

MICHAEL STÜRNER

Der Grundsatz der
Verhältnismäßigkeit
im Schuldvertragsrecht

Jus Privatum

153

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 153



Michael Stürner

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht

Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten
Begrenzung von vertraglichen Rechten
und Pflichten

Mohr Siebeck

Michael Stürner, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Würzburg, Genf und München; Erstes Staatsexamen in München (1999); M. Juris (Oxford, 2000); Promotion an der LMU München (2002); Referendariat in München und Paris; Zweites Staatsexamen in München (2003); wissenschaftlicher Assistent an der Universität zu Köln (2004–2009); Forschungsaufenthalt an der Università di Firenze als Feodor-Lynen-Forschungsstipendiat der Alexander von Humboldt-Stiftung (2006–2007); DFG-Forschungsstipendiat (2007–2009); Habilitation an der Universität zu Köln (2009); anschließend Lehrstuhlvertretung an der LMU München (Sommersemester 2009); seit Oktober 2009 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

Gedruckt mit Hilfe der Geschwister Boehringer Ingelheim Stiftung für Geisteswissenschaften in Ingelheim am Rhein.

e-ISBN PDF 978-3-16-151230-8

ISBN 978-3-16-150273-6

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

„Das Verhältnismäßigkeitsgebot ... ist eine allgemeine Maxime, die das gesamte Rechtsgebiet in sehr verschiedenem Verdichtungsgrad durchzieht.“

Franz Wieacker,
Festschrift für Robert Fischer, S. 867

Vorwort

Die Arbeit hat im Wintersemester 2008/09 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Habilitationsschrift vorgelegen. Später veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur wurde im Wesentlichen bis März 2010 nachgetragen.

Mein Dank gilt vor allen Dingen meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Heinz-Peter Mansel, Köln, der mich in meiner Zeit am Institut für internationales und ausländisches Privatrecht stets vorbehaltlos unterstützt und gefördert hat. Er war und ist in wissenschaftlicher und menschlicher Hinsicht ein Vorbild. Sehr zu danken habe ich daneben Herrn Professor Dr. Hanns Prütting, Köln, für die äußerst rasche Erstellung des kenntnisreichen Zweitvotums.

Im Laufe der Arbeit habe ich von vielen weiteren Seiten wertvolle fachliche Anregungen erhalten. Genannt seien hier Herr Professor Avv. Dr. Remo Caponi, Florenz, an dessen Lehrstuhl ich für ein Jahr Gast sein durfte, sowie Herr Professor Dr. Michael Sachs und Herr Professor Dr. Hans-Peter Haferkamp, beide Köln, denen ich für ihre weiterführenden Hinweise im Rahmen des Habilitationsverfahrens sehr zu Dank verpflichtet bin.

Ganz besonders intensiv und fruchtbringend war der Austausch mit den Assistentenkollegen. Allen voran möchte ich den beiden (ehemaligen) Mithabilitanden am Kölner Institut für internationales und ausländisches Privatrecht, Frau Dr. Christine Budzikiewicz, Köln, sowie Herrn Professor Dr. Marc-Philippe Weller, *licencié en droit*, Mannheim, für vielfältige und anregende Diskussionen und die jederzeitige, uneigennützig Unterstützung danken. Hervorzuheben sind weiter besonders Herr Priv.-Doz. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M., Köln/Bonn, Herr Walter Boente, Lausanne, Herr Dr. Peter Tettinger, Köln, und Herr Dr. Michael Grünberger, LL.M., Köln. Sie alle haben an der einen oder der anderen Stelle zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Dafür sei ihnen herzlich gedankt.

Die Fertigstellung der Arbeit wurde wesentlich gefördert durch ein großzügiges Stipendium der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG). Erst dadurch wurde mir der nötige zeitliche Freiraum eröffnet, den ein größeres Forschungsprojekt benötigt. Das akademische Jahr 2006/07 habe ich an der Università di Firenze (Italien) als Feodor-Lynen-Stipendiat der Alexander von Humboldt-Stiftung verbracht. Im Rahmen des dort verfolgten Forschungsprojekts habe

ich vielfältige rechtsvergleichende Erkenntnisse und Anregungen erhalten, die mit in die vorliegende Arbeit eingeflossen sind.

Sehr zu danken habe ich der Geschwister Boehringer Ingelheim Stiftung für Geisteswissenschaften in Ingelheim am Rhein, der Alexander von Humboldt-Stiftung sowie der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung für die Gewährung von Druckkostenzuschüssen.

Bei der Drucklegung haben mich meine Frankfurter Mitarbeiterinnen Frau Wiss. Mit. Katharina Senst, LL.M. und Frau Wiss. Mit. Stefanie Raschke tatkräftig unterstützt; um das Sachverzeichnis haben sich Frau Maria Krug und Frau Justyna Slowikow verdient gemacht. Hierfür sei ihnen herzlich gedankt.

Von Herzen danken möchte ich schließlich meiner Frau Juliane und unseren Töchtern Delia und Greta. Ohne ihre Geduld und ihren Rückhalt wäre die Arbeit nicht in dieser Form möglich gewesen.

Berlin/Frankfurt (Oder), im Mai 2010

Michael Stürner

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Kapitel 1: Einführung und Gegenstand der Untersuchung	1
§ 1. Verhältnismäßigkeit und Privatrecht	1
§ 2. Grundlagen des vertraglichen Interessenausgleichs	5
§ 3. Problemstellung und Eingrenzung des Themas	12
§ 4. Gang der Untersuchung	35

Erster Teil

Erscheinungsformen der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht

Kapitel 2: Verhältnismäßigkeit und Hauptleistungspflichten	43
§ 5. Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung	43
§ 6. Alternativen: Anfechtungs- und Anpassungsmodelle	64
§ 7. Zusammenfassende Würdigung	94
Kapitel 3: Verhältnismäßigkeit und Nebenpflichten	98
§ 8. Einführung: Die richterliche Überprüfung von Schuldverträgen ...	98
§ 9. Die Struktur der Klauselkontrolle	105
§ 10. Sonderfall: Angemessenheitskontrolle bei Vertragsstrafe	147
§ 11. Zusammenfassende Würdigung	162
Kapitel 4: Verhältnismäßigkeit und in Vollzug gesetzter Vertrag	166
§ 12. Einschränkungen der (Primär-)Leistungspflicht des Schuldners	167
§ 13. Bagatellgrenze bei Geltendmachung von vertraglichen Rechten	236
§ 14. Vertragsanpassung bei Eintritt unvorhergesehener Umstände	254
§ 15. Zusammenfassende Würdigung	280

Zweiter Teil

Verhältnismäßigkeit als übergreifender Rechtsgrundsatz
des Vertragsrechts

Kapitel 5: Die Struktur der Verhältnismäßigkeitskontrolle	285
§ 16. Verhältnismäßigkeit als begrenzender und ausgleichender Faktor ..	285
§ 17. Öffentlichrechtliche Determinierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit?	287
§ 18. Grundstrukturen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Privatrecht	318
§ 19. Verhältnismäßigkeit (i.e.S.) als Abwägungsmodell	347
§ 20. Zusammenfassende Würdigung	355
Kapitel 6: Normative Wirkung und dogmatische Verortung	357
§ 21. Verhältnismäßigkeit als Argument im rechtsphilosophischen Kontext	357
§ 22. Materiale Komponenten der Verhältnismäßigkeit im Vertragsrecht .	384
§ 23. Einzelne Anwendungsbereiche einer konstitutiven Verhältnismäßigkeitskontrolle	419
§ 24. Zusammenfassung	440
Kapitel 7: Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse	442
Literaturverzeichnis	451
Sachregister	499

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Kapitel 1: Einführung und Gegenstand der Untersuchung	1
§ 1. Verhältnismäßigkeit und Privatrecht	1
§ 2. Grundlagen des vertraglichen Interessenausgleichs	5
I. Vertragsfreiheit und Vertragsbindung	5
II. Äquivalenzvermutung und „Richtigkeitschance“	7
III. Aufrechterhaltung der vertraglichen Bindung	10
§ 3. Problemstellung und Eingrenzung des Themas	12
I. Unterschiedliche Verständnismöglichkeiten der Verhältnismäßigkeit	12
1. Allgemeine sprachliche Verwendung	12
2. Verwendung im philosophischen Kontext	13
3. Die juristischen Wirkungsbereiche	14
a) Öffentliches Recht	14
b) Anwendung im Arbeits- und Gesellschaftsrecht	15
c) Verhältnismäßigkeit im Kernbereich des Privatrechts	16
II. Besonderheiten des Schuldvertragsrechts	17
1. Vertragliche Zweierbeziehung	17
a) Erfordernis einer Zweck-Mittel-Relation?	17
b) Beschränkung auf konkrete vertragliche Beziehungen	18
2. „Übertragung“ öffentlich-rechtlicher Strukturen?	19
a) Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns	19
b) „Strukturelles Ungleichgewicht“ als Auslöser der Verhältnismäßigkeitskontrolle?	21

3. Charakteristika der privatrechtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle	22
a) Qualitative oder wertende Verhältnismäßigkeit	22
b) Abgrenzung zur „quantitativen“ Verhältnismäßigkeit	22
4. Vorläufige Begriffsfestlegung	23
III. Verhältnismäßigkeit als rechtsordnungsübergreifendes Phänomen ...	25
1. Rechtsvergleichende Perspektive	25
2. Die europäische Dimension	27
a) Gemeinschaftsprivatrecht	27
b) Gemeineuropäisches Privatrecht	28
aa) Die Principles of European Contract Law (PECL)	29
bb) Der Draft Common Frame of Reference (DCFR)	30
§ 4. Gang der Untersuchung	35
I. Systematisierung der Verhältnismäßigkeitskontrolle	35
1. Verhältnismäßigkeit und Hauptleistungspflichten (Kapitel 2)	35
2. Verhältnismäßigkeit und Nebenpflichten (Kapitel 3)	36
3. Verhältnismäßigkeit und in Vollzug gesetzter Vertrag (Kapitel 4) .	37
II. Verhältnismäßigkeit als übergreifender Rechtsgrundsatz des Privatrechts	39
1. Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (Kapitel 5)	39
2. Normative Wirkung und dogmatische Einordnung (Kapitel 6)....	39
III. Abschließende Würdigung (Kapitel 7)	40

Erster Teil

Erscheinungsformen der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht

Kapitel 2: Verhältnismäßigkeit und Hauptleistungspflichten	43
§ 5. Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung	43
I. Wucher, § 138 Abs. 2 BGB	44
1. Historische Entwicklung	45
2. Inhalt	47
a) Auffälliges Missverhältnis	48
b) Schwächesituation	49
c) Ausbeutung der Schwächesituation	50

II. Wucherähnliche Geschäfte, § 138 Abs. 1 BGB	51
1. Ausgangspunkt: Tatbestandliche Parallele zu § 138 Abs. 2 BGB ...	51
2. Das auffällige Missverhältnis als Kern eines beweglichen Systems?	52
a) Dominanz der Äquivalenzkontrolle – Wiedergeburt der laesio enormis?	52
b) Äquivalenzkontrolle durch § 138 BGB als bewegliches System?	56
aa) Bewegliches System und wucherähnliches Geschäft	57
bb) Das „Sandhaufentheorem“ und § 138 Abs. 2 BGB	58
3. Zwischenergebnis	59
III. Rechtsfolge	60
1. Der Grundsatz der Totalnichtigkeit	60
2. Abmilderungen	60
a) Das Verbot geltungserhaltender Reduktion	60
b) Ausnahmen für besondere Verträge	61
aa) Miet- und Arbeitsverträge	61
bb) Andere Verträge, insb. Kreditverträge	62
c) Generelle Abschwächungen der Totalnichtigkeit?	62
§ 6. Alternativen: Anfechtungs- und Anpassungsmodelle	64
I. Italien: Zurückhaltung bei der Äquivalenzkontrolle	64
1. Rescissione per lesione, Art. 1447 ff. c.c.	65
a) Tatbestandliche Voraussetzungen	65
aa) Ausnutzung einer Notlage, Art. 1448 c.c.	66
bb) Unbillige Vertragsbedingungen, Art. 1447 c.c.	68
b) Die Härte des Kriteriums der Verletzung ultra dimidium	69
c) Rechtsfolge	70
aa) Richterliche Vertragsauflösung	70
bb) Die Alternative der „Vertragsanpassung“	70
2. Das Verhältnis zum Wucher	73
a) Darlehenswucher	73
b) Der allgemeine strafrechtliche Wuchertatbestand	74
3. Inäquivalenz und allgemeine Instrumente des Vertragsrechts	76
a) Die causa	76
b) Culpa in contrahendo	76
c) Schutz des Schwächeren bei Ausnutzung einer Machtposition?	77
II. England: Keine allgemeine Äquivalenzkontrolle	79
1. Economic duress	80
2. Undue influence	81
a) Näheverhältnis	81
b) Transaction that „calls for an explanation“	82

3. Unconscionability	84
a) Voraussetzungen	84
aa) Grob benachteiligendes Geschäft	84
bb) Schwächesituation	85
cc) Unredliches Verhalten	85
b) Parallele zu § 138 Abs. 2 BGB	85
c) Lösung vom Vertrag wegen inequality of bargaining power?	86
4. Rechtsfolgen	87
III. PECL und DCFR	88
1. Übermäßiger Vorteil einer Partei	88
a) Abhängigkeits- oder Schwächesituation	89
b) Kenntnis oder Kennenmüssen	89
c) Übermäßiger Vorteil oder unangemessene Ausnutzung	89
2. Rechtsfolge: Vertragsaufhebung (avoidance of contract)	90
3. Die Alternative der Vertragsanpassung	91
4. Allgemeine Unwirksamkeitsgründe	92
§ 7. Zusammenfassende Würdigung	94
I. Betonung des Missverhältnisses auf der Tatbestandsseite	94
II. Die Bedeutung der Schwächesituation	95
III. Rigorosität oder Flexibilität auf der Rechtsfolgenseite?	96
Kapitel 3: Verhältnismäßigkeit und Nebenpflichten	98
§ 8. Einführung: Die richterliche Überprüfung von Schuldverträgen	98
I. Reichweite der Inhaltskontrolle	99
II. Innere Rechtfertigung	100
1. Ausgangspunkt: Störung der Richtigkeitsgewähr	100
2. Rechtfertigung der AGB-Kontrolle	101
a) „Ungleichgewicht“ zwischen Verwender und Vertragspartner?	101
b) Einseitig in Anspruch genommene Vertragsfreiheit	102
c) Einseitige Verdrängung dispositiven Gesetzesrechts	103
d) Partielles Marktversagen	104

§ 9. Die Struktur der Klauselkontrolle	105
I. Die Vorgaben der EG-Klauselrichtlinie	107
1. Anwendungsbereich	107
2. Kontrollintensität	108
a) Regelungstechnik	108
b) Kriterien der Missbrauchskontrolle	109
aa) Vorgaben der Richtlinie	109
bb) Autonome Ausfüllung der Vorgaben der Richtlinie?	109
cc) Die Bedeutung der „Grauen Liste“	110
dd) Verhältnismäßigkeit als ein Leitbild der Missbrauchskontrolle ...	111
II. Die Klauselkontrolle nach deutschem Recht	112
1. Klauselkataloge	112
a) Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit	113
aa) Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen	113
bb) Vorleistungspflicht bei Nacherfüllung	115
b) Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit	116
2. Die Generalklausel des § 307 BGB	117
a) Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht	118
b) Gefährdung des Vertragszwecks	120
c) Unangemessene Benachteiligung	121
aa) Auffangtatbestand	121
bb) Die Rolle des Grundsatzes von Treu und Glauben	122
III. Die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit einzelner Klauseln	125
1. Totalnichtigkeit	125
2. Abmilderungen	126
a) Unbeachtlichkeit fernliegender Auslegungsalternativen	127
b) Aufrechterhaltung teilbarer Klauseln	127
c) Ergänzende Vertragsauslegung	128
3. Kritik	129
a) Kein generelles Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	129
b) Vereinbarkeit mit gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben	131
IV. Rechtsvergleichende Besonderheiten der Klauselkontrolle	133
1. Italien: Vorreiter der Klauselkontrolle	133
a) Allgemeine Klauselverbote	134
b) Spezielle Klauselverbote in Verbraucherverträgen	135
c) Rechtsfolgen	137
2. England: Vorrang der Vertragsfreiheit	138
a) Allgemeine Klauselkontrolle	139
b) Die Umsetzung der Klauselrichtlinie	141
c) Rechtsfolgen	143

3. Das Anfechtungsmodell der PECL und die konventionelle Lösung des DCFR	143
a) Wesentliches Ungleichgewicht vertraglicher Rechte und Pflichten ...	144
b) Rechtsfolge	146
§ 10. Sonderfall: Angemessenheitskontrolle bei Vertragsstrafe	147
I. Die Vertragsstrafe im System des Schuldrechts	148
1. Zweck	148
2. Abgrenzung zu Schadenspauschalierungen	149
3. Verdrängung des § 343 BGB durch vorgelagerte Wirksamkeitskontrolle	149
II. Ratio der Herabsetzung	150
1. Schutz des Schuldners	150
2. Schutzintensität	151
III. Die Struktur der Angemessenheitskontrolle	152
1. Doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung?	152
a) Der Begriff der Unverhältnismäßigkeit auf der Tatbestandsseite	152
b) Die Angemessenheitsprüfung auf der Rechtsfolgenseite	153
c) Einheitlichkeit des Prüfungsmaßstabes	154
IV. Rechtsvergleichende Betrachtung	155
1. Italien: Amtswegige Herabsetzung überhöhter Vertragsstrafen? ..	155
a) Herabsetzung einer Vertragsstrafe nach Art. 1384 c.c.	155
b) Herabsetzung ohne Antrag?	157
2. England: Keine Anerkennung von Strafversprechen	158
a) Verbot der penalty clauses	158
b) Abgrenzung zu den liquidated damages clauses	159
c) Ratio der Unterscheidung	160
3. PECL und DCFR	161
§ 11. Zusammenfassende Würdigung	162
I. Die Bedeutung der Verhältnismäßigkeit bei der Inhaltskontrolle von Formularverträgen	162
II. Kontrolle von Vertragsstrafen und Verhältnismäßigkeit	164

Kapitel 4: Verhältnismäßigkeit und in Vollzug gesetzter Vertrag	166
§ 12. Einschränkungen der (Primär-)Leistungspflicht des Schuldners	167
I. Begrenzung des (modifizierten) Primäranspruchs	167
1. Die übermäßige Leistungerschwerung nach § 275 Abs. 2 BGB ..	167
a) Historische Entwicklung	168
b) Die bestimmenden Faktoren der Verhältnismäßigkeitsprüfung	172
aa) Schuldneraufwand	173
bb) Gläubigerinteresse	174
cc) Grobes Missverhältnis	176
(1) Vertragsauslegung zur Bestimmung der geschuldeten Leistung	177
(2) Keine festen Wertgrenzen	179
(3) Erfordernis einer umfassenden Abwägung	180
(4) Die Bedeutung des § 275 Abs. 2 BGB in der Judikatur	182
c) Dogmatische Einordnung von § 275 Abs. 2 BGB	185
d) Keine Dispositivität des § 275 Abs. 2 BGB	188
e) Nähe zu Störungen der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)	189
2. Die Unzumutbarkeit der Leistungserbringung, § 275 Abs. 3 BGB	189
a) Tatbestand	189
b) Abwägungsgesichtspunkte	190
c) Abwägungsmaßstab	192
d) Ein eigenes Konzept der Zumutbarkeit?	192
3. Ausschluss der Leistungspflicht im Besonderen Schuldrecht	193
a) Die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	194
aa) Die Bedeutung der Richtlinie für die Vertragsmäßigkeit der Ware	194
bb) Der Nacherfüllungsanspruch und seine Grenzen	195
b) Die Umsetzung der Richtlinienvorgaben im deutschen Recht	197
aa) Neuregelung der Schuldrechtsmodernisierung	197
bb) Abwägungskriterien	198
cc) Richtlinienwidrige Umsetzung durch „absolute“ Verhältnismäßigkeitsprüfung?	200
dd) Die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung, § 440 Satz 1 BGB	201
ee) Maßgeblichkeit des Parteiwillens	202
c) Vergleichbare Regelungen	203
aa) Werkvertragsrecht	203
(1) Herkunft der Regelung	203
(2) Abwägungsrelevante Kriterien	203
bb) Reisevertragsrecht	205
cc) Mietrecht	205

4. Rechtsvergleichende Betrachtung	208
a) Grundlagen	208
b) Italien	209
aa) Allgemeines Schuldrecht	210
bb) Kaufrecht	211
cc) Werkvertrag und ähnliche Rechtsverhältnisse	212
c) England	214
aa) Die richterliche Ermessensentscheidung bei der specific performance	215
bb) Ermessensleitende Gesichtspunkte	216
(1) Vergleich zwischen Naturalerfüllung und Schadensersatz ...	216
(2) Schwierigkeiten bei der Überwachung der gerichtlichen Anordnung	218
(3) Berücksichtigung des Schuldnerverhaltens	220
cc) Vergleich mit dem deutschen Recht	221
d) PECL und DCFR	221
aa) Verweigerung der Naturalerfüllung wegen Unverhältnis- mäßigkeit	222
bb) Sonstige leistungsbefreiende Umstände	225
cc) Ergebnis	226
5. Fazit	226
II. Begrenzung von „echten“ Sekundäransprüchen	227
1. Angemessenheit von Beitreibungskosten bei Zahlungsverzug ...	227
a) Europarechtliche Vorgaben	227
b) Umsetzung ohne Bezug zur Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht	228
2. Exkurs: Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz	229
a) Der Grundsatz der Totalreparation und seine Alternativen	230
b) Nach geltendem Recht bestehende Einschränkungen	232
aa) Unverhältnismäßigkeit der Naturalrestitution	232
bb) § 251 Abs. 2 BGB und Verpflichtung zur Herstellung eines Rechtszustandes	234
cc) Angemessenheit der Entschädigung bei Nichtvermögens- schäden	235
§ 13. Bagatellgrenze bei Geltendmachung von vertraglichen Rechten	236
I. Einschränkung des Rechts auf Verweigerung der Gegenleistung ...	236
II. Einschränkungen von Sekundäransprüchen des Gläubigers bei Geringfügigkeit	237
1. Keine Vertragsaufhebung bei unerheblicher Pflichtverletzung ...	238
a) Vertragsauflösung nach Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	238
b) Die Umsetzung im deutschen Recht	239
c) Berücksichtigung vorvertraglichen Verhaltens des Schuldners?	243

2. Bagatellgrenze in anderen Rechtsordnungen	245
a) Italien	245
aa) Recht des Verbrauchsgüterkaufs	245
bb) Allgemeines Vertragsrecht	246
b) England	247
aa) Verbrauchsgüterkauf	247
bb) Allgemeines Schuldrecht	248
3. Rechtsvereinheitlichungsmodelle	249
a) Das Vorbild des CISG	249
b) Die Ausgestaltung in PECL und DCFR	250
III. Unzumutbarkeit und Kündigung von Dauerschuldverhältnissen ...	251
1. Unzumutbarkeit der weiteren Durchführung des Vertrags	252
2. Abwägung aller Umstände des Einzelfalles	252
IV. Zusammenfassung	253
§ 14. Vertragsanpassung bei Eintritt unvorhergesehener Umstände	254
I. Die Störung der Geschäftsgrundlage	254
1. Ausprägung des (subjektiven) Äquivalenzprinzips	256
2. Historische Entwicklung	257
II. Anwendungsbereich und Abgrenzung zu § 275 Abs. 2 BGB	259
1. Anwendungsbereich	259
2. Abgrenzung	260
a) Unterschiedliche tatbestandliche Voraussetzungen	260
b) Unterschiedliche Funktion beider Normen	260
c) Abgrenzung nach vertraglicher Risikostruktur	262
III. Rechtsfolge	263
1. Anpassung des Vertrags	263
2. Neuverhandlungspflicht der Parteien?	264
3. Vertragsaufhebung als ultima ratio	266
IV. Vergleichende Betrachtung	266
1. Vertragsbindung und Änderung der Umstände	266
2. Italien: <i>eccessiva onerosità sopravvenuta</i> und <i>presupposizione</i> ...	269
a) Grundlagen	269
b) Tatbestandliche Voraussetzungen	270
c) Rechtsfolgen	271
d) Die Lehre von der <i>presupposizione</i>	272
3. England: <i>frustration of contract</i>	273
a) Historische Entwicklung	274
b) Voraussetzungen	275
c) Rechtsfolge	277

4. PECL und DCFR	277
a) Vorrang der Leistungspflicht	277
b) Vorrang der (parteilichen) Anpassung vor Aufhebung	278
c) Verhältnis zur Leistungerschwerung	279
§ 15. Zusammenfassende Würdigung	280

Zweiter Teil

Verhältnismäßigkeit als übergreifender Rechtsgrundsatz des Vertragsrechts

Kapitel 5: Die Struktur der Verhältnismäßigkeitskontrolle	285
§ 16. Verhältnismäßigkeit als begrenzender und ausgleichender Faktor	285
I. Die Begrenzungsfunktion	285
II. Die Ausgleichsfunktion	286
§ 17. Öffentlichrechtliche Determinierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit?	287
I. Übertragung der öffentlich-rechtlichen Dogmatik auf das Privatrecht?	288
1. Die Transformationsthese	288
2. Die Notwendigkeit eines privatrechtlichen Begründungsansatzes	289
II. Verfassungsrechtlich vermittelte Geltungskraft?	291
1. Die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im öffentlichen Recht	291
2. Verfassungsrechtliche Grundlagen	292
a) Ableitung aus der Wesensgehaltsgarantie?	292
b) Verankerung im Rechtsstaatsprinzip?	293
c) Verhältnismäßigkeit und Grundrechtskollisionen	294
III. Verfassungsrecht und Privatrecht	296
1. Die Auswirkungen der Grundrechte auf das Privatrecht	296
2. Unmittelbare Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers .	298
3. Mittelbare Auswirkung auf Rechtsgeschäfte	303

a)	Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte	303
b)	Staatlicher Schutzauftrag und Privatrecht	304
c)	Kontrolle privatrechtlicher Gestaltungsmacht bei „strukturellem Ungleichgewicht“?	306
d)	Stärkere Grundrechtsbindung im Prozess?	310
IV.	Angemessenheitskontrolle von Verfassungen wegen?	311
1.	Der Ansatz von <i>Hans Hanau</i>	311
2.	Stellungnahme	314
V.	Zwischenergebnis	315
§ 18.	Grundstrukturen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Privatrecht	318
I.	Die Anwendung der Teilgrundsätze im Privatrecht	318
1.	Geeignetheit und die Erforderlichkeit der Mittelauswahl im Privatrecht	319
a)	Die Erforderlichkeit als „scharfe Entscheidungsregel“	319
aa)	Keine allgemeine Geltung im Vertragsrecht	320
bb)	Ausnahme Vertragsbeendigung?	323
b)	Die Geeignetheit als Vorstufe zur Erforderlichkeit	325
2.	Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	326
a)	Schwierigkeiten bei der Systematisierung	326
b)	Verhältnismäßigkeit als „Leerformel“?	329
II.	Verhältnismäßigkeit als Ausgleich bei Interessenkollision	330
1.	Das Prinzipien immanente Optimierungsgebot	331
2.	Verallgemeinerungsfähigkeit des Ansatzes	333
3.	Beispiele	335
III.	Parallele Regelungskonzepte: Unverhältnismäßigkeit, Zumutbarkeit, Vernünftigkeit	336
1.	Verbot der Unverhältnismäßigkeit als eigenständiges Regelungskonzept?	337
2.	Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit	339
3.	Verhältnismäßigkeit und „Vernünftigkeit“	342
IV.	Fazit	346
§ 19.	Verhältnismäßigkeit (i.e.S.) als Abwägungsmodell	347
I.	Abwägung im Recht	347
II.	Grundsätze der Interessenabwägung im Privatrecht	350
1.	Die Abwägungselemente	350

a) Auswahl	350
b) Die Gewichtung der einzelnen Elemente	352
2. Der Abwägungsvorgang	353
3. Der Abwägungsmaßstab	354
§ 20. Zusammenfassende Würdigung	355
Kapitel 6: Normative Wirkung und dogmatische Verortung	357
§ 21. Verhältnismäßigkeit als Argument im rechts- philosophischen Kontext	357
I. Der Gedanke des Maßhaltens: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit	358
II. Der Gleichheitssatz: Verhältnismäßigkeit als „erlaubte Ungleichheit“	360
1. Iustitia distributiva: Gleichheit bei der Verteilung	360
2. Iustitia commutativa: Gleichheit unter Gleichen	362
3. Verhältnismäßigkeit als Gleichheit?	364
4. Die Behandlung der „Eingriffsfälle“	365
III. Verhältnismäßigkeit als Zweckrationalität	367
1. Grundlagen	367
a) Zweckbetrachtungen im Recht	367
b) Utilitarismus	369
2. Ökonomische Analyse des Rechts	370
3. Effizienz der Verhältnismäßigkeit	372
a) Effizienz des Vertragsbruchs	373
b) Effizienzorientierte Auslegung des geltenden Rechts?	375
c) Ökonomische Betrachtung zentraler Verhältnismäßigkeits- konstellationen	377
aa) Wucher	377
bb) Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	377
cc) Unverhältnismäßiger Leistungsaufwand	378
dd) Wegfall der Geschäftsgrundlage	381
d) Zusammenfassung	382
IV. Fazit: Der prozedurale Charakter der Verhältnismäßigkeit	383

§ 22. Materiale Komponenten der Verhältnismäßigkeit im Vertragsrecht	384
I. Verschiedene Wirkungsbereiche	384
1. Hauptleistungspflichten und Verhältnismäßigkeit	384
2. Nebenleistungspflichten und Verhältnismäßigkeit	386
3. Verhältnismäßigkeit und in Vollzug gesetzter Vertrag	387
II. Verhältnismäßigkeit und Grundsatz von Treu und Glauben	388
1. Formaler Grundsatz und materiale Aufladung	388
2. Vertragsbindung und Grundsatz von Treu und Glauben	389
a) Treu und Glauben als materiales Element	390
b) Die Schrankenfunktion von § 242 BGB	391
c) Unzulässige Rechtsausübung und Verhältnismäßigkeit	392
aa) Rechtsausübung bei geringfügiger Pflichtverletzung („Geringfügigkeitsfälle“)	394
(1) Pflichtverletzungen bei Dauerschuldverhältnissen	395
(2) Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 BGB ..	397
(3) Sonstige Fälle, insbesondere Rückstand bei Zahlungsaufschub	398
(4) Beschränkung auf die schonendste Sanktion?	399
bb) Geltendmachung des Primäranspruchs bei überwiegenden Schuldnerinteressen („Unverhältnismäßigkeit“)	401
(1) Abschließende Regelung in § 275 Abs. 2 und 3 BGB?	402
(2) Allgemeines Verbot der unverhältnismäßigen Rechtsausübung?	404
(3) Ergebnis	405
3. Deklaratorische und konstitutive Verhältnismäßigkeitskontrolle	405
a) Deklaratorische Verhältnismäßigkeitskontrolle	406
b) Konstitutive Verhältnismäßigkeitskontrolle?	406
aa) Lückenfüllung	407
bb) Durchbrechung gesetzlicher Wertungen?	407
c) Abgrenzung zum Rechtsmissbrauchsverbot	408
aa) Unterschiedliche Anwendungsbereiche	408
bb) Unterschiede in der Rechtsfolge	409
cc) Gemeinsamkeiten	409
III. Rechtsvergleichende Betrachtung	409
1. Italien: buona fede und proporzionalità zwischen Theorie und Praxis	410
a) Die eingeschränkte Bedeutung von Treu und Glauben	410
b) Anerkennung eines principio di proporzionalità?	411
2. England: Good Faith als Fremdkörper?	412

3. Treu und Glauben als zentrales Element im Europäischen Vertragsrecht?	414
a) Der <i>acquis communautaire</i>	414
b) PECL und DCFR	417
4. Fazit	418
§ 23. Einzelne Anwendungsbereiche einer konstitutiven Verhältnismäßigkeitskontrolle	419
I. Maßgeblichkeit der primärrechtlichen Wertung für den Sekundäranspruch	420
1. Schadensersatz nach § 635 BGB a.F.	420
2. Übertragung auf das modernisierte Werkvertragsrecht	420
3. Übertragung auf den Schadensersatzanspruch aus §§ 275 Abs. 4, 280 ff. BGB?	422
II. Ausübung von Gestaltungsrechten	423
1. Ausübung gesetzlich vorgesehener Gestaltungsrechte	425
a) Kündigung	425
b) Rücktritt	427
2. Ausübung vertraglich vereinbarter Gestaltungsrechte	428
III. Begrenzung „überschießender“ Rechtsfolgen?	430
1. Gesetzlich angeordnete Rechtsfolgen	431
a) Teilweise Aufrechterhaltung wucherischer Rechtsgeschäfte?	431
b) Geltungserhaltende Reduktion unwirksamer Formulklauseln?	432
2. Vertraglich vereinbarte Nebenabreden	435
IV. Verhältnismäßigkeit als Argument zur Begründung positiver Rechtspflichten?	437
1. Die Ausgleichsfunktion	437
2. Schaffung neuer Rechtspflichten?	438
a) Neuverhandlungspflichten	438
b) Kreditversorgungspflicht	438
c) Freigabeanspruch bei nicht benötigten Sicherheiten	439
d) Fazit	440
§ 24. Zusammenfassung	440

Kapitel 7: Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse	442
I. Verhältnismäßigkeit als Rechtsprinzip	442
II. Verhältnismäßigkeit als Abwägungsaufgabe	443
III. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im öffentlichen Recht und im Privatrecht	444
IV. Besonderheiten der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht	445
V. Verhältnismäßigkeit als „Streben nach der Mitte“	448
Literaturverzeichnis	451
Sachregister	499

Kapitel 1

Einführung und Gegenstand der Untersuchung

§ 1. Verhältnismäßigkeit und Privatrecht

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird gewöhnlich vor allem mit dem öffentlichen Recht in Verbindung gebracht.¹ Hier dient er als Instrument zur Begrenzung staatlicher Machtentfaltung gegenüber dem Bürger, insbesondere dann, wenn Grundrechte betroffen sind. Im Grundsatz muss jede staatliche Handlung mit Außenwirkung verhältnismäßig² sein. Das ist dann der Fall, wenn die Handlung zur Erreichung des mit ihr verfolgten (legitimen) Zwecks geeignet und hierzu auch erforderlich ist, weil keine Mittel zur Verfügung stehen, die den Betroffenen oder die Allgemeinheit weniger beeinträchtigen, und wenn das eingesetzte Mittel in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Zweck steht.³ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weist dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verfassungsrechtlichen Rang zu⁴ und bezeichnet es als „übergreifende Leitregel allen staatlichen Handelns“.⁵ Dementsprechend hat dieser Bereich großes wissenschaftliches Interesse gefunden und ist Gegenstand zahlreicher, auch grundlegender Abhandlungen geworden.⁶

Im Bereich des Privatrechts hingegen trifft dieser Befund weit weniger zu. Vor nicht allzu langer Zeit wurde konstatiert, die Forschung zur Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht stecke noch in den Anfängen.⁷ Als

¹ Bezeichnend der Befund von *Bleckmann*, JuS 1994, 177, der Anwendungsbereich des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sei bis auf wenige Ausnahmen auf Eingriffe in den Schutzbereich der Freiheiten des Grundgesetzes beschränkt.

² Präziser: verhältnismäßig im weiteren Sinne. Zur Terminologie näher unten § 3 II. 4. (S. 23 f.).

³ St. Rspr. des BVerfG, vgl. etwa BVerfGE 30, 292, 316.

⁴ BVerfGE 19, 342, 348 f. Seit der Entscheidung BVerfGE 7, 377, 405 ff. (Apothekenurteil) ist der Rekurs auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip st. Rspr. des BVerfG. Näher dazu § 17 II. (S. 291 ff.).

⁵ BVerfGE 23, 127, 133; BVerfGE 38, 348, 368, jeweils m.w.N. Ebenso die Rechtslage in der Schweiz *Zimmerli*, ZSR 97, II (1978), 1, 9 ff.; *Muller*, ZSR 97, II (1978), 197, 213, jeweils m.w.N.

⁶ Zuerst von *Krauss*, Verhältnismäßigkeit, 1955 und *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.

⁷ *Eidenmüller*, ZIP 1995, 1063, 1068 in Bezug auf die Frage der Existenz von Neuverhandlungspflichten bei Störungen der Geschäftsgrundlage. Näher dazu unten § 14 III. 2. (S. 264 ff.).

unbestritten dürfte indessen gelten, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als „elementares Prinzip unserer Rechtsordnung“ aber auch hier wirkt.⁸ In den Worten des BGH: „Zu den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts gehört der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auch in der Zivilrechtsordnung Geltung beansprucht.“⁹ Ähnlich äußert sich das BAG: „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat sich nicht nur im Arbeitskampfrecht durchgesetzt, sondern ist als übergeordnetes Rechtsprinzip des Privatrechts wie schon seit langem für das öffentliche Recht und damit letztlich für die gesamte Rechtsordnung aufgedeckt worden.“¹⁰ Sieht man aber einmal vom Arbeitsrecht ab, wo der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor allem im Recht des Arbeitskampfes große Bedeutung erlangt hat,¹¹ ist ein allgemeines *privatrechtliches* Konzept der Verhältnismäßigkeit bislang nicht erarbeitet worden.¹² Gemeinhin wird die Geltung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht denn auch nur oder wenigstens vorrangig unter verfassungsrechtlichen Implikationen untersucht.¹³ Dieser Blickwinkel öffnet hauptsächlich Einsichten in das Zusammenspiel von Verfassungsrecht und Privatrecht und grenzt an die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte an.¹⁴ Gleichwohl entsteht dadurch der unzutreffende Eindruck, es gebe nur ein einziges Verhältnismäßigkeitsprinzip, nämlich dasjenige, das sich aus der Verfassung ergibt – auf welcher Grundlage auch immer.¹⁵ Spezifisch privatrechtliche Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgebots werden in diesem Zusammenhang zumeist als unproblematisch abgehandelt.¹⁶ Dessen ungeachtet werden häu-

⁸ So jüngst *Honsell*, ZIP 2008, 621, 627 im Zusammenhang mit pönalen Elementen im Zivilrecht. Vgl. vorher etwa *Metzner*, Verbot der Unverhältnismäßigkeit, S. 31; *Dey*, Verhältnismäßigkeit, S. 44.

⁹ BGHZ 118, 312 = BGH NJW 1992, 3096, 3104. Vgl. auch BGHZ 100, 60, 64 (wo von dem „das ganze Zivilrecht beherrschenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck“ die Rede ist).

¹⁰ BAGE 33, 140 = NJW 1980, 1642, 1650 unter Verweis auf *Larenz*, Methodenlehre, 4. Aufl., S. 465. Die Entscheidung erging zur Frage des Aussperrungsrechts. Ähnlich zuvor bereits BAGE 23, 292, 306.

¹¹ St. Rspr. seit BAG (GrS) BAGE 23, 292; vgl. weiter etwa *Mayer-Maly*, ZfA 1980, 473.

¹² Mit den Ausnahmen der Arbeiten von *Hans Hanau* (2004) und *Marcus Bieder* (2007). Auf beide wird noch ausführlicher einzugehen sein (unten § 17 I. [S. 288 ff.] sowie IV. [S. 311 ff.]). Der Ansatz dieser beiden Studien (die sich gleichwohl erheblich voneinander unterscheiden) ist es, die Leistungsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit mit den Teilgrundsätzen von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit für den Bereich des Privatrechts zu ergründen. Näher unten § 3 II. 2. (S. 19 ff.).

¹³ Beispielhaft *Medius*, AcP 192 (1992), 35.

¹⁴ Grundlegend BVerfGE 7, 198 (Lüth); *Dürig*, in: FS Nawiasky, S. 158, 167 ff. Näher dazu unten § 17 III. 3. c) (S. 306 ff.).

¹⁵ Zur dogmatischen Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Verfassung näher unten § 17 II. 2. (S. 292 ff.).

¹⁶ Vgl. wiederum *Medicus*, AcP 192 (1992), 35, 40 („relative Idylle des ‚reinen‘ Privatrechts“); *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 276 ff.; *ders.*, in: FS Dieterich, S. 429, 431 ff. (der vor „vorschnellen Dogmatisierungen“ warnt).

fig – ohne einheitliche Terminologie – die Begriffe der (Un-)Verhältnismäßigkeit, der (Un-)Angemessenheit, der (Un-)Zumutbarkeit oder des Übermaßes verwendet, um Begrenzungen privater Rechte und Pflichten zu rechtfertigen.

Ebenso richtig wie eigentlich selbstverständlich ist der Hinweis, das *gesamte* Privatrecht sei dem verhältnismäßigen Interessenausgleich geschuldet.¹⁷ Das Postulat der Verhältnismäßigkeit wird bei dieser Sichtweise synonym mit den Begriffen von Fairness und Gerechtigkeit verwendet. Auf dieser Grundlage wird die dogmatische Analyse eines „privatrechtlichen“ Verhältnismäßigkeitsprinzips entbehrlich.¹⁸ Die „verhältnismäßige“ Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen durch den Privatrechtsgesetzgeber und die Grenzen, die hierbei durch die Verfassung gezogen sind,¹⁹ ist denn auch nicht primärer Gegenstand dieser Untersuchung. Vielmehr geht es um diejenigen Situationen, in denen das Gesetz ausdrücklich oder implizit gerade zur Erzielung eines „verhältnismäßigen“ Interessenausgleichs die vertraglichen Leistungen bzw. die jeweiligen Rechte und Pflichten der Parteien in Beziehung setzt und den Rechtsanwender damit zu einer Gegenüberstellung von Positionen und Interessen zwingt – ein Prozess, der notwendig offen für Wertungen ist.

Die Wertungsoffenheit und Flexibilität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist es auch, die ihm so manche Kritik eingebracht hat. Im öffentlichen Recht wurde ihm eine „Gewaltherrschaft“ attestiert;²⁰ er wurde – mit wohl ironischem Unterton – als „Obnorm“²¹ bezeichnet. „*Anything goes*, solange es verhältnismäßig ist“,²² so schreibt *Gerhard Wagner*, und bezeichnet die Verhältnismäßigkeit als „Zauberwort der modernen Kompromiss-Demokratie“.²³ Im Zentrum der Kritik steht mithin die oftmals so bezeichnete Beliebigkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips, unter dem man sich „alles, vieles oder nichts vorstellen kann“,²⁴ und das als „großer Gleich- und Weichmacher der Verfas-

¹⁷ So etwa *Wieacker*, in: FS R. Fischer, S. 867; *Preis*, in: FS Dieterich, S. 429, 433 ff.; *Medicus*, AcP 192 (1992), 35, 37; *Hirschberg*, Verhältnismäßigkeit, S. 30 ff.; *Reuter*, in: FS Böhm, S. 521, 549 (jede gesetzliche oder andere Konfliktregel stelle eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dar, gleich ob sie dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht angehöre).

¹⁸ Diese Konsequenz andeutend *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 275 ff.; *ders.*, in: FS Dieterich, S. 429, 433 ff. (der freilich selbst eine profunde Analyse der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht liefert).

¹⁹ Dazu insb. *Canaris*, JZ 1987, 993, 996 ff. und öfter; näher unten § 17 II. 2. (S. 292 ff.).

²⁰ *Eb. Schmidt*, NJW 1969, 1137, 1141.

²¹ *Ossenbühl*, in: Abwägung im Recht, S. 25, 35.

²² *G. Wagner*, ZEuP 2007, 180, 202 (Kursivdruck im Original).

²³ *G. Wagner*, ZEuP 2007, 180, 202 in Bezug auf die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für das Nacherfüllungsrecht des Verbrauchers im Kaufrecht. Ähnlich – jedoch in anderem Zusammenhang – *Leisner*, Der Abwägungsstaat, S. 238 („Freiheit kann nicht überall sein in der Gemeinschaft, wohl aber Verhältnismäßigkeit, und mit ihr der Kompromiß.“).

²⁴ *Schwegler*, AuR 1973, 189, 190.