

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 20 40
ISSN 0022-6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
jz@mohrsiebeck.com

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen JZ Zeitung

8

75. Jahrgang
17. April 2020
Seiten 373-424

Aus dem Inhalt:

Gunther Teubner

An den Grenzen des Rechts: Die Paradoxie des Rechtsmissbrauchs

Patricia Wiater

Verwaltungsverfahren durch Private?

Alexander Schall

Corona-Krise: Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei gewerblichen Miet- und Pachtverträgen

Christoph Zehetgruber

Probleme der Bindungswirkung revisionsgerichtlicher Urteile

BVerfG mit Anmerkung von

Claus Dieter Classen

Verbot des Kopftuchtragens bei bestimmten Tätigkeiten im Rahmen des Rechtsreferendariats

BGH mit Anmerkung von

Jens Koch und **Philipp Maximilian Holle**

Voraussetzungen des Widerrufs einer Schenkung wegen groben Undanks



Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz
Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

8 75. Jahrgang
17. April 2020

JZ Juristen Zeitung

Inhalt

Besprechungsaufsatz

Professor Dr. Dr. h.c. mult. **Gunther Teubner**
An den Grenzen des Rechts: Die Paradoxie des
Rechtsmissbrauchs **373**

Aufsätze

Professorin Dr. Dr. **Patricia Wiater**
Verwaltungsverfahren durch Private? **379**

Professor Dr. **Alexander Schall**
Corona-Krise: Unmöglichkeit und Wegfall
der Geschäftsgrundlage bei gewerblichen Miet- und
Pachtverträgen **388**

Privatdozent Dr. **Christoph Zehetgruber**
Probleme der Bindungswirkung revisionsgerichtlicher
Urteile **397**

Literatur

Mattias Wendel: Verwaltungsermessen als Mehrebenen-
problem. Zur Verbundstruktur administrativer
Entscheidungsspielräume am Beispiel des Migrations-
und Regulierungsrechts
Professor Dr. **Markus Winkler** **404**

Entscheidungen

BVerfG, 14. 1. 2020 – 2 BvR 1333/17
mit Anmerkung von
Professor Dr. **Claus Dieter Classen**
Verbot des Kopftuchtragens bei bestimmten Tätigkeiten
im Rahmen des Rechtsreferendariats **405**

BGH, 22. 10. 2019 – X ZR 48/17
mit Anmerkung von
Professor Dr. **Jens Koch** und Dr. **Philipp Maximilian Holle**
Voraussetzungen des Widerrufs einer Schenkung wegen
groben Undanks **419**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **240***
Aus den Hochschulen **241***
Gesetzgebung **241***
Entscheidungen in Leitsätzen **242***
Neuerscheinungen **258***
Zeitschriftenübersicht **271***
Festschrift **275***
Impressum **276***

Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

875. Jahrgang
17. April 2020
Seiten 373–424

JZ Juristen Zeitung

Besprechungsaufsatz

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Gunther Teubner, Frankfurt a. M.*

An den Grenzen des Rechts: Die Paradoxie des Rechtsmissbrauchs**

Die Figur des Rechtsmissbrauchs ist eine der schwierigsten Generalklauseln im Recht. Trotz fundamentaler Kritik an ihrer Unbestimmtheit und an ihrer inneren Widersprüchlichkeit wird sie praktisch auf allen Rechtsgebieten immer wieder eingesetzt, um rechtlich unerwünschtes Verhalten zu verhindern. Der folgende Rezensionssatz untersucht, ob und wie eine neue Monographie, die eine einheitliche Konzeption des Rechtsmissbrauchs vorschlägt und zugleich ihren Verästelungen detailliert nachgeht, zu einer rechtstheoretischen und rechtsdogmatischen Klärung dieser Kategorie beiträgt.

I. Das Argument

Eine bahnbrechende Habilitationsschrift ist anzuzeigen. Das ist keine Übertreibung, denn Roman Guski ist es gelungen, der schwierigen Kategorie des Rechtsmissbrauchs eine neuartige Interpretation zu geben, die sie prinzipiell von anderen Generalklauseln unterscheidet. Guski interpretiert Rechtsmissbrauch als Paradoxie. Rechtsmissbrauch ist paradox, weil in ihm Recht und Unrecht zusammenfallen. Im Unterschied zu Treu und Glauben, gute Sitten, ordre public, Sozialadäquanz etc., die, wenn auch reichlich unbestimmt, die Rechtsanwendung auf ein positives Ziel verpflichten, endet die doppelte Negation im Verbot des Rechtsmissbrauchs trotz aller Präzisierungsbemühungen der Dogmatik stets in einem Paradox, insofern in bestimmten Situationen das Recht selbst rechtswidrig wird. Doch ist dies nicht das resignierte Ende des Gedankengangs, sondern erst sein vielversprechender Anfang: Den Rechtsmissbrauch in die Theorie der Paradoxien einzubetten, erlaubt es Guski, die Paradoxie in vielen Aspekten zu entfalten und damit sowohl die zahlreichen Ursachen des Rechtsmissbrauchsverbots aufzudecken als auch vielfältige Entscheidungskriterien für die Rechtsanwendung zu bestimmen.

Hier soll der Vorschlag unterbreitet werden – mit Guski, gegen Guski und über Guski hinaus –, seine bahnbrechende Untersuchung ein Stück weiterzuführen. In Übereinstimmung mit Guski soll zunächst die innere Logik des Missbrauchsparadoxes vorgestellt werden. Damit kann man, wie Guski es erfolgreich unternimmt, die Gefahren der paradoxalen Interpretation des Rechtsmissbrauchs, zugleich aber auch die Chancen seiner Entparadoxierung deutlich machen (sub II). Darüber hinaus aber, und das macht die Originalität seiner Arbeit aus, kann Guski mit Hilfe der Paradoxie rechtstheoretisch die Gründe für das Auftauchen des Rechtsmissbrauchs aufdecken (sub III) und zugleich rechtsdogmatisch Lösungsperspektiven vorzeichnen (sub IV). Gegen Guski soll dann kritisch vorgebracht werden, dass seine beharrlichen Rückführungen aller Situationen des Rechtsmissbrauchs auf negative Selbstreferenz die Tendenz befördert, dessen bloß rechtsinterne Interpretation überzubetonen. So verständlich es ist, eine Überflutung des Rechts mit rechtsexternen Einflüssen eindämmen zu wollen, so schwierig wird es dann, die Leere des Selbstreferenzzirkels erfolgreich zu überwinden (sub V). Über Guski einen Schritt hinausgehend wird schließlich die Beobachtung eingeführt, dass rechtsmissbräuchliche Handlungen stets an den Grenzen des Rechts und zwar an seinen Außengrenzen wie auch an den Binnengrenzen, begangen werden. Das darauf reagierende Verbot des Rechtsmissbrauchs durchbricht effektiv diese Grenzen des geltenden Rechts und findet Entscheidungskriterien jenseits der jeweiligen Grenze, die es dann in das Recht inkorporiert. Mit diesem Argument, das an Guskis Gedankengänge anschließt, wird die Aufmerksamkeit auf unterschiedliche Grenzstellen des Rechts gelenkt. Die Richtungsangaben für die Rechtsanwendung heißen dann: An den Außengrenzen des Rechts gebietet das Rechtsmissbrauchsverbot den Import rechtsexterner Kriterien und an seinen Binnengrenzen eine rechtsinterne Kontextualisierung (sub VI).

II. Paradoxologie des Rechtsmissbrauchs

Roman Guski will der schillernden Rechtskategorie des Rechtsmissbrauchs zu klaren Konturen verhelfen, indem er, was bisher noch nicht versucht worden ist, den vielfältigen Einsatz der Kategorie rechtstheoretisch auf den einheitlichen

* Der Autor ist Emeritus am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt.

** Zugleich eine Besprechung von *Roman Guski: Rechtsmissbrauch als Paradoxie: Negative Selbstreferenz und widersprüchliches Handeln im Recht.* – Tübingen: Mohr Siebeck, 2019. (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen; Bd. 19.) XXVI, 753 S.; Leinen: 144.– €. ISBN 978-3-16-157594-5; eBook 978-3-16-157595-2.

Begriff der Paradoxie bringt, diesen dann aber rechtsdogmatisch differenzierend so entfaltet, dass er zugleich in ganz unterschiedlichen Anwendungskontexten Entscheidungskriterien liefert. Den Bedeutungsreichtum einer solchen unitas multiplex, die in der Kategorie des Rechtsmissbrauchs verborgen ist, entfaltet Guski auf verschiedenen Rechtsgebieten – im Privatrecht, im Europarecht und im Wettbewerbsrecht – mit Hilfe einer höchst komplexen Theorie: der Theorie der Paradoxien.

Das ist ein gewagtes Unternehmen. Denn mit Paradoxien zu argumentieren, insbesondere in der Rechtsdogmatik Paradoxien aufzudecken, gilt gemeinhin als eine Kamikaze-Strategie. Weil man durchaus zu Recht befürchtet, dass Paradoxien das Denken paralisieren, wird entweder ihre Existenz schlicht geleugnet oder der Umgang mit ihnen wird aus Gründen der Logik verboten oder sie werden ridiculisiert, als bloße Spielerei abgetan.¹ Guski aber kann sich darauf berufen, dass in anderen Disziplinen Theorien der Paradoxie erfolgreich eingesetzt werden, um bisher ungeklärten Zusammenhängen auf die Spur zu kommen.² Und es gibt auch rechtswissenschaftliche Studien, die in verschiedenen Rechtsgebieten Paradoxien aufdecken und den Umgang mit ihnen analysieren.³

Wenn Guski den Vertretern von Rechtsmissbrauchslehren scharfsinnig nachweist, dass ihre Lehre notwendig in einer Paradoxie endet, will er ihnen keineswegs vorwerfen, sie seien einem Denkfehler aufgesessen. Im Gegenteil, er sucht genauso wie sie, die äußerst unbestimmte Kategorie des Rechtsmissbrauchs einer genaueren Bestimmung zuzuführen. Aber er insistiert darauf, dass erst die Aufdeckung ihrer Paradoxie die Chance bietet, in den verschiedenen Rechtsgebieten den Ursprung des Rechtsmissbrauchs zu entdecken, und zugleich vielfältige Möglichkeiten eröffnet, mit dem Rechtsmissbrauch dogmatisch ertragreich umzugehen.

Recht ist Unrecht – darin steckt der fundamentale Widerspruch im Begriff des Rechtsmissbrauchs. Der Kern des Rechtsmissbrauchs besteht für Guski darin, dass in bestimmten Situationen das Recht zu Unrecht gebraucht wird, dass also das Recht sich selbst für rechtswidrig erklärt. In der Rechtspraxis mit einem solchen Widerspruch des Rechts gegen sich selbst umzugehen, ist schwierig, wenn nicht unmöglich. Deshalb gibt es auch namhafte Stimmen, die dieses selbstwidersprüchliche Oxymoron aus der Dogmatik vollständig verbannen wollen.⁴ Das aber widerlegt wiederum die Rechtspraxis selbst, die, wie Guskis eingehende Rechtsprechungsanalysen zeigen, auch nach scharfer Kritik die Kategorie des Rechtsmissbrauchs in neuen Konstellationen immer wieder heranzuziehen sich genötigt fühlt. Doch über das Argument, dass die Praxis die Eliminierungsforderungen

tagtäglich konterkariert, geht Guski noch hinaus. Die Kategorie abschaffen zu wollen, kritisiert er deswegen als eskapistisch, weil er gerade in der inneren Widersprüchlichkeit des Begriffs eine Chance für die Weiterentwicklung des Rechts vermutet. Wie aber kann die Rechtspraxis mit der Widersprüchlichkeit umgehen, wenn der Rechtsmissbrauch keine subsumtionstaugliche Information gibt, wenn er keine Kriterien liefert, den Widerspruch aufzulösen?

Jedoch geht die Problematik tiefer, Rechtsmissbrauch enthält mehr als einen bloßen Widerspruch. Ein Widerspruch zwischen Geltungsansprüchen von Normen besagt: A ist Non-A, eine Norm gilt *und* sie gilt nicht, Recht ist Unrecht. In der Tat bedeutet Rechtsmissbrauch, dass in bestimmten Situationen der Gebrauch des Rechts rechtswidrig ist. Doch ein Paradox ist mehr als ein bloßer Widerspruch. Paradoxien können sich zwar als Widersprüche äußern, haben aber eine kompliziertere Struktur, die mit ihrer Selbstrückbezüglichkeit bzw. „Selbstgerechtigkeit“ zu tun haben:⁵ A *weil* Non-A und Non-A *weil* A; Recht *weil* Unrecht und Unrecht *weil* Recht. Lügt der Kreter, wenn er selbstrückbezüglich von sich sagt, dass er lügt? Ist Recht selbst gerecht, d.h. ist es recht/unrecht, Konflikte nach recht/unrecht zu beurteilen? Ein Verhalten wird als Rechtsmissbrauch für rechtswidrig erklärt, gerade *weil* es sich auf das Recht berufen kann.

Aus diesem Gegensatz von Widerspruch und Paradox resultieren Unterschiede in den Konsequenzen. Normwidersprüche lassen sich durch Entscheidung zwischen Alternativen auflösen. Oder sie erlauben einen Kompromiss. Beide Wege sind jedoch bei Paradoxien verstellt. Durch Entscheidung kann man der Oszillation zwischen ihren Polen nicht entkommen, da jede Entscheidung für einen Pol den selbstrückbezüglichen Zirkel wieder in Gang setzt. Wenn Unrecht, *dann* Recht. Wenn Recht, *dann* Unrecht. Die Konsequenz ist prinzipielle Unentscheidbarkeit. Resultat des Paradoxes ist Paralyse.⁶

Antinomien schließlich sind für Guski unauflösbare inhaltliche Normwidersprüche im Recht, im Unterschied zu formalen Paradoxien, in denen Recht als Unrecht erscheint.⁷ Mit Antinomien kann juristische Argumentation nichts anfangen, weil das Recht sich Widerspruchsfreiheit unterstellen muss, um konsistent zu entscheiden. Eine von der Theorie der Paradoxie angeleitete Analyse könne dagegen, so Guski, Strategien der Paradoxiebehandlung entwerfen, wenn Recht mit Recht im Recht kollidiert. Bekannt gewordene Strategien sind insbesondere Temporalisierung, Hierarchisierung oder Externalisierung der Paradoxie.

Als beunruhigende Besonderheit des Rechtsmissbrauchsverbots benennt Guski das elementare Problem negativer Selbstreferenz im Rechtssystem. Er spricht von Selbstreferenz, weil mit dem Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Verhal-

¹ Um den neuerdings erhobenen paradoxologischen Ton in der Rechtswissenschaft zum Schweigen zu bringen, bedient sich Klaus Röhl gleichzeitig aller drei Argumentationslinien: Röhl, Rechtssoziologie-Online, § 18 V.2.(4), § 69 VII, § 70 II, <https://rechtssoziologie-online.de/kapitel-13systemtheoretische-erklarungsansatze/s-70das-recht-als-autopoietisches-syst-em/>.

² Hier ist in erster Linie Niklas Luhmann zu nennen, auf dessen Theorie der Rechtsparadoxien Guski aufbaut; Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, passim, besonders S. 545 ff., 580 ff.

³ Fletcher, „Paradoxes in Legal Thought“, Columbia Law Review 1985, 1263–1292; Suber, The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change, New York 1990; Ross, On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law, Mind 1969, 1–24.; Hart, Self-referring Laws, Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford 1983, S. 170–178.

⁴ Prominent Planiol/Ripert, Traité élémentaire de droit civil, Bd. 2, 11. Aufl. 1931, S. 312 f.; ebenso Ripert, Abus ou relativité des droits, Revue Critique du Droit International Privé 1929, 29.

⁵ Zur Denkfigur des Paradox aus philosophischer Sicht Probst/Kutschera, Paradox, in: Ritter/Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Basel 1989, S. 81–97; Simon, Das philosophische Paradox, in: Geyer/Hagenbüchle (Hrsg.), Das Paradox: Eine Herausforderung des abendländischen Denkens, 1992, S. 45–60. Zu den Unterschieden von Widersprüchen und Paradoxien in pragmatischer Perspektive Watzlawick, Menschliche Kommunikation: Formen, Störungen, Paradoxien, Bern 2000, S.171 ff.

⁶ Esposito, Paradoxien als Unterscheidungen von Unterscheidungen, in: Gumbrecht/Pfeiffer (Hrsg.), Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche, 1991, S. 35 ff.

⁷ Zu Antinomien im Recht Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983, S. 112 ff.; Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005.

tens Rechtsakte über andere Rechtsakte urteilen, also eine selbstreferentielle Beziehung innerhalb des Rechts herstellen. Diese ist negativ, weil die einen Rechtsakte den anderen Rechtsakten nicht Rechtmäßigkeit bescheinigen, das wäre positive Selbstreferenz und im Ergebnis eine unschädliche Tautologie. Vielmehr erklärt sich im Urteil des Rechtsmissbrauchs das Recht als Unrecht, wenn es die rechtmäßige Norm als unrechtmäßig gebraucht beurteilt. Damit löst sie die Paralyse des Rechtsparadoxes aus und endet in einer Situation totaler Unbestimmtheit, in der kein Urteil mehr möglich ist.

Guskis Kritik richtet sich nun gegen die weitverbreitete Praxis, die Paradoxieproblematik dadurch zu kaschieren, dass man rechtsmissbräuchliches Verhalten als „schikanös“, „sittenwidrig“, „treuwidrig“, „unzulässig“, „unangemessen“ oder „unzumutbar“ umschreibt und sich davon die gesuchte Präzisierung der Generalklausel für die Rechtsanwendung erhofft. Solche Umetikettierungen verschieben nach Guski nur das Paradoxieproblem. Mit geradezu unerbittlicher Konsequenz weist Guski mit seinen Analysen unterschiedlicher Anwendungsgebiete nach, dass sich solche Uminterpretationen des Rechtsmissbrauchs stets wieder in den Paradoxien der Selbstreferenz verfangen. Für ihn sind sie nur mehr oder weniger gut versteckte Synonyme für die situative Rechtswidrigkeit des Rechtsgebrauchs. Als Zirkel der Selbstreferenz sind sie demnach genauso kriterienlos wie die Kategorie des Rechtsmissbrauchs selbst. Und sie verdecken die zugrundeliegende Paradoxie, statt das in ihr enthaltene Lösungspotential zu nutzen.

Wie aber aktualisiert sich nun das Lösungspotential, das Guski im Rechtsmissbrauchsparadox vermutet? In den Nachbardisziplinen gelten in der Tat Paradoxien als treibende Kraft, welche zur Anpassung der Gedanken aneinander und hiermit zu neuen Aufklärungen und Entdeckungen drängt.⁸ Guski entdeckt im Paradox des Rechtsmissbrauchs ein doppeltes Lösungspotential, ein rechtstheoretisches und ein rechtsdogmatisches. Rechtstheoretisch sucht er mit Hilfe der Paradoxie aufzudecken, aus welchen Gründen die Figur des Rechtsmissbrauchs in den verschiedenen Rechtsgebieten stets aufs Neue auftauchen muss. Genauer: Guski sucht rechtstheoretisch zu rekonstruieren, welche selbsterzeugten Systemprobleme des Rechts in welchen Kontexten dafür verantwortlich sind, dass es gar nicht vermieden werden kann, die Kategorie des Rechtsmissbrauchs einzuführen. Rechtsdogmatisch eröffnet Guski mit den Mitteln der Entparadoxierung, also mit einem gut durchdachten Ausgang aus der Paradoxie, vielfältige Möglichkeiten, entscheidungsrelevante Kriterien zu entwickeln. Wenn es gelingt, fundamentale Antinomien des Rechts in Paradoxien umzuwandeln, dann versprechen die vielfältigen Strategien der Entparadoxierung, dass entschieden werden kann, wann ein rechtmäßiges Verhalten rechtsmissbräuchlich ist.

III. Rechtstheoretische Entparadoxierung: Ursprünge des Rechtsmissbrauchs

Die Rechtstheorie hat der Kategorie des Rechtsmissbrauchs bisher wenig abgewinnen können. Wegen ihrer Unbestimmtheit erscheint sie nur als eine der vielen Leerformeln des Rechts. Guski jedoch macht, wie schon gesagt, den prinzi-

piellen Unterschied zu anderen Generalklauseln deutlich, dass nämlich der Rechtsmissbrauch die genannte paradoxale Struktur negativer Selbstreferenz aufweist, und dass genau dieser Unterschied die Antwort auf die Frage erlaubt: Warum taucht das Rechtsmissbrauchsparadox stets auf Neue wieder auf? Seine Hypothese heißt: Es sind selbsterzeugte Probleme des Rechtssystems, auf welche die Kategorie des Rechtsmissbrauchs reagiert. In detaillierten Analysen zeigt Guski, welche funktionsimmanenten Systemprobleme des Rechts diese Reaktion auslösen. Zu diesem Zweck identifiziert Guski unterschiedliche dem Recht zugrundeliegende normative Antinomien. Da das Recht aber Antinomien nicht einfach auflösen kann, sucht es sie aus seinen Operationen auszuschließen, indem es sich mit dem Rechtsmissbrauchsurteil für den Vorrang der einen Seite entscheidet, ist dann aber dessen Paradoxien ausgeliefert. Dass die Paradoxien des Rechtsmissbrauchs mit ihrer formalen Struktur der Einheit der Differenz Recht/Unrecht überhaupt auftauchen, führt Guski also auf funktionsimmanente Antinomienprobleme im Rechtssystem zurück. Guski unterscheidet folgende Konstellationen, in denen selbsterzeugte Antinomien des Rechts den Rechtsmissbrauchsvorwurf, der den Wiedereinschluss des Ausgeschlossenen fordert, auslösen:

(1) *Einzelfall – Ausschluss des Partikularen*: Rechtsoperationen schließen nur einen sehr kleinen Teil der Welt ein, über den entschieden wird – und schließen damit zugleich einen unübersehbar komplexen Weltbereich als irrelevant aus. In der Konfliktentscheidung macht sich die Antinomie zwischen abstrahierender Selektivität von Normen und konkreter Einzelfallgerechtigkeit als eines der selbsterzeugten Systemprobleme des Rechts bemerkbar. Darauf reagiert das Rechtsmissbrauchsverbot. Wenn es verlangt, dass die Umstände des Einzelfalles einbezogen werden müssen, dann bricht die ganze Komplexität der Welt herein, was zu einer Revision rechtlicher Selektionen führt.

(2) *Normsetzung – Selektivität der Tatbestände als Ausschluss von Umweltaspekten*:

Anders als in der Einzelfallentscheidung stellt sich bei der Normsetzung das Problem tatbestandlicher Selektionen, die immer zugleich Bestimmungen des rechtlich Zulässigen sind, ebenso wie das darauf beruhende Konsistenzproblem bei Gesetzesauslegungen, die vom Wortlaut abweichen. Hier wirkt die bekannte Antinomie von Gesetz versus Recht, also die Problematik einer Rechtsfindung contra legem. Mit Notwendigkeit werden in der ursprünglichen Normierung Aspekte ausgeschlossen, die über die Kategorie des Rechtsmissbrauchs ihren Wiedereinlass in die Normierung fordern.

(3) *Normtext/Zweck – Ausschluss von Umweltveränderungsstrategien*: Weil das Recht prinzipielle Schwierigkeiten hat, mit Zweckprogrammen zu arbeiten, schließt die konditionale Form der Normsetzung Zwecküberlegungen weitgehend aus. Die Antinomie zwischen Normtext und Normzweck, zwischen vergangenheitsbezogener Normierung und zukunftsbezogener Zwecksetzung ist unüberbrückbar. Soweit teleologische Auslegung dies nicht mehr kompensieren kann, weil sie den möglichen Textsinn definitiv unterlaufen würde, muss der Rechtsmissbrauch als Korrektiv einspringen, um den Einfluss von Zwecksetzungen in Konditionalprogrammen herzustellen.

(4) *Subjektive Rechte – Ausschluss von Bindung*: Subjektive Rechte der Moderne sind als asymmetrische Berechtigung ohne Binnenausgleich konzipiert. Doch macht sich so gleich die Antinomie von Freiheit und Bindung, als Kollision zwischen subjektiven Rechten (einschließlich Freiheit) und objektiver Rechtsordnung, bemerkbar. Der Protest gegen

⁸ Krippendorff, Paradox und Information, in: *Dervin/Voigt* (Hrsg.), *Progress in Communication Sciences* 5 (1984), S. 46 ff., 51 f.

Rechtsmissbrauch fordert hier die Korrektur der Bindungslosigkeit subjektiver Rechte, insofern jene die Möglichkeit rechtswidrigen Handelns innerhalb subjektiver Rechte eröffnet.

(5) *Repräsentation – Ausschluss des Prinzipalwillens*: Hier geht es um den Missbrauch von Repräsentationsbefugnissen, der als interessenwidrige Ausübung einer Befugnis zur Interessenbestimmung auftritt. Es taucht die prinzipiell nicht beseitigbare Antinomie zwischen eigener Rechtsbefugnis und repräsentierten Fremdinteressen auf. Beim Missbrauch von Repräsentationsmacht ist die Kompetenz zum Handeln gegeben, und erst ihr Vorliegen begründet die Notwendigkeit rechtlicher Kontrolle.

(6) *Verfahren – Ausschluss des materiellen Rechts*: Hier stellt sich das verfahrensspezifische Problem systemintern erzeugter Ungewissheit, insofern rechtswidrige Prozesshandlungen rechtmäßige Folgen herbeiführen und umgekehrt. Die hier zugrundeliegende Antinomie, die in der Differenz materiell/prozessual ausgedrückt wird, erzwingt den Einsatz des Rechtsmissbrauchsverbots.

Damit ist es Guski in der Tat gelungen, sowohl eine einheitliche Interpretation des Rechtsmissbrauches als Paradoxie als auch dessen plausible Differenzierung mit Hilfe der funktionsnotwendigen Antinomien des Rechts zu finden.

IV. Rechtsdogmatische Entparadoxierung: Kriterien der Rechtsanwendung

Die Paradoxiethorie ist, so Guski, über eine solche Ursachenforschung hinaus in der Lage, die Suche nach Entscheidungskriterien für die Rechtsfrage, wann ein Verhalten rechtsmissbräuchlich ist, anzuleiten. Er hält die Rechtsmissbrauchsproblematik dadurch für lösbar, dass ihr Paradox durch neue rechtliche Differenzierungen aufgelöst, aufgehoben, verdrängt, invisibilisiert wird. Als Entscheidungskriterien, so Guski, „werden entweder nichtrechtliche, vor allem: moralische Maßstäbe zur normativen Bewertung von Recht herangezogen [...] oder es werden systemimmanente Gradationen eingeführt (positiv: höheres/einfaches Recht, negativ: einfaches/qualifiziertes Unrecht), das Regel/Ausnahmeschema zur Begründung von Kommunikationslasten herangezogen und [es] wird mit den Figuren der ‚Rechtspflicht‘ sowie des ‚Rechtsinstituts‘ gearbeitet“.

1. Außerrechtliche Maßstäbe

Eine der möglichen Strategien der Entparadoxierung ist die Externalisierung des Paradoxes durch Moralisierung des Rechtsmissbrauchs. Das Rechtsmissbrauchsparadox wird aus dem Rechtssystem herausverlagert und mit Hilfe rechtsfremder Entscheidungskriterien gelöst. Schon die moralnahe Formulierung des Rechtsmissbrauchs legt seine Externalisierung in die Moral nahe. Das führt auf Entscheidungskriterien, die auf Merkmale individueller Bösartigkeit (*dolus*, *fraude*, *malice*) des Berechtigten abstellen. Modernere moralische Kriterien, mit Hilfe derer das Verbot des Rechtsmissbrauchs entschieden wird, sind unlautere Motive, Verdrängungsabsicht im Wettbewerb, bei der Gesetzesumgehung die Absicht, sich einen gesetzeswidrigen Vorteil zu verschaffen, und Schädigungsvorsatz bei der Ausübung eines Rechts (§ 226 BGB).

Obwohl Guski einräumt, dass die Gerichtspraxis mit einem gewissen Recht solche moralischen Kriterien des Rechtsmissbrauchs häufig einsetzt, ist er gegenüber der Ex-

ternalisierung insgesamt skeptisch. Moralische Entscheidungskriterien seien im Recht letztlich nicht plausibel, da sie einen normativen gesellschaftlichen Konsens suggerierten und den Betroffenen dadurch als unsozial diskreditierten. Zugleich werde die wesentliche Errungenschaft der Emanzipation des Rechts von moralischen Kategorien gefährdet.

2. Innerrechtliche Maßstäbe

Den Königsweg der Paradoxieauflösung erblickt Guski dagegen in Differenzierungen, die sich an innerrechtlichen Maßstäben orientieren:

Hierarchisierung ist die wichtigste Methode, um Entscheidungskriterien für das Verbot des Rechtsmissbrauchs zu finden. Im Gegensatz zur Externalisierung ist dies ein selbstreferentielles Vorgehen, das die Paradoxie innerhalb des Rechts auflöst, und zwar durch Einbau von zusätzlichen Ebenen, besonders durch Bildung von Normhierarchien. Bereits in den aus der Rechtsgeschichte bekannten Differenzen von Recht/Billigkeit, *dikaion/epieikeia*, *ius civile/ius honorarium*, *ius/aequitas*, *common law/equity*, *droit/bonnes mœurs* mache es der jeweilige Gegenbegriff möglich, die Rechtsnorm, auf die sich rechtsmissbräuchliches Verhalten berufe, durch ein höheres Recht zu derogieren. Heute geschieht es immer häufiger, Entscheidungskriterien aus der Verfassung zu gewinnen.

Guski findet im Europarecht die wohl plausibelste Form der Hierarchisierung, mit der sich zahlreiche Rechtsmissbrauchsfälle lösen lassen. Der Missbrauch der Grundfreiheiten realisiert sich in Handlungen, die in paradoxer Weise Grenzfreiheit und Grenzen zugleich ausnutzen. Die Ausdifferenzierung der autonomen supranationalen Ebene ist für Guski die bedeutendste strukturelle Errungenschaft der EU, die zugleich den Grundfreiheitenmissbrauch wirksam bekämpfen kann. Die Normenhierarchie ermöglicht primärrechtliche Rechtssetzungen durch institutionalisierte Verfahren mit unionseigenen Organen und verrechtlicht transnationale Privatautonomie. Sie kann aber zugleich mitgliedstaatliche Regelungsinteressen im Rechtsmissbrauchsverbot berücksichtigen.

Asymmetrisierung im Regel/Ausnahme-Schema: Diese Technik lässt gegensätzliche normative Inhalte gleichzeitig zu, aber in einer asymmetrischen Form, in welcher das Rechtsmissbrauchsverbot die Ausnahme zur Regel als Norm setzt, damit aber zugleich die Regel stärkt. Rechtsmissbrauch erscheint somit gewissermaßen als die Generalklausel der Generalklauseln, als „regeldurchbrechendes Korrekturprinzip“.

Guski diskutiert im Detail Entscheidungskriterien, welche diese Technik u. a. beim Wegfall der Geschäftsgrundlage, bei AGB-Kontrollen, beim Durchgriff bei verbundenen Geschäften, bei persönlicher Haftung trotz beschränkter Haftung, beim Kapitalersatzrecht liefert.

Subjektives Recht als Pflichtrecht: Die hier wirksame Paradoxie von Bindung und Freiheit löst Guski unter Berufung auf Gierke, Raiser, Wiethölter, indem er dem Berechtigten inhaltliche Auflagen als Rücksichtnahmepflichten auferlegt, die im subjektiven Recht immanent angelegt seien. Dann wird Rechtsmissbrauch als Pflichtverletzung formulierbar, und zwar als Missachtung einer Pflicht, die sich das Individuum durch soziale Beteiligung selbst auferlegt habe. Hier gelte das Verbot der Selbstexemption von einem Regelungs-zusammenhang, auf den sich der Berechtigte selbst berufe. Guski zeigt im einzelnen, wie das Verbot der Selbstexemption in unterschiedlichen Regelungskomplexen wirkt: Venire

contra factum proprium, eigener Rechtsbruch und Verwirrung durch Rechtsuntreue, kontradiktorische causa beim gewollten und zugleich nichtgewollten Typus oder bei verdeckten Gewinnausschüttungen oder die Aufspaltung einer Einheit bei Kettenverträgen, Wertaufteilungen und verbundenen Geschäften.

Institutionalisierung: Das Verbot des Rechtsmissbrauchs wirkt hier dadurch, dass es das Verhalten als im Widerspruch zum Sinn einer Rechtsinstitution erklärt. Fundament ist auch hier das Verbot der Selbstexemption: Das Rechtssubjekt dürfe nicht rechtliche Einrichtungen in Anspruch nehmen und diese gleichzeitig negieren. Das Axiom greife beim Missbrauch von Repräsentationsmacht, beim Missbrauch von Expertise, bei der Haftungsverteilung und beim rechtswidrigen Erwirken eines Gerichtsurteils. Guski macht dies auch an wirtschaftsrechtlichen Beispielen deutlich: am Verbot des Missbrauchs einer GmbH, der die Widmung des Haftungsfonds verletzt und am Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, bei dem ein Unternehmen Freiheit gegen Freiheit einsetzt. Besonders ausführlich diskutiert er die kartellrechtliche Figur des Marktmachtmissbrauchs, die ihre Wurzel in dem Paradox habe, dass die erfolgreich in Anspruch genommene Rechtsinstitution des Wettbewerbs wettbewerbswidrige Wirkungen haben kann, insofern sie Marktmacht ermöglicht hat. Auch hier hat das Missbrauchsverbot eine entparadoxierende Funktion: Es richtet sich gegen wettbewerbsrechtlich legitimierte, jedoch unzulässigen Einsatz von Freiheit, der die Freiheit selbst unterminiert.

V. Kritik: Die Wendung nach innen

An dieser Stelle aber muss, so brillant Guskis Analysen ansonsten sind, eine Kritik an seinem Vorgehen einsetzen. Welchen Kriterien ertrag erbringt es, wenn er die gehaltvolle gesamtgesellschaftliche Einrichtung des wirtschaftlichen Wettbewerbs auf eine bloße Rechtsinstitution reduziert? Identifiziert er damit nicht die wirtschaftliche Institution auf den bloßen Teilkomplex formaler Rechtsnormen und verliert die Möglichkeit, gerade aus ihrer wirtschaftlichen, also rechts-externen, Funktion die für den Rechtsmissbrauch gesuchten materiellen Entscheidungskriterien zu gewinnen? Wenn ein Verhalten deswegen als rechtswidrig verurteilt wird, weil es gegen den Sinn einer Institution verstößt, dann sollte man die gesamte Sozialinstitution und nicht nur die partielle Rechtsinstitution in den Blick nehmen. Den vollen Sinn einer gesellschaftlichen Institution zu bestimmen – das kann das Recht aus sich heraus gar nicht leisten. Es muss dazu nach außen greifen. Es muss einerseits auf die reiche gesellschaftliche Praxis, die den Sinn einer sozialen Institution immer wieder neu bestimmt, rekurren. Und es muss andererseits die Sinnerklärungen der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften aufgreifen und rechtsintern rekonstruieren. Der Ausgriff auf rechtsexternen Sinn – das gerade ist die Intention der institutionellen Sichtweise des Rechts von Gierke, Raiser, Wiethölter, auf die sich Guski beruft. Eine Rechtsinstitution ist wegen ihrer bloßen Formalität anfällig für den Rechtsmissbrauch. Erst der Durchgriff auf die Materialität ihres gesellschaftlichen Sinns erbringt die Legitimation für das Verbot des Rechtsmissbrauchs.

Guski aber zeigt durchgängig eine deutliche Präferenz für innerrechtliche Maßstäbe, um die Generalklausel des Rechtsmissbrauchs zu konkretisieren. Damit sollen seine Rekurse auf rechtsinterne Hierarchisierungen oder das Regel/Ausnahme-Verhältnis nicht kritisiert werden, die für be-

stimmte Konstellationen gewiss ihr Eigenrecht behalten. Wohl aber seine Tendenz, die außerrechtlichen Bezüge des Rechtsmissbrauchs zu minimieren oder, was er häufig tut, sie in rein innerrechtliche Bezüge umzudeuten. Am deutlichsten wird dies, wie gesagt, im institutionellen Rechtsmissbrauch, wenn Guski bewusst die Sinnbezüge zu den Sozialinstitutionen zugunsten einer verengten rechtsinternen Sicht kappt. Dies tut er nicht nur im Falle des Marktmachtmissbrauchs, der ohne ökonomische Theorien des Wettbewerbs nicht angemessen verstanden werden kann. Ebenso will er den Missbrauch von Expertise in den Fällen der Expertenhaftung ohne Durchgriff auf die gesellschaftliche Institution der Expertise behandeln. Deren schwierige normative Anforderungen lassen sich aber erst dann formulieren, wenn man wissenschaftssoziologische Analysen zur Rolle von Experten in der gesellschaftlichen Praxis zu Rate zieht. Auch der individuelle Rechtsmissbrauch verliert seine materiellen Bezüge, wenn Guski ihn nur formell als Selbstexemption gegenüber Rechtsnormen beschreibt und nicht in den Blick nimmt, dass die formale Selbstexemption auf die vielfältigen sozialen Erwartungen einer auf wechselseitige Achtung gerichteten materiellen Interaktionsmoral Bezug nimmt.

Verstehen lässt sich Guskis bewusster Rückzug auf die Innenwelt des Rechts aus zwei Motiven. Das eine ist die Besorgnis, dass die Rechtsdogmatik von außerrechtlichen Einflüssen überschwemmt werden könnte. Das andere Motiv stammt, besonders im Bereich des Wettbewerbsrechts, aus der ordoliberalen Tradition, die sich gegen staatlichen Interventionismus und ergebnisorientierte rechtliche Regulierung richtet und beides allenfalls gegen selbstdestruktive Tendenzen des Wettbewerbs zulassen will. Damit aber kappt man die Sinnbestimmungen des Wettbewerbs aus konkurrierenden ökonomischen Theorien, die das Recht nicht einfach ausblenden kann, sondern durchdenken muss. Bedenkt man jedoch, dass die Autonomie des Rechts gar nicht gefährdet ist, wenn das Recht seine Sensibilität gegenüber externen Irritationen aus der gesellschaftlichen Praxis und aus konkurrierenden Sozialtheorien steigert,⁹ dann verlieren beide Motive an Plausibilität.

Beide Motive konterkarieren letztlich Guskis eigenen Gedankengang, denn sie führen wieder in den leeren Zirkel der Selbstreferenz hinein, aus dem die Entparadoxierungen eigentlich herausführen sollten. Deshalb wird Guskis Projekt, materielle Entscheidungskriterien für den formalen Rechtsmissbrauch zu finden, erst dann wirklich erfolgreich, wenn es die rechtlichen Selbstbegrenzungen durchbricht.

VI. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs als Grenzdurchbrechung

Nimmt man diese Kritik in Guskis komplexen Gedankengang auf, dann lohnt es sich, nochmals zur Ausgangsfrage zurückzukehren: Welche Bedingungen bestimmen das rekursive Auftauchen des Paradoxes und seine Auflösung? Die Paradoxietheorie identifiziert zwei Bedingungen: gesellschaftlichen Problemdruck und kommunikative Plausibilität.¹⁰ Wenn eine geltende Unterscheidung dem Druck sozialer Probleme nicht mehr gewachsen erscheint und/oder an Plausibilität verliert, dann taucht ihre Geltungsparadoxie auf. Zur Entparadoxierung muss eine neue Unterscheidung ge-

⁹ Lubmann (Fn. 2), S. 225.

¹⁰ Lubmann (Fn. 2), S. 545 ff.

funden werden. Diese wird aber in der gesellschaftlichen Kommunikation nur dann akzeptiert, wenn die neue Differenz als adäquate Antwort auf den gesellschaftlichen Problemdruck gelten kann und wenn sie plausibel, das heißt mit anderen zurzeit geltenden Unterscheidungen kompatibel ist. Akzeptabel sind dann die durchaus „relativistischen“ Kriterien der Zeitgemäßheit, der Sachangemessenheit und der Gesellschaftsadäquität der neuen Identitäten, sofern sie den beiden genannten Bedingungen gehorchen.

Problemdruck und Konsistenz, auf das Recht gewendet, heißt: Von diesen zwei Bedingungen hängt das Rechtsmissbrauchsparadox ab: (1) von als lösungsbedürftig wahrgenommenen Sozialproblemen und (2) von Konsistenzproblemen der Normen, Begriffe und Prinzipien. Wenn der gesellschaftliche Problemdruck zu groß wird und die Plausibilität rechtlicher Differenzen verloren geht, dann wird Verhalten als rechtsmissbräuchlich sichtbar und es entsteht das Rechtsmissbrauchsparadox genau an den Stellen, an denen das Recht seine Differenzen erzeugt hat. Denn dort hat sich das Recht gegenüber gesellschaftlichem Problemdruck und der Übereinstimmung mit gesellschaftlich plausiblen Differenzen in seinen Autonomietendenzen abgeschlossen. Und von dieser Schließung profitiert das rechtsmissbräuchliche Verhalten. Die operative Schließung des autonomen Rechts macht den Rechtsmissbrauch möglich. Denn operative Schließung bedeutet stets sowohl Einschließung als auch Ausschließung. Was aber vom Recht ausgeschlossen ist, fordert vehement dennoch Einlass. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ermöglicht die Wiederkehr des Verdrängten, indem es die vom Recht rechtmäßig vorgenommene Ausschließung bestimmter Aspekte für rechtswidrig erklärt. Das Paradox bricht also stets an den Grenzen des Rechts auf, entweder an den Außengrenzen des Rechts zur gesellschaftlichen Umwelt, also zur Moral oder zu gesellschaftlichen Institutionen, oder an den durch innere Differenzierung in unterschiedliche Normbereiche und Rechtsgebiete entstandenen Binnengrenzen des Rechts. Zur Auflösung des Paradoxes muss das Recht über das Verbot des Rechtsmissbrauchs mit aller Entschiedenheit diese selbstgezogenen Grenzen durchbrechen und jenseits dieser Grenzen Kriterien für eine neue Norm finden. Erfolgreich ist die neue Norm dann, wenn sie als adäquate Antwort auf den Problemdruck gelten und zugleich in das geltende Normennetz konsistent integriert werden kann.

Damit rücken die Grenzen des Rechts, seine Außen- und Binnengrenzen, in das Zentrum der Rechtsmissbrauchsparadoxie.

Rechtsmissbräuchliches Verhalten nutzt stets die Schließung der Rechtsgrenzen aus. In seinem Bestehen auf der formellen Rechtslage immunisiert es die Außengrenzen gegen den Einbruch von materiellen Umweltforderungen. Oder es immunisiert die Binnengrenzen gegen die Berücksichtigung anderer Rechtsprinzipien. Die Reaktion des Rechtsgefühls darauf ist zunächst hilflos: Ein solcher Rechtsgebrauch kann doch nicht rechtmäßig sein! Gelöst werden kann dies Paradox erst dann, wenn das Recht seine Außengrenzen und/oder Binnengrenzen durchbricht und neue Normen setzt.

Durchbrechung der Grenzen bedeutet jedoch nicht, die Grenzen als solche einzuebnen. Wie Guski zu Recht immer wieder einfordert: Das Verbot des Rechtsmissbrauchs lässt das Recht weder mit der Gesellschaft verschmelzen noch gibt es seine inneren Differenzierungen auf. Wohl aber macht es die Außen- und Binnengrenzen des Rechts durchlässig, indem es die Normanwendung für Irritationen aus der Umwelt des Rechts oder für normative Impulse aus anderen Rechtsbereichen empfänglich macht. Damit sind die zwei großen Lösungsstrategien bestimmt: Externalisierung an den Außengrenzen und rechtsinterne Kontextualisierung an den Binnengrenzen.

Daraus ergibt sich der Vorschlag, die in Guskis komplexen Analysen vorgeführten Paradox-Ursachen und Paradox-Auflösungen trotz ihrer Trennung dadurch zusammenzuführen, dass man sie beide im konkreten Fall an der jeweiligen Grenze des Rechts lokalisiert. Guskis glänzende Studie, welche die *unitas multiplex* des Rechtsmissbrauchs in der Einheit der Paradoxiethorie und der Vielheit ihrer Entparadoxierungen in Ursachenkomplexen und Anwendungsgebieten eindrucksvoll entfaltet hat, könnte in der vorgeschlagenen Weise weitergeführt werden: An einer der Außengrenzen des Rechts zu gesellschaftlichen Institutionen ist die jeweilige Ursache des Rechtsmissbrauchs als gesellschaftlicher Problemdruck zu identifizieren. Und das Verbot des Rechtsmissbrauchs kann die gleiche Grenze durchbrechen, um sich an der damit verfügbaren Externalisierung der Entscheidungskriterien zu orientieren. An den jeweiligen Binnengrenzen des Rechts hingegen werden die Ursachen als Mangel an Prinzipienkonsistenz im Rechtssystem als Ganzem identifiziert und die Kontextualisierung der Normen innerhalb des Rechtssystems bietet die Chance, das Rechtsmissbrauchsproblem zu bewältigen.