

Hamburger Rechtsstudien
herausgegeben von Mitgliedern des
Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
Heft 69

Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?

Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge

Von

Dr. Reinhard Zimmermann



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

REINHARD ZIMMERMANN

Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?

Hamburger Rechtsstudien
herausgegeben von Mitgliedern des
Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
Heft 69

Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?

Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge

Von

Dr. Reinhard Zimmermann



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04489 4

Vorwort

Die Arbeit hat dem Fachbereich Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg als Dissertation vorgelegen; sie ist im Januar 1978 abgeschlossen worden. Danken möchte ich insbesondere Herrn Prof. Dr. Seiler für seine freundliche und verständnisvolle Förderung, der Studienstiftung des Deutschen Volkes für vielfältige Anregungen während meines Studiums und meinen Eltern.

Hamburg, Juli 1979

Reinhard Zimmermann

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Die Probleme

<i>I. Problemstellung und Überblick</i>	19
1. Alles-oder-Nichts: Einführung	19
2. Die Ansatzpunkte für die Problembehandlung	21
3. Wucherische Mietverträge	21
a) Zum Vergleich: der Kreditwucher	21
b) Wucherische Mietverträge nach der h. L.	22
4. Bierlieferungsverträge mit überlanger Bezugsverpflichtung ..	23
a) Anwendung des § 138 I BGB	23
b) Der Bierlieferungsvertrag	25
c) Die neuere Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit von Bierlieferungsverträgen	27
aa) Die „Grenzformel“	27
bb) Reduktion	28
cc) Die weiteren Entscheidungen	29
5. Überblick über den Gang der Darstellung	30
<i>II. Wucherische Mietverträge</i>	32
1. Die Mietwuchervorschriften und ihre Entstehung	33
2. Die Argumentation der h. L.	35
3. Nur Mietwuchervorschriften Verbotsgesetze?	36
4. Konkurrenzprobleme	37
5. Individualwucher und Sozialwucher	39
6. Dogmatische Konzeptlosigkeit	40
a) Die Ansätze der h. L.	40
b) § 134 BGB	42
c) Schutzzweckerwägungen	42
d) §§ 8 ff. WiStG	43
e) § 139 BGB	43
<i>III. Bierlieferungsverträge mit überlanger Bezugsverpflichtung</i>	44
1. Methodische Bedenken	44
2. Die gespaltene Sittenwidrigkeitsprüfung	47
a) Gesamtcharakter des Vertrages	47
b) Die isolierte Würdigung der Dauer	48
c) Die einzelnen Konstellationen der Sittenwidrigkeit	50

d) Warum isolierte Würdigung gerade der Dauer?	51
e) Berücksichtigung der Gegenleistung?	53
3. Die von der Rechtsprechung festgesetzte Obergrenze	53
a) Zwanzig Jahre	53
b) Handelt es sich tatsächlich um eine äußerste Mißbrauchsgrenze?	54
4. Das Ziel der Reduktion	56
a) konkret	56
b) abstrakt	57
c) § 138 I BGB noch dogmatischer Ansatzpunkt?	58

Zweiter Teil

Gesetzliche Anknüpfungspunkte

<i>IV. Quantitative Teilnichtigkeit gem. § 139 BGB?</i>	60
1. Teilweise Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften	60
2. Die Arten der Teilbarkeit	61
3. Die Zerlegungsthese (Hellmann)	64
4. Die von Herzog vorgeschlagene Aufgliederung	65
a) Grund- und Ergänzungsabrede	65
b) Rechtsgeschäft als Regelung	66
c) Willentheoretischer Ausgangspunkt	66
d) Keine entsprechenden Willenserklärungen	67
e) Rechtsfortbildung qua Fiktion	68
5. Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 138 BGB?	69
a) Die sog. „unsittlichen inäquivalenten“ Rechtsgeschäfte	69
b) „Gebotsberichtigung“	70
c) Nichtexistenz und Nichtgültigkeit als Nichtigkeitsgründe	71
d) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte	72
6. Die Regelung von Dauer und Entgelt	73
7. Der (abzutrennende) sittenwidrige „Teil“	76
8. Die Vorstellungen des Gesetzgebers („Bestimmungen“)	77
9. Zum Vergleich: Art. 20 II OR und der „blue-pencil-test“	79
<i>V. Das Moderationsrecht als richterliche Rechtsfortbildung: Anknüpfungspunkte und Legitimationsprobleme</i>	80
1. Gem. § 139 BGB: Totalnichtigkeit	80
2. Teleologische Reduktion des § 138 I BGB?	81
a) Straffunktion des § 138 I BGB?	81
b) Vorwerfbarkeit des Handelns?	82
c) Einschränkungen	83
d) Zusammenfassung	83
3. Umdeutung gem. § 140 BGB	84
4. Die Lehre von den „faktischen“ Vertragsverhältnissen	86
a) Die Fallgruppen	86
b) „Parkplatzfall“ als Anknüpfungspunkt?	87
c) Faktische Gesellschaft, faktisches Arbeitsverhältnis	87

5. §§ 343, 655 BGB: Gesamtanalogie?	88
a) Die zit. Normen als „singularia“	89
b) Angemessenheitskontrolle	90
c) Sittenwidrige Vertragsstrafenvereinbarungen	91
d) Modifikationsrecht in § 343 BGB „normfunktional“	92
6. Rückgriff auf Treu und Glauben bzw. § 242 BGB	93
a) Zur „Karriere“ des § 242 BGB	94
b) Die „Eselsbrückenfunktion“	96
7. Richterrecht und Verfassung	97
a) „Gesetz und Recht“ (Art. 20 III GG)	98
b) Die Gewaltenteilung	100
8. Zwischenergebnis	101
9. Gang der weiteren Untersuchung	104

Dritter Teil

Fortbildungsgesichtspunkte

<i>VI. Die Überschreitung fester Verbotsgrenzen, insbesondere bei Höchstpreisvorschriften</i>	105
1. Einführung	105
2. Die Rechtsprechung zu § 1822 Ziffer 5 BGB	105
a) RGZ 82, 124	105
b) Die herrschende Meinung	107
c) Die Motive	107
3. Die Überschreitung einer rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht	108
a) Die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages	108
b) „ohne Vertretungsmacht“	109
4. Die zivilrechtlichen Folgen der Verletzung von Höchstpreisvorschriften	110
a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	110
b) Die Auslegung der Ausnahmeklausel des § 134 BGB	113
aa) Wortlaut	113
bb) Wille des Gesetzgebers	114
cc) Konstruktive Bedenklichkeiten der h. L.	114
dd) Systematisches	116
c) Der „positive“ Gesetzeszweck	117
d) Die Differenzierungen (z. B. nach Anlage- und Umlaufgeschäften)	118
e) Zusammenfassung	119
5. Ergebnis und Überleitung	120
<i>VII. „Quantitative Teilunwirksamkeit“ im römischen Recht?</i>	121
1. Rechtsgeschäfte „contra bonos mores“	121
2. Zinswucher	123
a) Die gesetzlichen Zinsmaxima	123
b) Die privatrechtlichen Folgen des Verbotsverstößes	124
aa) Keine Nichtigkeit	124
bb) Marci. D. 22, 1, 29	125

cc) Paul. Sent. II XIV, 2 und 4	126
dd) Ulp. D. 13, 7, 11, 3	126
3. Zum Verbot der Schenkung unter Ehegatten	128
a) Der Freundeskauf unter Ehegatten (allgemein)	128
b) Ulp. D. 24, 1, 5, 5	128
4. „in maiore minus inest“	130
a) Pomp. D. 19, 2, 52	130
b) „in maiore minus inest“ auch bei Stipulationen?	131
c) Pomp. D. 45, 1, 109	131
5. „tot stipulationes quot res“	132
6. Jav. D. 24, 3, 66, 4	132
7. Zusammenfassung für das klassische Recht	133
8. Das Edikt „de pretiis rerum venalium“ Diocletians	134
VIII. Zivilrechtliche Folgen des Wuchers bis zum BGB	135
1. Die laesio enormis	135
a) C. 4, 44, 2	135
aa) Historischer Kontext	135
bb) iustum pretium	137
b) Erweiterung des Anwendungsbereichs	138
c) Die laesio enormis in den Naturrechtskodifikationen	139
d) Die Stellungnahme des BGB-Gesetzgebers	141
2. Die Zinstaxenpolitik	142
a) Aufhebung des Zinsverbots	142
b) Wucher: die übermäßigen Zinsen	144
c) Die Freigabe des Zinsfußes	145
3. Das Reichsgesetz vom 24. 5. 1880 und seine Entstehung	146
a) Mißstände und Kritik	146
b) Strafbarkeit unabhängig von Höchstsatzüberschreitung	147
c) Die Anträge Reichensperger und v. Kleist-Retzow, v. Flottwell, Frh. v. Marschall	147
d) Primär strafrechtliche Lösung	148
e) Zivilrechtliche Konsequenzen des veränderten Wucherbegriffs	149
4. Die Ausdehnung auf den Sachwucher (Gesetz vom 19. 6. 1893) ..	151
5. Das BGB (§ 138 II)	153
6. Zum Vergleich: die Schweiz	154
7. Überlange Konkurrenzbeschränkungen in der Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts	154
8. Zusammenfassung	156
IX. Die Totalnichtigkeit in ihren Konsequenzen	156
1. Einführung	156
2. Die spezifischen Interessenkonflikte	157
3. § 817, 2 BGB auch bei turpitude solius dantis?	158
4. § 817, 2 BGB auch gegenüber der Vindikation?	159
a) Der Meinungsstreit	159
b) Teleologische Extension	160

5. Die Lehre Honsells: Restriktion des § 817, 2 BGB	163
6. Ablehnung dieser Ansicht	164
a) Flexible Handhabung der regulae	164
b) Die Anwendung des § 817, 2 BGB im Restbereich	164
c) Honsells Kritik an der h. L.	165
d) Verlagerung der Probleme	166
aa) Moderationsrecht	166
bb) venire contra factum proprium	166
cc) Ergebnis	168
e) Gebotsberichtigung	168
7. Die Leistung des Wucherers	170
8. Der Rückforderungsausschluß bei Mietverträgen	170
a) bei zeitlich unbegrenzten	170
b) bei befristet abgeschlossenen	171
9. Der Anspruch auf Rückzahlung des Mietzinses	171
10. Die Vergütungspflicht des Bewucherten	172
a) Ansätze in der Literatur	172
b) Bereicherung in sonstiger Weise	173
c) Konkurrenzprobleme nicht relevant	174
11. Die Abwicklung nichtiger Bierlieferungsverträge	175
12. Zusammenfassung	176

Vierter Teil

Das Ergebnis

X. Gesetz und richterliches Billigkeitsempfinden	177
1. Rechtsfortbildung contra legem	177
2. Merkmale mißglückter richterlicher Rechtsfortbildung	178
3. Die Gestaltungsprärogative des Gesetzgebers	181
4. Richterliche Wirtschaftspolitik	183
5. Die Berücksichtigung der Rechtssicherheit	186
6. Richterliche Regelbildung	188
7. Summum ius summa iniuria	189
8. Auswuchern von Billigkeitselementen	190
9. Noch einmal: die Rechtsfolgenseite	192
10. Der Wucherbegriff früher und heute	194
11. Die Reduktion bei praefixierter Grenze	195
12. Das Legitimitätsrisiko	197

Zusammenfassung	199
------------------------------	------------

Literaturverzeichnis	203
-----------------------------------	------------

Konkordanzenverzeichnis

Entscheidungen sind in dieser Arbeit möglichst (d. h. soweit eine entsprechende Fundstelle vorhanden ist) nach der „amtlichen“ Sammlung (BGHZ), der NJW oder der JZ zitiert. Eine Ausnahme gilt lediglich für die Entscheidungen des BGH zu den Bierlieferungsverträgen (vgl. Kap. III), da die Rechtsprechung hier vollständig nur in den Wertpapier-Mitteilungen dokumentiert ist. Für den Leser, der diese Zeitschrift nicht zur Hand hat, sei auf folgende Parallelfundstellen hingewiesen:

- BGH WM 70, 99 = LM BGB § 138 (Bb) Nr. 27; MDR 70, 213; BB 70, 11; Betr. 70, 45; GRUR 69, 473; WRP 70, 113; WuW 70, 227
- BGH WM 70, 1188 = BGHZ 54, 145; NJW 70, 2157; JZ 71, 179; MDR 70, 910; BB 70, 1190; GRUR 71, 42; WRP 70, 384; WuW 70, 745
- BGH WM 70, 1402 = NJW 70, 2243; LM BGB § 138 (Bb) Nr. 31; MDR 71, 125; BB 70, 1419; Betr. 70, 2167; WuW 71, 132
- BGH WM 72, 1224 = NJW 72, 1459; LM BGB § 138 (Bb) Nr. 34; MDR 73, 43; BB 72, 937; Betr. 72, 1475; WuW 73, 707
- BGH WM 73, 357 = BB 73, 637; WuW 73, 708
- BGH WM 73, 924 = Betr. 73, 1843
- BGH WM 73, 1360 = LM BGB § 138 (Bb) Nr. 35; MDR 74, 396; Betr. 74, 333; WuW 74, 422
- BGH WM 74, 1042 = NJW 74, 2089; LM BGB § 138 (Bb) Nr. 36; MDR 75, 748; BB 74, 1094; Betr. 74, 2048
- BGH WM 75, 307 = Betr. 75, 638
- BGH WM 75, 623 = BGHZ 64, 288; NJW 75, 1268; Betr. 75, 1215
- BGH WM 76, 508 = MDR 76, 834; Betr. 76, 1010; WuW 76, 791

Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen

(außer den allgemein üblichen)

a	anno
Abg.	Abgeordneter
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
AbzG	Gesetz, betr. d. Abzahlungsgeschäfte
AC	Law Reports, Appeal Cases, House of Lords (vorgängig Jahr, nachfolgend Seitenzahl)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
ADB	Allgemeine Deutsche Biographie
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Afr.	Africanus
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäfts- bedingungen
AHGZ	Allgemeine Hotel- und Gaststätten-Zeitung
AktG	Aktiengesetz
ALLER	All England Law Reports Annotated seit 1936 (vorgängig Jahr, nachfolgend Seitenzahl)
Anh.	Anhang
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (Band, Seite)
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts. Arbeitsrecht- liche Praxis (Gesetzesstelle, Entscheidungsnummer)
AppG	Appellationsgericht
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht (Band, Seite)
Arch. f. Rpfl.	Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt (Jahr, Seite)
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft
AT	Allgemeiner Teil
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band, Seite)
BaiLO	Baierische Landesordnung
BB	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)
BBauG	Bundesbaugesetz
Betr.	Der Betrieb (Jahr, Seite)
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Band, Seite)

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BlGrBWv	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht (Jahr, Seite)
Bolze	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearb. v. Albert Bolze (zit.: Band, Nr.)
BT	Besonderer Teil
BürgR	Bürgerliches Recht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
C	Codex Iustinianus
cap	capitulus
cc	Code civil (Frankreich)
Cels	Celsus
Ch	Law Reports, Chancery Division (vorgängig Jahr, Band, nachfolgend Seitenzahl)
cod civ	Codice civile (Italien)
Cod Maximil Bav	Codex Maximilianeus Bavaricus civilis
Cod Theod	Codex Theodosianus
Cod Theres	Codex Theresianus juris civilis
CRL	Classical Roman Law
D	Digesta
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (Jahr, Seite)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahr, Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr, Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr, Seite)
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft (Jahr, Seite)
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Jahr, Seite)
EvStL	Evangelisches Staatslexikon
Fg.	Festgabe
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fs.	Festschrift
Gai	Gaius
Gai Inst	Gai institutiones
GenG	Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GesR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GR	Grundrechte (vgl. im Literaturverzeichnis unter Nipperdey)
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. v. Gruchot (zit.: Jahrgang, Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)
Gs.	Gedächtnisschrift, Gedenkschrift
GuN	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (vgl. im Literaturverzeichnis unter Esser)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HDSt	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HGB	Handelsgesetzbuch

h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
I	Institutiones Iustiniani
i. S. d.	im Sinne des
I Itp	Index interpolationum
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Jahr, Seite)
Jav	Iavolenus
JBl	Juristische Blätter (Jahr, Seite)
JhJb	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band, Seite)
JJP	The Journal of Juristic Papyrology (Band, Seite)
JR	Juristische Rundschau
JRA	Jüngster Reichsabschied
Jul	Iulianus
JurJb	Juristen-Jahrbuch (Band, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
Kap.	Kapitel
K B	Law Reports, King's Bench Division (vorgängig Jahr, Band, nachfolgend Seitenzahl)
KG	Kammergericht
Kom.-Ber.	Kommissionsbericht
LG	Landgericht
Lb.	Lehrbuch
lib	liber
LK	Leipziger Kommentar
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Paragraph, Nummer)
Lp.	Legislaturperiode
l. Sp.	linke Spalte
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
Marci	Marcianus
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
m. N.	mit Nachweisen
Mot.	Motive
MRVerbG	Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begren- zung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NS	Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede (4 Teile, 1747)
OAG	Oberappellationsgericht
ObG	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof
OGHBZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGH SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen (Band, Nummer)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Briti- sche Zone in Zivilsachen (Band, Seite)

OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
Pap	Papinianus
Paul	Paulus
Paul Sent	Pauli sententiae
Pomp	Pomponius
pr	principium
PrALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
PrgNz	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (vgl. im Literaturverzeichnis unter Wieacker)
Prot.	Protokolle
QPR	Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands
Rabelsz	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel (Jahr, Seite)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Jahr, Seite)
RE	Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, neue Bearb. von G. Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus, K. Ziegler
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGRK	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité (Band, Seite)
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (Band, Seite)
RPO	Reichspolizeiordnung
RP	Römisches Privatrecht (vgl. im Literaturverzeichnis unter Kaser)
r. Sp.	rechte Spalte
Rspr.	Rechtsprechung
RT	Reichstag
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr, Seite)
SachsGothLO	Sachsen-Gothaische Landesordnung
SC	Senatusconsultum
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Jahr, Seite)
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Jahr, Nummer)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Band, Seite)
Sp.	Spalte
Stenogr. Ber.	Stenographische Berichte
StGB	Strafgesetzbuch
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Südd. JZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr, Seite)
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (zit.: Band, Seite)
TestG	Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen
Tit.	Titel
UE	tituli ex corpore Ulpiani (Epitome Ulpiani)

u. li.	unten links
Ulp	Ulpian
Urt.	Urteil
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau f. d. Individualversicherung (Jahr, Seite)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (zit.: Band, Seite)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WarnRspr	Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist, hrsg. v. Warneyer (Jahr, Nummer)
WiKG	Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität
WiStG	Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts
WKSchG	Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr, Seite)
w. N.	weitere Nachweise
WohnungsbindG	Gesetz zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
WürttLO	Württembergische Landesordnung
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Jahr, Seite)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (zit.: Jahr, Seite)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Band, Seite)
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis (Jahr Nummer)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGB-DDR	Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Band, Seite)
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (Jahr, Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZS	Zivilsenat
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Jahr, Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Band, Seite)

Erster Teil

Die Probleme

I. Problemstellung und Überblick

1. „Grausam“ ist ein beliebtes Epitheton zur Charakterisierung des Alles-oder-Nichts-Prinzips¹. Dessen möglichste Zurückdrängung könnte damit beinahe schon als dringlich wünschenswerter Schritt auf dem Wege zu einer durch Abkehr von unzeitgemäß-archaischen Strukturen² vermittelten Humanisierung der Rechtsordnung erscheinen.

Hauptschauplatz der Diskussion ist das Schadensersatzrecht³; hier hat das vom BGB statuierte Prinzip der Totalreparation⁴ zu einigem Unbehagen Anlaß gegeben, das angesichts des im Zeitalter der Technik ungemein gewachsenen Schadenspotentials Ursache mancher Härten ist. Doch „hart“ bedeutet nicht notwendig „grausam“.

Nüchterne Betrachtung hat heute vielfach zu der Erkenntnis geführt, daß sich das Alles-oder-Nichts-Prinzip weitgehend bewährt habe⁵. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß sich gerade in diesem vom Gesetzgeber nur mit einigen groben Linien konturierten Rechtsgebiet manche Ansatzpunkte zur Haftungsbeschränkung haben finden und institutionell verfestigen lassen. Wichtig sind die Bemühungen der Rechtsprechung, die durch „logisch-naturwissenschaftliche“ Kausalbeziehung noch erfaßten Schäden wertend einzugrenzen⁶, weiterhin etwa die viele

¹ s. z. B. Möller, S. 135.

² Kaser, JuS 67, 342 f. bringt den „gewissen ‚Alles-oder-nichts‘-Standpunkt“, der manchen Teillösungen im Wege stehe, mit Gegebenheiten der römischen Prozeßordnung in Zusammenhang.

³ Eingehend hierzu in jüngerer Zeit v. a. Bühnemann, Fg Möller, S. 135 ff.; Wadle, VersR 71, 485 ff.

⁴ Überblick über andere Rechtsordnungen, nach denen der Schaden grundsätzlich voll zu ersetzen ist, bei Stoll, RabelsZ 1970, 486 ff.

⁵ Hauss, S. C 38; Bühnemann, Fg Möller, S. 138 f. mwN.

⁶ Zunächst durch die Adäquanzformel, dann, als dies Instrument durch harte Anforderungen an die Voraussehbarkeit immer stärker entwertet und damit zu dem angestrebten Zweck untauglich wurde (schon das RG hatte die „Tatbestandsvoraussetzungen“ der Adäquanz einmal als „jene starken Ausdrücke“ bezeichnet: RGZ 168, 86 [88]; der BGH hat des öfteren bekundet, daß die Adäquanzprüfung nicht ausreiche: vgl. BGHZ 27, 137 [139 f.]; BGH NJW

Fälle des technischen Berufslebens erfassenden Rechtsgrundsätze bei schadensgeneigter Arbeit⁷ und die Rechtsprechung zur Beachtlichkeit von Reservoursachen⁸. Vor allem innerhalb des § 254 BGB, durch den der BGB-Gesetzgeber selbst bereits das Alles-oder-Nichts entscheidend eingeschränkt hat⁹, finden sich vielfältige weitere Ansätze¹⁰.

All dies ändert freilich nichts daran, daß der Schädiger auch bei leichter Fahrlässigkeit für den gesamten Schaden haftet. Streitig ist, ob hier für Fälle, in denen eine Totalhaftung grob unbillig erscheinen und dem Gerechtigkeitsempfinden widersprechen kann, de lege ferenda Abhilfe zu schaffen ist. Während zur Vermeidung von Rigorismen insofern vielfach die Einfügung einer Reduktionsklausel befürwortet wird¹¹, überwiegen bei anderen¹² die Bedenken gegen eine solche — auch bei Verwendung zurückhaltender Formeln — notwendig generalklauselartige¹³ richterliche Gestaltungsermächtigung. Eine prinzipielle Abkehr vom Alles-oder-Nichts-Standpunkt¹⁴ wird jedoch ganz überwiegend nicht in Betracht gezogen: weder in Form einer allgemeinen Proportionalitätsklausel¹⁵, noch durch mechanistisch-willkürliche Abstufung des Haf-

68, 2287 [2288]), durch die Lehre vom Schutzzweck der Norm (BGHZ 27, 137 ff.; BGH NJW 68, 2287 f.; BGHZ 57, 137 (142); v. Caemmerer, Kausalzusammenhang, S. 402 ff.; w. N. bei Larenz, SchR I, § 27 III b 2 (S. 357 [8])).

⁷ Beispiel: BGHZ 16, 111 (116 ff.); vgl. Hueck / Nipperdey I, § 35 II 4; Palandt / Heinrichs, § 276, 5 C; Palandt / Putzo, § 611, 14 b.

⁸ Beispiel: BGHZ 29, 207 (215 f.); w. N. bei Palandt / Heinrichs, 5 f. vor § 249.

⁹ Zur Lehre von der *compensatio culpa* im gemeinen Recht (Haftung entfällt, wenn Geschädigter durch eigenes Verschulden zum Erfolg beigetragen hat; Ausnahme: bei vorsätzlichem oder arglistigem Handeln des Schädigers): Windscheid / Kipp II, § 258 (Anm. 17); v. Gierke III, § 176 (S. 80, Fn. 69, 70); Enneccerus / Lehmann, § 16 pr.; vgl. weiterhin das bei Rother, S. 35, Fn. 2 zusammengestellte Entscheidungsmaterial.

¹⁰ z. B. wirkt sich die allgemeine Ausdehnung des Verschuldensbegriffes natürlich auch hier aus; weiterhin gehört hierher das Institut des Handelns auf eigene Gefahr: BGHZ 34, 355 (358 ff.); zu all dem vor allem Rother, S. 62 ff., 111 ff., 144 ff.

¹¹ Hermann Lange, S. 26 ff.; Wilburg, Referat, S. C 10 ff.; Hauss, S. C 39 ff.; Referentenentwurf I, Art. 1, 2 (Begründung: II, S. 29 ff.); Weitnauer, Karlsruher Forum 1961, S. 32 ff.

¹² Esser, SchR I, § 40 II 4; Flume und v. Godin in ihren Diskussionsbeiträgen auf dem 43. DJT, Verhandlungen II, S. C 80 ff., 103 ff.; jedenfalls für den jetzigen Zeitpunkt ablehnend auch Wadle, VersR 71, 492; Bühnemann, Fg Möller, S. 142 ff. (148, 154).

¹³ Vgl. etwa Weitnauer, Karlsruher Forum 1961, 35; Analyse der Reduktionsklausel des Referentenentwurfs bei Stoll, RabelsZ 1970, 483 ff.

¹⁴ Gegen den bezeichneten Standpunkt aus dem „Geist“ des Nationalsozialismus heraus polemisiert wurde: vgl. Möller, S. 135 ff.; Heinrich Lange, S. 17, 23, 29 ff., 32, 34 ff.; Volkmar, ZAKDR 37, 635; für das Erbrecht vgl. z. B. die Bemerkungen von Thielmann, S. 180.

¹⁵ Vgl. Art. 43 OR; offensichtlich ist die Praxis in der Anwendung dieser Klausel aber sehr zurückhaltend: vgl. Referentenentwurf, S. 35 f.; Stoll, RabelsZ 1970, 489 m. w. N.

tungsumfangs nach Verschuldensgraden, wie sie etwa das PrALR vor-sah¹⁶.

Nun ist es auch auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts in einem engeren Sinne nicht nur das Schadensersatzrecht, in dem sich für eine Rechtsordnung die Regelungsalternative zwischen Alles-oder-Nichts und Reduktion, Modifikation, Moderation, Teilung oder Umschaffung stellt; sie ist jedoch in anderen Bereichen bislang weniger erörtert und problematisiert worden¹⁷. Insbesondere das Problem der Rechtsfolgen verbotener Rechtsgeschäfte ist vernachlässigt und dogmatisch nicht hinreichend durchleuchtet worden. Dies Defizit zu verkleinern, ist das Ziel der vorliegenden Untersuchung.

2. Ein Rechtsgeschäft kann beanstandet werden, weil es gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 134 BGB), weil es (speziell) wucherisch (§ 138 II BGB) oder weil es allgemein sittenwidrig ist (§ 138 I BGB). Im vorliegenden Zusammenhang von Interesse sind Fälle, in denen diese Beanstandung wegen des Übermaßes einer der Leistungsverpflichtungen erfolgt. Den Ausgangspunkt für die Problembehandlung bilden zwei derartige Fallgruppen, von denen die eine den Wuchernormen, die andere dem § 138 I BGB unterfällt. Sie sind zunächst kurz zu skizzieren¹⁸.

3. a) Haben zwei Parteien einen Vertrag über die Gewährung eines zu 90 %¹⁹ verzinslichen Darlehens abgeschlossen, so halten wir eine derartige Absprache für „wucherisch“. Der Richter, der einen derartigen Sachverhalt zu beurteilen hätte, würde einen Zinssatz in dieser Höhe als einen in einem auffälligen Mißverhältnis zur Leistung stehenden Vermögensvorteil ansehen²⁰. Sofern er zusätzlich zu dem Ergebnis käme,

¹⁶ 1 ff. I 6 PrALR (Vorsatz, grobes Versehen, mäßiges Versehen, geringes Versehen); vgl. in diesem Zusammenhang auch §§ 1323 f., 1331 f. ABGB.

¹⁷ Gleichwohl hat der BGH erst unlängst lakonisch feststellen zu können geglaubt: „Es entspricht auch sonst der Rechtsentwicklung, das sog. ‚Alles-oder-nichts‘-Prinzip zurückzudrängen.“ (BGHZ 63, 189 [194]).

¹⁸ Weitere, bei § 134 BGB einschlägige Fallgruppen, die etwas besonders gelagert sind, werden unten (Kap. VI) erörtert. Ausgeklammert werden kann im folgenden die Rechtsprechung zu den sog. „Mätressentestamente“. Hier hat der BGH (NJW 69, 1343 [1346 f.]; FamRZ 63, 287 [289 f.]; zust. Speckmann, JZ 70, 401 ff.; w. N. bei Thielmann, S. 175, Fn. 17) die Einsetzung als Alleinerbin für aufspaltbar gehalten und damit bei § 138 I BGB die Teilnichtigkeit einer einheitlichen Einzelverfügung bejaht. Diese Rechtsprechung ist bereits mehrfach Gegenstand ebenso scharfer wie m. E. berechtigter Kritik gewesen (vgl. bes. Husmann, NJW 71, 409 ff.; Ramm, JZ 70, 129 ff.; D. Reinicke, NJW 69, 1345; Simshäuser, S. 46 ff.; im Ergebnis weitgehend übereinstimmend auch Thielmann, S. 173 ff.); sie ist mit dem geltenden Recht unvereinbar (anders noch nach § 48 II TestG; hierzu RGZ 168, 177 [182 f.]).

¹⁹ Dies der Zinssatz in dem Fall BGH Betr. 67, 677.

²⁰ Die Frage, wann ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gegeben ist, beurteilt die Rechtsprechung aufgrund umfassender Einzelfallbetrachtung; vgl. im einzelnen die Zusammenstellung der ein-