

Schuldrecht - Allgemeiner Teil I: **Münchener Kommentar BGB Band 2** **§§ 241-310**

9. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-76672-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit:

über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Auch die Regelungen der **Unidroit Principles**, die gleichsam als allgemeiner Teil eines internationalen Einheitsprivatrechts nach dem UN-Kaufrecht entstanden sind, nehmen mehrfach Bezug auf den Grundsatz von Treu und Glauben (zB Art. 1.7, 1.8, 4.8, 5.1.2, 5.3.4 PICC). Die sich wiederholende Formel „*good faith and fair dealing*“ ist ebenso wie beim UN-Kaufrecht nicht nach dem nationalen Recht zu interpretieren, es sei denn, sie deckt sich mit dem in anderen Rechtsordnungen allgemein Anerkannten. Sie nimmt Bezug auf den internationalen Handelsverkehr und insofern auf die Gebräuche, die dort bekannt sind, und von Personen, die sich in der gleichen Lage wie die Vertragsparteien befinden, allgemein als anwendbar angesehen werden.³¹² Dieser Kontext prägt das Verständnis von Treu und Glauben und kann trotz der Parallelen zu den PECL (→ Rn. 113 ff.) zu Eigenheiten führen.

Treu und Glauben ist ein allgemeines Prinzip der Unidroit Principles,³¹³ was insbesondere die wiederholte Bezugnahme der Regelungen belegt. Zudem wurde bei der Revision der Unidroit Principles im Jahre 2004 das widersprüchliche Verhalten (*venire contra factum proprium*) in Art. 1.8 PICC als weiterer Anwendungsfall von Treu und Glauben geregelt.³¹⁴ Die Fallgruppe ist eigentlich bereits von Art. 1.7 PICC erfasst, sollte aber klargestellt werden.³¹⁵ Der Maßstab „*good faith and fair dealing*“ wirkt einerseits auf die Entstehung und Konkretisierung vertraglicher Pflichten und ihre Erfüllung ein. Andererseits besteht eine allgemeine Regelung zum Handeln nach Treu und Glauben (Art. 1.7 PICC³¹⁶), die fallgruppenweise konkretisiert wird, wobei der Rechtsmissbrauch im Vordergrund steht. Dieser setzt nicht zwingend voraus, dass eine Partei ihr Recht ausübt, um der anderen Partei zu schaden. Es genügt, wenn sie ein Recht zu anderen Zwecken verwendet, als zu denen, für die es gewährt wurde.³¹⁷ Insofern hängt der Rechtsmissbrauch auch nach den Unidroit Principles nicht von subjektiven Kriterien ab. Das widersprüchliche Verhalten (Art. 1.8 PICC) als zweite Fallgruppe verpflichtet dazu, dem Vertragspartner keinen Nachteil durch inkonsistentes Verhalten zuzufügen, das einem berechtigten Vertrauen der Gegenseite auf ein bestimmtes Handeln widerspricht. Das Vertrauen kann durch Äußerungen oder das Verhalten der Partei entstehen, selbst durch ihr Schweigen, wenn die andere Partei vernünftigerweise erwarten durfte, dass ihr Irrtum oder Missverständnis korrigiert wird, sobald die Partei ihn erkennt.³¹⁸ Als Rechtsfolgen des widersprüchlichen Verhaltens werden nicht nur der Rechtsverlust und die Abänderung eines Rechts, sondern auch die Rechtsentstehung angesehen.³¹⁹

2. Europäisches Privatrecht. a) Grundsatz von Treu und Glauben. Das europäische Privatrecht enthält bisher keine ausdrückliche Regelung eines Grundsatzes von **Treu und Glauben**, zumal das Privatrecht nicht umfassend harmonisiert ist. Auch aus den vorhandenen Regelungen lässt sich bisher kein übergreifendes Prinzip von Treu und Glauben im europäischen Privatrecht mit Sicherheit identifizieren.³²⁰ Der EuGH bzw. das EuG haben bisher ebenfalls keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben anerkannt.³²¹ Die **Entscheidungen des EuG**, die unmittelbar auf Treu und Glauben Bezug nehmen, betreffen insbesondere das Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und der EU, so dass der Gerichtshof den Grundsatz von Treu und Glauben aus dem Völkergewohnheitsrecht oder Art. 18 WVK entnahm.³²² Auch auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den

³¹² Bonell, Unidroit Principles in Practice, 2. Aufl. 2006, 3 zu PICC Art. 1.7.

³¹³ Bonell, Unidroit Principles in Practice, 2. Aufl. 2006, 1 zu PICC Art. 1.7; Zimmermann ZEuP 2005, 264 (265).

³¹⁴ Dazu Zimmermann ZEuP 2005, 264 (285).

³¹⁵ Bonell Uniform Law Review 9 (2004), 5 (20).

³¹⁶ Art. 1.7. Abs. 1 PICC: „Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade“.

³¹⁷ Bonell, Unidroit Principles in Practice, 2. Aufl. 2006, 2 zu Art. 1.7 PICC.

³¹⁸ Bonell, Unidroit Principles in Practice, 2. Aufl. 2006, 2 zu Art. 1.8 PICC.

³¹⁹ Bonell, Unidroit Principles in Practice, 2. Aufl. 2006, 1 zu Art. 1.8 PICC; Bonell Uniform Law Review 9 (2004), 5 (20); Schilf IHR 2004, 236 (239).

³²⁰ Staudinger/Looschelders/Olzen, 2019, Rn. 1243; BeckOGK/Kähler, 1.8.2021, Rn. 291; Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 572; für eine solche Anerkennung: Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 349.

³²¹ Auch die Lit. sieht bisher keinen allgemeinen, eigenständigen Begriff von Treu und Glauben im europäischen Privatrecht: Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 563 f., 571 f.; Sanz in Schulte-Nölke/Schulze, Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht, 2002, 127 ff.; A. Zimmermann, Das Rechtsmissbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 2002, 190; s. auch Staudinger/Looschelders/Olzen, 2019, Rn. 1242 ff.; PWW/Kramme Rn. 3; Rybarz, Billigkeitserwägungen, 2011, 166 ff., 194 f.; aA Heiderhoff, EU-Privatrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 300 ff.; Fleischer JZ 2003, 865 (871), der Treu und Glauben zu den „gemeinschaftsrechtlichen Fixsternen“ zählt; s. auch Basedow Leg. Stud. 18 (1998), 121 (136 f.) hinsichtlich einzelner Fallgruppen von Treu und Glauben.

³²² EuG Slg. 2007, II-63 Rn. 85, 86 – Griechenland/Kommission.

Vertrauensschutz und die Selbstbindung der Verwaltung nimmt er Bezug.³²³ Sie sind Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, das die Mitgliedstaaten und die EU bindet. Daraus allein ergibt sich noch kein zwingender Schluss auf einen allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben im Privatrecht.³²⁴

101 Allerdings enthalten **einzelne Richtlinien** Regelungen, die auf Treu und Glauben Bezug nehmen (zB Art. 3 Abs. 1 Klausel-RL, Art. 3 Abs. 1 Handelsvertreter-RL, Art. 4 Abs. 1 Handelsvertreter-RL, Art. 3 Abs. 2 Enforcement-RL, Art. 2 lit. h UGP-RL sowie Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO). Dieser Begriff in den Richtlinien ist genuin europarechtlich und somit autonom auszulegen.³²⁵ Vor allem im Zusammenhang mit der Klausel-RL wurde daher erörtert, wem die Konkretisierungskompetenz zusteht. Nach zunächst uneinheitlicher Rspr. hat sich der EuGH inzwischen zu Recht darauf festgelegt, dass er in seiner Rspr. den Grundsatz von Treu und Glauben durch allgemeine Kriterien konkretisiert.³²⁶ Die Beurteilung, ob eine bestimmte Klausel treuwidrig ist, sei Sache der nationalen Gerichte, die unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles und der Besonderheiten der nationalen Rechtsordnung entscheiden.

102 Darüber hinaus enthält das europäische **Verbraucherschutzrecht** keinen übergreifenden Grundsatz von Treu und Glauben.³²⁷ Er ist auch in der Richtlinie über Verbraucherrechte nicht enthalten. Allerdings kommt ein Teilaspekt von Treu und Glauben, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, zumindest in einzelnen Richtlinien zum Tragen. Das gilt für die Regelung zur Nacherfüllung in der Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf (Art. 3 Abs. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL).³²⁸ Auch die Rspr. zum **europäischen Zivilprozessrecht** greift auf Treu und Glauben zurück (zB Berufung auf das Einigungs- bzw. Formerfordernis für Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 23 Abs. 1 Brüssel Ia-VO).³²⁹ Darüber hinaus hat der EuGH einen Gerichtsstandsmissbrauch angenommen, wenn der Kläger den Beklagten dem zuständigen Gericht entzieht und insoweit der praktischen Wirksamkeit des EuGVÜ zuwiderläuft.³³⁰

103 Für eine **Entwicklung** hin zu einem **allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben** für das Europäische Privatrecht sprechen zwei Umstände: Der Grundsatz von Treu und Glauben ist Teil des UN-Kaufrechts als internationales Abkommen, das zumindest für einen Teilbereich des europäischen Privatrechts Bestandteil des rechtlichen Kontextes ist, in dem es sich weiterentwickelt. Zudem enthalten die unverbindlichen Regelwerke der internationalen und europäischen Privatrechtsvereinheitlichung entsprechende Bestimmungen (zu PICC → Rn. 98 f., zu PECL → Rn. 113 ff., zum DCFR → Rn. 115 ff.). Sie basieren insbesondere auf den Privatrechtstraditionen der Mitgliedstaaten,³³¹ auch wenn Treu und Glauben in ganz unterschiedlichem Maße als eigenständiger Grundsatz in den Mitgliedstaaten entwickelt ist. Zum Teil lässt sich Treu und Glauben in diesem Zusammenhang auf die bona fides des römischen Rechts zurückführen.³³² Allerdings hat dieser Grundsatz in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Ausprägungen und Fallgruppen, wenngleich erhebliche Übereinstimmungen bestehen.³³³

³²³ EuG Slg. 2007, II-63 Rn. 87 – Griechenland/Kommission; Slg. 2008, II-3525 Rn. 60 – Griechenland/Kommission; s. auch EuGöD BeckRS 2010, 91415 Rn. 142 f. – Bleser; vgl. auch EuG Slg. 2007, II-1375 Rn. 107 – Citymo.

³²⁴ Anders *Fleischer* JZ 2003, 865 (871), der im Herüberwirken des Grundsatzes in das öffentliche Recht ein Indiz für dessen innere Überzeugungskraft sieht.

³²⁵ *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 549 ff., 565 ff.; *Müller-Graff* in *Baldus/Müller-Graff*, Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht, 2006, 138 f.; *Staudinger/Looschelders/Olzen*, 2019, Rn. 1242; *BeckOGK/Kähler*, 1.8.2021, Rn. 298.

³²⁶ EuGH Slg. 2004, I-3403 Rn. 22 = NJW 2004, 1647 – Freiburger Kommunalbauten; Slg. 2009, I-4713 Rn. 42 = NJW 2009, 2367 – Pannon; anders noch EuGH Slg. 2000, I-4941 Rn. 21–24 = NJW 2000, 2571 – Océano Grupo Editorial und *Salvat Editores*; *Manwardt* ZIP 2005, 152 (155); *Rosenfeld* GPR 2005, 71 (73); *Röthel* ZEuP 2005, 418 (421 ff.); *Hesslink* ERCL 2 (2006), 366 ff.; *Pfeiffer* NJW 2009, 2369; *Heinig* EuZW 2009, 885 (886); *Staudinger/Looschelders/Olzen*, 2019, Rn. 1242.

³²⁷ *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 571 f., 549 ff., 558 ff.; *Staudinger/Looschelders/Olzen*, 2019, Rn. 1243.

³²⁸ Dazu *Grundmann/Bianca/Bianca*, EU-Kaufrechts-RL, 2002, RL 1999/44/EG Art. 3 Rn. 56; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 561.

³²⁹ EuGH NJW 1977, 495 Rn. 11 – Segoura; IPRax 1985, 152 Rn. 18 – Tilly Russ; NJW 1985, 2893 Rn. 15 – Berghofer.

³³⁰ EuGH EuZW 2005, 595 Rn. 33 ff. – GIE Réunion Européenne; DAR 2016, 79 Rn. 45 ff. – SOVAG; EuZW 2015, 584 Rn. 25 ff. – CDC Hydrogen Peroxide.

³³¹ S. für Österreich zur Geschäftsgrundlage *Roth* FS Krejci, 2001, 1251; für Frankreich *Staudinger/Looschelders/Olzen*, 2019, Rn. 1164 ff. mN; *Fages* ZEuP 2003, 514; allg. *Lando/Beale*, The Principles of European Contract Law, 2000, PECL Art. 1106; *Zimmermann/Whittaker*, Good faith in European contract law, 2000, 12 ff. mN; *Pfeiffer* in *ERA*, Good Faith in European Contract Law, 2000, 67. Zum Verbot des venire contra factum proprium (Art. 1.8 PICC) *Zimmermann* ZEuP 2005, 264 (283).

³³² Dazu *Ramieri*, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl. 2009, 1803, 1870; *Fleischer* JZ 2003, 865 (865 ff., 871).

³³³ *Zimmermann*, Roman Law, Contemporary Law, European Law, 2001, 171 ff.

Außerdem bezieht sich Treu und Glauben nach dem UN-Kaufrecht und den Unidroit Principles auf den internationalen Handelsverkehr und ist somit anders zu konkretisieren als in den Mitgliedstaaten. Ursache für diese Divergenzen ist die Funktionsweise von Treu und Glauben. Es handelt sich um ein Instrument zur Rechtsfortbildung, das Rechte und Pflichten aus Verträgen oder gesetzlichen Regelungen ergänzt und ggf. beschränkt oder korrigiert. Ein solches Korrektiv ist notwendigerweise auf ein bestimmtes Rechtssystem bezogen. Abstrahierbar ist aber der funktionale Aspekt. Eine vergleichbare Rechtsfortbildungsfunktion kann Treu und Glauben auch im europäischen Recht übernehmen.

Ein Hindernis für einen solchen Grundsatz könnte sich höchstens aus dem **Effektivitätsgrundsatz** ergeben, der sicherstellen soll, dass die Mitgliedstaaten im Wege der Unionstreue das europäische Recht vollziehen bzw. in das nationale Recht umsetzen. Ein noch zu entwickelnder europäischer Grundsatz von Treu und Glauben ist jedoch kein nationaler Grundsatz, der dazu führte, dass es zu einer uneinheitlichen bzw. weniger effektiven Verwirklichung des europäischen Rechts kommt. Es handelt sich vielmehr um einen europäischen Grundsatz, der daher im Lichte des Effektivitätsprinzips zu konkretisieren ist. Das zeigt sich auch an der Rspr. zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im europäischen Privatrecht (→ Rn. 106 ff.). Es handelt sich um einen autonomen Begriff.³³⁴ Bei der Konkretisierung einzelner Fallgruppen ist auf das europäische Recht Bezug zu nehmen. Das gilt umso mehr, als der Begriff von Treu und Glauben in den bestehenden europarechtlichen Regelungen autonom ist. Ein Rückgriff auf das Verständnis in den Mitgliedstaaten ist nur zulässig, soweit eine gemeinsame Tradition besteht, die den Grundsatz von Treu und Glauben auf europäischer Ebene zu prägen vermag.³³⁵ Daneben ist der *Acquis communautaire* ein Anknüpfungspunkt.³³⁶

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist ebenfalls eine **Innenschranke** des europäischen Rechts. Treu und Glauben ist nach den PECL und dem DCFR eine immanente Begrenzung der dort geregelten Prinzipien (→ Rn. 113 f., → Rn. 116 ff.). Daher muss das Gleiche für den in diesem Kontext abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsatz gelten.³³⁷ Insofern ist Treu und Glauben eine Begrenzung des Schutzbereichs des Europarechts und weniger eine Rechtfertigung für einen Eingriff in den Schutzbereich.

b) Verbot des Rechtsmissbrauchs. Eine im Unionsrecht anerkannte Ausprägung von Treu und Glauben ist der Rechtsmissbrauch.³³⁸ Der EuGH erkennt diesen **allgemeinen Rechtsgrundsatz** seit der Entscheidung in der Rs. Kofoed ausdrücklich als zwingenden Grundsatz des Unionsrechts an.³³⁹ Der Gerichtshof nahm in seiner Entscheidung auf die Fusions-RL Bezug (früher Art. 11 Abs. 1 lit. a Fusions-RL 1990 idF der RL 2005/19/EG, heute Art. 15 Abs. 1 lit. a Fusions-RL). Daneben enthalten Art. 102 AEUV und Art. 263 AEUV sowie Art. 3 Abs. 3 Klausel-RL und der Anhang der Klausel-RL Regelungen für das missbräuchliche Handeln Privater. Zudem ist der Schutz vor Rechtsmissbrauch Teil der steuerrechtlichen Richtlinien (zB Art. 131, 158 Abs. 2 RL 2006/112/EG).³⁴⁰ Inzwischen verweist der **EuGH** darauf, dass das Rechtsmissbrauchsverbot unabhängig davon angewandt wird, ob die vom Missbrauch betroffenen Rechte oder Vorteile ihre Grundlage in den Verträgen, einer Verordnung oder Richtlinie haben.³⁴¹ Es handelt sich um einen davon unabhängigen Grundsatz, für den keine spezielle Rechtsgrundlage erforderlich ist.³⁴² Die **Lit.** stellt für die Ableitung des Rechtsmissbrauchsverbots zum Teil vorrangig auf das Privatrecht der Mitgliedstaaten ab, weil die genuin unionsrechtlichen Regelungen zu punktuell seien, um daraus einen allgemeinen Grundsatz abzuleiten, und in den nationalen Rechtsordnungen ein solches Verbot ganz überwiegend enthalten sei.³⁴³ Ein verbotener Rechtsmissbrauch liegt nach der Rspr. im Allgemeinen

³³⁴ Erman/Böttcher Rn. 60.

³³⁵ Müller-Graff in Baldus/Müller-Graff, Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht, 2006, 139; nur Anregung.

³³⁶ Ähnlich Heiderhoff, EU-Privatrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 303.

³³⁷ Auf den Charakter als Innenschranke verweisen auch Erman/Böttcher Rn. 23; Fleischer JZ 2003, 865 (871 f.).

³³⁸ Heiderhoff, EU-Privatrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 302; PWW/Kramme Rn. 3.

³³⁹ EuGH Slg. 2007, I-5795 Rn. 37 = EuZW 2007, 641 – Kofoed; zuletzt zB EuGH EuZW 2016, 299 Rn. 65 – CASTA; BeckRS 2017, 132356 Rn. 29 ff. – Cussens; BeckRS 2018, 34508 Rn. 99 – Kommission/Belgien; IStR 2019, 308 Rn. 96 f. – N Luxembourg 1 ua/Skatteministeriet; s. auch Englisch StuW 2009, 3 (5); Sørensen CMLR 43 (2006), 423 (439); Fleischer JZ 2003, 865 (871); Baudenbacher ZfRV 2008, 205 (212 f., 218); De La Feria CMLR 45 (2008), 395 (436 ff.); A. Zimmermann, Rechtsmissbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaft, 2002, 225; Schön FS Wiedemann, 1999, 1271 (1282 f.); Staudinger/Looschelders/Olzen, 2019, Rn. 1244; PWW/Kramme Rn. 3; Heiderhoff, EU-Privatrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 299.

³⁴⁰ Dazu EuGH IStR 2019, 308 Rn. 96 f. – N Luxembourg 1 ua/Skatteministeriet; BeckRS 2020, 30219 Rn. 39 – ITH Comercial Timișoara; DStR 2021, 1700 Rn. 25 – CB/Tribunal Económico Administrativo Regional de Galicia.

³⁴¹ EuGH BeckRS 2017, 132356 Rn. 30 mwN – Cussens.

³⁴² EuGH BeckRS 2017, 132356 Rn. 32 mwN – Cussens.

³⁴³ Fleischer JZ 2003, 865 (871); s. auch De La Feria CMLR 45 (2008), 395 (436 ff.); A. Zimmermann, Rechtsmissbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaft, 2002, 64 ff.; Heiderhoff, EU-Privatrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 299, die daneben auch das Fallrecht des EuGH heranziehen.

vor, wenn der Rechtsinhaber unrechtmäßige Vorteile anstrebt, die dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift widersprechen. Seit der Rs. Emsland-Stärke legt der EuGH eine zweistufige Prüfung zugrunde, wonach (1) eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergeben muss, dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Vorschrift nicht erreicht wird, und (2) die Absicht bestehen muss, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil zu verschaffen, indem die entsprechenden Voraussetzungen geschaffen werden.³⁴⁴

107 Der Gerichtshof hat bisher keine Differenzierung zwischen einzelnen Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs vorgenommen. Zunächst lässt sich zwischen dem Rechtsmissbrauch im **Unionsprimärrecht** und im **Unionssekundärrecht** unterscheiden.³⁴⁵ Dabei handelt es sich weniger um eine dogmatische Fallgruppenbildung als eine phänomenologische, die abbildet, dass die Anforderungen an das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs vom EuGH unterschiedlich sind, je nachdem, ob Primär- oder Sekundärrecht betroffen ist. Aus der Unterscheidung zwischen Unionsprimär- und Unionssekundärrecht hätte sich kein tragender dogmatischer Grund für eine weitergehende Systematisierung und Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots ergeben, zumal die Entscheidungen zum Teil sowohl das Primär- als auch das Sekundärrecht betreffen.³⁴⁶

108 Eine unterschiedliche Diktion des EuGH lässt sich aber erkennen, soweit **Grundfreiheiten** einschlägig sind. Grundsätzlich geht der EuGH davon aus, dass es nicht unionsrechtswidrig sei, wenn die nationalen Gerichte innerstaatliche Rechtsvorschriften anwenden, um zu beurteilen, ob das Unionsrecht missbraucht wird.³⁴⁷ Sofern die Grundfreiheiten in Anspruch genommen werden, schränkt er dies jedoch wieder ein, indem er darauf verweist, dass die Bekämpfung von Betrügereien es nicht rechtfertigt, die Ausübung der Grundfreiheiten (zB durch das Verweigern der Eintragung einer Zweigniederlassung) zu beschränken.³⁴⁸ Insofern räumt der Gerichtshof dem Grundsatz einer effizienten Verwirklichung des Unionsrechts (Art. 4 Abs. 3 EUV) weitgehend Vorrang ein, der bei den Grundfreiheiten als den zentralen, zur Verwirklichung des Binnenmarktes dienenden Primärrechtsgarantien stärker wirkt als im Sekundärrecht. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs und Art. 4 Abs. 3 EUV werden vom EuGH dadurch in Einklang gebracht, dass das Verbot eingeschränkt wird. Die Verwirklichung des Binnenmarktes wird höher bewertet, und es wird lieber eine missbräuchliche Nutzung in Kauf genommen, um das Erreichen der rechtlichen Zielsetzung nicht zu gefährden. Die Bekämpfung des Rechtsmissbrauchs wird zudem nicht als eigenständiger Regelungszweck angesehen.³⁴⁹ Insoweit wird der Anwendungsbereich des Rechtsmissbrauchs mit Rücksicht auf die bestehenden Regelungen eingeschränkt.

109 Darüber hinaus lässt sich zwischen Fällen unterscheiden, in denen sich die Privatperson missbräuchlich auf das Unionsrecht beruft, mit dem Ziel, sich der Anwendung des nationalen Rechts zu entziehen (**Normflucht/-entziehung**), und Fällen, in denen das Unionsrecht missbräuchlich oder betrügerisch geltend gemacht wird³⁵⁰ (**Normerschleichung**).³⁵¹ Der EuGH erfasst durch das Verbot des Rechtsmissbrauchs auch die Fälle der **Rechtsumgehung**, die an sich durch die Auslegung der Norm anhand ihres Normzwecks bewältigt werden könnten (zB Fälle des Reimports,³⁵² erschlichene

³⁴⁴ EuGH Slg. 2000, I-11569 Rn. 52 f. = BeckRS 2004, 74133 – Emsland-Stärke; im Anschluss daran EuGH Slg. 2005, I-7355 Rn. 39 – Eichsfelder Schlachtbetrieb; Slg. 2007, I-239 Rn. 31, 33 = HFR 2007, 292 – Vonk Dairy Products BV; ausf. und mit weiterführender Systematisierung *Guski* Rechtsmissbrauch als Paradoxie, 2019, 463 ff., 546 ff.

³⁴⁵ Dafür *Fleischer* JZ 2003, 865 (869); *Klinke* ZGR 2002, 163 (186).

³⁴⁶ Dazu *Kamanabrou* EuZA 2018, 18 (26 f.); vgl. auch *Schön* FS Wiedemann, 2002, 1271 (1273).

³⁴⁷ ZB EuGH Slg. 1974, 1299 Rn. 13 – Van Binsbergen; Slg. 1985, I Rn. 27 = GRUR Int 1985, 190 – Leclerc ua; Slg. 1988, 3161 Rn. 43 = NJW 1988, 2165 – Lair; Slg. 1990, I-3551 Rn. 14 – Bouchoucha; Slg. 1993, I-779 Rn. 21 = BeckRS 2004, 77801 – General Milk Products; Slg. 1993, I-487 Rn. 12 = NVwZ 1993, 875 – Veronica Omröp Organisatie; Slg. 1994, I-4795 Rn. 21 = GRUR Int 1995, 147 – TV10; Slg. 1996, I-2357 Rn. 24 = NJW 1996, 1881 – Paletta; Slg. 2000, I-11569 Rn. 52 f. = BeckRS 2004, 74133 – Emsland-Stärke; Slg. 2006, I-1609 Rn. 68 = DStR 2006, 420 – Halifax; Slg. 2007, I-5795 Rn. 37 = EuZW 2007, 641 – Kofoed.

³⁴⁸ EuGH Slg. 1999, I-1459 Rn. 25, 27 = NJW 1999, 2027 – Centros; krit. zB *Schön* FS Wiedemann, 1999, 1271 (1293); ausführlich *Guski*, Rechtsmissbrauch als Paradoxie, 2019, 330 ff., 463 ff.

³⁴⁹ *Schön* FS Wiedemann, 1999, 1271 (1294).

³⁵⁰ StRspr, EuGH 1998, I-2843 Rn. 20 = NZG 1998, 462 – Kefalas; Slg. 2000, I-1705 Rn. 33 = NZG 2000, 534 – Diamantis; Slg. 2006, I-1609 Rn. 68 = DStR 2006, 420 – Halifax; zuletzt EuGH NZA 2015, 217 Rn. 55 – Starjakob; BeckRS 2015, 80901 Rn. 61 – Cimmino; BeckRS 2016, 80611 Rn. 32 – Malvino Cervati; BeckRS 2017, 132356 Rn. 27 – Cussens; BeckRS 2018, 782 Rn. 48 f. – Altun; BeckRS 2018, 34508 Rn. 99 – Kommission/Belgien; BeckRS 2020, 25300 Rn. 76 – Jobcenter Krefeld/JD.

³⁵¹ *Fleischer* JZ 2003, 865 (869); *Schön* FS Wiedemann, 1999, 1271 (1275); s. zur Normentziehung auch *Baudenbacher* ZfRV 2008, 205 (217); krit. zu dieser Systematisierung mit einem eigenen Vorschlag *Kamanabrou* EuZA 2018, 18 (27 ff.).

³⁵² EuGH Slg. 1988, 3161 = NJW 1988, 2165 – Lair; Slg. 1993, I-779 = HFR 1993, 342 – General Milk Products.

Bescheinigung³⁵³ oder Aufenthaltsrecht³⁵⁴), zur Gesetzesumgehung → § 134 Rn. 18 ff.³⁵⁵ Damit ist der Rechtsmissbrauch im europäischen Recht derzeit nicht vorrangig ein individueller Rechtsmissbrauch, der mit Rücksicht auf die Interessenabwägung im Einzelfall Rechte bzw. die Rechtsausübung beschränkt. Auch die Kategorie des institutionellen Rechtsmissbrauchs hat bisher keinen Eingang in die Rspr. des EuGH gefunden. Im Interesse einer Rechtsentwicklung im Einklang mit der Gewaltenteilung und den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit ist es allerdings erforderlich, die Kategorie des Rechtsmissbrauchs im Unionsrechts präziser als bisher zu entwickeln. In einer Reihe von Fällen kann durch Auslegung die Anwendung der einschlägigen Normen begründet bzw. versagt werden.³⁵⁶ Ergänzend kann ggf. ein institutioneller Rechtsmissbrauch anerkannt werden. Davon zu trennen ist allerdings die Fallgruppe des individuellen Rechtsmissbrauchs.

Bisher verlangt der EuGH für beide Fallgruppen, die Normflucht und die Normerschleichung übereinstimmend ein **objektives und ein subjektives Element**.³⁵⁷ Für Ersteres muss sich aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergeben, dass das Ziel des Unionsrechts nicht erreicht wurde, obwohl formal seine Voraussetzungen eingehalten sind.³⁵⁸ Letzteres erfordert die Absicht, sich Vorteile zu verschaffen.³⁵⁹ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Rs. Bozkurt, in der der EuGH ausspricht, dass das nationale Gericht auf der Grundlage der objektiven Umstände die Anwendung des Unionsrechts versagen könne.³⁶⁰ In der Entscheidung fehlte es nach dem Verständnis des Gerichtshofs bereits an den objektiven Umständen für einen Rechtsmissbrauch, so dass es auf die subjektiven Elemente nicht mehr ankam. Alle späteren Entscheidungen verlangen erneut ein subjektives Element für einen Rechtsmissbrauch.³⁶¹ Ein solcher liegt allerdings nicht vor, wenn das Handeln andere Gründe als nur die Erlangung eines Vorteils hat.³⁶² Das gilt zB, wenn eine Mitwirkung von einem Bediensteten wegen der Rechtswidrigkeit des nationalen Rechts verweigert wird.³⁶³ Bei der Entscheidung über einen Verstoß gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs entscheidet der EuGH vor allem über die abstrakten Kriterien, während den nationalen Gerichten die Würdigung des Einzelfalles bleibt.³⁶⁴ Vereinzelt hat der EuGH aber auch unmittelbar den Rechtsmissbrauch verneint.³⁶⁵ Zur Anwendung des mitgliedstaatlichen Verbots des Rechtsmissbrauchs → Rn. 156 ff.

Die Literatur lehnt hingegen die Notwendigkeit eines subjektiven Elements zu Recht ab³⁶⁶ oder will zumindest differenzieren.³⁶⁷ Ein subjektives Element sei beim institutionellen Rechtsmiss-

³⁵³ EuGH BeckRS 2018, 782 Rn. 48 f. – Altun; BeckRS 2018, 34508 Rn. 99 – Kommission/Belgien.

³⁵⁴ EuGH BeckRS 2020, 25300 Rn. 76 – Jobcenter Krefeld/JD.

³⁵⁵ Vgl. *Englisch StuW* 2009, 3 (11 f.); *Fleischer JZ* 2003, 865 (870); *Baudenbacher ZfRV* 2008, 205 (216); *Sorensen CMLR* 43 (2006), 423 (427); s. auch *Kjellgren EBLR* 2000, 179 (192), der die Fälle des Rechtsmissbrauchs vor allem durch die Auslegung des Europarechts erfassen will; vgl. mit eigenem Ansatz *Guski*, Rechtsmissbrauch als Paradoxie, 2019, 471 ff.

³⁵⁶ Dazu auch *Kamanabrou EuZA* 2018, 18 (36 ff.).

³⁵⁷ StRSpr, EuGH Slg. 2000, I-11569 Rn. 52 f. = BeckRS 2004, 74133 – Emsland-Stärke; im Anschluss daran EuGH BeckRS 2014, 80525 Rn. 31 – SICES; NJW 2014, 2849 Rn. 44 – Torresi; NZA 2015, 217 Rn. 56 – Starjakob; BeckRS 2015, 80901 Rn. 61 – Cimmino; NJW 2016, 2796 Rn. 38 – Kratzer; vgl. auch EuGH BeckRS 2018, 782 Rn. 48 f. – Altun; BeckRS 2018, 34508 Rn. 99 – Kommission/Belgien.

³⁵⁸ EuGH Slg. 2000, I-11569 Rn. 52 f. = BeckRS 2004, 74133 – Emsland-Stärke; BeckRS 2014, 80525 Rn. 32 – SICES; NJW 2014, 2849 Rn. 45 – Torresi; NZA 2015, 217 Rn. 56 – Starjakob; BeckRS 2015, 80901 Rn. 61 – Cimmino; BeckRS 2016, 80611 Rn. 33 – Malvino Cervati; NJW 2016, 2796 Rn. 39 – Kratzer.

³⁵⁹ EuGH Slg. 2000, I-11569 Rn. 52 f. = BeckRS 2004, 74133 – Emsland-Stärke; im Anschluss EuGH BeckRS 2014, 80525 Rn. 33 – SICES; NJW 2014, 2849 Rn. 46 – Torresi; NZA 2015, 217 Rn. 56 – Starjakob; BeckRS 2015, 80901 Rn. 61 – Cimmino; NJW 2016, 2796 Rn. 40 – Kratzer.

³⁶⁰ EuGH Slg. 2010, I-13445 Rn. 47 = NVwZ 2011, 483 – Bozkurt.

³⁶¹ EuGH BeckRS 2014, 80525 Rn. 33 – SICES; NJW 2014, 2849 Rn. 46 – Torresi; NZA 2015, 217 Rn. 56 – Starjakob; BeckRS 2015, 80901 Rn. 61 – Cimmino; NJW 2016, 2796 Rn. 40 – Kratzer; BeckRS 2017, 132356 Rn. 32 – Cussens.

³⁶² EuGH Slg. 2006, I-1609 Rn. 75 = DStR 2006, 420 – Halifax; BeckRS 2014, 80525 Rn. 33 – SICES; BeckRS 2016, 80611 Rn. 34 – Malvino Cervati; NJW 2016, 2796 Rn. 40 – Kratzer.

³⁶³ EuGH NZA 2015, 217 Rn. 58 – Starjakob.

³⁶⁴ EuGH Slg. 2000, I-11569 Rn. 59 = BeckRS 2004, 74133 – Emsland-Stärke; Slg. 2006, I-1609 Rn. 76 = DStR 2006, 420 – Halifax; Slg. 2007, I-239 Rn. 33 f. – Vonk Dairy Products BV; BeckRS 2015, 80901 Rn. 60 – Cimmino; BeckRS 2016, 80611 Rn. 35 – Malvino Cervati; NJW 2016, 2796 Rn. 42, 44 – Kratzer.

³⁶⁵ EuGH Slg. 1998, I-2843 Rn. 29 = NZG 1998, 462 – Kefalas; Slg. 1999, I-1459 Rn. 27 ff. = NJW 1999, 2027 – Centros; Slg. 2004, I-5205 Rn. 76 ff. = NJW 2004, 1725 – Kapper.

³⁶⁶ Vgl. *Baudenbacher ZfRV* 2008, 205 (216); *A. Zimmermann*, Rechtsmissbrauch im Recht der Europäischen Gemeinschaft, 2002, 225, 231.

³⁶⁷ *Englisch StuW* 2009, 3 (5 ff.); *Fleischer JZ* 2003, 865 (872); *Kamanabrou EuZA* 2018, 18 (48).

brauch nicht erforderlich.³⁶⁸ Nur bei der Normerschleichung, die Gesetzeslücken nutze, müsse etwas anderes gelten, weil die Normanwendung an sich neutral sei (Umgehungsfälle, zB Reimport-Fälle). Erst der vorgefasste Plan, die Gesetzeslücke zu nutzen, qualifiziert in diesem Fall die Handlung als Rechtsmissbrauch.³⁶⁹ Insofern wird es zum Teil als ausreichend angesehen, wenn die Verwirklichung des Tatbestands zielgerichtet geplant wurde. Bei Missbrauchsfällen bedarf es hingegen einer Schädigungsabsicht.³⁷⁰

112 Unabhängig von der Anerkennung und der Konkretisierung des Rechtsmissbrauchs als Grundsatz des Unionsrechts ist die Anwendung des Rechtsmissbrauchs **als Grundsatz des nationalen Rechts**. Die Anwendung des Rechtsmissbrauchs nach § 242 (zB in seiner Ausprägung des *venire contra factum proprium*, der Verwirkung) führt zu einer Beschränkung von Rechten oder Ansprüchen. Sofern diese auf dem Unionsrecht beruhen, ist die Anwendung des § 242 nicht ausgeschlossen. Das Unionsrecht verlangt von den Mitgliedstaaten zwar Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV). Bei der Umsetzung von Richtlinien sind daher der Effektivitäts- und der Äquivalenzgrundsatz zu beachten. Das steht aber der Annahme eines Rechtsmissbrauchs nicht ohne weiteres entgegen. Solange die Richtlinie im Mitgliedstaat für den einzelnen Bürger wirksam wird, so dass er grundsätzlich in der Lage ist, seine Rechte wahrzunehmen, kann § 242 Anwendung finden. Der EuGH hat sich bisher vor allem gegen starre Fristen für die Geltendmachung von Rechten gewandt, wenn diese nicht im Unionsrecht selbst vorgegeben waren.³⁷¹ Einschränkungen aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall werden dadurch aber nicht ausgeschlossen.³⁷² Zum Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehen → Rn. 497 ff.; zum Widerspruchsrecht bei Versicherungsverträgen → Rn. 507 ff.

113 **c) Principles of European Contract Law (PECL)**. Unabhängig von der Rechtssetzung der Europäischen Union hat die Rechtswissenschaft Grundregeln für ein europäisches Privatrecht erarbeitet, um ein gemeinsames Privatrechtsverständnis zu entwickeln, auf dessen Grundlage die Zukunft des europäischen Privatrechts gestaltet werden kann. Die von der Lando-Kommission erarbeiteten Principles of European Contract Law (PECL) enthalten eine Reihe von Regelungen, die auf Treu und Glauben Bezug nehmen. Zentrale Norm³⁷³ ist Art. 1:201 Abs. 1 PECL, der den Parteien auferlegt, im Einklang mit Treu und Glauben sowie dem redlichen Geschäftsverkehr (**good faith and fair dealing**) zu handeln. Das gilt umso mehr bei Dauerschuldverhältnissen.³⁷⁴ Nach der Kommentierung der PECL ist Treu und Glauben (good faith) ein Begriff mit subjektivem Bezug iSv Redlichkeit und Fairness, während der redliche Geschäftsverkehr (fair dealing) objektiv die tatsächliche Berücksichtigung der Maßgaben fairen Verhaltens fordert (Verhaltensnorm).³⁷⁵ Eine wesentliche Fallgruppe des Art. 1:201 Abs. 1 PECL ist das widersprüchliche Verhalten, wonach es unzulässig ist, sich auf die Unwirksamkeit oder Unverbindlichkeit einer Handlung zu berufen, wenn die andere Partei berechtigterweise auf deren Wirksamkeit vertraut hat.³⁷⁶ Zudem besteht eine Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme, die in Art. 1:202 PECL noch durch eine Pflicht zur Kooperation ergänzt wird. Insgesamt verkörpert Art. 1:201 PECL einen zentralen Grundsatz für die gesamten Grundregeln.³⁷⁷ Selbst deren Auslegung richtet sich daher nach dieser Maßgabe (Art. 1:106 PECL).

114 Der Grundsatz von good faith and fair dealing gilt für den Vertragsschluss, die Erfüllung und die Durchsetzung der vertraglichen Pflichten der Parteien und ist in einer Vielzahl von Vorschriften in Bezug genommen. Die PECL stellen somit die Vertragsfreiheit unter den **Vorbehalt von Treu und Glauben** (Art. 1:201 PECL). Auf diese Weise soll der allgemein anerkannte Standard der Redlichkeit, der Fairness und der Vernünftigkeit in den Geschäftsbeziehungen durchgesetzt werden. Zu den Ausprägungen von Treu und Glauben zählt auch der Schutz berechtigten Vertrauens (zB

³⁶⁸ Vgl. *Englisch* StuW 2009, 3 (5 ff.); *Fleischer* JZ 2003, 865 (872); *Baudenbacher* ZfRV 2008, 205 (215). S. aber EuGH Slg. 2000, I-11569 Rn. 54 = BeckRS 2004, 74133 – Emsland-Stärke; Slg. 2005, I-7355 Rn. 40 = BeckRS 2005, 70570 – Eichsfelder Schlachtbetrieb; Slg. 2006, I-1609 Rn. 76 = DStR 2006, 420 – Halifax.

³⁶⁹ *Englisch* StuW 2009, 3 (12); *Fleischer* JZ 2003, 865 (872), objektive Umstände als Indizien; ähnlich *Schön* FS Wiedemann, 1999, 1271 (1286).

³⁷⁰ *Fleischer* JZ 2003, 865 (872); *Schön* FS Wiedemann, 1999, 1271 (1286 f.).

³⁷¹ ZB EuGH NJW 2014, 452 Rn. 27, 32 – Endress, zum Versicherungsrecht; NJW 2002, 281 Rn. 48 – Heininger, zum Haustürwiderrufsrecht; anders – dreijährige Verjährungsfrist anerkannt – EuGH NJW 2020, 667 Rn. 121 – Rust-Hackner.

³⁷² Vgl. zB EuGH NJW 2019, 3290 Rn. 39 – Romano.

³⁷³ v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, 2002, PECL Art. 1:201 Anm. A.

³⁷⁴ v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, 2002, PECL Art. 1:201 Anm. B.

³⁷⁵ v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, 2002, PECL Art. 1:201 Anm. E; vgl. auch Staudinger/Looschelders/Olzen, 2019, Rn. 1231; Zimmermann JZ 1995, 477 (491).

³⁷⁶ v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, 2002, PECL Art. 1:201 Anm. C.

³⁷⁷ Dazu *Dajczak* GPR 2009, 63 (64).

Art. 2:105 Abs. 4 PECL, Art. 2:106 Abs. 2 PECL, Art. 2:202 Abs. 3 PECL) sowie die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme. Treu und Glauben wird auch verletzt, wenn ohne guten Grund auf Formalien bestanden wird. Einen Bezug zu Treu und Glauben haben schließlich auch Art. 4:107 Abs. 1 PECL, Art. 4:110 Abs. 1 PECL und Art. 5:102 lit. g PECL.

d) Draft Common Frame of Reference (DCFR). Der DCFR in der Outline Edition ist ein akademischer Entwurf zu einem Regelwerk, der bisher weder politisch autorisiert noch für rechtsverbindlich erklärt wurde.³⁷⁸ Sein Inhalt basiert auf den PECL und dem *Acquis communautaire* und geht über ein bloßes Restatement des Europäischen Rechts und der Gemeinsamkeiten der Mitgliedstaaten hinaus.³⁷⁹ Der Gemeinsame Referenzrahmen sollte zukünftig ein optionales Instrumentarium sein, das neben dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten steht,³⁸⁰ so dass sich die Privatrechtssubjekte auf seine Geltung für das Rechtsverhältnis einigen können (sog. opt-in).³⁸¹ Er stellt vor allem eine Grundlage für die Weiterentwicklung des Privatrechts in der Europäischen Union und eine Anregung für die Mitgliedstaaten dar.³⁸² Die Idee eines europäischen Zivilgesetzbuchs verfolgt die Europäische Kommission gegenwärtig indes nicht.³⁸³

Zu den grundlegenden Prinzipien des DCFR zählt auch der **Grundsatz von Treu und Glauben**, auf den eine Vielzahl von Normen Bezug nimmt³⁸⁴ und dessen Definition in den allgemeinen Vorschriften des DCFR enthalten ist. Grundsätzlich stützt sich der DCFR in diesem Punkt wie im Vertragsrecht allgemein auf die PECL.³⁸⁵ Im Gegensatz zu diesen setzt Art. I.-1:103 Abs. 1 DCFR „good faith“ und „fair dealing“ synonym und umschreibt den so gewonnenen Grundsatz als Verhaltensstandard, der durch **Redlichkeit, Offenheit und Rücksicht** auf die andere Partei einer Transaktion oder eines Rechtsverhältnisses gekennzeichnet ist.³⁸⁶ Insbesondere darf kein Rechtsmittel ausgeübt werden, wenn es nicht dem eigenen Vorteil dient, sondern nur auf den Schaden der anderen Partei zielt.³⁸⁷ Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt auch vor, wenn sich eine Partei zu ihrem früheren Verhalten in Widerspruch setzt, auf das die andere Partei vertraut hat (Art. I.-1:103 Abs. 2 DCFR). Dieser Gedanke findet sich in einer Reihe von Normen des DCFR wieder.³⁸⁸ Letztlich enthält der Grundsatz von Treu und Glauben im DCFR einen Verhaltensstandard und einen Schutz für enttäuschte Vertrauen; daneben beeinflusst er die Auslegung.³⁸⁹ Sein Maßstab ist objektiv, hat aber auch subjektive Bezüge.³⁹⁰ Die wesentlichen Funktionen von Treu und Glauben werden auch nach dem DCFR die Erläuterungsfunktion, die Ergänzungsfunktion, die Begrenzungsfunktion und die Flexibilisierungsfunktion sein.³⁹¹

Der DCFR steht, anders als die PECL (Art. 1:201 PECL), **nicht generell unter dem Vorbehalt** von Treu und Glauben.³⁹² Die vorläufige Fassung des DCFR (Interim Outline Edition) enthielt in diesem Punkt noch eine andere Bestimmung.³⁹³ Nach Art. I.-1:102 Abs. 3 DCFR war die Auslegung des DCFR nicht nur auf Einheitlichkeit, sondern auch auf den guten Glauben verpflichtet

³⁷⁸ v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft for a Common Frame of Reference (DCFR), 2009, Introduction, 6 (7).

³⁷⁹ v. Bar in Schmidt-Kessel, Der gemeinsame Referenzrahmen, 2009, 23 (26 f.); s. auch Leible NJW 2008, 2558 (2561).

³⁸⁰ v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft for a Common Frame of Reference (DCFR), 2009, Introduction S. 7; v. Bar/Schulte-Nölke ZRP 2005, 165 (167); Flessner ZEuP 2007, 112 (115); Jansen/Zimmermann NJW 2009, 3401 (3406); Martiny ZEuP 2007, 212 (214); Mekki/Kloepfer-Pelèse ERCL 4 (2008), 338 (339).

³⁸¹ v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft for a Common Frame of Reference (DCFR), 2009, Introduction S. 7.

³⁸² Flessner ZEuP 2007, 112 (113).

³⁸³ Dazu Jansen JZ 2006, 536 (539); Schulte-Nölke NJW 2009, 2161 (2166); gegen ein Europäisches Zivilgesetzbuch zB Cornu D. 2002, Chr., 351 f.; Lequette D. 2002, Chr., 2202 ff.; Malinvaud D. 2002, Chr., 2542 ff.; s. auch die Beiträge in Smits, The Need for a European Contract Law, 2005.

³⁸⁴ Dazu Mekki/Kloepfer-Pelèse ERCL 4 (2008), 338 (359).

³⁸⁵ Dajczak GPR 2009, 63 (64).

³⁸⁶ Dazu Mekki/Kloepfer-Pelèse ERCL 4 (2008), 338 (342).

³⁸⁷ v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft for a Common Frame of Reference (DCFR), 2009, DFCR Art. I.-1:103 Comment A.

³⁸⁸ Dazu v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft for a Common Frame of Reference (DCFR), 2009, DFCR Art. I.-1:103 Comment B.

³⁸⁹ Mekki/Kloepfer-Pelèse ERCL 4 (2008), 338 (353, 354 f.).

³⁹⁰ Dazu auch Mekki/Kloepfer-Pelèse ERCL 4 (2008), 338 (349 f.).

³⁹¹ Mekki/Kloepfer-Pelèse ERCL 4 (2008), 338 (353, 354 f.); auf den funktionalen Aspekt verweist auch Dajczak GPR 2009, 63 (65).

³⁹² Dajczak GPR 2009, 63 (64); vgl. auch PWW/Kramme Rn. 4.

³⁹³ Krit. dazu NK-BGB/Krebs Rn. 34.

(good faith and fair dealing) bei gleichzeitiger Betonung der notwendigen Rechtssicherheit. Hiergegen wande sich das Schrifttum, weil der Richter zu weitgehende Befugnisse zum Eingriff in die Vertragsgestaltung der Parteien erhalte.³⁹⁴ Der nunmehr vorliegende Entwurf enthält diese Bestimmung nicht mehr, aber eine Vielzahl von Normen, die auf Treu und Glauben Bezug nehmen (zB Art. II.-3:301 DCFR, Art. II.-8:101 Abs. 1 lit. g DCFR, Art. III.-1:103, III.-1:104 DCFR). Darin liegt wohl ein rechtspolitischer wie rechtskultureller Kompromiss wegen der Vorbehalte gegen einen allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben.³⁹⁵ Die Vielzahl von Regelungen indiziert aber, dass Treu und Glauben im Rahmen des DCFR ein Grundprinzip ist. Allerdings birgt der jetzige Entwurf das Risiko einer inkonsistenten Interpretation der unbestimmten Rechtsbegriffe in den unterschiedlichen Normen, dem nur durch eine konsequente Bezugnahme auf die allgemeine Begriffsbestimmung im DCFR entgegengewirkt werden kann.

118 Eine **allgemeine Pflicht**, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, enthält Art. III.-1:103 DCFR. Diese beschränkt sich auf die Erfüllung einer Verpflichtung, die Ausübung des Anspruchs auf Leistung, die Geltendmachung oder Verteidigung gegen einen Rechtsbehelf wegen Nichterfüllung sowie die Ausübung der Verpflichtung oder Vertragsbeziehung. Eine Schadensersatzpflicht wegen treuwidrigen Verhaltens ist nicht geregelt. Damit bleibt der DCFR hinter den PECL zurück, was darauf beruht, dass Treu und Glauben nicht in allen Mitgliedstaaten als allgemeiner Grundsatz existiert und sich Art. III.-1:103 DCFR zudem an die Parteien richtet.³⁹⁶ Darüber hinaus werden die vertraglichen Pflichten durch einzelne Regelungen im DCFR erfasst, so dass deren Ausgestaltung nicht einbezogen werden musste.³⁹⁷ Treu und Glauben hindert grundsätzlich nur die Rechtsausübung, ohne dass automatisch ein Schadensersatzanspruch besteht.³⁹⁸ Es handelt sich um eine zwingende Regelung, die sich nicht abbedingen lässt (Art. III.-1:103 Abs. 2 DCFR). Zudem verpflichtet Treu und Glauben die Parteien eines Schuldverhältnisses zur **Zusammenarbeit** (Art. III.-1:104 DCFR).

119 e) **Entwurf einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEKR)**. Ein weiterer Versuch einer Rechtsvereinheitlichung war der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEKR; KOM [2011] 635 endg. vom 11.10.2011). Diese sollte für grenzüberschreitende Verträge im Internethandel als optionales Vertragsrecht neben dem nationalen Recht zur Verfügung stehen, so dass die Parteien es als Grundlage für ihren Vertrag wählen können. Das Rechtssetzungsvorhaben hat die Europäische Kommission inzwischen aufgegeben und beschränkt sich auf zwei Richtlinien zum Online-Handel. Für die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Treu und Glauben bleibt festzuhalten, dass Art. 2 GEKR die Vertragsparteien an den Grundsatz von Treu und Glauben sowie die Redlichkeit im Geschäftsverkehr binden sollte.³⁹⁹ Es handelt sich um ein allgemeines Prinzip des gesamten GEKR und integriert sozial-ethische Prinzipien als objektive Verhaltensstandards in ein Europäisches Kaufrecht.⁴⁰⁰ Treu und Glauben hat danach eine dem deutschen Recht ähnliche Schranken- und Konkretisierungsfunktion.⁴⁰¹ Daneben enthält der Entwurf eine Vielzahl von *leges speciales* mit Detailregelungen zum Prinzip von Treu und Glauben.⁴⁰² Inhaltlich entspricht der Verordnungsentwurf weitgehend dem DCFR. Das Zusammenwirken der Parteien soll von Treu und Glauben und dem Grundsatz des redlichen Geschäftsverkehrs getragen sein (Art. 2 Anh. I GEKR), was Art. III.-1:103 DCFR entspricht. Die Begriffsbestimmung von Treu und Glauben (Art. 2 lit. b GEKR) deckt sich ebenfalls mit dem DCFR (Art. III.-1:103 Abs. 1 DCFR). Ein Bezug auf Treu und Glauben haben die Anfechtung, die Auslegung und die Inhaltskontrolle von Verträgen. Treu und Glauben wirkt insofern als Einwendung. Zum Teil gilt das Prinzip als geeignete Grundlage für die Ableitung von

³⁹⁴ Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann JZ 2008, 529 (538); Dajczak GPR 2009, 63 (65, 66, 67).

³⁹⁵ Dajczak GPR 2009, 63 (65).

³⁹⁶ S. v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Bd. I, 2009, DCFR Art. III.-1:103 Comment A, C.

³⁹⁷ v. Bar/Clive, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft for a Common Frame of Reference (DCFR), 2009, DCFR Art. III.-1:103 Comment C.

³⁹⁸ Dazu Lando ERCL 3 (2007), 245 (252): Kompromiss, der den Parteien mehr Autonomie gibt.

³⁹⁹ Ausf. dazu Looschelders AcP 212 (2012), 581 (594 ff.). Krit. zur Unabdingbarkeit des Prinzips von Treu und Glauben und der daraus resultierenden Beschränkung der Privatautonomie Herresthal in Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schultze, Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, 85 (117 f.); befürwortend hins. der Grundgedanken von Treu und Glauben Looschelders AcP 212 (2012), 581 (594).

⁴⁰⁰ Schulze/Schulte-Nölke, 2012, CESL Art. 2 Rn. 1, 9; Herresthal in Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schultze, Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, 85 (117).

⁴⁰¹ Dazu Looschelders AcP 212 (2012), 581 (596 f.).

⁴⁰² Art. 23 Abs. 1 GEKR, Art. 48 Abs. 1 lit. b Ziff. iii GEKR, Art. 49 Abs. 1 GEKR, Art. 3, 59 lit. h GEKR, Art. 68 Abs. 1 lit. c GEKR, Art. 83 Abs. 1 GEKR, Art. 86 Abs. 1 lit. b GEKR, Art. 170 Abs. 1 GEKR.