CLAUS-WILHELM
CANARIS

GESAMMELTE SCHRIFTEN

BAND 3
PRIVATRECHT

DE
G

CLAUS-WILHELM CANARIS

Gesammelte Schriften

herausgegeben von

Jörg Neuner und Hans Christoph Grigoleit

in Zusammenarbeit mit

Ingo Koller, Johannes Hager, Michael Junker,
Reinhard Singer, Jens Petersen, Katja Langenbucher,
Felix Hey, Carsten Herresthal, Thomas Riehm
und Marietta Auer

藏书章

Band 3: Privatrecht

De Gruyter

ISBN 978-3-11-027392-2
e-ISBN 978-3-11-027403-5

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

© 2012 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/Boston

Datenerfassung/Satz: iNCO Sp. z o.o., Wawrów (Polen)

Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

www.degruyter.com

Inhalt

Inhalt von Band I VII
Inhalt von Band II IX

PRIVATRECHT

Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre

Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft 3
Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht 35
Die Verdinglichung obligatorischer Rechte 139
Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen 207
Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung" 259
Die Übertragung des Regelungsmodells der §§ 125–130 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als unzulässige Rechtsfortbildung contra legem 349
Funktionen des Allgemeinen Teils eines Zivilgesetzbuchs und Grenzen seiner Leistungsfähigkeit 403

Schuldrechtsmodernisierung

Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit" für das Recht der Leistungsstörungen 423
Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen 451
Schadenersatz wegen Pflichtverletzung, anfängliche Unmöglichkeit und Aufwendungsersatz im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes 521
Das allgemeine Leistungsstörungsrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 541
Einführung in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 559
Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte – 623

Bereicherungsrecht

Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis 717
Der Bereicherungsausgleich im bargeldlosen Zahlungsverkehr 777
Die Gegenleistungskondiktion 819
Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts 867

Schadensersatzrecht

Notstand und „Selbstaufopferung" im Straßenverkehr ... 895
Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse ... 917
Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten ... 945
Täterschaft und Teilnahme bei culpa in contrahendo ... 1025
Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung ... 1053
Die Vermutung „aufklärungsrichtigen Verhaltens" und ihre Grundlagen ... 1085
Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts ... 1109

Bankvertrags- und Wertpapierrecht

Der Einwendungsausschluß im Wertpapierrecht ... 1129
Die Verrechnung beim Kontokorrent ... 1151
Grundprobleme des bankgeschäftlichen Abrechnungsverkehrs ... 1179
Der Wechselbereicherungsanspruch ... 1229
Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung ... 1255
Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden ... 1275
Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Forderungseinzug durch Banken ... 1305
Einwendungsausschluß und Einwendungsdurchgriff bei Dokumentenakkreditiven und Außenhandelsgarantien ... 1335
Das Verhältnis zwischen dem wechsel- und scheckrechtlichen Einwendungsausschluß und der Lehre vom Einwendungsdurchgriff kraft Rechtsmißbrauchs ... 1361
Das Informations- und das Inhaltsschrankenmodell beim Konsumentenkredit ... 1415
Interessenlage, Grundprinzipien und Rechtsnatur des Finanzierungsleasing ... 1447
Grundprobleme des Finanzierungsleasing im Lichte des Verbraucherkreditgesetzes ... 1505
Die Bedeutung des „materiellen" Garantiefalles für den Rückforderungsanspruch bei der Garantie „auf erstes Anfordern" ... 1531

Danksagung und Verlagsnachweis ... 1553

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

Inhalt von Band I

RECHTSTHEORIE

Methodologische Grundlagen

Die Feststellung von Lücken im Gesetz ... 3
Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz ... 191
Theorienrezeption und Theorienstruktur ... 347
Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien ... 385
Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung ... 423
Konsens und Verfahren als Grundelemente der Rechtsordnung – Gedanken vor dem Hintergrund der „Eumeniden" des Aischylos ... 433
Das Rangverhältnis der „klassischen" Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht ... 453
Die Stellung der „UNIDROIT Principles" und der „Principles of European Contract Law" im System der Rechtsquellen ... 491
Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre ... 519
Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre ... 581
Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Rechtsfindung ... 599
Die Europäische Union als Gemeinschaft des Rechts – von Athen und Rom über Bologna nach Brüssel ... 621

Grundrechte und Privatrecht

Grundrechte und Privatrecht(1999) ... 641
Grundrechte und Privatrecht(1984/1985) ... 727
Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht ... 775
Zur Problematik von Privatrecht und verfassungsrechtlichem Übermaßverbot ... 807
Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts ... 819
Die Verfassungswidrigkeit von § 828 II BGB als Ausschnitt aus einem größeren Problemfeld ... 851
Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 07.02.1990 – 1 BvR 26/84 ... 859

Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft ... 871
Das Fehlen einer Kleinbetriebsregelung für die Entgeltfortzahlung an kranke Angestellte als Verfassungsverstoß ... 891
Das Recht auf Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG als Grundlage eines arbeitsrechtlichen Kontrahierungszwangs ... 919
Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten ... 945

Danksagung und Verlagsnachweis ... 985

Inhalt von Band II

VERTRAUENSHAFTUNG

Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht 3
Haftung Dritter aus positiver Forderungsverletzung 657
Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen 669
Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund 691
Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr 717
Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten 731
Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung 773
Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 795

Danksagung und Verlagsnachweis 865

PRIVATRECHT

Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre

Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft

SCHRIFTENREIHE DER JURISTISCHEN STUDIENGESELLSCHAFT
KARLSRUHE, HEIDELBERG, 1983

Inhalt*

Vorwort 5
I. Der Diskussionsstand 9
1. Die Entwicklung der neueren Rechtsprechung 10
2. Tendenzen im Schrifttum 12
II. Funktion und dogmatische Bedeutung von § 134 BGB 14
1. § 134 BGB als Auslegungsregel 14
2. § 134 BGB als Grundentscheidung für den Vorrang staatlicher Wirtschaftsordnung und -lenkung gegenüber der Privatautonomie 17
III. Fallgruppen und Lösungskriterien 20
1. Wegen ihres Inhalts verbotene Rechtsgeschäfte 21
a) Die Rechtslage bei gegen beide Vertragsparteien gerichtetem Verbot 21
b) Die Rechtslage bei nur gegen eine Partei gerichtetem Verbot 22
c) Die Abgrenzung gegenüber inhaltlich neutralen Rechtsgeschäften, insbesondere das Beispiel der Untreue 27
d) Die Rechtslage bei zum Schutze des anderen Teils dienenden Verboten, insbesondere das Beispiel des Mietwuchers 28
2. Wegen der Umstände ihres Abschlusses verbotene Rechtsgeschäfte 34
a) Die grundsätzliche Wirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte 34
[7]
b) Die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts bei Verstoß gegen ein zum Schutze des anderen Teils dienendes Verbot 36

* Anm. d. Hrsg.: Der Inhalt wurde aus dem Original übernommen, die Seitenzahlen beziehen sich folglich auf das Original.

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

3. Wegen der Person eines der Beteiligten verbotene Rechtsgeschäfte 40
a) Die Rechtslage bei gegen beide Parteien gerichtetem Verbot 40
b) Die Rechtslage bei nur gegen eine Partei gerichtetem Verbot 41
c) Die Rechtslage bei zum Schutze des anderen Teils dienendem Verbot 45
4. Wegen ihrer Folgen verbotene Rechtsgeschäfte 47
a) Die grundsätzliche Wirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte 48
b) Die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts bei besonders engem Zusammenhang mit dem Gesetzesverstoß 49
c) Die Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung trotz Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts 53
IV. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse 54
[5]

Vorwort

Die vorliegende Schrift stellt die erweiterte Fassung eines Vortrags dar, den ich am 22.3.1983 vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe gehalten habe. Die Vortragsform wurde im wesentlichen beibehalten. Die hinzugefügten Fußnoten beschränken sich auf das unerläßliche Minimum und erheben in keiner Weise Anspruch auf Vollständigkeit.

München, im April 1983 *Claus-Wilhelm Canaris* **[8]**

Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft – das ist de lege lata im wesentlichen die Problematik von § 134 BGB. Diese ist in jüngster Zeit zunehmend kontrovers geworden, ohne daß das so recht ins allgemeine Bewußtsein getreten ist. Dabei haben sich die höchstrichterliche Rechtsprechung einerseits und die in der Wissenschaft vorherrschende Lehre andererseits in einem Maße auseinanderentwickelt, wie man das nur selten beobachten kann. Daher mag es verstattet sein, diesem Kreis, der eine besonders illustre Stätte der Begegnung von Praxis und Wissenschaft ist und vor dem sprechen zu dürfen für mich eine besondere Ehre bedeutet, einige Gedanken zu diesem Thema vorzutragen. Dabei muß ich Ihnen freilich ein Stück knochentrockener Dogmatik zumuten, fern von allen brillanten Höhenflügen. **[9]**

I. Der Diskussionsstand

Lassen Sie mich zunächst einen kurzen Überblick über den Diskussionsstand geben. Am Beginn der Auslegung und Anwendung von § 134 BGB steht bekanntlich die Unterscheidung nach dem Adressaten des gesetzlichen Verbots: richtet sich dieses gegen beide Parteien eines Vertrags, tritt grundsätzlich Nichtigkeit ein, richtet es sich nur gegen eine Partei, hat der Vertrag grundsätzlich Bestand. Das ist schon in den Gesetzesmaterialien angelegt[1] und entspricht seit der grundlegenden Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts aus dem Jahre 1905[2] ständiger Rechtsprechung. Auch der Bundesgerichtshof hält bis heute daran grundsätzlich fest[3]. Das neuere Schrifttum hat sich dagegen – und das führt zu der eingangs erwähnten Kontroverse – von diesem Kriterium überwiegend abgewandt. So wird es z. B. von *Larenz* und *Mayer-Maly* ausdrücklich verworfen[4], *Flume* und *Medicus* halten es erstaunlicherweise nicht einmal mehr einer Erwähnung für würdig[5]. **[10]**

1. Die Entwicklung der neueren Rechtsprechung

Den Anstoß zu dieser Entwicklung hat wohl der BGH selbst gegeben. Folgenreich war insoweit vor allem eine Entscheidung aus dem Jahre 1962 zum RBerG. In dieser hat der BGH einen Geschäftsbesorgungsvertrag, den ein nicht zugelassener Rechtsberater unter Verstoß gegen § 1 RBerG mit einem Rechtssuchenden geschlossen hatte, nach § 134 BGB für nichtig erklärt[6]. Nun richtet sich das Verbot der unerlaubten Rechtsberatung evidentermaßen nur gegen den Berater und nicht auch gegen den Beratenen. Der BGH hat dies auch klar gesehen, sich dadurch jedoch in seiner Entscheidung nicht beirren lassen. Dabei wollte er, wie er ausdrücklich hervorgehoben hat, nicht etwa die Differenzierung nach den Adressaten des Verbots aufgeben, sondern lediglich eine Ausnahme von der Maßgeblichkeit dieses Kriteriums machen. Ausnahmen bedürfen indessen der Begründung und Begrenzung, soll die Regel nicht als solche zerstört werden. Daran fehlt es, wenn ich recht sehe, bisher in der einschlägigen Rechtsprechung

[1] Vgl. Mot. I S. 210.

[2] Vgl. RGZ 60, 273, 276 f.

[3] Vgl. z. B. BGHZ 46, 24, 26; 71, 358, 360; 78, 263, 265; 78, 269, 271.

[4] Vgl. *Larenz* Allg. Teil des deutschen Bürg. Rechts, 5. Aufl. 1980, § 22 II = S. 393; MünchKomm-*Mayer-Maly* 1978, § 134 Rdn. 56; vgl. ferner z. B. *Pawlowski* JZ 1969, 699; *Soergel/Hefermehl* 11. Aufl. 1978, § 134 Rdn. 16.

[5] Vgl. *Flume* Allg. Teil des Bürg. Rechts, Bd. II, 3. Aufl. 1979, § 17, 3; *Medicus* Allg. Teil des BGB, 1982, § 43 II.

[6] Vgl. BGHZ 37, 258, 262.

des BGH. Dieser hat nämlich zwar noch einige weitere Ausnahmen anerkannt, in denen er einen einseitigen Gesetzesverstoß für die Bejahung von Nichtigkeit nach § 134 BGB hat genügen lassen[7], dabei aber keine materialen Kriterien angegeben, nach denen sich die Durchbrechung der Regel richtet. Vielmehr hat er sich auf die Formulierung zurückgezogen, Nichtigkeit sei anzunehmen, „wenn es mit dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und **[11]** bestehen zu lassen"[8]. Es ist gewiß keine überzogene Kritik, wenn man einwendet, daß dadurch das Problem nicht gelöst, sondern nur verschoben wird. Denn verallgemeinerungsfähige Kriterien, nach denen sich das Vorliegen einer Ausnahme beurteilen läßt, sind aus dieser Formel nicht zu entnehmen. Das gilt umso mehr, als der BGH einer ausgesprochenen Einzelfallbetrachtung zuneigt und demgemäß ausdrücklich hervorhebt, ausschlaggebend sei letztlich stets „Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes, der für jede Vorschrift anders liegt und jeweils besonders ermittelt werden muß"[9]. Daß eine solche Absage an den Versuch zu einer Regelbildung den Dogmatiker nicht befriedigen kann, liegt auf der Hand.

Es nimmt daher nicht wunder, daß es auch hinsichtlich der Ergebnisse zweifelhaft ist, ob der Rechtsprechung des BGH eine einheitliche Linie zugrunde liegt. So soll z. B. einerseits eine Rechtsberatung oder Arbeitsvermittlung ohne die erforderliche Erlaubnis die Nichtigkeit des betreffenden Vertrags nach § 134 BGB zur Folge haben[10], andererseits aber das Fehlen der Erlaubnis zur Grundstücksvermittlung nach § 34 c GewO die Wirksamkeit des Maklervertrages nicht berühren[11], ein Verstoß eines Steuerberaters gegen das Verbot gewerblicher Betätigung nach § 57 SteuerBerG nicht die Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB nach sich ziehen[12] und das Fehlen der Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften für die Wirksamkeit der geschlossenen Verträge mit den Bankkunden grundsätz- **[12]** lich unschädlich sein[13]. Ist es ferner folgerichtig, bei einem Verstoß gegen § 56 I Nr. 6 GewO schon bloße Vorbereitungshandlungen für die Anwendung von § 134 BGB genügen zu lassen[14], dagegen die Wirksamkeit eines Vertrages zwischen einem Importeur und seinem Zulieferer über ein Gerät, dessen Inverkehrbringung nach dem GerätesicherheitsG verboten ist, mit der Begründung zu

[7] Vgl. z. B. BGHZ 71, 358, 361 m. w. Nachw. aus der Rspr.

[8] Vgl. BGHZ 78, 263, 265 m. w. Nachw. aus der Rspr.

[9] So BGHZ 78, 263, 265; ähnlich z. B. BGHZ 53, 152, 156; 71, 358, 361.

[10] Zur unerlaubten Arbeitsvermittlung vgl. vor allem BGH NJW 1969, 661; WM 1973, 1024, 1026; 1978, 949, 950 f; gegenläufig BGHZ 46, 24, 26.

[11] Vgl. BGHZ 78, 269, 271 ff.

[12] Vgl. BGHZ 78, 263, 265 f.

[13] Vgl. z. B. BGH WM 1966, 1101, 1102; 1972, 853; 1978, 1268, 1269; 1980, 374, 377.

[14] Vgl. z. B. BGHZ 71, 358, 362 f; BGH WM 1979, 1035, 1036; 1979, 1180, 1183; 1980, 620, 621; kritisch dazu *Canaris* ZIP 1980, 712 f.

bejahen, es handele sich insoweit lediglich um eine unschädliche Vorbereitungshandlung für die verbotene Inverkehrbringung[15]? Und ist es schließlich überzeugend, einen Vertrag, mit dem eine Steuerhinterziehung verbunden ist, grundsätzlich für wirksam zu erklären[16], aber anders zu entscheiden, wenn die Parteien zur Erleichterung der Steuerhinterziehung auf die Stellung einer Rechnung verzichtet haben[17]?!

2. Tendenzen im Schrifttum

Fragt man demgegenüber nach der vorherrschenden Tendenz im heutigen Schrifttum, so spielt hier die Frage nach dem Adressaten des Verbots, wie schon gesagt, nur noch bei wenigen Autoren eine Rolle[18]. Stärkere Bedeutung besitzt dagegen die – ebenfalls altehrwürdige – Unterscheidung danach, ob sich das Verbot gegen den Inhalt **[13]** des Rechtsgeschäfts oder lediglich gegen seine Vornahme bzw. die Umstände seines Abschlusses richtet. Besonders pointiert meint z. B. *Larenz,* von einem gesetzlichen Verbot könne man „sinnvollerweise nur dann sprechen, wenn die Rechtsordnung bestimmt geartete Rechtsgeschäfte *ihres besonderen Inhalts wegen* untersagt ..."[19].

Indessen wird auch diese Unterscheidung nicht zur Grundlage einer voll tragfähigen Dogmatik ausgebaut. Das zeigt sich besonders gut an dem bereits erwähnten Beispiel des Fehlens der erforderlichen Erlaubnis zur Rechtsberatung. Daß der BGH hier Nichtigkeit annimmt, wird nämlich im Schrifttum durchweg für richtig gehalten, insbesondere auch von *Larenz.* Das ist überraschend, handelt es sich doch keineswegs um einen Fall *inhaltlicher* Mißbilligung des Vertrages; denn Rechtsberatung als solche ist ja nicht verboten, und auch sonst wird der Vertrag zwischen dem Berater und dem Rechtssuchenden nicht gerade deshalb gesetzlich mißbilligt, weil sein *Inhalt* irgendwie anstößig oder unerwünscht wäre. Darüber hinaus ist dieses Beispiel auch insofern sehr lehrreich, als es zeigt, daß die Unterscheidung zwischen Mißbilligung des Inhalts und Mißbilligung der Umstände des Vertragsschlusses offenbar zu eng ist und nicht das gesamte Spektrum der in Betracht kommenden Fallgruppen ausschöpft. So wenig nämlich Verstöße gegen

[15] Vgl. BGH NJW 1981, 2640.

[16] Vgl. z. B. RG WarnRspr. 1921 Nr. 89; DR 1942, 40; BGHZ 14, 25, 30 f; BGH WM 1966, 161, 163; 1975, 1279, 1281; 1976, 1026, 1027; 1978, 1122, 1123; 1979, 692, 693; VersR 1978, 915, 916.

[17] Vgl. BGH LM Nr. 57 zu § 134 BGB.

[18] Vgl. z. B. *Schricker* Gesetzesverletzung und Sittenverstoß 1970, S. 64; *Staudinger/Dilcher* 12. Aufl. 1980, § 134 Rdnr. 4; *Erman/Brox* 7. Aufl. 1981, § 134 Rdn. 11.

[19] Vgl. *Larenz* aaO § 22 II = S. 391; ihm folgend z. B. *StaudingerlDilcher* aaO § 134 Rdn. 2 m. w. Nachw.

§ 1 RBerG wegen des Inhalts des geschlossenen Vertrages verboten sind, so wenig sind sie es wegen irgendwelcher besonderer Umstände bei seinem Abschluß; der Grund für die gesetzliche Mißbilligung des Rechtsgeschäfts liegt hier vielmehr in der *Person* eines der Beteiligten, die der Gesetzgeber von der betreffenden Tätigkeit grundsätzlich fernhalten will. **[14]**

II. Funktion und dogmatische Bedeutung von § 134 BGB

1. § 134 BGB als Auslegungsregel

Daß demnach auch das Schrifttum eine klare dogmatische Linie für die Anwendung von § 134 BGB vermissen läßt und sich letztlich weitgehend mit Einzelfallösungen begnügt, dürfte mit der verbreiteten Skepsis gegenüber dieser Vorschrift zusammenhängen. Diese kommt besonders kraß bei *Flume* zum Ausdruck, der dabei die Gefolgschaft u. a. von *Larenz* und *Medicus* gefunden hat.
Er schreibt:

> „Die Vorschrift des § 134 besagt in Wirklichkeit nichts. Es wird in § 134 nicht etwa eine Vermutung oder eine Interpretationsregel für die Verbotsgesetze aufgestellt, daß diese ‚im Zweifel' die Nichtigkeit des verbotswidrigen Geschäfts begründeten. Was die Frage der Nichtigkeit anbetrifft, kommt es vielmehr jeweils ausschließlich auf das einzelne Verbotsgesetz an. Für das einzelne Verbotsgesetz muß, wenn die Nichtigkeitsfolge nicht ausdrücklich bestimmt ist, nach den Grundsätzen der Auslegung ermittelt werden, ob die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts dem Sinn des Verbotsgesetzes entspricht."[20]

Gegenüber einem solchen Versuch einer Aushöhlung von § 134 BGB ist es zunächst nützlich, sich den Wortlaut der Vorschrift in Erinnerung zu rufen. Dieser lautet: **[15]**

> „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt".

Diese Formulierung deutet entgegen der Ansicht Flumes unmißverständlich auf eine Vermutung der Nichtigkeit bzw. auf eine entsprechende Auslegungsregel hin[21]. Denn die Fassung von § 134 BGB „... ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt", bringt klar ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zum Ausdruck. Davon gingen auch die Gesetzesverfasser aus; so heißt es in den Motiven, „das dem Verbote zuwider vorgenommene Rechtsgeschäft sei *der Regel nach* nichtig", und im Bericht der Reichstagskommission, es sei „eine *Interpretationsregel*

[20] Vgl. *Flume* aaO § 17, 1 = S. 341; ähnlich z. B. *Larenz* aaO § 22 II = S. 390 f; *Medicus* aaO § 43 I 3 = Rdn. 646; *Soergel/Hefermehl* aaO § 134 Rdn. 1.

[21] Nach MünchKomm.-*Mayer-Maly* § 134 Rdn. 1 ist § 134 BGB sogar „mehr als eine Auslegungsregel"; ein Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht dürfte darin indessen nicht liegen.

dahin gegeben, daß, wenn sich aus dem Gesetz kein anderer Sinn ergebe, Nichtigkeit als die gewollte Folge betrachtet werden müsse"[22]. Sich daran zu halten, besteht um so mehr Anlaß, als man § 134 BGB sonst jeglichen Gehalts beraubt – ein Ergebnis, das mit den Geboten einer vernünftigen Gesetzesauslegung grundsätzlich unvereinbar ist; daß eine Norm „in Wirklichkeit nichts besagt", wie Flume meint, ist doch schon in sich selbst eine höchst fragwürdige These, die den Verdacht einer Fehlinterpretation nahelegt. Hinzu kommt schließlich, daß die Ansicht Flumes auch höchst unpraktikabel ist. Verbotsgesetze, die nicht schon selbst die Nichtigkeitsfolge aussprechen, enthalten nämlich meist keine wirklich überzeugenden Anhaltspunkte für die Entscheidung über die privatrechtlichen Folgen ihrer Verletzung; das ist auch **[16]** nicht verwunderlich, da es sich bei den Verbotsgesetzen meist nicht um privatrechtliche, sondern um öffentlich-rechtliche Vorschriften handelt[23] und der Gesetzgeber bei ihrem Erlaß daher meist in erster Linie Sanktionen wie die Verhängung von Straf- und Bußgeldern, das Einschreiten mit hoheitlichem Zwang und dgl. im Auge hat, auf die privatrechtlichen Folgen aber kaum oder gar nicht Bedacht nimmt.

Was die Stellung des BGH angeht, so bezeichnet dieser § 134 BGB zwar mitunter ausdrücklich als Auslegungsregel[24], steht aber dennoch der Ansicht Flumes insofern sehr nahe, als er mit seinem Ausgangspunkt nicht Ernst macht, sondern sogleich hinzufügt, ausschlaggebend sei letztlich stets „Sinn und Zweck der in Rede stehenden Verbotsnorm". Auch der BGH setzt also bei der einzelnen Verbotsnorm an und fragt, ob diese die Nichtigkeit „erfordert" oder nicht. Richtig ist demgegenüber, bei § 134 BGB anzusetzen, Nichtigkeit als Regel vorauszusetzen und nun genau umgekehrt zu fragen, ob Sinn und Zweck der betreffenden Verbotsnorm ausnahmsweise der Annahme von Nichtigkeit entgegenstehen. Denn das Vorliegen einer Auslegungsregel zugunsten von Nichtigkeit bedeutet ja, daß die *Argumentationslast* bei demjenigen liegt, der trotz Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz keine Nichtigkeit annehmen will.

Die Auslegungsregel von § 134 BGB hat dabei eine doppelte Funktion: aus ihr ergibt sich erstens, daß das verbotswidrige Rechtsgeschäft im Zweifel nicht wirksam, sondern unwirksam ist; und sie besagt zweitens, daß als **[17]** spezifische Form der Unwirksamkeit im Zweifel volle Nichtigkeit eintritt und nicht z. B. Teilnichtigkeit, schwebende Unwirksamkeit, relative Unwirksamkeit oder dgl. Dagegen besagt § 134 BGB selbstverständlich nichts über die Vorfrage, ob überhaupt ein Verbotsgesetz vorliegt und das fragliche Rechtsgeschäft gegen dieses

[22] Vgl. Mot. I S. 210 bzw. Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1896, S. 42 (Hervorhebungen hinzugefügt).

[23] Die dem Privatrecht zugehörigen *immanenten* Schranken der Privatautonomie stellen nach richtiger Ansicht keine Verbotsgesetze i. S. von § 134 BGB dar, vgl. dazu z. B. *Flume* aaO § 17, 2; *Larenz* aaO § 22 II = S. 391; *Medicus* aaO § 43 I 2 = Rdn. 645.

[24] Vgl. z. B. BGHZ 45, 322, 326; BGH WM 1973, 1274, 1276.

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com