MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT

DIREKTOREN: PROF. DR. DR. H.C. J. BASEDOW · PROF. DR. H. FLEISCHER
PROF. DR. DR. H.C. MULT. R. ZIMMERMANN FBA FRSE

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

MAX-PLANCK-INSTITUT · MITTELWEG 187 · D-20148 HAMBURG

Prof. Alexei Kostin
Head of the Department of Private International
and Civil Law of the Moscow State Institute
of International Relations at the
Russian Ministry of Foreign Affairs
(MGIMO University)
Moscow / Russia

Prof. Dr. Jürgen Basedow

Tel.: +49-(0)40-41 900-0
Durchwahl: +49-(0)40-41 900-316
Fax :+49-(0)40-41 900-309
basedow@mpipriv.de

Hamburg, den 02.02.2011

Fragestellung

Den Gegenstand der Begutachtung bildet der Vorschlag zur Änderung des Art. 10 des russischen Zivilgesetzbuchs (ZGB RF). Demnach soll die Gesetzesumgehung als Unterfall des Rechtsmissbrauchs aufgefasst und ausdrücklich verboten werden.

Im Folgenden sollen zunächst die dogmatischen Grundlagen des Rechtsinstituts der materiellrechtlichen Gesetzesumgehung im deutschen Recht dargestellt werden, wobei auch auf die gesamteuropäische Entwicklung Bezug genommen wird (I.), und anschließend sollen einige Überlegungen zu möglichen Konsequenzen der Einführung des ausdrücklichen Umgehungsverbots in das ZGB RF vorgestellt werden (II.). Die kollisionsrechtliche Gesetzesumgehung bildet nicht den Gegenstand dieses Gutachtens.

Gutachten

I. Konzeption der Gesetzesumgehung im deutschen Recht

1) Begriff der Gesetzesumgehung

Der Begriff der Gesetzesumgehung beschreibt einen Sachverhalt, in dem die Handlungen des Normadressaten zwar von den durch das Gesetz ausdrücklich verbotenen Handlungen

abweichen, dennoch aber einen Erfolg herbeiführen, den die Norm zu verhindern beabsichtigt.

> *Staudinger-Sack, Kommentar zum BGB, Neub. 2003, § 134 Rn. 145, mit weiteren Nachweisen; Teichmann, Die Gesetzesumgehung im Spiegel der Rechtsprechung, JuristenZeitung 2003, 761 (762); Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2009, § 40 Rn.31.*
>
> *Aus der Rechtsprechung s. z.B. BGH NJW 1991, 1060 (1061). In diesem Fall haben zwei durch eine Muttergesellschaft miteinander verbundene Unternehmen sich wechselseitig Forderungen an ein insolventes Unternehmen abgetreten. Das Gericht stellte fest, dass es für diese Abtretungen keinen wirtschaftlich vernünftigen Grund gab und die Abtretungen lediglich den Zeitpunkt der Entstehung einer Aufrechnungslage zum Nachteil anderer Gläubiger des insolventen Unternehmens vorverlegen sollten, mithin eine verbotene Gesetzesumgehung darstellen.*
>
> *Als ein typisches Beispiel für Umgehungsgeschäfte werden weiterhin die Fälle der Umgehung einer Konzessionspflicht angesehen, s. z.B. OLG Hamm, NJW 1986, 2440. In diesem Fall sollte der Inhaber einer Gaststätte lediglich nach außen hin als solcher auftreten, wobei die Gaststätte in Wirklichkeit von einer anderen Person geführt wurde, die eine erforderliche Konzession nicht vorweisen konnte. Nach Auffassung des Gerichts war in diesem Fall auch der Maklervertrag, der das Geschäft vermittelte und damit auf die Umgehung der Konzessionspflicht abzielte, nichtig.*
>
> *Ebenfalls als ein Umgehungsgeschäft wird in der Regel die Anstellung eines Handwerksmeisters als Betriebsleiter angesehen, wenn dieser nicht tätig werden soll, sondern die Anstellung lediglich erfolgt, damit der Betrieb die Anforderungen an die Handwerksbetriebe formell erfüllt, Palandt-Ellenberger, Kommentar zum BGB, 69. Aufl., 2010, § 134 Rn. 29.*

Eine Gesetzesumgehung liegt mithin vor, wenn durch die gewählte rechtliche Gestaltung der Zweck einer Rechtsnorm vereitelt wird.

2) Abgrenzung zu anderen Instituten

Während in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Begriffe der Gesetzesumgehung und des Rechtsmissbrauchs zum Teil vermischt werden,

> *Vgl. Fleischer, Der Rechtsmissbrauch zwischen Gemeineuropäischen Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht, JuristenZeitung 2003, 866 (870); Basedow, Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen*

Privatrecht, in: Festschrift für M.P. Stathopoulos, Bd. I, 2010, S. 161.

differenziert die deutsche Rechtsdogmatik zwischen beiden Instituten. Die Gesetzesumgehung unterscheidet sich vom Rechtsmissbrauch dadurch, dass beim Rechtsmissbrauch ein durchaus vollgültig bestehendes Recht über seinen normalen Inhalt und Zweck hinaus funktionswidrig ausgeübt wird,

Siehr, Gesetzesumgehung, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (HWB), Bd. I, 2009, S. 742.

bei der Gesetzesumgehung dagegen ein vollwirksames Recht gerade begründet werden soll, indem die rechtsbegründenden Tatsachen durch entsprechende private Gestaltung geschaffen werden. Allerdings betrachtet die Rechtsordnung diese Gestaltung als eine künstliche Konstruktion und versagt diesen Tatsachen die Wirkung, die ihnen eigentlich nach dem geschriebenen Recht zukommen müsste. Die Rechtsordnung nimmt somit nicht Anstoß an der Ausübung des subjektiven Rechts, sondern an der Art und Weise seines Entstehens.

Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, Bd. I, S. 161.

Der Unterschied zwischen der Gesetzesumgehung und dem Scheingeschäft besteht darin, dass bei der Gesetzesumgehung ein wirksames Handeln gewollt wird, während ein Scheingeschäft (§ 117 BGB) dagegen nur ein wirksames Geschäft vortäuschen soll.

Siehr, HWB, Bd. I, S. 742.

§ 117 BGB lautet:

Scheingeschäft. (1) Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig.

(2) Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung.

Bei dem Scheingeschäft fehlt den Parteien der Wille eine Rechtswirkung herbeizuführen, es soll lediglich der äußere Schein eines Rechtsgeschäfts hervorgerufen werden. Entgegen der Wortfassung von § 117 Abs. 1 BGB liegt bei einem Scheingeschäft aus diesen Gründen schon tatbestandlich keine Willenserklärung vor. Ein Scheingeschäft liegt damit nicht vor, wenn der von den Parteien erstrebte Erfolg gerade die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts voraussetzt. Insbesondere ist auch das Umgehungsgeschäft kein Scheingeschäft, da die vereinbarten Rechtsfolgen gewollt sind.

Palandt-Ellenberger, § 117 Rn. 1-4.

Wird beim Vertragsschluss eine Person als Vertragspartner vorgeschoben (so genannter Strohmann), so sind die Voraussetzungen eines Scheingeschäfts in der Regel nicht erfüllt. Denn die erklärte Rechtsfolge ist von den Beteiligten normalerweise ernsthaft gewollt, weil andernfalls der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise erreicht werden würde. Das gilt selbst dann, wenn der Vertragspartner die Strohmanneigenschaft kannte; auch hier ist ausschlaggebend, ob die Parteien die Rechtsfolgen der Vereinbarung, insbesondere die damit für sie selbst verbundenen Pflichten, wirklich herbeiführen wollen.

> *BGH NJW-RR 07, 1209. In diesem Fall ging es um den Abschluss eines Jagdpachtvertrags durch einen Strohmann, der auf Rechnung und im wirtschaftlichen Interesse einer Aktiengesellschaft (AG) tätig war. Der Strohmann hat allerdings nur formell die Pächterrolle übernommen, da die AG mangels Jagdpachtfähigkeit nach außen keinen Jagdpachtvertrag habe schließen können, was dem Vertragspartner bekannt war und von ihm gebilligt wurde. Entgegen der Vorinstanz ist der BGH nicht von einem Umgehungs- sondern von einem Scheingeschäft ausgegangen. Denn tatsächlich berechtigt und verpflichtet aus dem Jagdpachtvertrag sollte nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien nicht der Strohmann, sondern die hinter diesem stehende AG werden. Die Verpflichtung des Strohmanns sei aber unter keinem Blickwinkel gewollt gewesen.*

Festzuhalten ist damit, dass die Gesetzesumgehung und der Rechtsmissbrauch voneinander abzugrenzen sind. Auch das Scheingeschäft bildet im deutschen Recht eine von der Gesetzesumgehung zu unterscheidende Kategorie, obwohl die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann.

3) Gesetzliche Regelung

Der historische Gesetzgeber hat die Regelung eines allgemeinen Umgehungsverbots im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) ausdrücklich abgelehnt. Eine solche Regelung würde zu stark in die Auslegungsfreiheit des Richters eingreifen und die Gefahr heraufbeschwören, dass eine Reihe erlaubter Geschäfte für nichtig erklärt werden würde.

> *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, S. 123; s. auch Staudinger-Sack, § 134 Rn. 149 ff.*

Anzumerken ist, dass auch im gesamteuropäischen Vergleich nur die wenigsten europäischen Rechtsordnungen ein allgemeines geschriebenes Verbot der Gesetzesumgehung enthalten.

> *Siehr, HWB, Bd. I, S. 748; Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, Bd. I, S. 167.*

Ein Beispiel für ein solches ausdrückliches Verbot enthält das spanische Código Civil in Art. 6 Nr. 4. Dort heißt es in deutscher Übersetzung:

> *„Handlungen, die gestützt auf den Wortlaut einer Norm vorgenommen worden sind und die ein Ergebnis verfolgen, das von der Rechtsordnung verboten ist oder ihr zuwiderläuft, gelten als in Gesetzesumgehung begangen und hindern nicht die gebotene Anwendung der Norm, die man zu umgehen versucht hat".*

Häufig kommen aber Normen vor, die in der Sache gegen Gesetzesumgehungen gerichtet sind, auch wenn sie in ihrem Wortlaut oft gar nicht auf Umgehungsabsichten der Parteien oder den Umgehungszweck von Handlungen abstellen. So wird z.B. der Pflichtteil eines gesetzlichen Erben zum Teil auch gegen Verfügungen des Erblassers zu Lebzeiten geschützt (s. für das deutsche Recht §§ 2325 BGB). Ein anderes Beispiel ist der Schutz der Insolvenzmasse, der durch Anfechtungsrechte vermittelt wird (s. für das deutsche Recht § 1 ff. Anfechtungsgesetz (Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens, vom 5.10.1994, BGBl. I. S. 2911)).

> *Ausführlich: Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, Bd. I, S. 168.*

Ein ausdrückliches Verbot der Gesetzesumgehung im deutschen Recht findet sich lediglich in einer Reihe von spezialgesetzlichen Normen, wie z.B. §§ 306a, 312g S. 2, 475 Abs. 1 S. 2, 487 S. 2, 511 S. 2 (früher § 506 Abs. 1 S. 2), 655e Abs. 1, S. 2 BGB.

Festzuhalten ist damit, dass das deutsche Recht kein allgemein geltendes ausdrückliches Gesetzesumgehungsverbot enthält.

4) Ungeschriebenes allgemeines Umgehungsverbot?

Fraglich ist allerdings, ob ein allgemeines ungeschriebenes Verbot der Gesetzesumgehung besteht.

a) Vorrang der Gesetzesauslegung

Nach der herrschenden Meinung in deutscher Literatur und Rechtsprechung ist ein solches allgemeines Verbot der Gesetzesumgehung nicht erforderlich, da eine sachgerechte Gesetzesauslegung, die sich am Zweck der umgangenen Rechtsvorschrift orientiert, es im Allgemeinen gestattet, diese auf die Umgehungstatbestände anzuwenden. Soweit dies möglich ist, bedarf es keiner eigenständigen Lehre der Gesetzesumgehung.

> *Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, Bd. I, S. 168; Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. II: das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 17, 5, S. 351f.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006, Rn. 660; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 2006, Rn.*

1121; Münchener Kommentar zum BGB-Armbrüster, 5. Aufl. 2007, § 134 Rn. 15.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Auslegung zivilrechtlicher Normen im deutschen Recht anderen Regeln unterliegt als im russischen. Während im russischen Recht der Wortlautauslegung eine relativ hohe Bedeutung zukommt,

S. z.B. Суханов, Гражданское право, том 1, С. 116, der eine teleologische Auslegung einer zivilrechtlichen Norm, die von dem Gesetzestext abweicht, für nicht zulässig hält.

wird im deutschen Recht die Bedeutung der Wortlautauslegung zugunsten anderer Auslegungsmethoden, insbesondere der sog. teleologischen, d.h. einer sich am Sinn und Zweck des Gesetzes orientierenden Auslegung, zum Teil erheblich eingeschränkt. Weil der Erlass einer Vorschrift immer Ausdruck einer Regelungsabsicht des Gesetzgebers ist, darf der Normzweck als das zentrale Kriterium auf der Suche nach dem richtigen Normverständnis gelten. Dabei kann ein vom Wortlaut erfasster Fall aus dem Anwendungsbereich der Norm herausgenommen werden, weil er kein entsprechendes Regelungsbedürfnis auslöst (teleologische Reduktion). Auf der anderen Seite kann mit Hilfe einer teleologischen Extension das Regelungsziel auch für einen vom Wortlaut der Vorschrift nicht erfassten Fall verwirklicht werden.

Vgl. zur teleologischen Reduktion und Extension: Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 210 ff., S. 216 ff.; Bitter, Grundzüge zivilrechtlicher Methodik, JuS 2009, 289 (294 ff.).

Die Auslegung einer zivilrechtlichen Norm kann und darf somit auch zu einem Ergebnis führen, das von dem Wortlaut der Norm nicht umfasst ist. Lediglich für das Strafrecht und nur zu Lasten des Angeklagten ist dieses Vorgehen bei der Auslegung nicht gestattet (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz (im Weiteren: GG)). Bei der Auslegung anderer Vorschriften bildet nicht der Wortlaut, sondern der mögliche Wortsinn die Grenze der Auslegung.

So finden sich beispielsweise für das ausdrücklich formulierte Umgehungsverbot in § 306a BGB, das sich auf die Vorschriften §§ 305-310 BGB bezieht, kaum Anwendungsfälle, was vermutlich durch die Struktur dieser Normen bedingt ist. Die §§ 305 bis 306 BGB verwenden unbestimmte Rechtsbegriffe, mit denen sich bei sachgerechter Interpretation alle Sachverhalte erfassen lassen, auf die sich das Gesetz nach seinem Schutzzweck angewendet wissen will. Weiterhin können §§ 308 und 309 BGB regelmäßig mit Hilfe des Auffangtatbestandes in § 307 BGB, dessen Umgehung auch nur ausnahmsweise denkbar wäre, erfasst werden.

Münchener Kommentar zum BGB-Basedow, 5. Aufl. 2007, § 306a Rn. 3.

Schließlich ist zu beachten, dass in den Fällen, in denen die teleologische Auslegung an ihre Grenzen stößt, die planwidrige Gesetzeslücke mit Hilfe der Analogiebildung geschlossen werden kann.

Münchener Kommentar zum BGB-Armbrüster, § 134 Rn. 16.

Damit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass es nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand der deutschen rechtswissenschaftlichen Methodik weitgehend möglich ist, auch ohne das Zurückgreifen auf ein allgemeines Verbot der Gesetzesumgehung zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen.

b) Eigenständige Bedeutung eines allgemeinen Umgehungsverbots?

In der deutschen Literatur gibt es nur vereinzelte Stimmen, die für die Anerkennung eines selbständigen Umgehungsverbots plädieren.

> *Münchener Kommentar zum BGB – Mayer-Maly/Armbrüster, 4. Aufl., 2001, § 134 Rn. 16. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass in der darauffolgenden 5. Auflage diese Ansicht aufgegeben wurde. S. auch Staudinger-Sack, § 134 Rn. 151, wonach das Umgehungsverbot als ein Unterfall des sittenwidrigen Verhaltens gem. § 138 BGB anzusehen ist.*

Die herrschende Meinung in der deutschen Literatur und Rechtsprechung spricht dem Umgehungsverbot eine selbständige Bedeutung ab.

Das Problem der Gesetzesumgehung stellt sich demnach als ein Problem bzw. ein Argumentationsansatz bei der Auslegung der Rechtsnormen. Die Gesetzesumgehung ist damit kein besonderer Nichtigkeitsgrund und kein selbständiges Rechtsinstitut, sondern ein Anwendungsfall der teleologischen Auslegung, mithin eine Frage der Rechtsanwendung, die an die Rechtsgeltung und die Durchsetzbarkeit des Regelungsgehalts der Norm selbst anknüpft.

> *Palandt-Ellenberger, § 134 Rn. 28; Münchener Kommentar zum BGB-Armbrüster, § 134 Rn. 15; Teichmann, Die Gesetzesumgehung im Spiegel der Rechtsprechung, JZ 2003, 761 (767) Soergel-Hefermehl, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999; § 134 Rn. 37 ff.; Larenz / Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 40 Rn. 31 f.; Siehr, HWB, Bd. I, S. 742, Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, Bd. I, S. 186.*
>
> *Ausdrücklich weiterhin: BGHZ 110, 47 (64). In diesem Fall ging es um die Frage, ob die Einlage zur Kapitalerhöhung einer Kapitalgesellschaft wirksam geleistet wurde. Dies war insofern zweifelhaft, als der zu der Leistung der Einlage verpflichtete Gesellschafter der Kapitalgesellschaft einen Lieferantenkredit gewährte. Dieser Kredit wurde nur wenige Tage nach der Einzahlung der Einlage von der Gesellschaft getilgt. Der BGH interpretierte diesen Vorgang als eine verdeckte Sacheinlage und damit eine Umgehung der Vorschriften, in denen die Einbringung von Sacheinlagen geregelt ist und die als Ausfluss des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung anzusehen sind.*

Insbesondere wird vorgebracht, dass auch die spezialgesetzliche Regelung in den oben vorgestellten Normen nicht für die eigenständige Bedeutung des Umgehungsverbots im deutschen Recht sprechen könne. Sofern diese Regeln umgesetztes europäisches Verbraucherschutzrecht darstellen, wollte der Gesetzgeber mit ihnen nämlich den strengen Anforderungen Rechnung tragen, die der EuGH an die Umsetzung der entsprechenden Richtlinienvorgaben stellt. Demnach müssen dem Rechtsadressaten seine europarechtlich gewährleisteten Rechte – wozu auch der in den Richtlinien verankerte Umgehungsschutz gehört – aus dem Gesetz selbst hinreichend klar erkennbar werden.

> *Münchener Kommentar zum BGB-Armbrüster, 5. Aufl. 2007, § 134 Rn. 15.*

So führte der BGH im Hinblick auf das Umgehungsverbot des § 5 Haustürwiderrufsgesetz (Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, vom 16. Januar 1986 (BGBl. I S. 122) aus: „Das Umgehungsverbot mag eine Aufforderung des Gesetzgebers sein, bei der Anwendung des Gesetzes nicht zurückhaltend zu verfahren, sondern sich am Gesetzeszweck zu orientieren".

> *BGHZ 113, 287 (289). In diesem Fall unterzeichnete die Beklagte eine Bürgschaft anlässlich eines vom Schuldner veranlassten Besuchs des Vertreters des Gläubigers im Haus der Beklagten. Die Beklagte berief sich auf das Haustürwiderrufsgesetz, dessen § 1 lautete: „Einem Verbraucher steht ein Widerrufsrecht (...) bei Verträgen mit einem Unternehmer zu, die eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand haben und zu denen er durch mündliche Verhandlung an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung (...) bestimmt worden ist." Der BGH wies den Einwand der Beklagten mit der Begründung zurück, dass eine wirtschaftliche Vergleichbarkeit einer als Kreditsicherungsmittel gegebenen Bürgschaft mit einem Vertrag über entgeltliche Leistungen nicht vorliege, mithin eine Umgehung der Vorschriften des Haustürwiderrufsgesetzes ausscheide. (Anzumerken ist allerdings, dass diese Sichtweise mittlerweile durch die Rechtsprechung des EuGH überholt ist, Palandt-Grüneberg § 312 Rn. 8).*

Der Sichtweise, wonach das Umgehungsverbot im deutschen Recht keine selbständige Bedeutung aufweist und lediglich aus dem Geltungsanspruch der verletzten Norm abzuleiten ist, ist zuzustimmen. Einer allgemeinen Lehre der Gesetzesumgehung im Privatrecht darf auch deshalb nur ein begrenzter Stellenwert beigelegt werden, weil das Privatrecht der Idee nach gerade Instrumente für die private Gestaltung zur Verfügung stellt. Privatautonomie bedeutet, dass sich der Einzelne der Instrumente zur privaten Gestaltung im Grundsatz nach Belieben bedienen kann, um damit seine Zwecke zu erreichen. Daraus folgt, dass das Verbot der Gesetzesumgehung a priori nur dort eingreifen kann, wo zwingende Normen umgangen werden. Da der zwingende Charakter von Rechtsnormen in einer freiheitlichen Gesellschaft prinzipiell die Ausnahme bildet und besonderer Anordnung bedarf, stellt sich auch die Umgehung des Gesetzes nicht als allgemeines, sondern als Spezialproblem im Hinblick auf die einzelnen umgangenen Rechtsvorschriften dar.

Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, Bd. I, S. 168 m.w. N.

Anzumerken ist schließlich, dass das Verbot der Gesetzesumgehung auch in den Rechtsordnungen der meisten Länder der Europäischen Union mehr als topos der Gesetzesauslegung als ein selbständiger Rechtsgrundsatz anzusehen ist. So ist z.B. zu beachten, dass die oben zitierte Vorschrift des spanischen Código Civil die Geltung des Umgehungsverbots ausdrücklich an „die gebotene Anwendung der (verletzten) Norm" anknüpft. Auch in dem Recht der Europäischen Union ist die Konkretisierung des Umgehungsverbots stets einzelfallbezogen.

Basedow, Festschrift für M.P. Stathopoulos, Bd. I, S. 186; Siehr, HWB, Bd. I, S. 742.

Festzuhalten ist somit, dass das Problem der Gesetzesumgehung im deutschen Recht als ein Problem der Auslegung von Rechtsnormen anzusehen ist und nach der herrschenden Meinung keine eigenständige Bedeutung aufweist.

c) Folgen für die Handhabung des Umgehungsverbots

Folgt man zusammen mit der herrschenden Meinung der Ansicht, dass ein Umgehungsverbot aus dem Geltungsanspruch der umgangenen Norm folgt und nicht auf einem zusätzlichen Rechtsgedanken beruht, erscheint es zwingend, die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, mit denen ein gesetzliches Verbot umgangen wird, nach den Voraussetzungen des § 134 BGB zu beurteilen.

So die herrschende Meinung, vgl. Münchener Kommentar zum BGB-Armbrüster, 5. Aufl. 2007, § 134 Rn. 18; Staudinger-Looschelders/Olzen, Kommentar zum BGB, Neub. 2009, § 242 Rn. 400; Palandt-Ellenberger, § 134 Rn. 28, jeweils mit weiteren Nachweisen.

Insbesondere ist anzumerken, dass, auch wenn es naheliegend erscheinen mag, das Umgehen einer Norm als einen Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben zu werten, doch zu berücksichtigen ist, dass im deutschen Recht bislang mit Blick auf die Gesetzesumgehung keine spezifischen Ausprägungen von § 242 BGB entwickelt worden sind. Staudinger-Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 400. Auch der Vorschlag, Umgehungsgeschäfte als eine Untergruppe des sittenwidrigen Geschäfts zu betrachten, hat sich nicht durchgesetzt. Staudinger-Sack, § 134 Rn. 151 m.w.N.

Da das Umgehungsverbot aus dem Geltungsanspruch der verletzten Norm folgt, bedeutet das für die Rechtsgeschäfte, mit denen ein gesetzliches Verbot umgangen wird, dass sie nur dann nichtig sind, wenn das Geschäft bei einem direkten Verstoß nichtig gem. § 134 BGB wäre.

Staudinger-Sack, § 134 Rn. 145.

§ 134 BGB lautet:

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

Zu berücksichtigen ist, dass trotz der äußerlichen Ähnlichkeit mit § 168 ZGB RF in der Anwendung des § 134 BGB große Unterschiede zum russischen Recht bestehen. So werden als gesetzliche Verbote nur solche zwingende Vorschriften angesehen, die den Inhalt oder die Vornahme eines Rechtsgeschäfts untersagen, d.h. das Rechtsgeschäft als solches missbilligen.

> *Staudinger-Sack, § 134 Rn. 30.*

Von der Frage, ob ein Verbotsgesetz vorliegt, ist weiterhin die Frage zu unterscheiden, ob die Nichtigkeitsfolge dem Sinn und Zweck des verletzten Verbotsgesetzes entspricht.

> *Staudinger-Sack, § 134 Rn. 34; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 40 Rn. 10.*

Die Antwort auf diese Fragen ist durch die Auslegung des verletzten Gesetzes zu ermitteln. Damit führt im deutschen Recht bereits nicht jeder direkte Verstoß gegen ein Gesetz zu der Nichtigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts.

> *Zur Konkretisierung des § 134 BGB durch deutsche Rechtsprechung vgl. Palandt-Ellenberger, § 134 Rn. 14 ff. So führt beispielsweise der Verkauf einer Sache in einem Einzelhandelsgeschäft an einem Sonntag, der gegen das Ladenschlussgesetz verstößt, nicht zur Nichtigkeit des Kaufvertrags, da das Verkaufsverbot sich nicht gegen das Geschäft als solches, sondern lediglich gegen seine Modalitäten richtet, Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 40 Rn. 18.*

Aufgrund der Anknüpfung des Umgehungsverbots an die Geltung des umgangenen Gesetzes lässt die herrschende Meinung einen objektiven Verstoß genügen und fordert keine Umgehungsabsicht.

> *BGHZ 110, 47 (64) (zu dem Fall bereits oben); Staudinger-Sack, § 134 Rn. 145 m.w.N.*

Damit kann festgehalten werden, dass die Wirksamkeit eines Geschäfts, mit dem ein gesetzliches Verbot umgangen werden soll, sich nach den Voraussetzungen des § 134 BGB richtet.

5) Zwischenergebnis

Damit ist die Gesetzesumgehung im deutschen Recht kein besonderer Nichtigkeitsgrund und kein selbständiges Rechtsinstitut, sondern ein Anwendungsfall der teleologischen Auslegung, also eine Frage der Rechtsanwendung. Das Umgehungsverbot knüpft mithin an die Rechtsgeltung und die Durchsetzbarkeit des Regelungsgehalts der umgangenen Norm an.

II. Mögliche Folgen der Einführung des Verbotes der Gesetzesumgehung in das russische Recht

Fraglich ist, welche Wirkungen das Umgehungsverbot nach der Implementierung in das russische ZGB im russischen Zivilrecht entfalten würde.

1) Vorüberlegungen

Festzuhalten ist zunächst, dass die Übernahme eines Rechtsinstituts oder auch einer einzelnen Regelung aus einer fremden Rechtsordnung im Allgemeinen keinesfalls automatisch dazu führen würde, dass das rezipierte Rechtsinstitut oder die Regelung dieselben Wirkungen in der rezipierenden Rechtsordnung entfalten würde, die sie in der Rechtsordnung entfaltet, aus der sie entstammt.

Zu berücksichtigen ist nämlich, dass nach der modernen Auffassung eine rechtliche Regelung ohne Verständnis für die Kultur, aus der sie stammt, nicht unbedingt zu den gleichen Interpretationsergebnissen führt.

> *Legrand, The Impossibility of „Legal Transplants", Maastricht Journal of European and Comparative Law 1997, 111 ff.*

Das Recht ist vielmehr als eine kognitive Institution aufzufassen, in der einzelne Regeln keinesfalls frei und unabhängig voneinander stehen, sondern in ein Gesamtsystem eingebettet sind, das von den lokalen Rechtsanwendern verstanden und akzeptiert werden muss, um Wirkungen zu entfalten.

> *Pistor, The Standardization of Law and its Effect on Developing Economies, American Journal of Comparative Law 50 (2002), 97; Berkowitz/Pistor/Richard, The Transplant Effect, American Journal of Comparative Law 51 (2003), 163; Knieper, Möglichkeit und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht, RabelsZ 72 (2008), S. 88. Zur älteren Auffassung, wonach die ganze Geschichte des Rechts größtenteils eine Geschichte der Entlehnungen der Rechtsgedanken aus anderen Rechtssystemen und deren Assimilierung sei, vgl. Pound, The Formative Era of American Law, 1938, S. 94. Vgl. auch Watson, Legal Transplants. An Approach to Comparative Law, 2. Aufl., 1993.*

Bei der Implementierung eines entlehnten Rechtsinstituts in eine Rechtsordnung erhält die entlehnte Norm nicht selten einen neuen Inhalt, auf den nicht nur die Rechtskultur, in der sie rezipiert wird, sondern auch der entsprechende gesellschaftliche Diskurs Einfluss nehmen kann.

> *S. für das Beispiel der Einführung des Prinzips von Treu und Glauben in das englische Recht Teubner, Legal Irritants, Good*

Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, Modern Law Review 1998, 11 (17 f.).

Insbesondere bei Transformationsrechtsordnungen, zu denen auch die russische Rechtsordnung zählt, ist zu beachten, dass der Konflikt zwischen einer entlehnten Norm und den übrigen Rechtsinstituten auf einer viel tieferen Ebene stattfinden kann, was jedenfalls dann passiert, wenn die entlehnte Norm bzw. ein entlehntes Rechtsinstitut ein neues soziales Programm in sich trägt.

S. für das Beispiel der Wechselwirkung der Dispositionsmaxime und des Prinzips der Allgemeingültigkeit gerichtlicher Entscheidungen im russischen Zivilprozessrecht: Kurzynsky-Singer/ Pankevich, Wechselwirkung der Dispositionsmaxime und des Grundsatzes der Allgemeingültigkeit der gerichtlichen Entscheidungen im zeitgenössischen Verfahrensrecht Russischer Föderation [Курзински-Сингер/Панкевич, Конфликт-взаимодействие принципов диспозитивности и обязательности судебных решений в современном процессуальном праве РФ], Государство и право, Heft Nr. 9, 36 - 46. Deutsche Fassung demnächst in ZEuP; S. weiterhin: Nußberger, Verfassungsrechtstransfer von West nach Ost, Osteuropa 60 (2010), S. 81-96.

Um eine Aussage darüber treffen zu können, ob die Implementierung des Verbots einer Gesetzesumgehung nach dem deutschen Vorbild in das russische Recht im gegenwärtigen Zeitpunkt überhaupt möglich ist, bzw. zu welchen Auswirkungen eine ausdrückliche Regelung des Umgehungsverbots im ZGB RF führen würde, erscheint es daher notwendig aufzuzeigen, in welches Gesamtsystem das Umgehungsverbot im deutschen Recht eingebettet ist.

2) Verfassungsrechtliche Grenzen der teleologischen Auslegung im deutschen Zivilrecht

Wie oben bereits ausgeführt, stellt das Umgehungsverbot des deutschen Rechts einen Anwendungsfall der teleologischen Auslegung dar. Ziel der teleologischen Auslegung ist es, den Regelungszweck einer Vorschrift zu ermitteln und das Normverständnis zur Geltung zu bringen, das diesen Zweck bestmöglich verwirklicht.

Bitter, JuS 2009, 289 (294). Vgl. bereits oben, Gliederungspunkt I 4) a).

Dabei steht zunächst die Absicht des Gesetzgebers, insbesondere wenn es sich um neue Gesetze handelt, im Vordergrund. Bleibt die Absicht des Gesetzgebers zweifelhaft oder kann sie wegen eines inzwischen eingetretenen grundlegenden Wandels der Verhältnisse oder auch im Gesamtgefüge der Rechtsordnung nicht mehr als maßgeblich angesehen werden, so ist auf die objektiv-teleologischen Kriterien zurückzugreifen. Zu ihnen gehören die Strukturen des jeweiligen Sachbereichs sowie die allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung.

Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 4 Rn. 50.

Insbesondere ist dabei zu berücksichtigen, dass wegen des Vorrangs der Verfassung vor dem einfachen Gesetz den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Privatrechts ein erheblicher Einfluss bei der Anwendung und Fortbildung des Privatrechts zukommt.

Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 4 Rn. 59.

Die teleologische Auslegung einer Rechtsnorm ist damit durch das Wertungssystem der gesamten Rechtsordnung, insbesondere des Verfassungsrechts sowie – durch das Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung – durch das europäische Recht vorgeprägt.

Bei der teleologischen Auslegung der Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB (Anwendung des Umgehungsverbots) sind daher die Wertungen der deutschen Verfassung zu berücksichtigen. Neben den speziellen Grundrechten, die durch eine zu weite Auslegung der Verbotsnorm verletzt werden könnten, sind insbesondere die Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.

Art. 2 Abs. 1 GG lautet:

> Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

Diese Vorschrift wird im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit verstanden, wonach jedermann grundsätzlich jede Handlung und jedes Unterlassen vorzunehmen berechtigt ist.

> *Ganz herrschende Meinung, vgl. statt aller: Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Hopfauf-Hoffmann, Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 3, m.w.N.*

Die Bedeutung der allgemeinen Handlungsfreiheit liegt damit in der Gewährleistung des Schutzes vor unzumutbaren Freiheitsbeschränkungen.

> *Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz, Stand 59. Ergänzungslieferung, München 2010, Art. 2 Rn. 46.*

Diese Vorschrift wird auch als Grundlage der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie verstanden.

Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 4 Rn.51.

Damit muss jedes Verbotsgesetz und erst recht jedes aus diesem Verbotsgesetz abgeleitete Umgehungsverbot an den verfassungsrechtlichen Vorgaben zumindest der allgemeinen Handlungsfreiheit, in einzelnen Fällen auch weiterer Grundrechte, gemessen werden. Insbesondere muss ein Gesetz, das in die allgemeine Handlungsfreiheit eingreift, also auch jedes Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB, verhältnismäßig sein. Die Verhältnismäßigkeit des Gesetzes setzt voraus, dass das Gesetz ein legitimes Ziel verfolgt, dieses mit verfassungsrechtlich zulässigen Mitteln zu erreichen sucht, dass es kein milderes gleich wirksames Mittel zum Erreichen dieses Ziels gibt und schließlich, dass die Gewichtung und

der Ausgleich von verschiedenen durch die Vorschrift betroffenen Interessen auf eine verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Weise erfolgt ist (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

> *Als Beispiel einer solchen Prüfung s. Entscheidung des BVerfG vom 06.06.1989, NJW 1989, 2525 (2527) („Reiten im Walde").*
>
> *In diesem Fall ging es um die Verfassungsmäßigkeit einer landesgesetzlichen Regelung, welche das Reiten in den ländlichen Erholungsgebieten nur auf den speziell ausgewiesenen Reitwegen erlaubte. Das Verfassungsgericht führte aus, dass der Gesetzgeber damit einen insofern verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Zweck verfolgt habe, als er bezweckte, die Fußgänger, die sich ebenfalls auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen konnten, zu schützen. Die Trennung der beiden Nutzungsarten sei auch geeignet, den Schutzzweck zu erreichen. Gleichzeitig sei ein gleich wirksames, aber in die Rechte der Reiter weniger intensiv eingreifendes Mittel zum Erreichen dieses Schutzzwecks weder ersichtlich noch vom Beschwerdeführer vorgetragen. Schließlich sei die Regelung auch im engeren Sinne verhältnismäßig. Das Gesetz bringe die gleichwertigen konkurrierenden Nutzungsansprüche zu einem gerechten Ausgleich, da es einerseits die Interessen der größeren Gruppe vordergründig berücksichtigt, anderseits aber auch den angemessenen Ausbau der Reitwege vorschreibe.*

Es ist wichtig zu betonen, dass diese verfassungsrechtlichen Vorgaben und Grenzen der Auslegung der zivilrechtlichen Gesetze bei jeder Auslegung von zivilrechtlichen Normen als Grundlage und Wertungsrahmen der Rechtsordnung berücksichtigt werden, auch wenn die entsprechenden Überlegungen in aller Regel außerhalb des eigentlichen Begründungsrahmens der gerichtlichen Entscheidungen bleiben.

Tendenziell führt die Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantien bei der Auslegung von Verbotsgesetzen im Sinne des § 134 BGB zu einer Restriktion der Verbote bzw. zu einer Erweiterung der Freiheitsräume und damit der Spielräume für privatautonome Gestaltung. Die Ausnutzung dieser Spielräume ist dann legitim. Sie kann dann nur ausnahmsweise als Gesetzesumgehung kritisiert und verboten werden.

Festzuhalten ist damit, dass die praktische Anwendung des Umgehungsverbots im deutschen Recht Einschränkungen unterworfen ist, die aus dem Wertungssystem der deutschen Rechtsordnung, insbesondere des Verfassungsrechts resultieren.

3) Mögliche Folgen der ausdrücklichen Regelung im russischen Recht

Fraglich ist, welche Auswirkungen die Implementierung des ausdrücklichen Umgehungsverbots im russischen Zivilgesetzbuch haben würde.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass das russische Zivilrecht nicht über die oben beschriebenen Korrektive des Verfassungsrechts verfügt. Die Dogmatik des

Grundrechtsschutzes ist im Vergleich zum deutschen Recht sehr wenig entwickelt. Es ist auch zu bezweifeln, dass das russische Verfassungsrecht bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt einen Wertungsrahmen der russischen Rechtsordnung zu bilden geeignet ist. Hierzu fehlt unseres Erachtens bereits eine entsprechende Gewichtung des Verfassungsrechts bei der Ausbildung russischer Juristen. Aber auch die bis jetzt recht geringe Geltungszeit spricht gegen die bereits erfolgte Verankerung der in der russischen Verfassung festgeschriebenen Grundwerte im Rechtsbewusstsein.

> *Vgl. Nussberger, Verfassungsrechtstransfer von West nach Ost, Osteuropa, 60 (2010), S. 81-96.*

Weiterhin kann angenommen werden, dass der Wertungsrahmen der russischen Rechtsordnung immer noch auf eine vielfältige Art und Weise durch das sowjetische Recht geprägt ist.

> *Vgl. Nussberger, Die Frage nach dem tertium comparationis. Zu den Schwierigkeiten einer rechtsvergleichenden Analyse des russischen Rechts, ROW (Recht in Ost und West) 1998, 81 ff.; dies., Zur Entwicklung der Rechtskultur in Russland, Russlandanalysen, Nr. 32, 25.06.2004, S. 2 ff.; Knieper, Interpretation, Analogie und Rechtsfortbildung: Delikate Abgrenzung zwischen Judikative und Legislative, WiRO 2003, 65 ff.; in russischer Sprache in: Государство и право 2003 Nr. 8; Kühn, Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement, American Journal of Comparative Law, Vol 52 (2004), 531 ff.*

Aus dem oben Gesagten folgt, dass sich ein ausdrückliches Umgehungsverbot im russischen Zivilgesetzbuch innerhalb des Wertungsrahmens des russischen Rechts entwickeln und damit andere Auswirkungen als das entsprechende Institut des deutschen Rechts haben würde. Auch wenn sich die Entwicklung eines Rechtsinstituts nach seiner Rezeption in einer anderen Rechtsordnung im Einzelnen wohl kaum vorhersagen lässt, so können unseres Erachtens durchaus Vermutungen hinsichtlich der Tendenzen einer solchen Entwicklung aufgestellt werden.

Es kann insbesondere vermutet werden, dass es unter gegebenen Umständen der russischen Rechtsprechung außerordentlich schwer fallen würde, für ein allgemein formuliertes und aus eigener Kraft geltendes Umgehungsverbot notwendige Grenzen und Korrektiven zu entwickeln. Unter dieser Prämisse erscheint es angebracht, an die oben dargestellten Bedenken des deutschen historischen Gesetzgebers gegen die Verankerung eines ausdrücklichen Umgehungsverbots im BGB zu erinnern. Eine formalistische Rechtsanwendung, zu der die russischen Gerichte teilweise neigen, könnte mangels wertungsgebundener Korrekturmöglichkeiten dazu führen, dass die Umsetzung des Umgehungsverbots die Schranken der Verbotsgesetze übermäßig ausdehnen und zu einer Rückkehr zum Prinzip „Verboten ist alles, was nicht ausdrücklich erlaubt ist" führen würde.

Unter diesen Gesichtspunkten erscheint die Implementierung eines ausdrücklichen Umgehungsverbots in das russische ZGB wenig ratsam.

III. Ergebnis

Die Implementierung eines ausdrücklichen Umgehungsverbots in das russische ZGB erscheint wenig ratsam, da zu befürchten ist, dass der russischen Rechtsprechung es außerordentlich schwer fallen würde, für ein allgemein formuliertes und aus eigener Kraft geltendes Umgehungsverbot notwendige Grenzen und Korrektiven zu entwickeln.

Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow

E. Kurzynsky-Singer

Dr. Eugenia Kurzynsky-Singer

Max-Planck-Institut für ausländisches u. internationales Privatrecht Hamburg