

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 102

Rechtsdogmatik und Wirtschaft

Das richterliche Moderationsrecht
beim sittenwidrigen Rechtsgeschäft im Rechtsvergleich – Bundesrepublik
Deutschland – Schweiz – Österreich – Frankreich

Von

Alfons Bürge



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

ALFONS BÜRGE

Rechtsdogmatik und Wirtschaft

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 102

Rechtsdogmatik und Wirtschaft

Das richterliche Moderationsrecht
beim sittenwidrigen Rechtsgeschäft im Rechtsvergleich – Bundesrepublik
Deutschland – Schweiz – Österreich – Frankreich

Von

Alfons Bürge



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Bürge, Alfons:

Rechtsdogmatik und Wirtschaft: d. richterl. Moderationsrecht beim sittenwidrigen Rechtsgeschäft im Rechtsvergleich – Bundesrepublik Deutschland – Schweiz – Österreich – Frankreich / von Alfons Bürge. – Berlin: Duncker und Humblot, 1987.

(Schriften zum Bürgerlichen Recht; Bd. 102)

ISBN 3-428-06124-1

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1987 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin 61

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06124-1

„ . . . tout ce qui est soumis à la succession du temps ne s'explique que par le mélange des faits et des réflexions: les Allemands voudraient arriver sur tous les sujets à des théories complètes, et toujours indépendantes des circonstances, mais comme cela est impossible, il ne faut pas renoncer aux faits, dans la crainte qu'ils ne circonscrivent les idées; et les exemples seuls, dans la théorie comme dans la pratique, gravent les préceptes dans le souvenir.“

Mme de Staël, De l'Allemagne, II, chap. 31.

Vorwort

Während der Abfassung der hier vorgelegten Abhandlung hatte ich die Gelegenheit, in allen der darin behandelten Länder für längere Zeit zu arbeiten. Gegenwärtig bin ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Leopold-Wenger-Institut der Universität München tätig. Aufgrund dieser Umstände versteht es sich von selbst, daß ich vielen für vieles zu danken habe. Ich möchte diesen Dank persönlich abstaten und verzichte deshalb auf die Monotonie einer langen Liste, die zudem den Anschein der Dekoration mit fremden Federn erwecken müßte.

Drei Personen will ich dennoch hervorheben. Es schmerzt mich tief, daß ich der ersten von ihnen, meinem Lehrer Prof. Hans Peter die Arbeit in dieser Form nicht mehr überreichen darf. Das Manuskript hatte er noch kritisch durchsehen können. Wer ihn kannte, weiß, wieviel er mir geholfen, und wie sehr er mich gefördert hat. Prof. H. Kötz hat mich in Hamburg im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht eingeführt; er und der Kreis der Mitarbeiter und Gäste des Institutes waren mir eine angenehme und wichtige Unterstützung. Schließlich fühle ich mich ganz persönlich mit Prof. Th. Mayer-Maly und der Universität Salzburg verbunden. Prof. Mayer-Maly hat mich nicht nur für dieses diabolische Thema erwärmt, sondern mich dann auch freundschaftlich durch mancherlei Fährnisse und Widrigkeiten geführt.

Ohne ein Forschungsstipendium des Schweizerischen Nationalfonds wäre das ausgedehnte rechtsvergleichende Arbeiten nicht möglich gewesen. Ein besonderer Dank gilt zum Schluß dem Verlag Duncker & Humblot und dessen Geschäftsführer, Herrn Ernst Thamm, für das mir in dieser Reihe so unkompliziert gewährte Gastrecht und den Mut, sich mit den bei einem Schweizer Autor unvermeidlichen Helvetismen anzufreunden.

Abkürzungen

Die Abkürzungen richten sich nach den gebräuchlichen Abkürzungsverzeichnissen. Für die BRD ist jenes von Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin 1983 (3. Aufl.) zu nennen, für Österreich Friedl, Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache, Wien 1970; als Leitfaden für die Schweiz dient Oftinger, Vom Handwerkszeug des Juristen und von seiner Schriftstellerei, Zürich 1981 (6. Aufl.). Die Urteile des Schweiz. BGr werden in der Regel mit der ersten Seitenzahl und der Erwägung (E.) zitiert. Datum und Aktenzeichen der deutschen Judikatur finden sich am Schluß des Textteils in einer Konkordanz zusammengestellt. Im ganzen waren Harmonisierungen unumgänglich. Die Arbeit wurde Ende März 1985 abgeschlossen. Nachträge waren vereinzelt noch möglich.

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Einleitung	13
-------------------	----

Zweiter Teil

Übersicht über die Rechtsprechung	16
--	----

I. Wucherische Darlehenszinsen	16
1. Bundesrepublik Deutschland	16
2. Schweiz	22
3. Österreich	25
4. Frankreich	27
II. Überlange vertragliche Bindungen: Bezugsverpflichtungen als Beispiel	31
1. Bundesrepublik Deutschland	31
2. Schweiz	41
3. Österreich	46
4. Frankreich	52
III. Zusammenfassende Bemerkungen und Überleitung	57

Dritter Teil

Rechtsvergleichende Synthese der Lösungsansätze	60
--	----

I. Willenstheorie	60
1. Gesamtnichtigkeit als Rechtsfolge	60
2. Teilnichtigkeit als Rechtsfolge	68
a) Allgemeine Bemerkungen	68
b) Interpretative Einschränkung der vertraglichen Regelung	70
c) Objektivierung der Teilnichtigkeitsvermutung in der Schweiz	73
d) Wertungen aufgrund eines hypothetischen Parteiwillens	75
e) Schlußfolgerungen	79
II. Zerlegbarkeit oder objektive Teilbarkeit	81
III. Pönale und ethische Erwägungen	88

IV. Das historische Argument	91
V. Analogie und Induktion	93
VI. Fallgruppen	97
VII. Schutzzweck	99
VIII. Verhalten nach Treu und Glauben	106
IX. Andere Auswege und Gestaltungen	111
1. Konversion	111
2. Vertragsdenken im Bereicherungsrecht	113
3. Teilwirksamkeitsklauseln	118
4. Anpassungsklauseln und Verlängerungsklauseln	119
5. Zerlegung durch die Parteien	120
6. Lösungen im Rahmen anderer Regelungszusammenhänge	121
X. Zusammenfassung und Überleitung	123

Vierter Teil

Die Koordination des Einzelfalls mit dem gesetzlichen und ökonomischen Kontext 127

I. Koordination im Kontext des Gesetzes	127
1. Stellung der Willensdoktrin	127
2. Allgemeines Privatrecht und Spezialgesetz	136
a) Einleitung	136
aa) Wettbewerbsrecht und Privatrecht	143
α) Bundesrepublik Deutschland	144
β) Schweiz	149
γ) Österreich	157
bb) Gesetzgebung und Zinsbildung	160
3. Privatautonomie und Organisationswirkung privatrechtlicher Regelungen	164
4. Die Bedeutung komparativer Sätze	169
5. Das sittenwidrige Rechtsgeschäft im Prozeß	173
II. Koordination im ökonomischen Kontext	182
1. Allgemeines	182
2. Preisbildung	185
3. Zahlen – vergleichbar und unvergleichlich	189
4. Das Individuum im Wettbewerb	193
5. Rechtsvergleichende Vertiefung: Die Aufarbeitung eines ökonomischen Ansatzes durch die französische Rechtsprechung	198

	Inhaltsverzeichnis	11
6.	Das verfügbare Instrumentarium: Praktikabilität	210
7.	Rechtsvergleichende Vertiefung: Die Wirtschaftsinformation in der französischen Wuchergesetzgebung	213
III.	Koordination des Einzelfalls	217
1.	Allgemeines	217
2.	Koordination bei ausreichenden juristischen und wirtschaftlichen Daten	220
a)	Das Entgelt beim wucherischen Darlehen	220
b)	Das Organisationselement der Dauer	221
3.	Koordination bei nicht ausreichender wirtschaftlicher Datenbasis	224
4.	Scheitern der Koordination	231
IV.	Fluchtlinien der Dogmatik	232
1.	Allgemeines	232
2.	Folgenorientierung	232
3.	Diskurs	236
	<i>Fünfter Teil</i>	
	Ausblick	240
	Konkordanz der verwendeten deutschen Rechtsprechung	246
	Literaturverzeichnis	253

Erster Teil

Einleitung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, wie der Richter mit dem sittenwidrigen Übermaß umzugehen hat, namentlich wie er ein solches reduzieren könne. Die allgemeine Problematik eines richterlichen Moderationsrechtes wollen wir fallbezogen anhand der Rechtsprechung zu den wucherischen Darlehensverträgen und zu den Dauerverträgen, dort mit Schwergewicht auf den überlangen Bezugsbindungen insbesondere bei Bierlieferungsverträgen erörtern. Das hat den Vorteil der Sachnähe, ohne daß deswegen der Anspruch auf Verallgemeinerungsfähigkeit aufgegeben werden müßte. Ohne den wirtschaftlichen Hintergrund ins Blickfeld zu nehmen, scheint uns indessen ein solches Unternehmen sinnlos zu sein. Die Brücke von der Rechtsdogmatik zur Wirtschaft ist also zu schlagen; diese theoretische Ebene rechtfertigt den programmatischen Titel der Arbeit. Grundlage und Bezugs Ebene bleibt jedoch die Praxis der Falllösung.

Statt wie üblich Erwägungen zur Methode an den Anfang zu setzen, wollen wir hier deshalb den umgekehrten Weg gehen. Der praktische Fall soll Einstieg sein und das Problem schärfer einzugrenzen helfen. Das Lösungsinstrumentarium, das zu seiner Bewältigung in den verschiedenen untersuchten Rechtsordnungen – Bundesrepublik Deutschland, Schweiz, Österreich, Frankreich – herangezogen wurde und wird, läßt die Anforderungen an ein befriedigendes methodisches Vorgehen deutlicher hervortreten. Beides zusammen, Falllösung wie Lösungsinstrumentarium, sind das Ziel und sollen als Synthese und Ergebnis den Schluß bilden.

Wir sind der Ansicht, daß die hier behandelten Fälle juristisch in einem größeren Zusammenhang gesehen werden müssen. Wer von der Reduktion des sittenwidrigen Übermaßes spricht, setzt ja die Feststellung jenes Übermaßes schon voraus. Darauf näher einzugehen, gestattet der Rahmen unserer Arbeit jedoch nicht; ohne Blick auf das Ganze wird der Teil aber sinnlos. Deshalb schicken wir als Ausweg aus dem Dilemma eine Übersicht voraus, die die Rechtsprechung in jenen Fallgruppen vorführen soll, aus denen wir die Frage der Reduktion des sittenwidrigen Übermaßes herausgreifen werden. Nicht Vollständigkeit ist dabei angestrebt, sondern Akzentsetzung; dem dienen auch die Hinweise auf das gebräuchliche methodische Instrumentarium, das – unter anderem Aspekt freilich – beim speziellen Problem der Teilnichtigkeit in den Lösungsansätzen wieder aufscheinen wird. Auch

hier bleibt der Gedanke leitend, Konturen hervortreten zu lassen, um damit an Anschaulichkeit zu gewinnen.

In der sich daran anschließenden Überprüfung der Lösungswege, welche Praxis und Doktrin eingeschlagen haben, können wir aus zwei Gründen auf eine Abgrenzung nach den verschiedenen behandelten Ländern verzichten. Soweit nämlich die gesetzliche und dogmatische Basis auf dem Hintergrund einer gemeinsamen wissenschaftlichen Tradition gleich oder zumindest ähnlich ist, gerät eine getrennte Behandlung leicht zur doublettenhaften Wiederholung. Soweit jedoch die gesetzlichen Vorgaben in diametralem Gegensatz zueinander stehen wie die Teilnichtigkeitsvermutung im schweizerischen Recht zur Vermutung der Gesamtnichtigkeit im deutschen BGB, machen gleiche Ergebnisse auf Fehler auf der methodischen Ebene aufmerksam, vollends wenn juristisch gleich argumentiert wird.

Wenn wir dann in der Ausarbeitung unseres Lösungsmodells die drei Länder des deutschen Rechtskreises zusammen behandeln und Abweichungen bloß anmerken, so handelt es sich keineswegs um die Absicht, den jeweiligen Rechtsordnungen fremdes Recht zu unterchieben. Weder wollen wir deutsches Recht exportieren noch umgekehrt fasziniert vom Fremden schweizerische und österreichische Lösungen unbesehen rezipieren. Doch wenn Gemeinsamkeiten sichtbar werden und gemeinsame wissenschaftliche Traditionen sich in der Praxis widerspiegeln, liegt es nahe, solche Linien zu verfolgen, da sie dem Ursprung näherkommen. Warum soll man nicht in einem Bereich gemeinsamer Tradition an den Gedanken des *jus commune* anknüpfen, zu einer Zeit, in der hektischer Tourismus die mit der zunehmenden sprachlichen Isolierung und der Eigendynamik nationaler und supranationaler Bürokratien tief und tiefer werdenden Gräben zwischen den einzelnen Ländern nur notdürftig überdeckt?

Wie uns die Durchsicht des hergebrachten Lösungsinstrumentariums zeigen wird, läßt sich sinnvollerweise die ökonomische Dimension des Problems nicht ausblenden. Daß wir uns damit einer Grenze nähern, ist uns bewußt. Grenzgänge verlocken jedoch, weil sie neue Blickpunkte verheißen, auch wenn dabei, wie Streissler in einem fast schon zum geflügelten Wort avancierten Ausspruch meinte, die Wahrscheinlichkeit, des Dilettantismus geziehen zu werden, mutig hingenommen werden muß¹. Der eigenen Grenzen bewußt, versuchen wir deshalb auf der Seite des Juristen zu bleiben. Wie wirtschaftliche Vorgänge in die juristische Dogmatik eingearbeitet werden können, weil sie in der Rechtspraxis bewältigt werden müssen, steht im Vordergrund. Die Perspektive bleibt also juristisch. Dies mag für den Ökonomen ungewohnt sein, es kann ihm aber zeigen, wo ein Diskurs möglich, sinn-

¹ E. Streissler, im Vorwort zu: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften. Ringvorlesung . . . Freiburg i. Br. WS 1966/1967, Karlsruhe 1967, VI; vgl. etwa Rebe 9.

voll und notwendig wird. Zwar hat die Nationalökonomie Gesichtspunkte entwickelt, die wir zur Lösung heranziehen wollen. Wo sie uns Resultate bereitlegt, beginnt aber erst unsere eigene Arbeit. Die französische Rechtsordnung, die wir zunächst aus praktischen Gründen bei der Ausarbeitung des Lösungsmodells beiseite lassen müssen, wird mit den ausgewählten Beispielen die Berechtigung und die Möglichkeiten dieser spezifisch juristischen Blickrichtung unterstreichen.

Der wirtschaftliche Hintergrund und die in die Form der Dogmatik gegossene Denkerfahrung, juristische Tradition und Technik der Praxisbewältigung sollen schließlich wiederum Anleitungen zum praktischen Handeln geben können. Die Möglichkeiten und Grenzen richterlichen Vorgehens werden daher ins Blickfeld geraten, wenn wir die beiden Ebenen, die rechtliche wie die ökonomische, in denen wir die Fälle zu situieren versuchten, nun ihrerseits in Beziehung auf den Einzelfall miteinander koordinieren wollen. Verträglichkeit mit den Vorgängen ökonomischer Feinsteuerung wird so schließlich Kriterium für die Tauglichkeit unseres Lösungsvorschlages. Damit wird sich der Kreis zum Anfang schließen, zur Praxis, die wir jetzt mit dem rechtsvergleichenden Blick auf die Fallgruppen des wucherischen Darlehensvertrages und der überlangen Bezugsbindungen einfangen wollen.