

# 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 Leistungserschwerung 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 Leistungserschwerung .....	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