

ut inter bonos bene agier oportet
Cicero, de officiis 3, 61

**Rechtsmißbrauch und teleologische Reduktion unter besonderer Berücksichtigung des
schweizerischen Rechts**
Heinrich Honsell, Zürich

I. Einleitung

Der Jubilar hat einen guten Teil seines wissenschaftlichen Schaffens den guten Sitten und dem Prinzip von Treu und Glauben gewidmet. Er hat dankenswerter Weise auch die Kommentierung der Art. 1 bis 4 ZGB in dem von mir herausgegebenen Kommentar übernommen. Das berechtigt zu der Hoffnung, daß dieses bescheidene Zeichen meines Dankes und meiner Verehrung sein Interesse finden wird.

Im folgenden geht es nicht um den Rechtsmißbrauch im allgemeinen und die Fallgruppen, die Rsp. und h.L. hierzu entwickelt haben¹, sondern um die Frage, ob Art. 2 Abs. 2 ZGB und die auch in anderen Ländern anerkannte, nicht kodifizierte Einrede der unzulässigen Rechtsausübung ein geeignetes Instrument zur Einschränkung zuweit gefaßter Normen darstellt oder ob insoweit der teleologischen Reduktion der Vorzug zu geben ist.

Die Schweiz gehört zu den wenigen Ländern, in denen außer dem Prinzip von Treu und Glauben in unmittelbarem Kontext auch das Rechtsmißbrauchsverbot kodifiziert ist (Art. 2 Abs. 1 und 2 ZGB). Die meisten anderen Länder begnügten sich mit der Kodifizierung von Treu und Glauben (Art. 1134 f. Code Civile; Art. 1374 f. Codice Civile; §§ 157, 242 BGB; jedenfalls der Sache nach auch § 914 ABGB) und haben allenfalls noch Vorschriften gegen Schikane ins Gesetzbuch aufgenommen (vgl. z.B. § 226 BGB; § 1295 Abs. 2 ABGB²).

Trotz der evidenten Affinität beider Prinzipien, vertritt die schweizerische Lehre die Auffassung, es handle sich um zwei von einander unabhängige Figuren mit selbständigen Funktionen, die auf getrennten Entwicklungen beruhen³. Diese Auffassung hält einer Überprüfung nicht stand⁴.

¹Vgl. für das schweizerische Recht BK/Merz Art. 2 340 ff; ZGB/MAYER-MALY Art. 2 Rn 44 ff.

²S. dazu MAYER-MALY/BÖHM, *Inchieste di diritto comparato VII* (ed. Rotondi 1979) 223 ff.

³MERZ ZRvgl. 1977 169 f.; MEIER-HAYOZ, Einleitungsartikel des schweiz. ZGB (3. Aufl. 1979, hsgg. v. R. Ruoss) 116 ff.; ZELLER, *Treu und Glauben und Rechtsmißbrauchsverbot* (1981) 171.

⁴Wie hier HUWILER, Beiheft 16 zu ZSR 1994, 57, 75 ff. Fn 100 mit eingehender Darstellung der Entstehungsgeschichte und wNw.; ZGB/MAYER-MALY Art. 2 Rn 2; STURM SJZ 1993, 373 f.; ebenso schon REICHEL FS Stammler (1926) 320.

II. Geschichtliche Entwicklung des Rechtsmißbrauchs

Das Rechtsmißbrauchsverbot, oder um die deutsche Terminologie zu verwenden, die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung ist historisch betrachtet nichts anderes als die römisch-gemeinrechtliche *exceptio doli*, die schon im römischen Recht hauptsächlich der Korrektur des formalen Rechts diente. Die Durchsetzung eines (formlos) gegebenen Wortes war auch die älteste und vornehmste Aufgabe der *bona fides*, die sich vermutlich im 3. Jh. v. Chr. in der Judikatur des für die Fälle mit Auslandsberührung zuständigen *praetor peregrinus* entwickelt hatte.

Beispiele für die Dienstbarmachung der *exceptio doli* zur Überwindung des formalen Rechts und zur Durchsetzung der Einzelfallgerechtigkeit gegenüber dem strengen Recht bietet neben der abstrakten, nicht titulierten *Stipulation* vor allem der Tatbestand der blossen *traditio* eines italischen Grundstückes unter Weglassung des erforderlichen *Libralaktes*. Hier gewährte der *praetor* die *exceptio rei venditae ac traditae*, die ein Spezialfall der *exceptio doli* war.

Im römischen Recht ist der Rechtsmißbrauch markiert durch zwei gegenläufige Sätze, die beide als Äusserungen des Gaius überliefert sind. Gai. D. 50, 17, 55: *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*; und der Gegensatz: Gai. 1, 53: *... male enim nostro iure uti non debemus: ...*

Es ist oft darauf hingewiesen worden, daß es sich hierbei nicht um allgemeingültige Aussagen, sondern um punktuelle Argumente handelt⁵.

In Wahrheit waren es rhetorische *Topoi*, die zum Einsatz kamen, je nachdem, welchen Standpunkt der Advokat zu vertreten hatte. Auch der *Status verba - voluntas*, bzw. *scriptum - sententia*⁶ war ja nicht etwa ein Streit zwischen Anhängern einer Wortlaut- und solchen einer Willensauslegung, sondern eine praktische Anweisung, wie man jeweils argumentieren konnte. Auch der berühmte Satz des Celsus⁷: *Scire legis non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem*, der noch heute wegen seiner Wahrheit und Richtigkeit gerühmt und gern als Inschrift in Gerichtsgebäuden oder juristischen Bibliotheken verwendet wird, war nicht *Maxime* juristischer Auslegungskunst mit alleinigem Geltungsanspruch, wie wir ihn heute verstehen, sondern ein alter rhetorischer *Topos* gegen eine zu enge Wortauslegung. Eine ganz ähnliche Formulierung finden wir in Quintilians Deklamationen (Mai. 331): *multo ergo invenientur frequenter, quae legum verbis non teneantur, sed vim ac potestatem*. Wie etwa die Gegenposition argumentieren konnte, kann man bei Cicero, *de inventione* 2, 127 f. lesen: *Iudicem legi parere, non interpretari legem oportere...eos qui iudicent*

⁵KRELLER, Die Theorie des Mißbrauchs der Rechte in der römischen Rechtslehre: Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung (1937) 1, 5; MADER, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) 25; ZGB/MAYER-MALY Art. 2 Rn 33.

⁶Dazu einerseits WESEL, Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen (1967), andererseits VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi* (1968).

⁷D. 1, 3, 17.

certum quod sequantur nihil habiturus, si semel ab scripto recedere consueverint⁸. Die Partei, die sich auf den Wortlaut des Gesetzes berief, beschwor die Heiligkeit der Gesetze. Die andere, die den Wortlaut gegen sich hatte, betonte denn Sinn und argumentierte mit der notwendigen Lückenhaftigkeit des Gesetzes usw. Damals wie heute galt vielleicht, daß die Position, der sich auf den Wortlaut des Gesetzes berufen konnte, günstiger war und leichter zu verteidigen. Die Hauptschwierigkeiten liegen heute im Bereich des öffentlichen Recht, wo man auf zuviele Beamte trifft, die sich an den Wortlaut klammern und denen ein Argumentieren mit der ratio legis weitgehend unbekannt ist.

Die Entscheidung für den Wortlaut des Gesetzes, der die Rechtssicherheit verkörpert oder den Sinn des Gesetzes, der die Einzelfallgerechtigkeit repräsentiert hing ganz vom jeweiligen Standpunkt ab. Hierzu entwickelte die antike Rhetorik einen Katalog ausgefeilter Argumente⁹. Es ging um die Kunst des in utramque Partem Argumentierens, mit dem Ziel tovñ hJvttw lovgon kreivttw poiein¹⁰.

Als Rechtsmißbrauch begegnet uns schon im vorklassischen römischen Recht die Geltendmachung einer Klage aus einer strengrechtlichen Verbindlichkeit, namentlich der Stipulation, wenn der geforderte Betrag materiell nicht geschuldet war. Die Römer halfen hier mit der exceptio doli, wobei offenbar schon frühzeitig der dolus praeteritus (Arglist bei Vertragsschluss) und der dolus praesens (treuwidrige prozessuale Geltendmachung eines Anspruchs, venire contra factum proprium¹¹) nebeneinander gestellt wurden. Die Formel lautete: Si in ea re nihil dolo malo Ai. Ai. *factum est neque fiat*.¹² Mit Hilfe der Arglisteinrede konnte also nicht nur der Betrug bei Vertragsschluß, sondern auch die rechtsmißbräuchliche Geltendmachung eines (nur) formell bestehenden Rechts - die Römer nannten es auch nudum ius¹³ - bekämpft werden¹⁴. Nach neuerer, aber nicht unbestrittener Auffassung wird der Rechtsmißbrauch auch mit dem alten Sprichwort summum ius - summa iniuria in Verbindung gebracht¹⁵.

⁸Vgl. umgekehrt den Spott über die Buchstabenauslegung in de oratore I 236: leguleius quidam cautus et acutus praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum. S. ferner pro Murena 23 ff. wo Cicero den Juristen vorwirft, ihre Argumente seien res parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae.

⁹Vgl. etwa Cicero, de inventione 2, 126 ff., 138 ff; dazu STROUX, Summum ius summa iniuria (1949) 22 ff.

¹⁰Protagoras, Diels 266; s. auch Gellius 5, 3 7.

¹¹Dazu RIEZLER, Venire contra factum proprium (19812); DETTE, Venire contra factum proprium nulli conceditur (1985) und zuletzt umfassend SINGER, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (1993) 49 ff. und MADER, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) 104 ff

¹²Vgl. Gai. 4, 119; LENEL, Edictum perpetuum 512

¹³Gaius 1, 54.

¹⁴Vgl. dazu MADER, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) 25 ff.

¹⁵Vgl. v.a. KORNHARDT, Hermes 81 (1953) 78 ff.; BÜCHNER, Historisches Jahrbuch 73 (1954) 11 ff.; EISSER, Summum ius - summa iniuria, Thübingen Ringvorlesung 1963, 1 ff. In Cicero, de officiis 1, 33, wird der Satz im Zusammenhang mit der

Ausgangspunkt der dolus-Abwehr war vielleicht zunächst, eine Kautelarpraxis, die versuchte sich durch entsprechende Klauseln im Testament oder in der Stipulation zu schützen, wie "dolus malus abesto et iuris consultus"¹⁶ oder "dolum malum abesse afuturumque esse"¹⁷. Mit der Verfeinerung der Rechtskultur nach den punischen Kriegen, dem Abgehen vom pedantischen, ja geradezu sklavischen Festhalten am Wortlaut und der Abkehr von den strengrechtlichen Geschäfte, schien es geradezu selbstverständlich, nicht mehr darauf abzustellen, ob sich der Testator oder der Schuldner speziell gegen den dolus verwahrt hatte¹⁸. Jetzt war die Zeit reif für die Entwicklung der *doli mali formulae*, die Cicero seinem Freund Gallus Aquilius zuschreibt¹⁹.

Für die *bona fidei iudicia* galt - ungeachtet des Streits über ihre Entstehungsgeschichte²⁰, ob sie nämlich vom Fremdenpraetor eingeführt wurden, der die *fides* als Pflicht zum Halten des gegebenen Wortes klagbar gemacht hat oder ob mit Hilfe der *bona fides* der Umfang der Verurteilung bei Klagen auf ein *incertum* bestimmt wurde²¹ - jedenfalls, daß die *bona fides* dem Richter als erste und vornehmste Pflicht die Abwehr von dolus auftrug, ohne daß es hierzu einer *exceptio doli* bedurft hätte²².

Diese Aufgabe wird in zwei weiteren Stellen deutlich, in denen es wortgleich heißt, daß die *fides* bestimmte Ergebnisse nicht "erträgt". D. 50, 17, 57: *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur*; Ulp. D. 19, 1, 11; 18 i.f. *neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emptor rem amitterit et pretium venditor retineret*.

Mit diesem historischen Exkurs ist der allerdings nur im schweizerischen Recht zu findende enge Konnex zwischen Treu und Glauben und dem Rechtsmißbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 1 u. 2 ZGB) hinreichend deutlich gemacht.

Bekämpfung spitzfindiger Auslegung und Wortklauberei zitiert; vgl. HONSELL, FS Kaser (1976) 116 ff.; grundlegend STROUX, Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik (1949) 6 ff.

¹⁶S. etwa CIL VI 12133 (Dessau 8365); nur *dolus malus abesto* findet sich z.B. in FIRA III 80, 84 (Grabinschriften) und 50 (Testament). dazu D. NÖRR, Rechtskritik in der römischen Antike (1973) 52 f.

¹⁷D. 45, 1, 4 pr.; 83, 121 pr.; 45, 1, 19; dazu PERNICE, *Labeo* II 310 f.

¹⁸D. Nörr 52 (mwNw.) nimmt an, daß diese Klauseln von Anfang an redundant waren. Das ist möglich, läßt sich aber nicht aus Proculus D. 18, 1, 68, 1 schließen, weil es sich dort um einen Kaufvertrag gehandelt hat.

¹⁹Cicero, *de officiis*, 3, 60.

²⁰So etwa KUNKEL, FS Koschaker II (1939) 1 ff.; KUNKEL/HONSELL, *Römisches Recht* (4. Aufl. 1987) 220 Fn 12 u. 13; KASER, *Das altrömische ius* 90 f, 262 f., 290 ff.; abweichend WIEACKER SZ 80 (1963) 1 ff.; BROGGINI, *Iudex arbiterve* (1957) 124 f.

²¹, Was jedenfalls auch zutrifft, vgl. etwa Inst. 4, 6, 30: *In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat*.

²²Vgl. z.B. Jul. D. 30, 84, 5: *... quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem*; weiteres dazu bei KNÜTEL SZ 84 (1967) 133 ff.

III. Der Normenmißbrauch im schweizerischen Recht

Wie deutlich die Parallelen sind, soll im folgenden anhand des Problems der Berufung auf Formnichtigkeit dargelegt werden, die sowohl im römischen, wie auch im schweizerischen Recht mit dem Rechtsmißbrauchsverbot ausgeschlossen wird.

Im römischen Recht war - wie wir bereits gesehen haben - für die Übereignung von italischen Grundstücken und Sklaven eine besondere Form notwendig, die *mancipatio*. Dieser alte Libralakt verlangte die Übereignung vor fünf Zeugen und einem Wägemeister, der den Kaufpreis in Barrenkupfer zuwog. Wurde diese altertümliche Form nicht eingehalten - und das war durchwegs der Fall seit es geprägte Gold- und Silbermünzen gab - so war die Übereignung unwirksam. Der *praetor* hinderte aber die Rückforderung durch den Eigentümer mittels der *exceptio rei venditae ac traditae*, die ein spezieller Anwendungsfall der *exceptio doli* war.

Exakt in der gleichen Weise schließt das schweizerische Bundesgericht die Rückforderung durch den Eigentümer aus, der sich auf ein Fehlen der Form nach Art. 216 iVm 11 OR beruft. Nach ständiger Rechtsprechung ist nämlich die Berufung auf den Formmangel in drei Fällen rechtsmißbräuchlich und verstößt gegen Art. 2 Abs. 2 ZGB:

- a) wenn diejenige Partei, die sich auf den Formmangel beruft, denselben arglistig herbeigeführt hat²³. Das ist der seltenere Fall des *dolus praeteritus*
- b) wenn der Vertrag von beiden Parteien freiwillig und irrtumsfrei erfüllt worden ist²⁴
- c) bei *zweckwidriger Berufung* auf den Formmangel²⁵; z.B. wenn sich eine Partei hinterher auf die Ungültigkeit beruft, weil sie das Geschäft reut.

Das sind die häufigeren Fälle des *dolus praesens*.

Der wichtigste Fall ist derjenige der *beiderseitigen Erfüllung*. Hier ist es in der Tat so, daß die Judikatur kaum jemals die Anwendung von Art. 2 ZGB verneint hat. BGE 104 II 101 lehnt zwar starre Regeln ab und will auf die Umstände des Einzelfalles abstellen. BGE 112 II 333 stellt dagegen mit der wünschenswerten Deutlichkeit klar, daß es bei beiderseitiger Erfüllung keiner weiteren Umstände bedarf. Es bestehe eine Vermutung des Rechtsmißbrauchs. Im Ergebnis kann man also von einer *de facto*-Gültigkeit des erfüllten wichtigen Vertrages sprechen. Demgegenüber lehnt ein Teil der Lehre die Heranziehung von Art. 2 ZGB ab²⁶. In der Tat liegt der Gedanke der *Heilung (Konvaleszenz)* durch Erfüllung näher als die Replik des Rechtsmissbrauches. Erwägenswert ist auch eine unterschiedliche Behandlung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in bezug auf die Nichtigkeit²⁷, also Ungültigkeit im Sinne der *Naturalobligation*: Der Erfüllungsanspruch scheitert an der Ungültigkeit, hingegen ist die Rückforderung des freiwillig Geleisteten ausgeschlossen. Der

²³BGE 88 II 24 mNW.

²⁴ BGE 112 II 107ff.; 104 II 101; 98 II 316; 93 II 105; 90 II 156, 299 u. öfter.

²⁵ BGE 86 II 403.

²⁶ Vgl. z.B. BK-MEIER-HAYOZ ZGB 657 N 130ff.; BUCHER 125; BK-KRAMER OR 18 N 195; GAUCH/SCHLUEP OR AT I N 562.

²⁷ BUCHER OR AT 125.

Gesichtspunkt der Konvaleszenz findet sich in § 313 Satz 2 BGB. Danach wird das formungültige Geschäft mit Eintragung ins Grundbuch wirksam. Im deutschen Recht besteht daher für eine Heranziehung des Rechtsmißbrauchsverbotes kaum Bedarf und die Doktrin steht daher der Korrektur von Formvorschriften mittels des Grundsatzes von Treu und Glauben reserviert gegenüber. Man bejaht sie nur, wenn andernfalls das Ergebnis "schlechthin untragbar" wäre, eine bloße Härte soll nicht genügen²⁸. Dem Gedanken der Naturalobligation folgt § 1432 ABGB, wonach die Kondiktion bei Formnichtigkeit ausgeschlossen ist.

Der Hauptfall der beiderseitigen Erfüllung ist der Schwarzkauf: Hier beurkunden die Parteien zum Zwecke der Steuer- oder Gebührenhinterziehung (Grundstücksgewinn- und Handänderungssteuern) einen niedrigeren Kaufpreis als in Wahrheit vereinbart ist. Der Differenzbetrag wird "schwarz" bezahlt. Nach Rechtsprechung und Doktrin ist das beurkundete Geschäft, weil nicht gewollt, wegen Simulation nichtig (OR 18), das vereinbarte (dissimulierte) Geschäft dagegen ist wegen Formmangels nach OR 216 I ungültig²⁹. Diese sog. Theorie vom Doppelmangel wird aber durch die Heranziehung von Art. 2 ZGB modifiziert. An sich ist der Vertrag nichtig; ist er jedoch beiderseits erfüllt, so ist die Berufung auf die Nichtigkeit rechtsmißbräuchlich³⁰. Die ständige Rechtsprechung versagt die Rückforderung, weil die Parteien das Geschäft einvernehmlich wollten und auch durchgeführt haben. Die spätere Berufung auf den Formmangel gilt als Widerspruch zu früherem Verhalten, als venire contra factum proprium, und bleibt daher unbeachtlich, obwohl das Geschäft juristisch in der Tat

²⁸Vgl. BGHZ 92, 164, 172; NJW 1987, 1069, 1070; 1989, 166, 167; ausführlich dazu SINGER aaO. 86 ff. (dort insbesondere zur Frage der culpa in contrahendo); freilich ist die Frage auch im deutschen Recht umstritten, vgl. die Nachweise bei FLUME Allg. Teil des Bürg. Rechts II (3. Aufl. 1979) 272 ff. Die Judikatur plädiert, wenn überhaupt, für die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung, eine Minderheit im Schrifttum (jedenfalls der Sache nach) für teleologische Reduktion, s. etwa BOEHMER, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung II2, 99; HELDRICH AcP 147, 98 ff.; LORENZ AcP 156, 381 ff.

²⁹ S. BGE 78 II 22; 86 II 398; 88 II 158; 90 II 154; 104 II 98; BK/MEIER-HAYOZ ZGB 657 N 140; BK/MERZ ZGB 2 N 475 ff.

³⁰vgl. BGE 92 II 323 - dort wollte der Käufer, ein Jurist, die Schwarzzahlung zurückverlangen; kritisch SPIRO BJM 1965, 213ff. BGE 104 II 103ff. verzichtet auf das Erfordernis der beiderseitigen vollständigen Erfüllung, was auf eine Gültigkeit des Geschäfts zum beurkundeten Preis hinausläuft, wenn die "Schwarzzahlung" noch nicht geleistet ist. Das ist vom Standpunkt der Vertragsgerechtigkeit abzulehnen und sollte auch nicht durch Heranziehung der verfehlten Vorschrift von OR 66 gerechtfertigt werden. Da andererseits dem unwirksamen Vertrag kein Anspruch auf Zahlung des Schwarzgeldes entspringen kann, bleibt, wenn der Käufer nicht freiwillig leistet, nur die Rückabwicklung des Vertrages. Auch die hL hat den Entscheid kritisiert (vgl. BK/KRAMER OR 18 N 191 mNw.; GAUCH/SCHLUEP OR AT I N 566; MERZ ZBJV 1980, 3; SCHMIDLIN ZSR 1990 I 243; A. KOLLER ZBJV 1990, 141 f.s. ferner SPIRO a.a.O. 13ff.; ders. BJM 1965, 218ff.). Der Fall des BGer ist allerdings atypisch, denn in aller Regel wird die Schwarzzahlung im unmittelbaren Zusammenhang mit der Beurkundung geleistet, weil der Verkäufer ja weiß, daß er den Anspruch gerichtlich nicht durchsetzen kann. - Neuerding plädiert TH. KOLLER (Privatrecht und Steuerrecht [1993] 145ff., 165ff.) im Hinblick auf die Steuerhinterziehung für Nichtigkeit des Schwarzkaufes wegen Widerrechtlichkeit nach OR 20. (anders die hL und Judikatur, vgl. z.B. BGE 49 II 466; 50 II 142). Diese Nichtigkeit wäre unheilbar.

keine Wirkungen entfaltet hat. Die Judikatur nimmt also in Kauf, daß faktisch in Geltung bleibt, was juristisch ohne Wirkung ist. Dies bedeutet nicht mehr und nicht weniger, als daß der Käufer, der juristisch nach dem Kausalitätsprinzip wegen Fehlerhaftigkeit des Grundgeschäftes nach Art. 974 ZGB nicht Eigentümer geworden ist, gleichwohl im Besitz der Sache bleibt. Das an sich stärkere Eigentum (Art. 641 ZGB) kann sich nicht durchsetzen. Dies führt zu einem dauernden Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz.

Genau so war es im römischen Recht. Der Eigentümer, der auf die Manzipation verzichtet, aber gleichwohl die Sache gegen Bezahlung übergeben hatte, konnte sie mit der Vindikation nicht mehr zurückfordern. Allerdings war im römischen Recht das Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz weniger gravierend, denn es wurde bei Grundstücken innerhalb von zwei Jahren durch Ersitzung geheilt. Im schweizerischen Recht hingegen dauert die Ersitzung zehn Jahre (Art. 661 ZGB) und setzt überdies guten Glauben des Erwerbers voraus.

Bei aller Parallelität können die Unterschiede der Lösungen im römischen und im schweizerischen Recht nicht übersehen werden: Im römischen Recht war die Form Wirkform, nur so und nicht anders konnte rechtlich wirksam gehandelt werden³¹. Trotz des strengen Haftens am Ritual überwand man schließlich das Formerfordernis, weil ein weiteres Festhalten materiell und inter partes nicht mehr gerechtfertigt erschien.

Im geltenden Recht ist die Form des Art. 216 OR nicht Wirkform, sondern orientiert an Kriterien der Zweckmässigkeit, also Zweckform: Es geht um Schutz vor Übereilung, um Beweis- und Abschlußklarheit, endlich auch um Rechtsklarheit für die Eintragung im Grundbuch. Gleichwohl ist auch hier letztlich die Gerechtigkeit inter partes das stärkere Argument gegenüber dem *ordre public*. Der Schutz vor Übereilung entfällt mit der beiderseitigen Erfüllung. Übrig bleibt lediglich der *ordre public*, das Bestreben nach Klarheit und Rechtssicherheit. Doch wird dessen Stellenwert nicht so hoch veranschlagt, daß man eine Störung der Vertragsgerechtigkeit in Kauf nähme.

Hier wie dort kann man als Ergebnis festhalten, daß der *de iure* nichtige Vertrag *de facto* gültig ist.

Eine ganz ähnliche Situation finden wir beim *de lege lata* unwirksamen Verzicht auf die Einrede der Verjährung (Art. 141 Abs. 1 OR). Nach dieser Vorschrift kann auf die Einrede der Verjährung im voraus nicht verzichtet werden. Auch eine Verlängerung der Frist ist unwirksam (Art. 129 OR). Nach ganz h.L. ist dies zwingend. Verzichtet der Schuldner gleichwohl, weil eine Unterbrechung durch Anerkenntnis (Art. 135 Ziff. 1 OR, § 1497 ABGB, § 208 BGB) im Hinblick auf eine noch ausstehende Klärung nicht möglich ist, aber eine Unterbrechung durch Klageerhebung (usw.) dem Grundsatz der Prozessökonomie widerspräche, so hilft die Rechtsprechung mit der Replik des Rechtsmißbrauches, wenn trotz zunächst erklärtem (unwirksamem) Einredevorzicht nach Eintritt der Verjährung die Einrede der Verjährung erhoben wird. Auch hier erweist sich schließlich das Postulat nach Gerechtigkeit inter partes als stärker als das formal zwingende Recht.

³¹S. etwa KUNKEL/HONSELL, Römisches Recht (4. Aufl. 1987) 98; FLUME Allg. Teil des Bürg. Rechts II (3. Aufl. 1979) 244 f.

Als gesetzgeberischer Grund für diese Regelung, die wir auch in Grund §§ 225 BGB, 1502 ABGB und Art. 2220 Code civil finden, lesen wir in den Motiven zum BGB³²: "Der Verkehr erträgt es nicht, daß lange verschwiegene, in der Vergangenheit vielleicht weit zurückliegende Tatsachen zur Quelle von Anforderungen in einem Zeitpunkt gemacht werden, in welchem der in Anspruch genommene Gegner infolge der verdunkelnden Macht der Zeit entweder nicht mehr oder nur schwer noch in der Lage ist, die ihm zur Seite stehenden entlastenden Umstände mit Erfolg zu verwerten....Geschieht im Einzelfall der materiellen Gerichtigkeit Eintrag, geht der Berechtigte seines wohlbegründeten Anspruchs durch die Verjährung verlustig, so ist dies ein Opfer, das der Betroffene dem Gemeinwohl bringen muß." Endemann³³ hat den Sinn der Verjährung plastisch zusammengefaßt: "Das Bestehende darf nicht durch halbvergessene Ansprüche beunruhigt, der Beweis der Erfüllung vergilbter Verpflichtungen nicht mehr vom Urenkel gefordert werden." Diese Formulierung hat allerdings die viel zu lange 30-jährige Verjährungsfrist von § 195 BGB und § 1478 ABGB vor Augen.

Die Gerichte überzeugt es offenbar nicht, daß der Betroffene dem Gemeinwohl ein Opfer bringen muß, von dem sein Schuldner treuwidrig profitiert. Zwar bleibt man dabei, daß der Verzicht unwirksam ist, doch kann der Gläubiger der Verjährungseinrede die Replik des Rechtsmißbrauches entgegenhalten³⁴. Die Krücke, die man gebraucht, ist also wiederum Art. 2 Abs. 2 ZGB, der Rechtsmißbrauch. Wiederum wird ein typisches Instrument zur Bewältigung von Schwierigkeiten im Einzelfall³⁵, zu einer Normenkorrektur "mißbraucht", um an Schwierigkeiten der *lex lata* vorbeizukommen. Ist die *lex lata* zu weit gefasst, so bedarf sie der teleologischen Reduktion und nicht einer Einschränkung über Art. 2 Abs. 2 ZGB für den Einzelfall. In diesem Sinne läßt sich sagen, daß Nichtigkeit nach Art 11 OR für das unerfüllte Verpflichtungsgeschäft nicht dasselbe ist, wie für den beiderseits erfüllten Vertrag. Ganz ähnlich verhält es sich mit Art. 141 OR. Dort steht ganz klar, daß ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung *im voraus* nicht möglich ist. Die Vorschrift läßt sich mühelos in dem Sinne interpretieren, daß *im voraus* bedeutet, daß ein Verzicht im Vertrag, der den Anspruch begründet, nicht möglich ist, sehr wohl aber ein Verzicht kurz vor Ablauf der Verjährung³⁶.

Zwar ist evident, daß der Gesetzgeber von Art. 141 OR - ebenso wie der Gesetzgeber von § 1502 ABGB und Art. 2220 Code civil- mit *im voraus* den Eintritt der Verjährung gemeint hat. Ein

³²Mot. I 291.

³³Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts § 92, 1.

³⁴Zum schweizerischen Recht s. BGE 69 II 103; 89 II 262; 95 I 521; zum österreichischen Recht OGH SZ 47/17; 48/67; 48/79; ZVR 1972/158; 1985/173; anders noch ÖRZ 1955, 111 u. EvBl 1956/189; weiters bei SCHWIMANN/MADER § 1451 ABGB Rn 15 ff.; zum deutschen Recht s. RG JW 1937, 27; BGH VersR 1963, 145; NJW 1974, 1285.

³⁵Diesen Aspekt betont auch ZGB/MAYER-MALY Art. 2 Rn 14 nter Verweis auf BGE 116 II 431.

³⁶In diesem Sinne HONSELL VersR 1975, 104; MADER JBl 1986, 1; siehe auch MADER, Rechtsmißbrauch 258 Rn 395 m.w.Nw.; ähnlich SPIRO FS Neumayer 1983, 543.

Verzicht sollte - was dem Einredecharakter entspricht - erst nach Eintritt der Verjährung möglich sein.

Sowohl im Fall der Vertragsform wie in jenem der Verjährungsfrist ist die Konstruktion eines Rechtsmißbrauchs nicht am Platze, denn es handelt sich um Fälle, in denen das Gesetz stets und notwendig zu falschen Lösungen führt. Diese Fälle lassen sich nicht durch einen Rückgriff auf den Rechtsmißbrauch lösen, denn dieser sollte, wie dargelegt, dem Einzelfall vorbehalten bleiben. Angebracht ist vielmehr eine restriktive Interpretation mittels teleologischer Restriktion der Norm. Man kann ganz ohne Mühe die Art. 216, 11 dahin interpretieren, daß sie primär gelten, wenn das formungültige Geschäft von den Parteien noch nicht ausgeführt ist. Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts und Nichtigkeit der Rechts- und Grundabrede - mit dem Zwang zur Rückabwicklung - sind zweierlei, insofern ist die pauschale Nichtigkeitsanktion ein typisches Kind übertriebener Abstraktion der Begriffsjurisprudenz, die die notwendigen Differenzierungen mißachtet. Gerade so verhält es sich auch mit dem Verjährungsproblem. Auch hier hat der Gesetzgeber³⁷ den *ordre public*, der, wie dargelegt, nur verhindern soll, daß der Schuldner auch nach Jahrzehnten noch mit längst vergessenen Forderungen konfrontiert wird, unzulässig verallgemeinert. Dieser *ordre public* verlangt nicht, daß die Parteien, die eine Verjährungsunterbrechung nicht herbeiführen können, weil dem Schuldner ein Anerkenntnis wegen ausstehender Forderungsprüfung nicht möglich ist, zu einem Prozess gezwungen werden. Die Prozeßökonomie gebietet vielmehr, daß die Parteien hier auf die Prozessführung verzichten. Diese Auslegung ist unschwer möglich, denn ausgeschlossen ist kraft Gesetzes nur der Verzicht "im voraus", Die Norm läßt sich also einfach in der Weise interpretieren, daß ein Verzicht auf eine bereits teilweise abgelaufene Verjährungsfrist möglich ist, denn das erfolgt nicht *im voraus.*, sondern *im nachhinein*.

IV. Die richtige Lösung: teleologische Reduktion

An die Stelle einer Korrektur über den Rechtsmißbrauch tritt also die teleologische Restriktion (oder Reduktion) der Norm als das allein sachgerechte Mittel der Rechtsanwendung.

Ein derart freihändiger Rückgriff auf die *ratio legis* - Einschränkung, wenn der Wortlaut gegenüber der *ratio legis* zu weit ist, Ausdehnung, wenn der Wortlaut gegenüber der *ratio legis* zu eng ist - war freilich im älteren römischen Recht mit dem strengen Haften am Wortlaut nicht möglich. Erst der Prätor konnte die Formstrenge mit dem Honorarrecht überwinden: *Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*³⁸. Modern gesprochen entspricht dies *cum grano salis* der richterlichen Rechtsfortbildung *secundum, præter und contra legem*. Die Korrektur, in nuce Rechtsfortbildung *contra legem*, erfolgte vor allem durch Gewährung der *exceptio doli*, die der materiellen Gerechtigkeit gegenüber dem

³⁷Besonders deutlich auch in § 225 BGB; s. dazu HONSELL VersR 1974, 104.

³⁸Pap. D. 1, 1, 7, 1.

strengen, formalen Recht zum Durchbruch verhalf und so neben den analogen Klagen und den *actiones in factum* eines der wichtigsten Instrumente zur Schaffung des *ius honorarium* wurde.

Schon in der griechischen Rhetorik galt die Restriktion als Gegenstück zur Analogie. Neben die Erkenntnis, daß jedes Gesetz notwendig lückenhaft ist und der Ergänzung durch ein *procedere ad similia* unter Rückgriff auf die *sententia legis* bedarf³⁹ trat die Einsicht, daß Gesetze oft unzulässig verallgemeinern und Fälle erfassen, die von der *ratio legis* nicht gedeckt sind. Hierfür gab es namentlich in der rhetorischen Literatur zahlreiche Beispiele, wie etwa die bekannte Geschichte von dem Gesetz, wonach ein Schiff, das die Mannschaft in Seenot verlassen hat, demjenigen gehören soll, der auf dem Schiff geblieben ist. Im Schulfall wird die Frage gestellt, ob das auch für einen Kranken gilt, den die Mannschaft auf dem Schiff zurückgelassen hat: *Si lex sit, quae iubeat eius, qui propter tempestatem navem reliquerint omnia perdere, eorum navem ceteraque esse si navem conservator sit, qui remanserunt in navi. Magnitudine tempestatis omnes perterriti navem reliquerunt - in scapham conscenderunt - praeter unum aegrotum: Is propter mortum et exire et fugere non potuit. Casu et fortuito navis in portum in columnis delata est. Illam aegrotus possedit. Navem petit ille cuius fuerat*⁴⁰. Ein weiteres Beispiel für Restriktion war das aus naheliegenden Sicherheitsgünden erlassene Verbot, nachts die Stadttore zu öffnen. Obwohl es ohne Einschränkung formuliert war, konnte es nicht gelten, wenn es darum ging, ein Entsatzheer in die Stadt zu lassen⁴¹.

Betrachtet man die heutige deutsche Methodenliteratur, so wird die Zulässigkeit einer Rechtsfindung *contra legem* weitgehend verneint⁴², wobei jedoch eine teleologische Reduktion⁴³ überwiegend für zulässig erklärt wird, was - geht man vom Wortlaut des Gesetzes aus - ein Widerspruch ist. Diesen sucht man durch einen weiten, am Maßstab der Gesamtrechtsordnung orientierten Lückenbegriff oder durch Annahme von Prinzipienlücken, verdeckten Lücken usw.⁴⁴ zu vermeiden. Im übrigen gibt man klare *contra legem* - Entscheidung nicht als solche aus oder versucht sie mit viel Arumentationsaufwand als gesetzesgemäß darzustellen⁴⁵. Ein prominentes Beispiel für eine *contra legem* - Entscheidung ist die Zubilligung einer Geldentschädigung für Ehrverletzung gegen das ausdrückliche Verbot des § 253 BGB. Der BGH hat diese Vorschrift in seiner ersten Entscheidung,

³⁹S. nur Jul. D. 1, 3, 12; dazu etwa Quintilian *decl.* 331; *inst. or.* 7, 8, 7 u. *passim*.

⁴⁰Rhetor *ad Herennium* 1, 19.

⁴¹Cicero *de inventione* 2, 123.

⁴²Vgl. LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (3. Aufl. 1995) 245 ff.; BYDLINSKI, *Jur. Methodenlehre* (2. Aufl. 1991) 496, 500.; s. dagegen NEUNER, *Die Rechtsfindung contra legem* (1992) 132 ff., 184 f. u. *passim*, der sich sowohl gegen die Verschleierung von *contra legem*-Entscheidungen als auch gegen eine manipulative Verwendung des Lückenbegriffs wendet.

⁴³Dazu insbesondere BRANDENBURG, *Die teleologische Reduktion* (1983).

⁴⁴LARENZ, *Methodenlehre* (6. Aufl. 1991) 377 ff.; LARENZ/CANARIS *aaO.*; BYDLINSKI *aaO.*

⁴⁵S. dazu etwa KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung* (2. Aufl. 1976) 255; NEUNER, *Rechtsfindung* 132.

dem Herrenreiter-Fall⁴⁶, nicht einmal erwähnt und später im Ginsengwurzel-Fall⁴⁷ die These nachgeschoben, die Geldentschädigung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sei durch Art. 1 und 2 GG geboten. Das BVfG hat diese Rsp. im Soraya-Beschluß⁴⁸ bestätigt und ausgeführt: "Ein Ergebnis aber, das auf einem zivilrechtlich zumindest diskutablen, jedenfalls den Regeln zivilrechtlicher Hermeneutik nicht offensichtlich widersprechenden Wege gewonnen wurde, kann von der Verfassung her nicht beanstandet werden ... Dieses Ergebnis ist "Recht" im Sinne des Art. 20 III GG nicht im Gegensatz, sondern als Ergänzung und Weiterbildung des geschriebenen Rechts". Das ist ein Musterbeispiel für die Verschleierung einer contra legem - Judikatur, denn das geschriebene Recht (§ 253 BGB) verbietet denn Geldersatz ausdrücklich. In einem obiter dictum wird sogar gesagt, § 253 BGB sei vorkonstitutionelles, verfassungswidriges Recht. Art. 1 GG (Die Würde des Menschen ist unantastbar) als "ius superveniens von höherem Rang" habe § 253 BGB außer Kraft gesetzt. In Wahrheit läßt sich auch aus einer noch so vagen "Konkretisierung der Wertordnung des Grundgesetzes", die in der Verfassungsjudikatur längst an die Stelle der Auslegung getreten ist, dem Art. 1 nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber nicht sollte anordnen dürfen, daß es bei Ehrverletzungen keine Geldentschädigung, sondern nur Naturalersatz gibt. Über diese Frage wurde schon in den Gesetzgebungskommissionen heftig diskutiert und es hat sich die gewiß achtbare Position durchgesetzt, die im Geldersatz für Beleidigung etwas ominöses gesehen hat, eine Art neue Beleidigung. Die h.L. vertritt denn auch nach wie vor den Standpunkt es handle sich um eine Rechtsfortbildung contra legem⁴⁹.

Die schweizerische Doktrin hat zwar die Ausfüllung von echten Lücken durch Analogie anerkannt, ist aber im umgekehrten Fall der Reduktion oder Restriktion, in dem eine Lücke nicht vorhanden ist, ebenfalls der noch von der Auseinandersetzung mit dem Positivismus geprägten Lückentheorie folgend zu dem Begriff der "unechten" oder "rechtspolitischen" Lücke gelangt. Ein kardinaler Unterschied zur deutschen Methodenlehre besteht aber darin, daß man die Ansicht vertritt, die Schließung solcher Lücken sei nicht durch Restriktionen oder Reduktionen nach Art. 1 ZGB möglich, sondern nur über Art. 2 ZGB⁵⁰.

Die schweizerische Doktrin negiert also die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion mit der Begründung, daß eine solche in Art. 1 ZGB nicht vorgesehen sei. Für ein zu weit greifendes Gesetz, das Fälle erfaßt, die es nach seinem teleologischen Plan gar nicht regeln will, ist schon der Ausdruck

⁴⁶BGHZ 26, 394.

⁴⁷BGHZ 35, 363, 367 f.

⁴⁸BVfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221.

⁴⁹LARENZ, Methodenlehre (6. Aufl. 1991) 425 f.; OSSENBÜHL, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat (1988) 18; PALANDT/HEINRICHS § 253 Rn 1; aM LARENZ-CANARIS 248 ff. mit der Begründung, § 253 enthalte kein Analogieverbot, sondern nur ein "Induktionsverbot".

⁵⁰BGE 103 Ia 502 f.; 107 Ib 106; 108 Ib 82; 111 Ib 229; BK/MERZ Art. 2 Rn 23 ff.; BK/MEIER-HAYOZ Art. 1 Rn 271 ff., 275 ff.; auch STURM SJZ 1993, 373, 374 meint Art. 2 Abs. 2 ZGB sei iuris civilis corrigendi gratia eingeführt und spricht von unechten Lücken, die nach Art. 2 Abs. 2 normberichtigenden zu schließen seien.

Lücke verfehlt, denn das Gesetz enthält gerade keine Lücke⁵¹. Namentlich Zitelmann hat diesen Begriff in Auseinandersetzung mit der positivistischen Theorie der Begriffsjurisprudenz⁵² verwendet, welche davon ausging, daß ein auch noch so lückenhaftes Gesetz keine Lücken hat, weil eben jeder Anspruch, den das Gesetz nicht kennt, abzuweisen ist und umgekehrt eine Ausnahme, die das Gesetz nicht macht, nicht anzuerkennen ist. Das Gesetz enthält keinen allgemeinen negativen Grundsatz dieser Art⁵³. Im Strafrecht ist im Hinblick auf das rechtsstaatliche Gebot *nulla poena sine lege praevia* der negative Grundsatz des Gesetzespositivismus im sog. Analogieverbot anerkannt. Fehl ein Straftatbestand, so ist trotz gleichem Handlungsunwert der Täter freizusprechen.

Erst neuerdings hat Kramer⁵⁴ wieder auf den einfachen Sachverhalt hingewiesen, daß restriktive und extensive Auslegung bzw. teleologische Restriktion und Analogie spiegelbildliche Vorgänge sind. Ob der Gesetzgeber einen Fall nicht geregelt hat, weil er ihn nicht gesehen hat oder ob er einen Fall in abstrakter Formulierung mitgeregelt hat, weil er den Fall und seinen Ausnahmecharakter nicht gesehen hat, macht keinen Unterschied. Stets geht es nur darum, daß der Wortlaut mit der *ratio legis* nicht in Einklang steht, einmal ist er zu weit, das andere mal zu eng. Die dennoch allgemein im Vergleich zur Analogie zu beobachtende Zurückhaltung gegenüber der Reduktion hängt allein mit dem *horror iudicandi contra legem* zusammen, während man sich bei der Analogie im Bereich *praeter legem* befindet.

Im schweizer Recht verweist Art. 1 Abs. 1 ZGB auf die Auslegung. Art. 1 Abs. 2 ZGB auf Gewohnheitsrecht und die Rechtsfortbildung durch eine vom Richter aufzustellende Regel. Analogie und teleologische Reduktion werden nicht *expressis verbis* thematisiert, sind aber bereits in der Auslegungsmaxime von Art. 1 Abs. 1 ZGB oder in der Befugnis zur Regelbildung nach Abs. 2 enthalten. Art. 1 ZGB nennt ja, anders als z.B. § 7 ABGB, auch die Möglichkeit einer Analogie nicht. Art. 1 Abs. 1 betrifft nur die Auslegung. Auch diese kann extensiv oder restriktiv sein. Die Grenze zwischen extensiver Auslegung und Analogie liegt beim möglichen Wortsinn. Es ist anerkannt, daß diese Grenze fließend ist und exakt nicht ausgemacht werden kann, so wünschenswert dies z.B. im Strafrecht im Hinblick auf das Analogieverbot auch wäre.

Analogie und Reduktion sind in gleicher Weise zulässig. Eine "offenbar nicht passende Bestimmung ist ebensogut wie gar keine Bestimmung"⁵⁵. Art. 1 Abs. 2 gilt nicht nur für die echten Lücken. Zwar sagt der deutsche Text "Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden", doch zeigen die französische und die italienische Fassung, daß es um das Fehlen einer *anwendbaren* Norm geht (*à défaut d'une disposition légale applicable*), bzw. darum, daß der Gesetzgeber einen Fall nicht

⁵¹S. auch KRAMER 72; BRANDENBURG 60 ff; ZGB/MAYER-MALY Art. 1 Rn 32.

⁵²Vgl. statt aller BERGBOHM, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I (1892) 372 ff.

⁵³S. zum allg. negativen Satz etwa ZITELMAN, Lücken im Recht (1903) 19; KELSEN, Reine Rechtslehre (2. Aufl. 1960) 251; ZGB/MAYER-MALY Art. 1 Rn 22; F. BYDLINSKI in Rummel § 7 Rn 1; CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (2. Aufl. 1982) 49; NEUNER, Rechtsfindung *contra legem* (1992) 50.

⁵⁴Beiheft 15 ZSR 1993, 65; ebenso schon HONSELL JA 1977, 55, 57.

⁵⁵REICHEL, Gesetz und Richterspruch (1913) 95

vorausgesehen hat (nei casi non previsti dalla legge). Diese Formulierungen erfassen auch die Fälle der Reduktion⁵⁶.

Die Bewältigung der restriktiven Auslegung bzw. teleologischen Restriktion mit Hilfe des Rechts- bzw. Normenmißbrauchs ist verfehlt. Sie setzt ein ähnlich starres Haften am Wortlaut voraus wie die Auffassung, eine Gesetzesumgehung lasse sich nicht mittels Analogie ausschalten⁵⁷, sondern erfordere zusätzlich eine Umgehungsabsicht. Je mehr sich die Auslegung an der ratio legis orientiert, umso kleiner wird das Anwendungsgebiet der Gesetzesumgehung als eigenständiger Figur⁵⁸

Wenn das Gesetz in falscher Verallgemeinerung z.B. die jederzeitige Widerrufbarkeit des Auftrags statuiert (Art. 404 OR) oder die Nichtrückforderbarkeit einer sitten- bzw. rechtswidrigen Leistung konstatiert (Art. 66 OR), so handelt nicht arglistig, wer von diesen gesetzlichen Möglichkeiten Gebrauch macht, wenngleich sein Verhalten inter partes als venire contra factum proprium qualifiziert werden muß. Umgekehrt wird ein Schuh daraus: Der Gesetzgeber sollte nichts anordnen, was treuwidrig ist. Auch zu Art. 66 OR und zu der Parallelvorschrift des § 817 S. 2 BGB wird gelegentlich der Rückgriff auf den Rechtsmißbrauch empfohlen um krasse Ungerechtigkeiten inter partes zu vermeiden⁵⁹. Dies alles ist abzulehnen, denn sachgerechte Ergebnisse können in typischen und generalisierbaren Sachverhalten durch teleologische Interpretation der Nichtigkeitsnorm erzielt werden und Art. 66 OR ist ohnehin entgegen der h.L. in Rechtsprechung und Schrifttum auf die Fälle des Gaunerlohnes zu beschränken⁶⁰. Seine Erstreckung auf gegenseitige Verkehrsgeschäfte stiftet nur Unordnung und Verwirrung. Das Rechtsmißbrauchsverbot dient nicht der Korrektur verfehlter Normen, sondern ist auf krasse Einzelfälle zu beschränken, so vielleicht, wenn sich der Verkäufer eines inzwischen längst bebauten Grundstücks nach über 10 Jahren auf seine damalige Minderjährigkeit beruft, obwohl er bei Vertragsschluß behauptet hat er sei für volljährig erklärt worden⁶¹. Der Minderjährigenschutz gilt an sich ohne Einschränkung. Nur in Einzelfällen kann eine unzulässige Rechtsausübung vorliegen.

V. Strikte Auslegung von Form- und Fristvorschriften?

Ein letzter Einwand könnte dahin lauten, daß Form- und Fristvorschriften strikt auszulegen sind und einer teleologischen Reduktion nicht zugänglich. Richtig ist das solche Vorschriften oft mit Härten verbunden sind, die im Hinblick auf die Rechtssicherheit in Kauf genommen werden. Richtig ist auch,

⁵⁶Darauf hat zuerst ZK/EGGER (2. Aufl. 1930) Art. 2 Rn 20 hingewiesen; s. auch HUWILER 88 Fn 155.

⁵⁷So aber die heute h.L.; vgl. etwa TEICHMANN, die Gesetzesumgehung (1962) - zum Zivilrecht; Stöckel, Gesetzesumgehung (1966) - zum Strafrecht; TAMUSSINO, Die Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen (1990); einschränkend MünchKomm/MAYER-MALY § 134 BGB Rn 11.

⁵⁸HONSELL FS Kaser 81976) 113; MADER 137

⁵⁹Vgl. RG Warneyer 1917 Nr. 16; RGZ 71, 432, 435; 161, 52, 58 f.; BGHZ 41, 341, 343 f.; kritisch dazu HONSELL, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte (1974) 41 f.; BGHZ 111, 308, 313; BGHZ 85, 39; s. SINGER 159 f.

⁶⁰Grundlegend HONSELL aaO. 136 ff. auch zu § 817 Satz BGB und § 1174 ABGB.

⁶¹BGH NJW 1979, 1656.

daß Ordnungsvorschriften gegenüber ihrem gesetzgeberischen Motiv weitgehend verselbständigt sind⁶² Die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit hat insoweit Vorrang vor der Billigkeit des Einzelfalles. Dient etwa eine Formvorschrift dem Schutz vor Übereilung, so gilt dies auch dann, wenn die Partei, die sich auf Nichtigkeit beruft, geschäftserfahren ist und keinen Schutz vor Übereilung braucht. Anders liegen dagegen die Fälle, in denen bei einer Zweckform, die nicht absolute Geltung beansprucht ein solcher Schutz generell nicht mehr angebracht ist, wie etwa bei beiderseitiger Erfüllung eines Grundstückskaufvertrages. Das Gesetz faßt zwar Verpflichtungsgeschäft und Rechtsgrundabrede im Rechtsgeschäft zusammen und behandelt sie daher namentlich bei den Nichtigkeitsgründen gleich; doch liegt es auf der Hand, daß dies bereits ein Schritt unzulänglicher Verallgemeinerung war. So gibt es z.B. im Bereich der Verbots- und Sittenwidrigkeit etliche Fälle, in denen sich das Verbot nur gegen die Klagbarkeit der Verpflichtung wendet, nicht aber gegen die causa des Behaltendürfens. Das gilt überall dort, wo im Hinblick auf die Freiheit der Person eine Verpflichtung nicht erwünscht ist. So kann die Verpflichtung einer Stripteasetänzerin nach wohl noch geltender Moralvorstellung nicht eingeklagt werden. Ist sie aber aufgetreten, so ist auch der Lohn geschuldet⁶³. Ebenso liegen die Dinge, wenn wie bei der Verjährung der ordre public in der Weise überzogen wird, daß auch ein befristeter Einredevorbehalt unwirksam sein soll. Auch das Verbot des Inlichgeschäftes nach § 181 BGB gehört hierher. Ratio legis ist hier der Interessenkonflikt. Die deutsche Judikatur hat lange den Standpunkt vertreten, das Verbot gelte unabhängig davon, ob in concreto ein Interessenkonflikt vorliege. Selbst wenn eine Interessenskollision auch abstrakt und generell nicht denkbar sei, wie bei der Einmann-gesellschaft oder bei der Schenkung an Minderjährige, müsse das Verbot beachtet werden. Das ist unhaltbar und der Bundesgerichtshof hat diesen Standpunkt inzwischen auch längst aufgegeben⁶⁴

VI. Zusammenfassung

Das Rechtsmißbrauchsverbot des Art. 2 Abs. 2 ZGB dient nicht der Abwehr des Normenmißbrauchs in generalisierbaren Fällen. Insbesondere bei Verstößen gegen Form- und Fristvorschriften gibt es Fallkonstellationen, in denen die Nichtigkeit zu ungerechten Ergebnissen führt. Diese Fälle sind nicht über Art. 2 Abs. 2 ZGB zu lösen, sondern über eine teleologische Reduktion der Nichtigkeitsnorm. Analogie und teleologische Reduktion sind gleichberechtigte spiegelbildliche Vorgänge. Der Begriff der "unechten Lücke" ist irreführend und sollte aufgegeben werden.

⁶²So z.B. RGZ 108, 405, 407; 157, 31; BGHZ 50, 11 zu § 181 BGB.

⁶³BAG BB 1973, 291 begründet dies freilich mit dem faktischen Arbeitsverhältnis; s. dazu MünchKomm/MAYER-MALY § 138 BGB Rn 52.

⁶⁴S. BGHZ 56, 97 und BGHZ 59, 236; dazu HONSELL, Das Inlichgeschäft nach § 181 BGB, JA 1977, 55, 56 f.