

Der Grundsatz von Treu und Glauben (§§ 6, 7 AT ZGB)

Claudia Schubert¹

Abstract

Treu und Glauben ist im deutschen und im chinesischen Recht ein grundlegendes Prinzip, das das Privatrecht durchzieht und dem Handeln der Privatrechtssubjekte Grenzen setzt. Während das BGB nicht das Prinzip, sondern vor allem in § 242 eine Generalklausel regelt, enthält das chinesische Recht das Prinzip und eine Reihe von Einzelausprägungen. Es handelt sich in beiden Ländern vor allem um eine Begrenzung der Rechtsausübung, um auf der Grundlage einer Interessenabwägung Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Anders als im deutschen Recht besteht im AT ZGB eine eigene Regelung der Austauschgerechtigkeit, so dass sich beide Prinzipien in ihrem Aussagegehalt nicht vollständig decken.

I. Treu und Glauben als Teil der Privatrechtsordnung in Deutschland und der V.R. China

Treu und Glauben ist Bestandteil vieler Rechtsordnungen und ist auch Teil des deutschen und des chinesischen Privatrechts. In beiden Ländern zählt dieser Grundsatz zu den grundlegenden Prinzipien des Privatrechts. Die V.R. China hat Treu und Glauben in den Grundprinzipien des Allgemeinen Teils des ZGB (AT ZGB)² verankert und neben den in § 6 AT ZGB geregelten Grundsatz der Gerechtigkeit gestellt. Es knüpft damit an § 4 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (AGZ)³ an, der bereits 1986 die vier Grundprinzipien des Privatrechts – Freiwilligkeit, Gerechtigkeit, Äquivalenz sowie Treu und Glauben – kodifizierte. Eine weitergehende Ausgestaltung erfährt Treu und Glauben im chinesischen Vertragsgesetz (VG)⁴.

Das BGB enthält dagegen keinen eigenen Abschnitt mit zentralen Prinzipien des Privatrechts, setzt diese aber voraus, so dass sie sich indirekt in den einzelnen Regelungen des BGB widerspiegeln. Treu und Glauben ist aber als Generalklausel in § 242 BGB und damit am Beginn des Schuldrechts in einer zentralen Norm geregelt. Die Rechtsprechung hat Treu und Glauben zu einem wesentlichen Element der deutschen Privatrechtsordnung entfaltet.⁵ § 242 BGB knüpft an die bona fides des römischen Rechts, insbesondere die excep-

tio doli und das venire contra factum proprium an,⁶ geht darüber aber weit hinaus. § 242 BGB gibt dem Richter die Möglichkeit, bei der Rechtsanwendung korrigierend einzugreifen und Einzelfallgerechtigkeit herzustellen.⁷ Eine Generalklausel wie § 242 BGB erlaubt die Begründung neuer Pflichten und die Begrenzung formal bestehender Rechte. Institute wie der Wegfall der Geschäftsgrundlage haben sich zunächst als Fallgruppe von Treu und Glauben entwickelt und der Gesetzgeber hat diese in der Schuldrechtsmodernisierung 2001 kodifiziert.

Die Offenheit der Generalklausel birgt zugleich die Gefahr des willkürlichen Urteils, ja sogar des ideologischen Missbrauchs, wie er gerade in der deutschen Geschichte stattgefunden hat.⁸ Letzterem versucht der Allgemeine Teil des chinesischen ZGB dadurch entgegenzuwirken, dass § 1 AT ZGB die wertungsmäßige Ausrichtung des Privatrechts fixiert. Ziel ist der Schutz der Rechte und Interessen der Zivilrechtssubjektive, die Wahrung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnung. Zudem soll der AT ZGB die bestehende Rechtslage an der Entwicklung des Sozialismus chinesischer Prägung und an den sozialistischen Grundwerten nach der Verfassung orientieren. Deutschland hat durch seine Verfassung, insbesondere die Grundrechte, eine Werteordnung geschaffen, die bei der Ausfüllung von Generalklauseln Bedeutung erlangt und daher

siehe auch Karl Larenz, Methodenlehre, 6. Auflage, Heidelberg 1991, S. 421 ff., „rechtsethisches Prinzip“.

⁶ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 15; Franz Wieacker, „Zur Entstehung der bonae fidei iudicia“, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung 80 (1962), S. 37 ff.; vgl. auch Thomas Duve, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band 2, 1. Auflage, Tübingen 2007, § 242 Rn. 5 ff.

⁷ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 22, 24; z. B. BAG, 30.9.2004 – 8 AZR 462/03, in: Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 778; Dirk Olzen/Dirk Looschelders, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2015, § 242 Rn. 51.

⁸ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 3, 29 ff.; Justus Wilhelm Hede-mann, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, 1. Auflage, Tübingen 1933 (geschrieben 1932), S. 71 f.; siehe auch Michael Stolleis, Gemeinwohlformel im nationalsozialistischen Recht, 1. Auflage, Berlin 1974, S. 89 f.

¹ Prof. Dr.; Universität Hamburg.

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

³ 中华人民共和国民法通则 v. 12.4.1986, zuletzt mit Wirkung zum 27.8.2009 geändert, Amtsblatt des Staatsrates (国务院公报) 1986, Nr. 12, S. 371 ff.; deutsche Übersetzung von Frank Münzel, Chinas Recht, 12.4.86/1.

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

⁵ Claudia Schubert, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 8. Auflage, München 2019, § 242 Rn. 2; Peter Krebs, in: Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen (Hrsg.), NK-BGB Bd. 1, 3. Auflage, Baden-Baden 2016, § 241 Rn. 1: „bedeutendste Norm des deutschen Privatrechts“;

auch § 242 BGB prägen.⁹ In ähnlicher Weise wirkt die EMRK auf Treu und Glauben ein.¹⁰ Im Rahmen der europäischen Integration erlangt zudem Art. 3 Abs. 3 EU-Vertrag Bedeutung.

Trotz allem bleibt ein Spannungsverhältnis zwischen der durch die Generalklausel entstehenden Richtermacht und der Rechtssicherheit sowie der Gewaltenteilung. Je skeptischer eine Rechtsordnung gegenüber dem Richter und seiner Fähigkeit zur angemessenen Lösung des Einzelfalls ist, umso mehr wird sie ihm solche Spielräume versagen. Diese Skepsis gegenüber dem Richter und seinem Urteil bestand an sich auch bei Inkrafttreten des BGB. Das hat indes die Aufnahme des Grundsatzes von Treu und Glauben nicht verhindert. Die Generalklausel ist aber erst im Laufe der Jahrzehnte voll entfaltet worden. Zur Rechtssicherheit trägt vor allem eine Auseinandersetzung mit der Handhabung einer derart unbestimmten Regelung bei. Für die Konkretisierung der Generalklausel leistet die Rechtswissenschaft ihren unterstützenden Beitrag durch eine systematisierende Erfassung des Fallmaterials in Fallgruppen und fördert so eine kohärente und konsistente Rechtsentwicklung.

II. Treu und Glauben nach § 7 AT ZGB – Programmsatz oder konkretisierungsbedürftige Generalklausel

Der Allgemeine Teil des ZGB hat es sich zur Aufgabe gemacht, neben konkreten Rechtsregeln die grundlegenden Prinzipien des chinesischen Privatrechts zu fixieren. Die Aufnahme von Treu und Glauben in den Kreis dieser Prinzipien kontinuiert ein Verständnis des Privatrechts, das bereits in § 4 AGZ angelegt war. § 7 AT ZGB erhält damit den Charakter eines Programmsatzes, der als Rechtsprinzip die Privatrechtsordnung prägen kann.¹¹ Seine Ausgestaltung in konkreten Rechtsregeln erfolgt in den Folgeabschnitten des Allgemeinen Teils sowie in den weiteren Büchern des ZGB beziehungsweise deren derzeit noch geltenden Vorläufern wie das VG. Diese Regelungen kodifizieren Teilbereiche des Grundsatzes von Treu und Glauben, die im deutschen Recht insbesondere in § 157 BGB sowie in den §§ 241, 242 BGB erfasst sind. Die (ergänzende) Vertragsauslegung regeln im chinesischen Zivilrecht § 142 Abs. 1 AT ZGB und § 125 Abs. 1 VG unter Verweis auf die Verkehrssitte sowie Treu und Glauben. Auch zur Anpassung des Vertrages an eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse besteht in beiden Rechtsordnungen der Wegfall der Geschäftsgrundlage als spezielle Regelung.¹² Vertragliche

Pflichten und die Haftung für Pflichtverletzungen sind derzeit in den §§ 42, 60 Abs. 2, 92 VG und § 107 VG geregelt.

Somit enthält § 7 AT ZGB primär eine normative Leitidee, die in den konkretisierenden Regelungen im Detail Ausdruck findet. Die Bestimmung behält aber ihre Bedeutung, indem sie die Auslegung bestehender Regelungen prägt und für das Schließen von Regelungslücken einen verbindlichen Rahmen vorgibt.¹³ Insgesamt sind die Grundprinzipien in den §§ 1–12 AT ZGB Wertungsprinzipien, die insbesondere die Interpretation der Generalklauseln beeinflussen, aber auch für die gesamte Privatrechtsordnung tragend sind. Ihre Wertmaßstäbe sind das Fundament der Privatrechtsordnung.

Mangels eines vergleichbaren Programmsatzes im deutschen Privatrecht muss die Rechtsvergleichung die gesetzliche Konkretisierung des § 7 AT ZGB im Allgemeinen Teil des ZGB beziehungsweise im VG und die Fallgruppen des § 242 BGB einander gegenüberstellen, zum anderen ist die Funktion der Rechtsätze sowie ihre wertungsmäßige Stimmigkeit wesentlich. Grundsätzlich haben rechtsvergleichende Betrachtungen gezeigt, dass Treu und Glauben in den Rechtsordnungen keineswegs einheitlich definiert wird und sehr unterschiedliche Funktionen übernimmt.¹⁴ Übereinstimmend wird davon ausgegangen, dass eine Generalklausel von Treu und Glauben formal betrachtet eine Ermächtigungsnorm für den Richter ist.¹⁵ Inhaltlich ergibt sich daraus eine Verhaltensnorm, die sich an die Zivilrechtssubjekte richtet. Sie kann rechtsbegründend oder rechtsbegrenzend wirken.¹⁶ Anwendungsbereich und Gestaltungsspielräume der jeweiligen Norm sind in Abgrenzung zu den übrigen privatrechtlichen Regelungen und Instituten zu ermitteln, so dass die konkretisierenden Regelungen eines Prinzips von Treu und Glauben unterschiedliche Reichweite haben können, auch wenn sie auf dasselbe Prinzip zurückzuführen sind.

nen „Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des Vertragsgesetzes“ (Zweite Erläuterungen, FaShi [2009] Nr. 5) normiert. Vgl. § 26: Wenn nach der Errichtung des Vertrages aus objektiven Umständen erhebliche Änderungen auftreten, welche die Parteien bei Errichtung des Vertrags nicht vorhersehen konnten, nicht durch höhere Gewalt verursacht wurden und nicht zu den Geschäftsrisiken gehören, so dass die weitere Erfüllung des Vertrags für eine Partei offensichtlich ungerecht ist oder der Zweck des Vertrags nicht verwirklicht werden kann, muss das Volksgericht, wenn die Parteien vor dem Volksgericht fordern, den Vertrag zu ändern oder aufzulösen, gemäß dem Prinzip der Gerechtigkeit und unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände des Falles bestimmen, ob [der Vertrag] geändert oder aufgelöst wird. Übersetzung von *Knut Benjamin Piffler*, Zeitschrift für Chinesisches Recht 2009, 288, 293.

¹³ Allgemein dazu *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin u. a. 1991, S. 421 ff.; *Claus-Wilhelm Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1. Auflage, Berlin 1969, S. 48 ff.; *Franz Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1. Auflage, Wien/New York 1996, S. 46 ff.

¹⁴ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 22 ff.

¹⁵ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 22, 31; *Dirk Olzen/Dirk Loochelders* (Fn. 6), § 242 Rn. 50 f.; siehe auch BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, in: Neue Juristische Wochenschrift 1991, S. 2250.

¹⁶ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 2.

⁹ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 53 f.; *Christoph Teichmann*, in: *Sorger*, BGB, Band 2, 12. Auflage, Stuttgart 1990, § 242 Rn. 43 ff.; siehe auch BGH, 9.3.2012 – V ZR 115/11, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2012, S. 718 Rn. 14.

¹⁰ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 75 f.

¹¹ In Bezug auf § 4 AGZ wohl *Jörg Binding/ZHANG Hang*, in: *Jörg Binding/Knut Benjamin Piffler/XU Lan*, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 1. Auflage, Frankfurt a.M. 2015, Kap. 2 Rn. 42 f., auch wenn nicht explizit zur Rechtsregel abgrenzend.

¹² Der Wegfall der Geschäftsgrundlage ist in der V.R. China nicht im VG geregelt, aber das Oberste Volksgericht hat ihn 2009 in sei-

III. Treu und Glauben und seine Funktion in der Privatrechtsordnung

1. Zweck der Generalklausel und ihre Einordnung ins Privatrecht

a) Verhältnis des Grundsatzes von Treu und Glauben zur Rechtsfortbildung

Treu und Glauben hat im deutschen Recht sowohl die Funktion, Lücken zu füllen, als auch vorhandenes Recht zu korrigieren und auf diese Weise Einzelfallgerechtigkeit herbeizuführen.¹⁷ Dadurch können einerseits die tatsächlichen Verhältnisse zwischen den Parteien eines Schuldverhältnisses (z. B. bei widersprüchlichem Verhalten) als auch im Verkehrskreis (z. B. Verkehrssitte) Berücksichtigung finden. Andererseits entfaltet höherrangiges Recht, wie die Grundrechte oder das Unionsrecht, vermittelt der Generalklausel des § 242 BGB im einfachen Recht Wirkung.¹⁸

Die damit einhergehende Erweiterung oder Beschränkung subjektiver Rechte für den Einzelnen ist nach deutschem Verständnis subsidiär gegenüber der Rechtsfortbildung durch Analogie oder teleologische Reduktion.¹⁹ Diese Weiterentwicklung des Rechts erfolgt entsprechend den konkreten Wertungen, die vom Gesetzgeber getroffen wurden. Insofern ist der immanente Zweck der betreffenden Norm entscheidend. Angesichts der mit § 242 BGB verbundenen Richtermacht, die einer Begrenzung bedarf, hat die Rechtsfortbildung Vorrang vor dem Rückgriff auf die Generalklausel. Dies schützt vor Beliebigkeit und einer zu starken Loslösung vom Gesetz, dem das Primat zukommt.

Auch im chinesischen Recht kann dem Grundsatz von Treu und Glauben eine solche subsidiäre Rolle zugeschrieben werden. Zum einen enthält § 7 AT ZGB ohnehin nur ein Rechtsprinzip, zum anderen gilt auch für die konkreten Ausprägungen dieses Prinzips, dass die konkreten Regelungen gegenüber den Generalklauseln vorgehen. Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass die chinesische Rechtsordnung neben der Rechtssetzung durch die Legislative die justizielle Auslegung kennt, die über den Einzelfall hinaus Wirkung entfaltet.²⁰ Auch diese knüpft an konkreten Normen und Wertentscheidungen des Gesetzgebers an, nimmt aber auch Auslegungen gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes vor, ohne dass geklärt ist, ob eine solche Auslegung contra legem zulässig ist.²¹ Jedenfalls sollten die Grundprinzipien des Zivilrechts im ersten Abschnitt des AT ZGB Leitstern und Maßstab für die Gerichte sein. Innerhalb der Grenzen des geltenden Rechts

ist Treu und Glauben maßstabsetzend. Im Verhältnis der Zivilrechtssubjekte sind, wie es die Regelung beschreibt, „Ehrlichkeit zu bewahren sowie Versprechen gewissenhaft einzuhalten“. Dies hat Einfluss auf die Auslegung der konkretisierenden Regelungen und kann daher auch die justizielle Auslegung prägen.

Im deutschen Recht erfasst Treu und Glauben nicht nur den individuellen Rechtsmissbrauch des Rechtsinhabers, sondern auch den institutionellen Rechtsmissbrauch.²² Der Richter nimmt in diesen Fällen im Grunde eine Gesetzeskorrektur vor, die engen rechtsstaatlichen Grenzen unterworfen sein muss.²³ Die Gewaltenteilung weist grundsätzlich der Legislative die Aufgabe der Gesetzeskorrektur zu, nur bei einem Verfehlen des Gesetzeszwecks ist eine Korrektur im Sinne eines Rechtsmissbrauchsverbots möglich, um untragbare Folgen zu vermeiden. Es ist zu erwarten, dass solche Fälle in China durch die justizielle Auslegung der Gerichte gelöst werden, die gerade nicht den engen rechtsstaatlichen Grenzen unterliegen und eine den Gesetzgeber ergänzende Rolle übernehmen. Der Einheitsstaat der V.R. China, der keine strikte Gewaltenteilung kennt, gewährt dem Richter insofern von vornherein größere Spielräume.

b) Außengrenzen des Privatrechts und Treu und Glauben

Für das deutsche Privatrecht ist der Grundsatz von Treu und Glauben in § 242 BGB nach überwiegender Ansicht im deutschen Schrifttum keine Außengrenze der Privatautonomie, die dem rechtsgeschäftlichen Handeln Grenzen zieht.²⁴ Diese Außengrenzen setzen die Verbotsgesetze und die guten Sitten. Privatrecht besteht somit nur in den Grenzen der öffentlichen Ordnung.²⁵ Ob ein Gesetz als Verbotsgesetz gelten muss, ergibt sich aus seinem Zweck. Regelungen, die private Rechtsgeschäfte als solche untersagen und sich nicht nur gegen die Umstände ihres Zustandekommens richten (Ordnungsvorschrift) sind Verbotsgesetze.²⁶ § 242 BGB ist nach der sog. Immanenzlehre²⁷ lediglich eine Binnengrenze des privatrechtlichen Handelns, die bestehende Rechte versagt oder in ihrer Ausübung beschränkt. Damit verbunden ist die Vorstellung, dass an sich eine im Privatrecht anerkannte Rechtsbeziehung besteht oder entsteht und lediglich eine Korrektur oder Lückenschließung erfolgt, um Einzelfallgerechtigkeit herzustellen.²⁸

²² Grundlegend *Wolfgang Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1. Auflage, Marburg 1934; siehe auch *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 199 ff., 204 ff.

²³ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 206; *Dirk Olzen/Dirk Looschelders* (Fn. 7), § 242 Rn. 218; *Christian Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 78. Auflage, München 2019, § 242 Rn. 40.

²⁴ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 80, 127, 527 f.

²⁵ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 127 f.

²⁶ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 127.

²⁷ *Wolfgang Siebert* (Fn. 22), S. 85; *Christian Grüneberg* (Fn. 23), § 242 Rn. 38; *Ernst Bötticher*, in: *Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer/Harm Peter Westermann* (Hrsg.), *Erman, BGB*, 15. Auflage, Köln 2017, § 242 Rn. 101; *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 80.

²⁸ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 2, 22; *Dirk Olzen/Dirk Looschelders* (Fn. 7), § 242 Rn. 51.

¹⁷ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 22, 24.; z. B. BAG, 30.9.2004 – 8 AZR 462/03, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, S. 778; *Dirk Olzen/Dirk Looschelders* (Fn. 7), § 242 Rn. 51.

¹⁸ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 23.

¹⁹ *Claudia Schubert* (Fn. 5), § 242 Rn. 207; dazu und mit grundsätzlicher Kritik am institutionellen Rechtsmissbrauch *Daniel Dommermuth-Alhäußer*, *Arbeitsrechtsmissbrauch*, 1. Auflage, München 2015, S. 143 ff.

²⁰ *BU Yuanshi*, *Einführung in das Recht Chinas*, 2. Auflage, München 2017, S. 22.

²¹ *BU Yuanshi* (Fn. 20), S. 22.

Dieses Verständnis gerät aber an seine Grenzen, wenn – wie in Deutschland – aus § 242 BGB eine vertragliche Inhaltskontrolle abgeleitet wird, die Verträgen wegen ihres unangemessen benachteiligenden Inhalts die Wirksamkeit versagt. Für die AGB-Kontrolle bestehen zwar eigene Regeln, § 242 BGB wird aber für die Inhaltskontrolle von Individualverträgen sowie von Satzungen und Gesellschaftsverträgen herangezogen.²⁹ Allerdings wird in diesen Fällen der Privatautonomie keine Grenze dergestalt gezogen, dass § 242 BGB zu einer Ergänzung i. S. der öffentlichen Ordnung führt. Vielmehr handelt es sich um eine Unwirksamkeit, die darauf gestützt ist, dass ein unzureichender Interessenausgleich zwischen den Parteien vorliegt. Der Vertrag erreicht das angestrebte Ziel – einen Interessenausgleich der Vertragsparteien zu bewirken – nicht.

Auch das chinesische ZGB unterscheidet zwischen der öffentlichen Ordnung und dem Prinzip von Treu und Glauben. Zivilrechtsaktivitäten dürfen nach § 8 AT ZGB weder gegen Gesetze noch die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen, die die Außengrenzen der Privatrechtsordnung markieren. Verstöße führen zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 143 Abs. 3 AT ZGB). Innerhalb dieser Grenzen ergeben sich aus den Konkretisierungen des § 7 AT ZGB weitere Verhaltensvorgaben, durch die die Zivilrechtssubjekte auf Treu und Glauben, Ehrlichkeit und Verwirklichung ihrer Versprechen verpflichtet werden.

c) Treu und Glauben – (mehr als) eine Rechtsausübungskontrolle

Das Prinzip von Treu und Glauben betrifft sowohl in der deutschen als auch in der chinesischen Rechtsordnung das gesamte Privatrecht und ist nicht auf eine Rechtsausübungskontrolle beschränkt. Bei der Vertragsauslegung, insbesondere der ergänzenden Vertragsauslegung, findet Treu und Glauben Beachtung (§§ 157, 242 BGB, § 142 Abs. 1 AT ZGB). Auch § 125 Abs. 1 VG legt fest, dass die Auslegung von Klauseln im Streitfall neben dem Vertragsziel die Verkehrssitte sowie Treu und Glauben in Bedacht nehmen muss.³⁰ Auch die Anpassung des Vertrages an eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse wird in beiden Rechtsordnungen durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage speziell erfasst.³¹

Darüber hinaus bestehen für die vertraglichen Pflichten, deren Abgrenzung und deren Umfang Sonderre-

gelungen, so dass Treu und Glauben nur ergänzende Bedeutung zukommt. In Deutschland enthält das BGB seit der Schuldrechtsmodernisierung 2001 in § 241 BGB eine Regelung zur Hauptleistungspflicht und den Schutzpflichten. Zum Teil werden auch die Nebenleistungspflichten – die der Gesetzgeber bei der Reform nicht näher bedacht hat – in § 241 BGB verortet.³² Zudem ist die Haftung für etwaige Pflichtverletzungen, einschließlich der vor- und nachvertraglichen Pflichten inzwischen kodifiziert. § 242 BGB hat eine eigenständige Bedeutung im deutschen Recht, wo es um die Art und Weise der Erfüllung der Hauptleistungspflicht geht³³, aber auch dort, wo die Treuepflicht eine zentrale Pflicht des Rechtsverhältnisses ist.³⁴ Das gilt insbesondere im Gesellschaftsrecht, wo die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern schrittweise Anerkennung erfahren hat.³⁵

Auch das chinesische Recht enthält im VG spezielle Regelungen zu den Pflichten vor, während und nach einem Vertragsverhältnis einschließlich der Haftung für Pflichtverletzungen. Dazu zählen insbesondere die §§ 42, 60 Abs. 2, 92, 107 VG. Insoweit handelt es sich um Konkretisierungen des Prinzips in § 7 AT ZGB durch einzelne Rechtsregeln. Bei der Auslegung dieser speziellen Normen werden regelmäßig Wertungen zum Tragen kommen, die sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben ergeben – wie konsistentes, widerspruchsfreies Verhalten, Handeln in echtem Eigeninteresse, keine absichtlichen oder böswilligen Schädigungen, keine Schikane sowie Verhältnismäßigkeit. Das belegt zum Beispiel § 42 VG, der die Haftung auf Schadensersatz für die Fälle eines böswilligen Verhandeln und der arglistigen Täuschung vorsieht, dem Gericht aber Konkretisierungsspielraum lässt, indem er auf andere Treu und Glauben verletzende Handlungen verweist.

Jenseits dieser Gemeinsamkeiten bestehen zwischen deutschem und chinesischem Recht charakteristische Unterschiede. Das chinesische ZGB regelt in § 6 AT ZGB eigens das Prinzip der (Austausch-)Gerechtigkeit zwischen den Parteien. Auch die Rechte und Pflichten im Verhältnis der Parteien müssen danach vernünftig sein. Die Bestimmung ist Ausdruck der *iustitia commutativa*, des Äquivalenzverhältnisses und damit ein zentrales Element der Privatautonomie. Diese Gestaltung des chinesischen Privatrechts erscheint in diesem Punkt dem französischen *Code civil*, der die Vertragsgerechtigkeit dem Grundsatz der Privatautonomie, und

²⁹ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 533, 535 ff.; zur Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen bei Publikumsgesellschaften: BGH, 14.4.1975 – II ZR 147/73, in: Neue Juristische Wochenschrift 1975, S. 1318; zur Inhaltskontrolle von Vereinssatzungen: BGH, 24.10.1988 – II ZR 311/87, in: Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 1726; zur Inhaltskontrolle von Vereinbarungen von Wohnungseigentümern: BGH, 20.6.2002 – V ZB 39/01, in: Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 3244.

³⁰ Für eine begriffliche und inhaltliche weitreichende Identität von § 4 AGZ als Vorläufer des § 7 AT ZGB und §§ 157, 242 BGB vgl. Jörg Binding/ZHANG Hang (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 42.

³¹ Siehe § 313 BGB und § 26 der Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des Vertragsgesetzes, siehe Fn. 12.

³² Siehe Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 190; anders Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 172; wohl auch BGH, 19.10.2007 – V ZR 211/06, in: Neue Juristische Wochenschrift 2007, S. 3779.

³³ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 79, 178 ff.; z. B. BGH, 27.1.2011 – VII ZR 133/10, in: Neue Juristische Wochenschrift 2011, S. 916.

³⁴ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 79, 174, 186 ff.

³⁵ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 174; Harm Peter Westermann (Fn. 27), § 705 Rn. 49; Karsten Schmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band 134 (1970), S. 178; Joachim Hennrichs, Archiv für die civilistische Praxis, Band 195 (1995), S. 229 ff.; vgl. auch Carsten Schäfer, in: Staub Handlungsbuch, Band 3, 5. Auflage, Berlin 2009, § 105 Rn. 228.

nicht Treu und Glauben zuordnet,³⁶ näher als dem deutschen BGB. Unabhängig davon unterscheidet das chinesische Recht zwischen dem Austauschverhältnis der Vertragspartner und der Ausübung ihrer Rechte. Zumindest ist § 6 AT ZGB lex specialis zu Treu und Glauben nach § 7 AT ZGB. Insofern ist die Entscheidung darüber, ob § 6 oder § 7 AT ZGB maßgebend ist, vor allem mit Rücksicht darauf zu entscheiden, ob das Äquivalenzverhältnis, also die Vertragsgerechtigkeit, betroffen ist.

Insofern bezieht sich das Prinzip von Treu und Glauben nach § 7 AT ZGB vor allem auf die Ausübung von Rechten und das Einfordern von Pflichten, so dass sich aus Treu und Glauben Grenzen für die Rechtsausübung ergeben. Konkretisiert wird § 7 AT ZGB insofern durch § 132 AT ZGB³⁷, der die Rechtsausübung durch staatliche Interessen, allgemeine gesellschaftliche Interessen und die Rechte und Interessen Dritter beschränkt. Treu und Glauben kann dabei die Ausübung eines Rechts ermöglichen, obwohl es formal nichtig ist. Das gilt zum Beispiel für die Fälle der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf die Formnichtigkeit des Rechtsgeschäfts, wenn der Gläubiger den Schuldner hat glauben machen, dass er zwar von dem Formmangel wisse, aber keinesfalls daraus etwas ableiten wolle.³⁸ Daneben kann die Ausübung eines Rechts versagt werden, obwohl es formal besteht. Das gilt insbesondere für selbstwidersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) sowie für deren Sonderfall der Verwirkung durch Zeitablauf.³⁹

Diese Abgrenzung nehmen – rechtsvergleichend betrachtet – nicht alle Länder gleichermaßen vor. Das zeigt erneut das französische Recht. Die Verwirkung eines Rechts mit Zeitablauf ist dort keine Einrede gegen die Ausübung eines Rechts wegen Treu und Glauben. Vielmehr nimmt das französische Recht in solchen Fällen einen stillschweigenden Verzicht auf das Recht an.⁴⁰ Die hierfür erforderliche Willenserklärung liegt nicht ausdrücklich vor, sondern wird aus dem Verhalten abgeleitet, aus dem der Schuldner schließen konnte, das Recht werde nicht mehr geltend gemacht. In vielen Fällen wird es sich dabei um eine Fiktion der Verzichtserklärung handeln. Auch in anderen Rechtsordnungen, die Treu und Glauben nur zurückhaltend heranziehen, weichen Gerichte auf konkludente Verzichtserklärungen aus, wobei die Gerichte mit der An-

nahme eines Verzichtswillens großzügig sind.⁴¹ Diese Überdehnung der Rechtsgeschäftslehre ist überflüssig. Vielmehr kann der Grundsatz von Treu und Glauben solche Fälle erfassen. Anknüpfungspunkt ist das berechnete Vertrauen darauf, dass ein bestimmtes Recht in Zukunft nicht geltend gemacht wird. Das muss auch für das chinesische Recht, insbesondere für die Anwendung des § 132 AT ZGB mit Rücksicht auf § 7 AT ZGB gelten, zumal in diesem Fall § 6 AT ZGB nicht zur Anwendung kommt.

2. Treu und Glauben – Einzelfallgerechtigkeit aufgrund einer Interessenabwägung

Die Beschränkung oder Erweiterung der Rechtsausübung im Einzelfall stützt sich nach § 242 BGB im Grundsatz auf den Vertrauensschutz zugunsten einer Partei oder die billige Rücksichtnahme auf die Interessen einer Partei. Damit setzt ein Verstoß gegen Treu und Glauben, der zum Beispiel zur Versagung der Rechtsausübung führt, generell eine Abwägung der Interessen der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien voraus.⁴² Im Rahmen dieser Abwägung ist zu ermitteln, welche Interessen legitim sind und welches Gewicht sie haben. Interessenkollisionen sind durch Abwägung aufzulösen.⁴³

Relevanter Maßstab für die Interessenabwägung im deutschen Recht sind (1) die berechtigten Verhaltenserwartungen der Teilnehmer am Rechtsverkehr, (2) gesetzgeberische Wertungen, (3) Wertungen höherrangigen Rechts, insbesondere der Grundrechte, sowie (4) außer- und überrechtliche soziale Gebote beziehungsweise ethische Prinzipien.⁴⁴ Damit knüpft § 242 BGB an bestehende Wertungen des Gesetzgebers an, überträgt diese oder grenzt gegen sie ab. Das gilt zum Beispiel für die Verwirkung eines Rechts mit Zeitablauf, die sich immer an den einschlägigen Verjährungsfristen orientiert, aber eine darüber hinausgehende Einrede gewährt, wenn der Gläubiger beim Schuldner das Vertrauen geschaffen hat, er werde das Recht nicht mehr geltend machen.⁴⁵ Das Beispiel macht zugleich deutlich, dass die Teilnehmer am Rechtsverkehr untereinander Verhaltenserwartungen unterliegen, auf die § 242 BGB zurückgreift. Regelmäßig gehört dazu die Erwartung, dass sich die andere Partei konsistent verhält und nicht grundlos einmal entstandenes Vertrauen enttäuscht. Es gibt insofern eine Erwartung an die Kontinuität und Konsistenz im Verhältnis zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses.

³⁶ Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 1166; Ole Lando, *European Review of Private Law* Band 15 (2007), S. 847.

³⁷ „Zivilrechtssubjekte dürfen ihre Zivilrechte nicht zum Schaden staatlicher Interessen, allgemeiner gesellschaftlicher Interessen oder der legalen Rechte und Interessen anderer Personen missbrauchen.“ Deutsche Übersetzung des § 132 AT ZGB siehe Nils Klages/Peter Leibkühler/Knut Benjamin Piffler (Fn. 2), S. 227.

³⁸ Siehe OVG (2007) Min Er Zhong Nr. 219 („彭丽静与梁喜平、王保山、河北金海岸房地产开发有限公司股权转让侵权纠纷案“, *最高人民法院民事判决书* (2007) 民二终字第 219 号), in: *Amtsblatt des OVG* 2009, Nr. 5 (《最高人民法院公报》2009 年第 5 期 (总第 151 期)).

³⁹ Vgl. *LI Shishi* (李适时) (Hrsg.), *Erläuterungen zum AT ZGB der V.R. China* (中华人民共和国民法总则释义), Beijing 2017, S. 608.

⁴⁰ François Terré/Philippe Simler/Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 12. Auflage, Paris 2018, Rn. 1500; Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 1170.

⁴¹ Österreich: Peter Mader/Sonja Janisch, in: Michael Schwimann/Georg E. Kodek (Hrsg.), *ABGB*, 4. Auflage, Wien 2016, Vor§§ 1494–1496 Rn. 3; dazu Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 1176 ff.; Italien: Corte di Cassazione 28.4.2009, Nr. 9924; Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 1189.

⁴² Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 46 ff.; so bereits Wolfgang Siebert (Fn. 22), S. 117; vgl. ferner Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1. Auflage, Tübingen 1954, § 4 II.

⁴³ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 46 f.

⁴⁴ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 48 ff., zu (1) Rn. 50 ff., zu (2) Rn. 48, zu (3) Rn. 53 ff., zu (4) Rn. 77 ff.

⁴⁵ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 315 f., 391 ff.; Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 311; siehe auch BGH, 10.10.2002 – VII ZR 315/01, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, S. 289.

Wesentliche Bedeutung hat § 242 BGB auch für die Umsetzung höherrangigen Rechts – der Verfassung, der EMRK und der Vorgaben des Unionsrechts –, sofern sie keine anderweitige Verwirklichung gefunden haben.⁴⁶ Aus der Verfassung, insbesondere aus den Grundrechten, ergeben sich objektive Wertentscheidungen, an denen sich auch das Privatrecht ausrichten muss.⁴⁷ Sie bilden die Grundlage und den Rahmen einer Gesamtrechtsordnung und müssen sich in den Einzelfallentscheidungen spiegeln. Das gilt zunächst für die Freiheitsrechte. Beispielhaft sei hierfür auf den Schutz vor willkürlichen oder schikanösen Kündigungen verwiesen, der nicht nur für das Arbeitsverhältnis⁴⁸, sondern auch im Bankrecht für das Bankkonto⁴⁹ anerkannt ist. Ebenfalls auf grundrechtlichen Wertungen beruht die sogenannte Ausübungskontrolle von Eheverträgen. Die Berufung auf eine Klausel im Ehevertrag durch einen Ehegatten ist missbräuchlich und somit treuwidrig, wenn dadurch eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung vorliegt, insbesondere wenn die realen Verhältnisse von der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweichen.⁵⁰

Jüngst hat das BVerfG zudem für den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG anerkannt, dass er selbst zwischen Privaten gilt, auch wenn es jeder Person grundsätzlich frei steht, nach ihren Präferenzen zu bestimmen, mit wem und zu welchen Bedingungen sie Verträge schließt.⁵¹ Der Gleichheitssatz soll aber dann gelten, wenn Einzelne mittels des Hausrechts von einer Veranstaltung ausgeschlossen werden, die Privaten ohne Ansehen der Person offen stehen, und sie dadurch in erheblichem Umfang nicht mehr am gesellschaftlichen Leben teilnehmen können.⁵² Eine Ungleichbehandlung ist dadurch zwar nicht ausgeschlossen, bedarf aber eines sachlichen Grundes. Der entschiedene Fall betraf ein Stadionverbot für ein Fußballstadion. Das BVerfG ließ für die Rechtfertigung insofern genügen, dass die Besorgnis bestand, dass von den Betroffenen zukünftig Störungen ausgehen.⁵³

Bei der Interessenbewertung und Interessenabwägung kommt es nicht entscheidend darauf an, ob einer

der Parteien ein Verschulden zur Last fällt.⁵⁴ Allerdings zeigen die Entscheidungen der deutschen Gerichte, dass ein Rechtsmissbrauch insbesondere dann angenommen wird, wenn der Rechtsinhaber arglistig gehandelt oder eine Situation zu seinen Gunsten herbeigeführt hat.⁵⁵ Umgekehrt ist der Rechtsmissbrauchseinwand in der Regel zu versagen, wenn dem dadurch Begünstigten ein Verschulden zur Last fällt und er somit nicht schutzwürdig ist.

Die Anwendung der auf Treu und Glauben zurückzuführenden Rechtsregeln im chinesischen Privatrecht wird sich in den nächsten Jahren erst voll entwickeln. Die Parameter für eine Interessenabwägung, um ein rechtsmissbräuchliches Verhalten einer Partei zu ermitteln, sind in den Regelungen des chinesischen ZGB aber vorgezeichnet. § 7 AT ZGB als prägendes Prinzip ergänzt den Grundsatz von Treu und Glauben durch zwei Vorgaben, die als Fallgruppen dieses Grundsatzes gelten können: (1) die Ehrlichkeit bewahren und (2) Versprechen gewissenhaft einhalten. Damit werden Verhaltenserwartungen der Zivilrechtssubjekte untereinander aufgegriffen, die für einen funktionierenden Rechtsgeschäftsverkehr wesentlich sind. Zugleich wird mit diesen Fallgruppen ein konsistentes Verhalten angemahnt („Versprechen [...] einhalten“), das über die Fallgruppen hinaus für das Prinzip von Treu und Glauben prägend ist. Ähnliches gilt für das Einfordern der Ehrlichkeit der Parteien. Damit ist gleichzeitig jedes arglistige Verhalten treuwidrig.

Neben diesen Verhaltenserwartungen müssen die Wertungen der Rechtsordnung, gegebenenfalls auch der der Verfassung, sowie überrechtliche Erwägungen Einfluss auf die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben haben. Das ergibt sich bereits aus § 1 AT ZGB, der das ZGB leitenden Wertvorstellungen unterstellt: Schutz des Rechts, der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnung sowie der sozialistischen Grundwerte nach der Verfassung.

IV. Richtermacht durch § 242 BGB und ihre Einhegung

1. Generalklauseln und ihre Konkretisierung am Beispiel von § 242 BGB

Die Anwendung von Treu und Glauben aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall kann bei einer Generalklausel, die rechtsbegründende und rechtsbegrenzende Wirkung hat und das Gesetz korrigiert, für eine wissenschaftliche Betrachtung nicht genügen. Letztlich muss die Konkretisierung der Generalklausel nicht nur die faire Entscheidung im Einzelfall sicherstellen. Zugleich sind willkürliche Entscheidungen und eine Unterwanderung zu vermeiden. Selbst wenn man mit *Hedemann* davon ausgeht, dass eine Generalklausel ein Stück offengelassene Gesetzgebung ist und der

⁴⁶ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 75.

⁴⁷ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 53.

⁴⁸ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 57; Hartmut Oetker, Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung, in: *Recht der Arbeit* 1997, S. 9 ff.; Ulrich Preis, Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1997, S. 1256 ff.

⁴⁹ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 58; BGH, 8.11.2005 – XI ZR 74/05, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, S. 431; BGH, 15.1.2013 – XI ZR 22/12, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, S. 1521.

⁵⁰ BGH, 8.10.2014 – XII ZB 318/11, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2015, S. 52 Rn. 23; Barbara Dauner-Lieb, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 201 (2001), S. 331.

⁵¹ BVerfG, 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, S. 1667 Rn. 37.

⁵² BVerfG, 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, S. 1667 Rn. 41; Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 65.

⁵³ BVerfG, 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2018, S. 1667 Rn. 45.

⁵⁴ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 50; Christoph Teichmann (Fn. 9), § 242 Rn. 62; Christian Grüneberg (Fn. 23), § 242 Rn. 7.

⁵⁵ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 50 f.; vgl. auch Christoph Teichmann (Fn. 9), § 242 Rn. 62; Dirk Olzen/Dirk Looschelders (Fn. 7), § 242 Rn. 137, 240 f.

Richter somit quasi an die Stelle des Gesetzgebers tritt, ist das Erfordernis der Rechtssicherheit zu beachten.⁵⁶ Entscheidende Faktoren für eine rechtsstaatliche Konkretisierung und Anwendung einer Generalklausel wie Treu und Glauben sind die Anforderungen an den Richter: (1) an objektive und objektivierbare Wertungen anzuknüpfen, (2) die entscheidenden Wertungen offenzulegen und (3) die Entscheidung durch einen Vergleich mit beziehungsweise eine Abgrenzung zu bereits entschiedenen Fällen in ihrer Sinnhaftigkeit für den Einzelfall und ihrer Stimmigkeit in der Rechtsordnung abzustützen.⁵⁷

Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, sich die Rechtsprechung durch die systematische Ordnung der bereits entschiedenen Fälle vorzunehmen, Fallgruppen zu bilden und die wesentlichen legitimen Wertungsgesichtspunkte herauszuarbeiten. Es ist gerade die Entwicklung von Fallgruppen auf einer mittleren Konkretisierungsebene, die die Handhabung von Generalklauseln verbessert und eine konsistentere Rechtsprechung unterstützt.⁵⁸

Lediglich beispielhaft sei dies am Verbot des Rechtsmissbrauchs aufgezeigt. Rechtsmissbrauch ist eine unzulässige Rechtsausübung, der eine Einrede aus Treu und Glauben entgegengehalten werden kann. Die Gesamtzahl der Fälle des Rechtsmissbrauchs ist enorm, um das Erkennen und Bewerten der Fälle sinnvoll zu strukturieren, wird regelmäßig nach dem Anknüpfungspunkt des Rechtsmissbrauchs in Fallgruppen eingeteilt. Unterschieden wird, ob es sich (1) um ein gegenwärtiges zu missbilligendes Verhalten oder (2) ein früheres zu missbilligendes Verhalten handelt. Anknüpfungspunkt können auch der Widerspruch zwischen früherem und gegenwärtigem Verhalten sein (3) sowie ein sonstiger Mangel an korrespondierendem Verhalten (4).⁵⁹ Mit der Zuordnung der Fälle entsteht eine erste Systematisierung, innerhalb dieser weitere Fallgruppen gebildet werden. Die Verwirkung wegen Zeitablaufs ist insofern eine Unterfallgruppe zu 3 – also ein Fall des Widerspruchs zwischen einem früheren und dem gegenwärtigen Verhalten. Das gilt zum Beispiel für die Nichtausübung eines noch nicht verjährten Widerrufsrechts im Verbraucherschutz über einen längeren Zeitraum. Für die Verwirkung muss neben das Zeitmoment auch das sogenannte Umstandsmoment treten, also ein Verhalten des Rechtsinhabers, das den Anschein erweckt, das Widerrufsrecht werde nicht mehr ausgeübt, sondern am Vertrag festgehalten.⁶⁰ Auch diese Umschreibung ist bereits eine Abstrakti-

on einer Mehrzahl von Einzelfällen, die allerdings die Wertungskriterien, die für den Einwand des Rechtsmissbrauchs tragend sind, deutlich macht.

2. Erstreckung der Generalklausel auf andere Bereiche der Rechtsordnung

Abschließend sei erwähnt, dass Treu und Glauben für die deutsche Rechtsordnung kein auf das Privatrecht (einschließlich dem Handels- und Gesellschaftsrecht) beschränktes Prinzip ist, auch wenn es dort die meisten Fälle gibt. Vielmehr wird Treu und Glauben in der gesamten Rechtsordnung herangezogen, soweit die Regelungen und Prinzipien in dem anderen Rechtsbereich dafür Raum lassen. Treu und Glauben gilt insbesondere auch im öffentlichen Recht.⁶¹ Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zieht dem Rückgriff auf § 242 BGB zwar Grenzen, aber er genießt keinen absoluten Vorrang.⁶² Auch das hoheitliche Handeln des Staates kann eine unzulässige Rechtsausübung sein. Das gilt beispielsweise bei einem Handeln, das vorherigen Auskünften widerspricht.⁶³ Dies ist zum Teil in speziellen gesetzlichen Regelungen erfasst, im Übrigen erfolgt ein Rückgriff auf § 242 BGB. Sofern sich die öffentliche Hand privater Handlungsformen bedient, vor allem Verträge schließt, gilt Treu und Glauben auch für sie.

V. Fazit

1. Treu und Glauben ist im deutschen und chinesischen Recht gleichermaßen ein zentrales Prinzip, das in den Grenzen des Privatrechts Vertrauensschutz und Rücksichtnahme einfordert. Auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung, die berechnete Verhaltenserwartungen, die Wertungen des höherrangigen Rechts sowie außerrechtliche Wertungen einbezieht, trägt das Prinzip Treu und Glauben im Rahmen der einzelnen Rechtsregeln zur Einzelfallgerechtigkeit bei.
2. Angesichts der eigenständigen Regelung der Austauschgerechtigkeit in § 6 AT ZGB wird das Prinzip von Treu und Glauben im chinesischen Recht nur für die Ableitung von Treupflichten und die Rechtsausübungskontrolle Wirkung entfalten. Es wird die Aufgabe der chinesischen Rechtswissenschaft sein, die Fälle, in denen Treu und Glauben von den Gerichten zur Anwendung gebracht wird, zu systematisieren und zu bewerten. Sie tragen damit dazu bei, dass eine Generalklausel wie Treu und Glauben zu einer angemessenen Lösung von

⁵⁶ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 38; siehe Justus Wilhelm Hedemann (Fn. 8), S. 58; vgl. auch Marietta Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 1. Auflage, Tübingen 2005.

⁵⁷ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 32 f.

⁵⁸ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 43 f.

⁵⁹ Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 239 ff., 253 ff., 314 ff., 448 ff.

⁶⁰ Zum Erfordernis des Umstandsmoments: BGH, 12.7.2016 – XI ZR 564/15, in: Neue Juristische Wochenschrift 2016, S. 3512 Rn. 37; 12.7.2016 – XI ZR 501/15, in: Neue Juristische Wochenschrift 2016, S. 3518 Rn. 40; 31.1.2018 – XII ZB 133/17, in: Neue Juristische Wochenschrift 2018, S. 1013 Rn. 17; Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 378 f.; zum Erfordernis des Umstandsmoments beim Widerrufsrecht im Verbraucherschutz: Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 416 ff.

⁶¹ Z.B. BFH, 23.2.2010 – VII R 19/09, in: Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report 2010, S. 1160 Rn. 14; BVerwG, 23.11.1993 – 1 C 21/92, in: Neue Juristische Wochenschrift 1994, S. 955; BVerwG, 13.6.2013 – 5 C 30/12, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report 2013, S. 1003 Rn. 18; Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 110.

⁶² BVerwG, 7.12.1960 – V C 228.59, in: Die öffentliche Verwaltung 1961, S. 383 f.; Hans J. Wolff/Otto Bachoff/Rolf Stober/Winfried Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. I, 13. Auflage, München 2017, § 51 Rn. 29.

⁶³ BVerwG, 8.3.1956 – I A 3/54, in: Neue Juristische Wochenschrift 1956, S. 1250 ff.; Claudia Schubert (Fn. 5), § 242 Rn. 115.

Privatrechtsfällen beiträgt, ohne dass die Privatrechtssubjekte die Willkür des Richters fürchten müssen.

* * *

The Principle of Good Faith and Fair Dealing (§§ 6, 7 AT ZGB)

Good faith and fair dealing is a basic principle in German and Chinese civil law. Whereas the German Civil Code does not expressly regulate the principle and relies instead on a general clause in paragraph 242, Chinese law specifies the principle and its manifestations. In both countries the principle of good faith limits the exercise of rights and creates individual justice on the basis of a balancing of interests. Unlike German law, the Chinese Civil Code includes a separate principle of iustitia commutativa. Therefore, the principle of good faith and fair dealing is not completely congruent in both countries.