

Eine rechtsphilosophische Grundlegung von Treu und Glauben

Stephan Kirste

1. Einleitung
2. Treue und Glauben an die Freiheit – Erkenntnis der Wahrheit
3. Treu und Glauben als Prinzip der Autonomie
4. Treu und Glauben als Ausfluss und Schutz der Menschenwürde
5. Schluss: Treu und Glauben als allgemeiner Grundsatz des Rechts

1. Einleitung

Zahlreiche rechtswissenschaftliche Disziplinen befassen sich mit dem Prinzip von Treu und Glauben. Dieser Befund bestätigt sich bei der Durchsicht der Literatur – mit einer Ausnahme: der Rechtsphilosophie. Zwar haben sich Philosophen von *Aristoteles*¹ über *Cicero*,² *Nicolo Machiavelli*,³ *Hugo Grotius*⁴ und *Johann Gottlieb Fichte*,⁵ *Johann Gottfried Herder*,⁶ *Jakob Friedrich Fries*⁷ mit dem Grundsatz befasst, aber kaum zusammenhängende Arbeiten dazu vorgelegt. Auch verschiedene Rechtsphilosophen wie *Friedrich Jakob Schmitthenner*,⁸ *Heinrich Rossbach*,⁹ *Heinrich Ahrens*,¹⁰ *Amadeus Wendt*,¹¹ *Rudolf Stammler*,¹² *Hermann Kanto-*

-
- 1 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik. Auf der Grundlage der Übersetzung von Eugen Rolfes hrsg v G. Bien. 4. Aufl Hamburg (1985) 1162b 29-1163a 1, 205.
 - 2 *Cicero*, Marcus Tullius, De officiis. Lateinisch-deutsch = Vom pflichtgemäßen Handeln. Hrsg v Rainer Nickel I (2008) 23, 27.
 - 3 *Machiavelli*, Der Fürst. Italienisch-deutsch. Hrsg v Enno Rudolph und Marzia Ponso (2019), 18. Kap, 133.
 - 4 *Grotius*, De jure belli ac pacis, II, XI, XVIII, 404; *ders*, Cap VI: De Fide et Perfidia. In: *Grotiana* 36 (1) (2015) 11 und 56.
 - 5 *Fichte*, Grundlage des Naturrechts. In: Johann Gottlieb Fichte's sämtliche Werke. Hrsg v I. H. Fichte, Bd 3. (1845) 243.
 - 6 *Herder*, Briefe zur Beförderung der Humanität. Zweite Sammlung (1793) 30 f.
 - 7 *Fries*, Politik oder philosophische Staatslehre. Unter Mitarbeit von Ernst Friedrich Apelt. [Photomechan] Neudr d Ausg Jena 1848 (1962) 325 f.
 - 8 *Schmitthenner*, Grundlinien der Geschichte der Staatswissenschaften, der Ethnologie, des Naturrechts und der Nationalökonomie (1839) 217.
 - 9 *Rossbach*, Die Perioden der Rechts-Philosophie (1842) 140 und 181.
 - 10 *Ahrens*, Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates. Auf dem Grunde des ethischen Zusammenhanges von Recht und Kultur; in 2 Bänden. Neudr d 6. Aufl (1870) 200 f.
 - 11 *Wendt*, Grundzüge der philosophische Rechtslehre (1811) 180 f – dagegen dann *Fichte*, Grundlagen des Naturrechts.
 - 12 *Stammler*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie von Rudolf Stammler. 3., verm Aufl (1928) 331 ff; *ders*, Die Lehre von dem richtigen Rechte. Neu bearb Aufl (1926) 219 ff.

rowicz¹³ und Eugen Ehrlich¹⁴ haben sich mit dem Thema beschäftigt. Vor allem sind es aber Rechtsdogmatiker und Rechtshistoriker, die in den allgemeinen Erwägungen ihrer Arbeiten besonders im Zivilrecht auf die juristische Bedeutung von Treu und Glauben eingehen. So wird das Thema etwa von *Friedrich Carl von Savigny*,¹⁵ *Rudolf von Jhering*,¹⁶ *Karl Larenz*,¹⁷ *Helmut Coing*,¹⁸ *Franz Wieacker*,¹⁹ *Emilio Betti*,²⁰ *Okko Behrends*²¹ und kürzlich von *Bertram Lohmfeld*²² und *Daniel Markovits*²³ und dazu in zahlreichen zivilrechtlichen Kommentierungen auch mit Bezug zu rechtsphilosophischen Fragestellungen angesprochen. Trotz der häufig betonten grundlegenden Bedeutung von Treu und Glauben für das Recht, fehlt es aber an monographischen Untersuchungen durch diejenige wissenschaftliche Disziplin, die sich mit der Struktur des Rechts und seiner Ethik zu beschäftigen hat, der Rechtsphilosophie.

Auch hier können nur einige Überlegungen zum grundlegenden Charakter des Rechtsprinzips von Treu und Glauben für das Recht angestellt werden, die vorläufig bleiben müssen. Ich möchte immerhin zeigen, dass das Prinzip für die Gründung des Rechts auf Freiheit von zentraler Bedeutung ist.

Dazu gehe ich von zwei Gedanken aus:

-
- 13 Kantorowicz, Zur Lehre vom Richtigen Recht. In: ARWP 2 (1908/09) 45.
 - 14 Ehrlich, Über Lücken im Rechte. In: ders, Recht und Leben. Gesammelte Schriften z. Rechtstatsachenforschung u.z. Freirechtslehre. Unter Mitarbeit von Manfred Rehbinder. Berlin (Schriftenreihe/ Institut für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Bd 7) (1987) 80–169, 83 ff.
 - 15 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd 1 (1840) 331 ff, 339; Kant, Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Immanuel Kant Werkausgabe, Bd VIII. Hrsg v W. Weischedel. (1982) § 20 (Metaphysik der Sitten).
 - 16 Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts. Heidelberg (1947) 103, 135, 152 f.
 - 17 Vor 1945 Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe. In: Karl Larenz (Hrsg): Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (1935), 259 und danach ders, Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik (1979) 85–88.
 - 18 Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts. Heidelberg (1947) 103, 135, 152 f.
 - 19 Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB (1956) 20 ff.
 - 20 Betti, Der Grundsatz von Treu und Glauben in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung (1954) 7 ff.
 - 21 Behrends, Treu und Glauben. Zu den christlichen Grundlagen der Willenstheorie im heutigen Vertragsrecht. In: Dilcher, Gerhard; Staff, Ilse (1984): Christentum und modernes Recht. Beiträge zum Problem der Säkularisation. 1. Aufl, 255–303 (1984) 264 und 285.
 - 22 Lohmfeld, Die Gründe des Vertrages (2015).
 - 23 Markovits, Good Faith as Contract's Core Value. In: Gregory Klass, George Letsas und Prince Saprai (Hrsg): Philosophical Foundations of Contract Law (2014) 288. Er unterscheidet ein „pedestrian model of good faith“, das er selbst vertritt und ein idealisierendes „utopian model“: „*Utopian good faith thus necessarily encroaches on actual freedom, in the sense associated with negative liberty, in the name of ideal freedom, or positive liberty. This is just the private law analog of the more familiar public law thought that the utopian social contract—the idea that the state is constructed perfectly to instantiate ideal justice and that merely positive law can have no free-standing authority of its own—undermines collective political freedom, replacing democratic sovereignty with a tyranny of rights.*“

1. dass das Rechtsprinzip von Treu und Glauben nicht nur im Zivil-,²⁴ öffentlichen-,²⁵ Völkerrecht²⁶ und auch etwa in der *Lex Mercatoria*²⁷ und in den verschiedensten Rechtsordnungen²⁸ erwähnt wird;
2. dass die rechtstheoretische Einschätzung – worunter ich die Strukturanalyse des Prinzips zwischen Recht und Moral und seine Form als Rechtsprinzip bzw Generalklausel verstehe – auch im vorliegenden Band durch andere Arbeiten hinreichend untersucht wird.

Ausgeklammert bleibt also weitgehend das methodische Problem der Auslegung von Generalklauseln oder der Schließung von Lücken und die Frage der Rolle des Rechtsanwenders dabei.²⁹ Ich beschränke mich daher auf die rechtsethische Funktion von Treu und Glauben.³⁰

Dabei geht es mir nicht um einen möglichen moralischer Gehalt in der Auslegung von Verträgen, sondern um die Frage, welche Aussage das Prinzip in Bezug auf die Autonomie besitzt. Nicht ein ethischer Wert steht im Fokus, sondern die Frage, ob und wenn inwieweit dieses Prinzip eine rechtsbegründende Funktion besitzt. „Treu und Glauben“ soll hier als rechtsethischer Begriff verstanden werden, der keine normativen Forderungen aufstellt, sondern beschreibt, wie aus Freiheit rechtliche Autonomie wird. So lautet meine erste These: Der Grundsatz von Treu und Glauben transformiert Selbstbestimmung in Autonomie. Er gibt gewissermaßen der Selbstbestimmung ihr Gesetz.

Auch wenn die naturrechtlichen Traditionen als Vorläufer und Begleiter der Rechtsphilosophie wesentliche Beiträge zur Begründung des Prinzips von Treu und Glauben geliefert haben, möchten die nachfolgenden Ausführungen keinen Beitrag zur Naturrechtslehre liefern, wohl aber auf ihre Erkenntnisse, sofern sie auch für eine Philosophie des Rechts als normierte Norm übertragbar sind, zurückgreifen. Im Ergebnis versuche ich zu zeigen – so die zweite These – dass der Grundsatz von Treu und Glauben gerade an der Positivität der Willenserklärungen ansetzt und deren Selbstbestimmung ernst nimmt.

24 Vgl etwa *Kaehler*, § 242 Leistung nach Treu und Glauben. In: Online.Grosskommentar, Gesamt-Hrsg Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann. Stand 2023, 1 ff mwN.

25 *Müller-Grune*, Der Grundsatz von Treu und Glauben im allgemeinen Verwaltungsrecht. Eine Studie zu Herkunft, Anwendungsbereich und Geltungsgrund (2006).

26 *Driftmann*, Bona Fides – zur Entwicklungsgeschichte, Ausgestaltung und aktuellen Relevanz von „Treu und Glauben“ im Völkerrecht. In: *Hamburger Rechtsnotizen* (2015) 117–126.

27 *Meyer*, Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition (1994).

28 *Berger/Arntz*, Treu und Glauben als Rechtsprinzip im englischen Wirtschaftsvertragsrecht. Neuere Entwicklungen in der englischen Rechtsprechung. In: *ZVglRWiss* 2016, 167 ff.

29 Dazu schon *Ehrlich*, Über Lücken, 83 ff, 94 ff, 166 f.

30 Vgl zu dieser Unterscheidung von Theorie der Rechtswissenschaft mit der Methodenlehre, der Rechtstheorie als Strukturanalyse des Rechts und der Rechtsethik als drei Teildisziplinen der Rechtsphilosophie *Kirste*, Rechtsphilosophie. Einführung. 3. Aufl (2023) 17 ff, 33 ff und 89 ff und 163 ff.

Treu und Glauben: Frag GPT

Christoph Engel

1. Treu und Glauben als Einfallstor für Fairnessnormen
2. Konkurrierende Fairnessnormen und ihre Bedeutung für das Recht
3. Konkurrierende Fairnessnormen und die Fallgruppen von Treu und Glauben
4. Fairness als empirische Herausforderung
5. Sprachmodelle als Hilfsmittel der Rechtsanwendung
6. Technische Umsetzung
7. Drei Äquivalenzstörungen
8. Drei Varianten der Rücknahme eines Geldleistungsbescheids
9. Drei Nuancen derselben Äquivalenzstörung
10. Fazit

1. Treu und Glauben als Einfallstor für Fairnessnormen

Als Studenten hat man uns eingebläut: Wenn ihr den Fall mit Treu und Glauben löst, gibt das höchstens ein ausreichend. Unsere akademischen Lehrer wollten damit vor allem auf die rechtserzeugende Funktion des Grundsatzes von Treu und Glauben hinweisen. Treu und Glauben ist im juristischen Normalbetrieb keine Norm, unter die man den Sachverhalt subsumiert. Weil das zu Lösungen führt, die im Einklang mit Treu und Glauben stehen, hat die Rechtsordnung viel spezifischere Regeln entwickelt. Wenn unklar ist, ob der konkrete Fall unter solch eine spezifische Regel gebracht werden kann, dann soll sich die juristische Anstrengung darauf konzentrieren, diese Norm besser auszuleuchten. Demgegenüber erscheint der direkte Rückgriff auf die Generalklausel von Treu und Glauben wie der Beweis geistiger Faulheit, ja beinahe wie eine dogmatische Konkurerklärung.

Aber auch in der juristischen Wissenschaft gilt: Quod licet Iovi, non licet bovi. Was Studenten aus pädagogischen Gründen verboten ist, kann zu einer anregenden Herausforderung für gestandene juristische Wissenschaftler werden. Diese Überzeugung prägt jedenfalls ganz offensichtlich die Architektur dieses Symposiums. Wir werden viel darüber lernen, auf welchen Wegen der Geist von Treu und Glauben Eingang in die unterschiedlichsten Rechtsgebiete gefunden hat. Jeder Autor wird in seinem Rechtsgebiet mehr als nur Spuren dieses Geistes finden. Wie sich ein Rechtsgebiet den Gedanken von Treu und Glauben anverwandelt hat, und wie offen es diese Wirkung ausweist, wird spannende Vergleiche zwischen den Teilgebieten des Rechts ermöglichen.

Die Herausgeber haben diesen Beitrag vor die dogmatische Klammer gezogen. Sie sind neugierig, was die Rechts- und Verhaltensökonomie zu dem Thema zu sagen hat. Wenn man lang genug sucht, findet man einschlägig klingende Texte.¹ Aber diese Texte stammen sicher nicht aus dem Kern der Debatten in der Rechtsökonomie oder der Verhaltensökonomie. Doch wie so oft verhandeln unterschiedliche Disziplinen eng verwandte Gegenstände in ihrer je eigenen Begrifflichkeit. So liegt es auch hier, oder vorsichtiger: Das ist die zentrale These dieses Beitrags. Ich möchte eine Brücke schlagen von einem Konzept, mit dem sich die Rechts- und Verhaltensökonomie in den letzten zwei Jahrzehnten ganz außerordentlich intensiv beschäftigt hat, und dem Jahrtausende alten Interesse der Juristen an Treu und Glauben. Meine These lautet: das Konzept von Treu und Glauben ist eine juristische Ausprägung von Fairness.

Wenn Rechtsdogmatiker sagen, dass ein Verhalten im Widerspruch zu Treu und Glauben steht, dann meinen sie damit: Das Verhalten ist so offensichtlich unfair, dass die Rechtsordnung diesen Verstoß gegen die normative Erwartung fairen Verhaltens nicht ignorieren kann. Und wenn Rechtsdogmatiker sagen, dass eine richterliche Entscheidung von Treu und Glauben gefordert ist, dann meinen sie damit: Würde die Rechtsordnung anders entscheiden, wäre die Entscheidung unerträglich unfair. In beiden Deutungen, der negativen wie der positiven, dem Urteil über das Verhalten der Parteien und der Einschätzung der richterlichen Intervention, habe ich einen Schwellenwert eingefügt. Nicht jede unfaire Handlung und nicht jede unfaire richterliche Entscheidung ist deshalb schon rechtswidrig. Die Rechtsordnung würde sich verheben, würde sie perfekte Fairness anstreben. Aber wenn der Handlung oder der Entscheidung die Unfairness ins Gesicht geschrieben steht, dann wird das auch rechtlich bedeutsam.

Ich hoffe, ich kann Sie im Folgenden überzeugen, dass die Deutung von Treu und Glauben als die Sorge um Fairness fruchtbar ist. Das Tor von der Rechtsdogmatik zur Rechts- und Verhaltensökonomie ist geöffnet. Durch dieses Tor öffnet sich aber kein gelobtes Land. Die Verhaltensökonomien haben zwar intensiv über Fairness nachgedacht und sehr viel (vor allem experimentelle) Evidenz angehäuft. Vor allem hat diese Grundlagenforschung aber eines deutlich gemacht: Fairness ist nicht nur ungeheuer wirkmächtig, sondern auch ungeheuer facettenreich. Was fair ist, steht nicht ein für alle Mal fest. Der Kontext spielt eine große

1 Setwa *Marinova, D.* (2021). Good Faith In The Contract Formation. In *THE LAW AND THE BUSINESS IN THE CONTEMPORARY SOCIETY* (pp 88–114). *Chirico, F.* (2010). The economic function of good faith in European contract law. *Economic Analysis of the Draft Common Frame of Reference*, 31. *Duke, A.* (2007). A universal duty of good faith: an economic perspective. *Monash University Law Review*, 33(1), 182–202. *Mackaay, E.* (2012). Good faith in civil law systems: A legal-economic analysis. *Revista chilena de derecho privado*(18), 149–177. *Mackaay, E. & Leblanc, V.* (2003). The law and economics of good faith in the civil law of contract. *European Association of Law and Economics. Conference of the European Association of Law and Economics*, at Nancy, France, 18–20 September 2003.

Rolle. Es kommt darauf an, wie die Beteiligten diesen Kontext wahrnehmen. Wenn es mehr als eine Möglichkeit gibt, faires Verhalten zu bestimmen, dann neigen viele Menschen (wohl eher unbewusst) dazu, gerade den Aspekt von Fairness herauszustellen, der ihnen persönlich nutzt.

Wer sich als Jurist auf die Fairnessforschung einlässt, der erfährt etwas über mögliche Dimensionen. Er erweitert seinen juristischen Argumentationshaushalt. Aber er kann die intrikaten juristischen Wertungsprobleme nicht einfach an die Ökonomen delegieren. Er muss am Ende doch selbst entscheiden. Die wichtigste Botschaft ist deshalb keine konzeptionelle, sondern eine methodische. Juristen sind daran gewohnt, Wertungsfragen im Diskurs zu lösen. Das entspricht nicht nur Jahrtausende alter Tradition. Je mehr die Wertung durch juristische Dogmatik gelenkt wird, desto mehr dient die Professionalisierung des Diskurses auch als Gewähr der Richtigkeit. Nur wer in all den geronnenen Wertentscheidungen geschult ist, die Eingang in die Dogmatik gefunden haben, der darf die Hoffnung haben, zu einer wohlabgewogenen Entscheidung zu finden. Aber genau an diesem festen Grund fehlt es, wenn sich der Rechtsanwender ausnahmsweise doch einmal direkt auf Treu und Glauben beruft. Dann kann Professionalisierung nicht mehr im selben Maße für Richtigkeit sorgen.

Wenn Juristen ungefiltert mit Treu und Glauben argumentieren, dann hantieren sie im Ergebnis direkt mit Fairnessnormen und Fairnessüberzeugungen. Sie werden das für gewöhnlich sorgsam und gewissenhaft tun. Aber sie können weniger als sonst darauf vertrauen, in ihren Werturteilen von der Dogmatik, und damit der kollektiven Erfahrung ihrer Disziplin, gehalten zu sein. Dieser Unterschied könnte nahelegen, dass Rechtsanwender mehr Gewicht darauf legen, wie die Bevölkerung das Fairnessproblem bewertet. An mehreren Beispielen zeige ich, dass die methodischen Hürden für solche auf den konkreten Konflikt bezogene empirische Arbeit mittlerweile deutlich niedriger geworden sind. Diese Möglichkeit ergibt sich aus der Verfügbarkeit von Sprachmodellen. Man kann mit vertretbarem Aufwand ermitteln, ob das populäre Sprachmodell GPT im zur Entscheidung stehenden Fall einen Verstoß gegen Treu und Glauben feststellt. Diese Einschätzung sollte nicht an die Stelle des richterlichen Urteils treten. Aber sie könnte dem Richter (und den Parteien) Anlass zum Nachdenken geben.

2. Konkurrierende Fairnessnormen und ihre Bedeutung für das Recht

Die Verhaltensökonominnen sind fasziniert von Fairness. Das Fach ist ja dem methodologischen Individualismus verpflichtet. Es erklärt nicht nur wirtschaftliches, sondern potenziell alles menschliche Verhalten mit der Verfolgung des eigenen Nutzens. In erster Näherung besteht der Nutzen aus dem Einkommen. Wenn ein Indi-

Treu und Glauben im Wirtschaftsrecht: rechtstheoretische Grundlegung

Laura Pavlidis

1. Einleitung

- 1.1. Treu und Glauben als Rechtsgedanke mit Tradition
- 1.2. Staatsverweigerer und Rundfunkbeitrag als Ausgangspunkt
- 1.3. Fragestellungen

2. Rechtsvertrauen: Vertrauen als Rechtskomponente

- 2.1. Vertrauens Theorie des Rechts
- 2.2. Vertrauen-Dürfen versus Vertrauen-Müssen

3. Schlussbetrachtungen – Inconstantia/diffidentia facit iniuriam?

- 3.1. Vertrauen im Hoheitsverhältnis als Funktionsschutz vor Rechtsschutzersuchen?
- 3.2. Rechtsmisstrauen und darauf ausgerichtete strategische Prozessführung als Selbstexemption?
- 3.3. (Imaginäres) Recht als politischer Kampf?

1. Einleitung

Die folgende rechtstheoretische Grundlegung setzt an Phänomenen der Distanzierung bzw Devianz¹ vom Recht an – insb an der Staatsverweigerer-Problematik. Dieser Themenzuschnitt mag für eine rechtstheoretische Beleuchtung von Treu und Glauben (im Wirtschaftsrecht) intuitiv überraschen. Deshalb gilt es zunächst,

¹ Darunter lassen sich „Verhaltensweisen oder Einstellungen [verstehen], welche von allgemein anerkannten, normativen Erwartungen einer Gesellschaft abweichen und entsprechend einer informellen oder formellen Sanktionsdrohung unterliegen. Die deviante Missachtung institutioneller Begrenzungen und gesellschaftlich etablierter Normen geht häufig einher mit der Entstehung von Subkulturen.“ Krumpal/Berger, Einleitung, in Krumpal/Berger (Hrsg), Devianz und Subkulturen (2020) 1 (1). Hier ist ebenso an das (speziellere) Phänomen zivilen Ungehorsams zu denken, welches sich als von einer Richtigkeitsüberzeugung getragenes, (zumindest potenziell) rechtswidriges Protesthandeln gegen Gesetze, Institutionen, Unternehmen oder staatliche Maßnahmen fassen lässt. Zum Begriffsverständnis Akbarian, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation (2023) 1 ff, die „anders als im angloamerikanischen Raum überwiegend tradiert, [...] nicht strikt nach einem Kriterienkatalog zivile von unzivilen Formen des Ungehorsams“ differenziert, ebenda 9. Zum Phänomen der uncivil disobedience siehe zB Lai, Justifying Uncivil Disobedience, in Sobel/Vallentyne/Wall (Hrsg), Oxford Studies in Political Philosophy V (2019) 90 ff. Vgl im Übrigen auch zum Phänomen uncivil obedience im Sinne einer subversiven Rechtsbefolgung Bulman-Pozen/Pozen, Uncivil Obedience, Columbia Law Review 2015, 809 ff.

eine gewisse Vorstellung von der Bedeutung dieses Grundsatzes im Schlaglicht der Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik zu vermitteln, um an das hier verfolgte Erkenntnisinteresse heranzuführen.

1.1. Treu und Glauben als Rechtsgedanke mit Tradition

Als Rechtsgedanke hat Treu und Glauben Tradition – vom lateinischen *bona fides* über die großen Kodifikationen der Neuzeit bis in die Gegenwart – insb im Privatrecht, aber auch im öffentlichen Recht – hierzulande und anderswo.²

In Österreich gilt der Grundsatz von Treu und Glauben als eine allgemeine, ungeschriebene Rechtsmaxime, die im Privatrecht und im öffentlichen Recht zu beachten ist.³ Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung⁴ besagt er, dass Personen, die am Rechtsleben teilnehmen, zu ihrem Verhalten zu stehen haben – man darf sich nicht ohne triftigen Grund in Widerspruch zu dem setzen, was man früher vertreten hat und worauf andere vertraut haben.⁵

Dieser Grundsatz findet im geschriebenen Recht verschiedentlich Entsprechung, etwa setzen Schrifttum und Praxis den privatrechtlichen Ausdruck der Übung des redlichen Verkehrs⁶ damit in Verbindung.⁷ Damit ist nach dem OGH gemeint, dass der rechtsgeschäftliche Verkehr „nicht dazu missbraucht werden“ darf, einen anderen hineinzulegen, sondern sich „ehrlich abspielen“ soll.⁸

Das Schrifttum bringt den Gedanken von Treu und Glauben auf keine allgemeingültige Formel, sondern umreißt seinen Inhalt im Detail unterschiedlich.⁹ Der Grundsatz hängt mit der rechtsdogmatischen Figur des Vertrauensschutzes zusammen, der seinerseits – wie auch Treu und Glauben – im Zusammenhang des Rechtsstaatsprinzips, der Rechtssicherheit und der Grundrechtsordnung steht – nach dem in Österreich dominierenden Verständnis insb (der rechtsstaatlichen

2 Siehe zB *Lünstedt*, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht (1963) 18 f mwN.

3 VwSlg 6707 F/1992; OGH 7.10.1974, 1 Ob 158/74.

4 VwGH 14.10.1992, 90/13/0009; 15.3.2001, 2001/16/0063.

5 VwGH 14.10.1992, 90/13/0009; 15.3.2001, 2001/16/0063.

6 Vgl § 914 ABGB.

7 OGH 28.03.1985, 7 Ob 535/85; VwGH 15.3.2001, 2001/16/0063.

8 OGH 28.03.1985, 7 Ob 535/85.

9 Illustre Beispiele aus dem deutschen Schrifttum sind Umschreibungen anhand einer tunlichst gerechten Mittellinie zwischen beiderseitigen Interessen; anhand des Rechtsgewissens als jeder Norm immanenten inneren Vorbehalt; als moralisches Werturteil anhand der Gerechtigkeitsidee des *sum cuique tribuere*; anhand wohlanständigem Verhalten im Gegensatz zu unerwarteten Handlungen, mit denen niemand zu rechnen brauchte; als positivrechtlicher Ausdruck eines moralischen Werturteils. Siehe die überblickshafte Darstellung samt Nachweisen bei *Lünstedt*, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht 20 f mwN; siehe auch die Darstellung der Auffassungen bei *Baumann*, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht (1952) 19 ff.

Komponente) des Gleichheitssatzes.¹⁰ Die Abgrenzung¹¹ ist diffizil,¹² kann hier aber dahinstehen.

Festhalten lässt sich, dass wir Treu und Glauben gemeinhin mit (dem Wahren und Schenken von)¹³ Vertrauen, mit Redlichkeit, Wahrhaftigkeit, Zuverlässigkeit und dem Rechtsmissbrauchsverbot assoziieren.¹⁴ Unser Grundsatz steht als Verweis darauf der Moral nahe.¹⁵ Er findet gar Würdigung als „überzeugendste Formulierung der menschlichen Anständigkeit im rechtlichen und wirtschaftlichen Verkehr“; in ihm würden „Moral und positives Recht zusammenfallen“.¹⁶ Im Nationalsozialismus diente er allerdings der Umgestaltung der Rechtsordnung im totalitären Sinn.¹⁷ Der pervertierte Wert der Treue¹⁸ und Einsatz von Generalklauseln in der NS-Zeit verdeutlichen die rechtstheoretischen Probleme, die sie im Extremszenario eines Unrechtssystems aufwerfen. Als Dynamisierungs- wie Machtfaktor bergen Generalklauseln wesensmäßig ein Gefahrenmoment hin zum Machtstaat in sich.¹⁹ Nichts anderes gilt für ungeschriebene/allgemeine Rechtsmaximen/-grundsätze.

- 10 Für die österreichische Rechtslage siehe nur *Holoubek in Korinek/Holoubek ea* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (16. Lfg 2021) B-VG Art 7 Abs 1 S 1, 2 (und Art 20 GRC) Rz 68, 363–373 (insb Rz 368 und Rz 372 f) zum Begründungsansatz des VfGH und den unterschiedlichen Begründungsansätzen der Lehre. Zu den genannten Zusammenhängen aus dem deutschen Schrifttum siehe nur *Maurer*, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), HStR IV³ (2006) § 79 Rz 156.
- 11 Ua mit Blick auf die Rechtsgrundlagen, Adressaten, den Inhalt/die Stoßrichtung und damit zusammenhängend das Verhältnis zu Moral, Ethik und Loyalität.
- 12 Näher zum Lokalisationsproblem aus dem Schweizer und deutschen Schrifttum nur *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht (2000) 12 ff; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip (2001) 134 ff; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat (1997) 154 ff; von *Arnauld*, Rechtssicherheit (2006) 150 ff; *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht (1983) 3 ff und 36 ff.
- 13 Dazu *Lünstedt*, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, 20 mwN.
- 14 Näher zu diesen Werten *Baumann*, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, 29 ff.
- 15 Siehe nur *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 45.
- 16 Siehe dazu nochmals *Lünstedt*, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, 17 mwN.
- 17 *Lünstedt*, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht 19 mwN. Etwa betitelt *Hassenkamp* ein Kapitel seiner 1941 veröffentlichten, in Innsbruck angenommenen Dissertation zur Generalklausel (Treu und Glauben im ABGB, BGB und ZGB) mit „[d]ie Generalklauseln und der Rechtsneubau“ und schreibt dazu ua: „Bis zur völligen Rechteerneuerung haben nun die Generalklauseln die Aufgabe, den weltanschaulichen Grundsätzen des Nationalsozialismus Eingang in das deutsche Rechtsleben zu verschaffen und ohne Änderung der positiven Vorschriften das gesamte deutsche Recht im Sinne der national-sozialistischen Gedanken neu- und umzugestalten.“ Es sei ein „bleibendes Verdienst der Verfasser des BGB., da[ss] sie durch die Einfügung von Generalklauseln den Umbruch vom liberalistischen zum neuen Rechtsempfinden erleichtert haben“. Die Generalklauseln seien so zu „Einbruchstellen“ des neuen nationalsozialistischen Rechtsdenkens“ geworden. Notorische Ausführungen zum „Richterkönig“ schließen dieses Kapitel ab. *Hassenkamp*, Zur Generalklausel (1941) 34–38, Direktzitate aus 34 f.
- 18 *Gloyna*, Treue, in *Ritter/Gründer* (Hrsg), Historisches Wörterbuch der Philosophie X (1998) 1473 und 1476.
- 19 *Baumann*, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht 16 f.