsrecht einen Fremdkörper dar oder erweist sich dieser Rechtsgedanke als ein tragfähiges gemeinsames Fundament für die genannten Ansätze zur Harmonisierung des europäischen Vertragsrechts?

## § 2. Die §§ 157 und 242 BGB als Ausdruck eines Grundsatzes des deutschen Vertragsrechts

„Die *bona fides* [...] als Norm des Verhaltens gegen eine bestimmte andere Person [...] ist, wie nach der Untersuchung von Savigny wohl niemand mehr bezweifelt, auf obligatorische Verhältnisse beschränkt und zwar insbesondere auf Contrakte und Quasi-contrakte.“<sup>43</sup>

Nach heutigem, in Deutschland ganz herrschendem Verständnis ist der Grundsatz von Treu und Glauben ein Rechtsgedanke, der sich nicht auf das Vertragsrecht beschränkt, sondern zahlreiche andere Rechtsgebiete betrifft und grundlegende juristische Methodenfragen berührt<sup>44</sup>. Diese Position erscheint als das Ergebnis eines Entwicklungsprozesses, in dem die §§ 157, 242 BGB, die systematisch dem Vertragsrecht bzw. dem allgemeinen Schuldrecht zuzuordnen sind, zunehmend auch bei außervertraglichen Rechtsverhältnissen herangezogen wurden<sup>45</sup>. Das eigentlich im Wortlaut des § 242 BGB niedergelegte Erfordernis des besonderen schuldrechtlichen – typischerweise vertraglichen – Bandes zwischen zwei oder mehreren Parteien wurde insoweit ersetzt durch das strukturell ähnliche

<sup>43</sup> *Bechmann*, Kauf, S. 640, unter Bezugnahme auf *Savigny*, System, Bd. 5, Beilage 13.

<sup>44</sup> So erscheint Treu und Glauben in der Literatur vielfach neben den einschlägigen Normen des Grundgesetzes (v.a. Art. 20 Abs. 3 GG) als systematischer Ort der allgemeinen Richterrechtsdebatte und des Problems der normativen Qualität von positiven Rechtsvorschriften schlechthin, vgl. *Duve/Haferkamp*, HKK – § 242 BGB, Rn.1. Siehe auch *González Rodríguez*, AAMN 1946, 327 ff., 335.

<sup>45</sup> Nach *Erler*, Treu und Glauben, Sp. 317 ff. handelt es sich um eine Entwicklung, die möglicherweise von der Vorstellung des historischen BGB-Gesetzgebers abwich.

Kriterium der „Sonderverbindung“<sup>46</sup>. Die folgenden Ausführungen beschränken sich jedoch gemäß der Themenstellung dieser Untersuchung soweit wie eben möglich auf das Vertragsrecht. Nachgezeichnet wird also die Entwicklung der vertragsrechtlichen *bona fides* seit dem 19. Jahrhundert, ausgehend von der oben zitierten Bestandsaufnahme Bechmanns.

## A. Der Ausgangspunkt gemäß der Pandektistik des 19. Jahrhunderts

### I. Die Position von August Bechmann

Das Eingangszitat von August Bechmann weist die Richtung für den Platz, den der Grundsatz von Treu und Glauben im deutschen Privatrecht seit dem 19. Jahrhundert einnimmt. Die kategorische Unterscheidung, die in dem Zitat zum Ausdruck kommt, ist gerade für eine Gegenüberstellung mit Spanien von besonderer Bedeutung, weil hier vorweggenommen wird, was in Spanien noch in der Mitte des 20. Jahrhunderts Anlass zu umfangreichen Diskussionen gibt: Gemeint ist das Verhältnis des Grundsatzes von Treu und Glauben zum guten Glauben<sup>47</sup>.

Beide Konzepte werden auf die antike *fides* zurückgeführt, verstanden als Grundkategorie römischen Normverständnisses, in der die Erwartung normgerechten Verhaltens zum Ausdruck kommt<sup>48</sup>. Den Vorgang der Verrechtlichung der *fides* zur *bona fides* zu verstehen, ist – so Bechmann – keine einfache Aufgabe:

„Was denn die Schwierigkeit noch steigert, ist der Umstand, dass die *bona fides* ihren Sitz in verschiedenen Rechtsgebieten hat, und zwar, wie es scheinen möchte, keineswegs überall mit identischer Bedeutung. Es genügt, einen Punkt hervorzuheben. Bei der Ersetzung scheint die *bona fides* eine rein subjektive Beziehung auszudrücken, den ‚guten Glauben‘ des Besitzenden, und ihrem Inhalte nach sind wir neuerdings gewohnt sie als das Nichtwissen von einem gewissen, dem Erwerbe anhaftenden Mangel aufzufassen.

---

<sup>46</sup> Näher zu dieser umstrittenen tatbestandlichen Voraussetzung Roth, MüKo – § 242 BGB, Rn. 72 m.w.N., der darauf hinweist, dass zwar die meisten und wichtigsten Anwendungsfälle von Treu und Glauben bereits begründete Rechtsverhältnisse (überwiegend Verträge) betreffen, „doch bleibt festzuhalten, dass in bestimmten Fällen Rechte und Pflichten zwischen Personen anerkannt werden, zwischen denen Sonderrechtsbeziehungen aufgrund spezieller Rechtsinstitute noch nicht vorhanden waren, sondern solche eben durch die Anerkennung dieser Rechte und Pflichten erst begründet werden“; hier ist etwa an das „vorvertragliche“ bzw. „gesetzliche“ Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen, die Haftung kraft Rechtsscheins oder das Nachbarrechtsverhältnis zu denken (ebd., Rn. 64 m.w.N.).

<sup>47</sup> Vgl. hierzu Strätz, Treu und Glauben, S. 36: „Bona fides‘ und die entsprechenden romanischen Ausdrücke bedeuten bekanntlich auch ‚guter Glaube‘. Dieser Begriff und ‚Treu und Glaube‘ stehen inhaltlich zwar nicht völlig unabhängig voneinander, ihre Bedeutungsschwerpunkte liegen jedoch in so verschiedenen Bereichen, dass man sie füglich getrennt halten soll.“

<sup>48</sup> Nörr, Fides, S. 4.

Dagegen tritt uns in der *bona fides* des Obligationenrechts eine objektive Norm entgegen, welche an den Einzelnen Ansprüche erhebt und durchsetzt, ganz ohne Rücksicht auf seine subjektive Einsicht und Geneigtheit.<sup>49</sup>

Was das Verhältnis beider Erscheinungsformen der solchermaßen in den Bereich des Rechts übernommenen *bona fides* angeht, gelangt Bechmann zu dem folgenden Ergebnis:

„So ist denn hiernach in der That die *bona fides* ursprünglich die die Aneignung ethisch rechtfertigende ‚Ehrenhaftigkeit‘ in der Totalität ihrer Beziehungen zum Geschäft; und damit ist ganz von selbst auch der ausschließlich subjektive Charakter dieser *bona fides* geläugnet, denn die ‚Ehrenhaftigkeit‘ des Einzelnen setzt einen objektiven Maßstab voraus: die moralische Norm, die als Postulat an das concrete Verhalten herantritt.

Allmähig aber wurde diese Auffassung wesentlich modifiziert. Auf dem Gebiete des Obligationenrechts gelangte die *bona fides* zu immer weiterer Entwicklung, auf dem Gebiete des Sachenrechts vollzog sich umgekehrt eine wesentliche Beschränkung ihres Einflusses. Denn Fragen des Sachenrechts vertragen am wenigsten das Hereingreifen ethischer Gesichtspunkte in den einzelnen Fall; und ist der vollkommene Eigentumserwerb in keiner Weise dadurch bestimmt, so musste sich auch der ergänzende Erwerb durch Ersitzung von diesem Einflusse zu befreien streben.<sup>50</sup>

Für Bechmann ist wesentliches Charakteristikum der *bona fides* des Obligationenrechts die „praktisch bethätigte ehrenwerthe, ethisch normale Gesinnung“. Es stehe von vornherein „über allem Zweifel fest, dass sie im einzelnen Falle nach dem Maßstab einer objektiven Norm bemessen wird.“ *Bona fides* sei also der Name für „den Inbegriff der Anforderungen, welche an das ethische Verhalten des Einzelnen gestellt werden“, ebenso wie für „die objektive Macht, welche diese Anforderungen erhebt.“<sup>51</sup> Die *bona fides* des Schuldrechts verlangt damit von den Parteien ein Verhalten, „wie dies unter den obwaltenden Umständen von ehrlichen und anständigen Leuten erwartet werden kann (ut inter bonos bene agere oportet).“<sup>52</sup>

Zur Abgrenzung gegenüber dem in diesem Zusammenhang vielbemühten Begriff der *aequitas*<sup>53</sup> führt Bechmann aus, dass es zwar Überschneidungen und Gemeinsamkeiten gebe, aber letztlich die *bona fides* die

<sup>49</sup> Bechmann, Kauf, S. 617. Zur Ersitzung führt er aus: „So viel ist nur klar, dass diese *bona fides* mit ‚Treue‘, ‚Worthalten‘ u.s.w. gar nichts [!] zu thun hat; ja an irgend welche Gleichmässigkeit der Gesinnung oder Beharrlichkeit des Willens ist hier ebenso wenig zu denken, wie an ein den Erwartungen einer bestimmten dritten Person entsprechendes Verhalten [...]“ (S. 619).

<sup>50</sup> Bechmann, Kauf, S. 627 f.

<sup>51</sup> Ebd., S. 628 f.

<sup>52</sup> Ebd., S. 629 f.

<sup>53</sup> Ein Begriff, der mit „Billigkeit“ unzutreffend übersetzt würde. Bechmann scheint sie eher im Sinne eines vernünftigen, sachgerechten gesetzgeberischen Plans zu verstehen; vgl. Beck, Grundprinzipien, S. 10: „Aus der Wurzel der römischen *aequitas*, der rechtsethischen und rechtspolitischen Rechtfertigung und Leitidee aller magistratischen und richterlichen Rechtsschöpfung, breitete sich großartig das undogmatische und lebensnahe klassische Rechtssystem aus [...]“

untergeordnete Kategorie darstelle: für ihn ist sie „neben jenen formulierten Vorschriften“ – Gesetze, Gewohnheiten, Edikte, Interdikte, Restitutionen, Aktionen etc. – „ebenfalls ein Produkt der Aequitas, auf dieser beruht es, dass in manchen Verhältnissen ethische Anforderungen gewisser Art gestellt werden.“ Während die *bona fides* eine unmittelbar an die Gesinnung und Handlung der Parteien gerichtete Norm sei, beanspruche die *aequitas* auch außerhalb dieses Bereichs persönlichen Handelns Geltung<sup>54</sup>. Damit wird klargestellt, dass die so verstandene *aequitas* nicht identisch ist mit der billigen Ermessensausübung, dem *arbitrium boni viri*, das einer besonderen Festsetzung bedarf und – anders als die *bona fides* – nicht objektive Richtschnur für den Willen und das Verhalten der betroffenen Parteien ist:

„Denn in der Entscheidung nach ‚Berücksichtigung der Umstände und billigem Erwägen‘ liegt mit nichten das Wesen der *bona fides*, wie diese auch in erster Linie gar nicht eine Thätigkeit des Richters, sondern der Partei charakterisiert.“<sup>55</sup>

Bechmann trifft noch weitere Abgrenzungen zur Klärung von Einfluss und Reichweite der *bona fides* im Bereich des Kaufvertrages als schuldrechtlichem Vertragstyp *par excellence*<sup>56</sup>: *Dolus*, *culpa* und *negligentia* als verschiedene Grade des Verschuldens, mit denen eine Partei gegen die zentrale Pflicht verstoßen kann, die rechtliche Möglichkeit der Erfüllung zu wahren, sieht er bei denkbaren Berührungspunkten mit der *bona fides* letztlich als eigenständige Rechtsgedanken an; ihr jeweiliger Maßstab sei in der *aequitas* zu finden<sup>57</sup>. Den Unterschied zwischen den Pflichten, die aus der *bona fides* abzuleiten sind, und den aus den *boni mores* folgenden Beschränkungen der Freiheit der Parteien beschreibt Bechmann wie folgt<sup>58</sup>:

„Diese bezeichnen gewisse absolute Anforderungen ethischer Art [...] (öffentlicher Anstand), die *bona fides* umfasst dagegen nur relative Pflichten, d.h. Pflichten gegen einen Andern, oder Pflichten innerhalb eines gegebenen Verhältnisses; und es ist daher möglich, dass ein gewisses Verhalten zwar der *bona fides*, nicht aber den *boni mores* entspricht und umgekehrt. So sind diese aber auch wieder verschieden von der *Aequitas*: denn sie sind nur eine negative Norm, insoferne das ihnen zuwiderlaufende Verhalten auch von der Rechtsordnung nicht geduldet wird; z.B. der unanständige Inhalt eines Rechtsgeschäfts [...]. Jene dagegen ist zugleich ein positiv gestaltendes Princip: es ist

<sup>54</sup> Bechmann, Kauf, S. 631 f.

<sup>55</sup> Ebd., S. 636.

<sup>56</sup> Ebd., S. 617; „nur indem wir verwandte Gebiete scharf trennen, ist auf eine befriedigende Lösung unserer weiteren Aufgabe zu hoffen“ (ebd., S. 629).

<sup>57</sup> Ebd.

<sup>58</sup> Zur Entwicklung der *boni mores* des römischen Rechts über die Sittlichkeit als Rechtsbegriff des 19. Jahrhunderts bis zu den guten Sitten des BGB, vgl. Schwab, Sittlichkeit, S. 493 ff.