

Glosse

§ 157 BGB in praxisgerechten Zitierungen

Mein viel zu verschämter Versuch, im Onlinekommentar zitiert zu werden

Neulich schmökerte ich wieder einmal in meinem Lieblingsbuch, dem BGB. Da gibt es einen Paragraphen 157, der uns alles sagt, was wir jemals über Verträge wissen wollten: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“ Das ist eine eminent wichtige Grundvorschrift unseres Zivilrechts, über die ganze Bibliotheken geschrieben wurden. Allein die große graue Datenbank verzeichnet 2558 Aufsätze, darunter 16 aus dem „Archiv für die civilistische Praxis“ und 77 aus der „Neuen Juristischen Wochenschrift“ – von Monographien ganz zu schweigen. Und weil ich keine Zeit hatte, das alles selbst zu sichten, frug ich jene, die dafür bezahlt werden: Die Kommentatoren.

Zum Glück musste ich dafür nicht einmal den Schreibstisch verlassen, denn dank der fabelhaften Onlinekommentare hatte ich schon drei Klicks später eine übersichtliche Zusammenstellung des einschlägigen Schrifttums – zusammengetragen in mühseliger Kleinarbeit von niemand Geringerem als einem Vorsitzenden OLG-Richter. Diese Liste lautet in der aktuellen Kommentierung des § 157 BGB vom 15. Juni 2017, und das ist kein Witz:

„Schrifttum: Ghassemi-Tabar, Ausgequalmt! Und nun? – Rechtsfolgen der Nichtbraucherschutzgesetze für gewerbliche Mietverhältnisse, insbesondere Gaststättenmiet- und -pachtverträge, NZM 2008, 271; Klocke, Überblick über die Konkurrenzen im Bürgerlichen Recht, JA 2013, 581; Thelen, Die X 1 Global Index Zertifikate – ein Parforceritt durch Schuld- und Kapitalmarktrecht, BKR 2016, 12.“

Ich traute meinen Augen nicht. Ganze drei Aufsätze zu einem famosen Hans-Dampf-in-allem-Gassen wie § 157 BGB, und dann noch so... sagen wir... spezielle? Hatte womöglich ein Verlagspraktikant die Manuskripte verwechselt? Dann saßen die Leser der Miet- und Bankrechtskommentare jetzt vor dem Grundlagenschrifttum zur Vertragsauslegung und würden von den hervorragenden Aufsätzen in NZM und BKR nie erfahren! Nicht auszudenken. Also schlug ich das bei § 157 BGB angegebene Schrifttum erstmal nach. Zum Glück sind ja alle Texte in der großen roten Datenbank nur einen Klick entfernt. Deshalb stört sich wohl auch seit fast zehn Jahren niemand daran, dass schon beim ersten genannten Text der Name des Erstautors fehlt. Dabei ist „Leo“ so ein schöner Name (vgl. *Hoeft* AcP 217 [2017], 311).

Die nächste Überraschung folgte prompt: Der BKR-Aufsatz erwähnt § 157 BGB nicht einmal. Immerhin erwähnt er die Worte „hypothetischer Parteiwille“, und das genügt meinem Kommentator. Denn die einzige Stelle der Kommentierung, die den BKR-Aufsatz zitiert, lautet:

„Bei der Ermittlung des für die Schließung einer Vertragslücke maßgeblichen (BGH [...]) hypothetischen Parteiwillens (Thelen BKR 2016, 12 [15]) ist in erster Linie an den schon vorhandenen Vertragsinhalt anzuknüpfen (BGH [...]; BGH [...]; BGH [...]; BGH [...]).“

Ich folgere also: Der BGH vermeidet wohl die Worte „hypothetischer Parteiwille“, deshalb musste mein Kommentator mittendrin auf einen Fachaufsatz zurückgreifen. Doch ein erneuter Blick in den BKR-Aufsatz belehrt mich eines Besseren. Denn wer wird dort als Beleg für „hypothetischer Parteiwille“ zitiert? Der BGH. Und noch ein Hoherichter,

von oberlandesgerichtlichen Würden: Der Autor meiner Kommentierung, in die ich (mittlerweile schier unglaublich) startete. Mein Kommentator taucht im ganzen Aufsatz sonst auch nirgends auf – welch glückliche Fügung, dass er gerade (und nur) diese Stelle für seine Kommentierung benötigte.

Und so geht es weiter: Der NZM-Aufsatz wird ein einziges Mal zitiert, um einen Satz zu belegen, der sich in beiden Texten wortgleich findet und im NZM-Aufsatz mit derselben Kommentarstelle belegt wird, die sich ihrerseits auf den Aufsatz beruft; der JA-Aufsatz wird mit genau einer nebensächlichen Formulierung aus einer grauen Beispielbox zitiert, und zwar unter Verweis auf – man ahnt es schon – die zitierende Kommentarstelle. Nach guter alttestamentarischer Sitte wird Auge um Auge, Zitat um Zitat vergolten, und dann endet das maßgebliche Schrifttum zu § 157 BGB auch schon. Etwas Relevantes oder gar Neues zur Vertragsauslegung scheint die juristische Fachliteratur nicht zu bieten. Da bin ich beruhigt, das erleichtert meine Recherchen.

Und nicht nur die zu § 157 BGB. Derselbe Autor verantwortlich im selben Kommentar noch 43 weitere Paragraphen zum Allgemeinen Teil des BGB. In den zugehörigen Schrifttumslisten finden sich insgesamt 177 Titel, von denen jeder zweite (91) in der roten Datenbank verfügbar ist. Die knappe Hälfte dieser als „Schrifttum“ angeführten Texte (44) zitiert den sie zitierenden Kommentar – doch eine stichprobenartige Prüfung ergab gerade noch einen einzigen mit eigenen Gedanken zu jener Norm, der er als „Schrifttum“ dient (*Leenen* JuS 2008, 577, 579 f. zu § 105 BGB). Nur eines eint die fast fünfzig Texte: Sie zitieren meinen Kommentator mit genau der Kommentarstelle, in der sie ihrerseits als Beleg reüssieren. Hübsche kleine Zitierlinge allerorten.

Zyniker fühlen sich unweigerlich an eine vor über dreißig Jahren kolportierte Anekdote (heute möchte man sagen: urbane Legende) erinnert:

„Prof. A ist Verfasser eines berühmten Kommentars und zugleich Richter am OLG. Eines Tages wird er im Senat als Berichterstatter mit einer bislang noch ungeklärten Rechtsfrage befaßt. Das von B, dem Assistenten des A, hierzu erstattete Gutachten wird von A im Senat vorgetragen. Das OLG läßt sich überzeugen und entscheidet entsprechend. A übernimmt diese Lösung als eigene in den Kommentar und verweist auf die einschlägige Rechtsprechung (so auch OLG ...); B wertet sein Gutachten für einen Aufsatz, der wiederum im Kommentar zitiert wird (ebenso B ...). Den anderen Kommentatoren fällt nichts ein, so daß der Gedanke, der allein dem Hirn des B entstammt und von keiner Gegenmeinung angekränkt wird, in Bälde als ‚herrschende‘ oder gar ‚völlig einhellige Meinung‘ (mit mehreren Nachweisen) in die Fachpresse eingeht.“ (*Horn* JZ 1983, 719, zit. nach *Hamann/Idler*, Zeitgeistreiches, 2015, S. 133)

Aber das sind olle Kamellen. Ein kommentierender Richter *ohne* Assistenten, denen er Aufsätze soufflieren könnte, kommt auch mit mittelbaren Selbstzitataten gut aus: Wer den eigenen Kommentar nur gewissenhaft genug mit Zitierungen seiner selbst stopft, wirkt wohlfundiert, tiefgründig und belesen. Immerhin bewirbt der Verlag den besagten Kommentar als „die goldene Mitte für Praktiker mit Anspruch“, und anspruchsvolle Praktiker wissen ein Selbstzitate-Foie-Gras gewiss zu schätzen.

Und *wie* schmackhaft es gewürzt ist – hier noch einige Kostproben: Das nach Ansicht des Kommentators maßgebliche Schrifttum zu § 135 (Gesetzliches Veräußerungsverbot) besteht ausschließlich aus „Gloser, Urheberrechte im Nachlass, DNotZ 2013, 497“, dasjenige zu § 137 (Rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot) aus „Pauli, Unternehmensnachfolge unter Vorbehalt von Rückforderungsrechten, ZEV 2013,

289“, dasjenige zu § 139 (Teilnichtigkeit) halb aus „Gädtker: Schutz gutgläubiger Organmitglieder bei Anfechtung des Versicherers – nach der Entscheidung des BGH ‚Heros II‘?, r + s 2013, 313; Leutner/Stenzel: Beurkundungsbedürftigkeit der Verknüpfungsabrede beim Geschäftsanteilskaufvertrag?, NZG 2012, 1406“, dasjenige zu § 141 (Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts) komplett aus „Raue, ‚Kostenpflichtig bestellen‘ – ohne Kostenfalle? – Die neuen Informations- und Formpflichten im Internethandel, MMR 2012, 438; Weiss, Die Untiefen der ‚Button‘-Lösung, JuS 2013, 590“ – und jenes zu § 143 (Anfechtungserklärung) zur Hälfte aus „Wagner, BGH: Beendigungsmöglichkeit von eBay-Auktionen seitens des Verkäufers ausgeweitet, MMR-Aktuell 2014, 356 354“.

Wir sehen also: Die für Praktiker maßgebliche allgemeine Dogmatik zur Vertragsauslegung – entwickelt wird sie nicht etwa in JZ, NJW und AcP, sondern in DNotZ, ZEV, r+s und MMR-Aktuell. Immer genau an den Stellen, wo der das Schrifttum auswertende Kommentar bereits seinerseits zitiert ist. Und das zum Teil seit fast zehn Jahren, ohne dass ein Leser oder Lektor aufbegehrt hätte. „Gelesen, gelacht, gelocht“ – Jürgen Schwabe lässt grüßen (JZ 2004, 393 f., zit. nach Hamann/Idler a. a. O., S. 130 f. m. w. N.).

Immer nachdenklicher wurde ich, und begann schließlich zu grübeln: Bisher habe ich den Autor und sein Kommentarwerk nicht namentlich erwähnt. Aber sollte ich wirklich so schlampig zitieren? Und wenn mein Aufsatz möglichst bald zum maßgeblichen Schrifttum für § 157 BGB werden soll, müsste ich dann nicht erst recht ...?

Dr. Dr. Hanjo Hamann, Bonn

Glückwunsch

Karl Kroeschell zum 90. Geburtstag

Es ist mir eine Ehrenpflicht, an das Lebenswerk eines Mannes zu erinnern, den ich kaum kenne und der 40 Jahre älter ist als ich. Deswegen geht es hier weniger um seinen äußeren Lebenslauf zwischen Göttingen und Freiburg als vielmehr um seine wissenschaftsgeschichtliche Bedeutung. Karl Kroeschell steht wie kaum ein zweiter für einen vollständigen Paradigmenwechsel in der deutschen Rechtsgeschichte seit den 1960er Jahren. Es ist dringend geboten, auch über den engeren Bereich der Rechtshistoriker hinaus auf diese Neuausrichtung des gesamten Faches hinzuweisen.

In den 1950er Jahren bestimmten mehrere noch ganz traditionell angelegte Lehrwerke das rechtsgeschichtliche Selbstverständnis. Seit 1949 erschienen in schneller Folge die Auflagen eines Beck'schen Kurzlehrbuchs von Heinrich Mitteis, später als Mitteis/Lieberich bei Generationen von Studenten weit verbreitet. 1954 legte Hermann Conrad den umfangreichen ersten Band seiner Deutschen Rechtsgeschichte vor (Frühzeit und Mittelalter). 1962 erschien die zweite Auflage, 1966 der zweite Band (Neuzeit bis 1806). Diese Gesamtbilder folgten alten Lehren vom germanischen Staat, vom einheitlichen germanisch-deutschen Recht und von eigenständigen deutschrechtlichen Wurzeln unabhängig vom römischen Recht und von der christlichen Kirche. Sie fußten letztlich auf dem nationalstaatlichen Denken des 19. Jahrhunderts. Für Kroeschell und gleichaltrige Mitstreiter wie etwa den Nordisten Klaus von See hatten solche Großdeutungen ihre Überzeugungskraft eingebüßt und mussten sich auf die Probe stellen lassen. Schon in seiner Freiburger Antrittsvorlesung von 1959 zeigte Kroeschell, wie er mit dem überlieferten

Gedankengebäude umzugehen gedachte. Am Beispiel der Sippe im germanischen Recht entwickelte er eine kritische Wissenschaftsgeschichte und wies nach, wie sich die Sippe als Zentralbegriff seit Heinrich Brunner (1906) immer stärker von Quellenbefunden entfernt hatte und nach und nach zum umfassenden, wenn nicht einzigen Rechts- und Friedensverband der Frühzeit hochstilisiert worden war. Eine einzige Fußnote deutete an, wie sehr diese Lehre zur nationalsozialistischen Ideologie gepasst hatte. Der zunehmend quellenfernen Lehre setzte Kroeschell eine eigene Tiefbohrung im frühmittelalterlichen angelsächsischen Recht entgegen. Wenn nämlich in einem angeblich germanischen Rechtskreis die Quellenbefunde der überkommenen Ansicht widersprachen, war der lieb gewonnenen Auffassung von einem allgemeinen germanischen Recht der Boden entzogen. In den folgenden Jahren vertiefte Kroeschell diesen Ansatz und legte wegweisende Untersuchungen zu anderen zentralen Begriffen der älteren Rechtsgeschichte vor. Ein gemeinermanisches Recht mit ehrwürdigen Regeln über Herrschaft, Frieden, Treue und Gefolgschaft konnte es demnach nie gegeben haben.

Kroeschell zog die Konsequenz und verwarf die germanistischen Gedankengebäude als Ganze. Die Rechtsgeschichte musste seiner Ansicht nach bescheidener auftreten, ideologiefrei, dafür quellennah, ohne große Erzählung, aber punktgenau in den Einzelheiten. Hieraus folgte für ihn ein Neubeginn in der universitären Lehre. Das Ergebnis waren 1972/73 die beiden ersten Bände seiner Deutschen Rechtsgeschichte. Später kam ein dritter Band hinzu. Die Bescheidenheit war hier handfest greifbar, denn Kroeschell entschied sich ganz bewusst für die preiswerte Ausgabe als Rohwohlt-Taschenbuch. Angeblich konnte man das Werk in den 1970er Jahren sogar in Bahnhofsbuchhandlungen kaufen. Weil die großen Gemälde ihre Farbenpracht verloren hatten, verzichtete Kroeschell auf weitgespannte Linien und übergreifende Erzählungen. Er griff vielmehr Einzelaspekte heraus, zu denen es gesichertes neues Wissen gab. Rechtsgeschichte war nicht einfach, das bewies dieses Buch auf jeder Seite. Das römische und gelehrte Recht ebenso wie die Kirche waren plötzlich Teil dieser erneuerten Deutschen Rechtsgeschichte. Öffnungen hin zur Sozialgeschichte, zur Historischen Kriminalitätsforschung und zu einer modernen Verfassungsgeschichte kamen hinzu. Die Ecksteine untermauerte Kroeschell mit Anmerkungen zu den jeweiligen Wegen der Forschung und mit passenden Quellen. Dem Leser, der nicht gleichzeitig seine Vorlesungen hörte, verlangte er damit viel ab. Die Einzelkapitel waren zwar kurz, standen aber unverbunden nebeneinander und erforderten Aufmerksamkeit und Zeit beim eigenständigen Quellenstudium. Aber die etwas schroffe Form bewährte sich, der erste Band erreichte bis 2008 insgesamt 13 Auflagen und regte immer wieder zu Diskussionen an (dazu zuletzt ZRG Germ. Abt. 126 [2009], 315–322; ZRG Germ. Abt. 133 [2016], 527–531). Die strenge Beschränkung auf ausgewählte, dafür aber bestens abgesicherte Sachkapitel verlieh dem Buch einen langen Atem. Auch jetzt nach deutlich über vier Jahrzehnten ist kaum etwas veraltet oder widerlegt. Im Rückblick gab Kroeschell damit auch eine wissenschaftliche Antwort auf einige Fragen der 1968er-Zeit. Wer die alten Lehren nicht mehr glaubte, sollte sie nicht vorschnell durch neue ersetzen, sondern zunächst behutsam sammeln, worauf man aufbauen konnte. Womöglich gibt es trotzdem versteckte Botschaften, etwa 14 Hinweise auf Martin Luther im zweiten Band. Von heute aus gesehen ist der Verzicht auf den großen Rahmen vielleicht zu streng ausgefallen. Es gibt das Bedürfnis nach Wegweisung und nach Geschichtsbildern, die nicht nur die Vergangenheit