

**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) Willenstheoretischer 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
<b>VIII. Zivilrechtliche Folgen des Wuchers bis zum BGB .....</b>	<b>135</b>
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
<b>IX. Die Totalnichtigkeit in ihren Konsequenzen .....</b>	<b>156</b>
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**

<i>X. Gesetz und richterliches Billigkeitsempfinden .....</i>	<i>177</i>
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

<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>199</b>
------------------------------	------------

<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>203</b>
-----------------------------------	------------

## 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-Prinzips<sup>1</sup>. Dessen möglichste Zurückdrängung könnte damit beinahe schon als dringlich wünschenswerter Schritt auf dem Wege zu einer durch Abkehr von unzeitgemäß-archaischen Strukturen<sup>2</sup> vermittelten Humanisierung der Rechtsordnung erscheinen.

Hauptschauplatz der Diskussion ist das Schadensersatzrecht<sup>3</sup>; hier hat das vom BGB statuierte Prinzip der Totalreparation<sup>4</sup> 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 habe<sup>5</sup>. 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 einzugrenzen<sup>6</sup>, weiterhin etwa die viele

---

<sup>1</sup> s. z. B. Möller, S. 135.

<sup>2</sup> 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.

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

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

<sup>5</sup> Hauss, S. C 38; Bühnemann, Fg Möller, S. 138 f. mwN.

<sup>6</sup> 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 Arbeit<sup>7</sup> und die Rechtsprechung zur Beachtlichkeit von Reservoursachen<sup>8</sup>. Vor allem innerhalb des § 254 BGB, durch den der BGB-Gesetzgeber selbst bereits das Alles-oder-Nichts entscheidend eingeschränkt hat<sup>9</sup>, finden sich vielfältige weitere Ansätze<sup>10</sup>.

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 wird<sup>11</sup>, überwiegen bei anderen<sup>12</sup> die Bedenken gegen eine solche — auch bei Verwendung zurückhaltender Formeln — notwendig generalklauselartige<sup>13</sup> richterliche Gestaltungsermächtigung. Eine prinzipielle Abkehr vom Alles-oder-Nichts-Standpunkt<sup>14</sup> wird jedoch ganz überwiegend nicht in Betracht gezogen: weder in Form einer allgemeinen Proportionalitätsklausel<sup>15</sup>, 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])).

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

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

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> z. B. wirkt sich die allgemeine Ausdehnung des Verschuldens Erfordernisses 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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).

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

<sup>14</sup> Gegen den bezeichneten Weise am stärksten 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.

<sup>15</sup> 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-sah<sup>16</sup>.

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 worden<sup>17</sup>. 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 skizzieren<sup>18</sup>.

3. a) Haben zwei Parteien einen Vertrag über die Gewährung eines zu 90 %<sup>19</sup> 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 ansehen<sup>20</sup>. Sofern er zusätzlich zu dem Ergebnis käme,

---

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

<sup>17</sup> 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]).

<sup>18</sup> 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. „Mätressentestamenten“. 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.]).

<sup>19</sup> Dies der Zinssatz in dem Fall BGH Betr. 67, 677.

<sup>20</sup> 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-