

Die Teilnichtigkeit

Von Prof. Dr. Jens Petersen, Potsdam

An die Teilnichtigkeit wird bei der Fallbearbeitung selten gedacht, obwohl sich diese Möglichkeit in vielfältigen Konstellationen stellen kann. Vor allem aber führt die Beschäftigung mit § 139 BGB zu lehrreichen Grundlagenproblemen des Zivilrechts.

I. Privatautonomie und Parteiwille

Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist nach § 139 BGB das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde¹. Die Vorschrift stellt daher eine Vermutung zugunsten der Gesamtnichtigkeit auf. Diese lapidar anmutende Regelung birgt vielfältige Schwierigkeiten².

1. Maßstab

So ist schon der Maßstab für die einfach klingende Bedingung (»wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde«) nicht leicht zu bestimmen. Denn es bleibt unklar, von wessen Warte aus dies »anzunehmen ist«. Ebenso naheliegend wie unbefriedigend wäre es, den entscheidenden Richter zum Maßstab zu nehmen. Dessen Möglichkeit zur Eigenwertung ist einerseits unumgänglich³, andererseits aber vor dem Hintergrund der Privatautonomie der Vertragsparteien bedenklich, weil den Beteiligten damit von dritter Seite aus die Geltung einer letztlich in dieser Form ungewollten Regelung aufoktroiyert werden könnte⁴. Aus diesem Grund sollte man sich auch nicht auf den – ohnehin schwer einnehmbaren – Standpunkt eines »vernünftigen Dritten« stellen wollen⁵. Einprägsam ist in diesem Zusammenhang die Formulierung der älteren Rechtsprechung, der sich die neuere der Sache nach angeschlossen hat⁶, wonach der »vernünftige Mann (...) das Geringere nimmt, wenn er das Größere nicht erreichen kann«⁷. Hierbei werden von der Rechtsprechung die Grundsätze ergänzender Vertragsauslegung herangezogen⁸, so dass gefragt wird, was die Parteien in Erwägung der Teilnichtigkeit geregelt haben würden⁹. Letztlich handelt es sich um eine Frage der »Wertung«¹⁰, doch sind entsprechend dem zur Umdeutung (§ 140 BGB)¹¹ anerkannten hypothetischen bzw. mutmaßlichen Parteiwillen vorrangig die Parteiinteressen, und zwar beider Parteien¹², zu berücksichtigen¹³.

2. Abdingbarkeit und Subsidiarität

Aus dem gerade für § 139 BGB geltenden Prinzip der Privatautonomie folgt, dass § 139 BGB als dispositives Recht abdingbar ist¹⁴. Das wird in der Praxis so häufig gemacht, dass schon die Frage nach der Sinnhaftigkeit und Sachgerechtigkeit der in § 139 BGB enthaltenen Vermutung aufgeworfen wurde¹⁵. Durch salvatorische Klauseln kann vereinbart werden¹⁶, dass für den Fall der Teilnichtigkeit der davon unberührte Rest des Rechtsgeschäfts gelten soll¹⁷. Erhaltungsklauseln bestimmen, dass das betreffende Rechtsgeschäft ohne die unwirksame Regelung wirksam sein soll¹⁸. Darüber hinaus findet sich häufig die Verpflichtung, die unwirksame Bestimmung durch eine ihr wirtschaftlich möglichst nahe kommende gültige Vereinbarung zu ersetzen (Ersetzungsklausel)¹⁹. Dessen ungeachtet muss hier auf die soeben dargestellte Weise der Parteiwille ermittelt werden. Eine salvatorische Klausel bewirkt insoweit lediglich eine Umkehr der in § 139 BGB aufgestellten Vermutung, weshalb die Vertragsauslegung gleichwohl zu dem Ergebnis führen kann, dass die Aufrechterhaltung des verbleibenden Rechtsgeschäfts nicht mehr dem Parteiwillen entspricht²⁰. In diesem Fall trägt aller-

dings entgegen § 139 BGB derjenige die Darlegungs- und Beweislast, der sich auf die Gesamtwirksamkeit beruft²¹.

Zum Teil regeln einige Vorschriften die Teilnichtigkeit abweichend vom Grundsatz des § 139 BGB. Das betrifft etwa § 265 BGB zur Unmöglichkeit bei der Wahlschuld oder § 2085 BGB bei Unwirksamkeit einer von mehreren Verfügungen in einem Testament. Nicht zuletzt § 306 Abs. 1 BGB stellt bei einer unzulässigen Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen klar, dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt. Gegenüber diesen spezielleren Regelungen tritt § 139 BGB subsidiär zurück²².

Aber auch ohne ausdrückliche Anordnung kann sich aus Sinn und Zweck der zur Teilnichtigkeit führenden Vorschrift ergeben, dass der von der Nichtigkeit unberührte Teil des Rechtsgeschäfts unabhängig davon wirksam bleibt, ob die Parteien dieses Geschäft in Kenntnis der Teilnichtigkeit geschlossen hätten. Daran ist etwa dann zu denken, wenn eine Verbotsnorm eine Vertragspartei vor nachteiligen Klauseln schützen soll, die Gesamtnichtigkeit des Geschäfts jedoch gerade das Gegenteil bewirken würde. So ist dem Mieter mit der Nichtigkeit des Mietvertrages offensichtlich nicht geholfen, wenn eine zwingende gesetzliche Mieterschutzvorschrift zu seinen Lasten abbedungen wurde²³. Vergleichbares gilt bei Regelungen zum Schutz des Arbeitnehmers oder bei Verbraucherschützenden Normen²⁴.

Greifen keine vorrangigen Vorschriften und ist § 139 BGB nicht abbedungen worden, so bleibt es bei der gesetzlichen Re-

- 1 Aus dem reichhaltigen Schrifttum vor allem CANARIS Festschrift Steindorff 1990 S 519; J. HAGER Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften 1983; DERS. JuS 1985, 264; R. ZIMMERMANN Richterliches Moderationsrecht oder Teilnichtigkeit 1979; dazu G. HAGER AcP 181 (1981) 447; ferner DEUBNER JuS 1996, 106; MAYER-MALY Festschrift Gschnitzer 1969 S 265; SANDROCK AcP 159 (1960/61) 481; P. ULMER Festschrift Steindorff S 799; MEILICKE-WEYDE DB 1994, 821; aus dem älteren Schrifttum OERTMANN ZHR 101 (1935) 119.
- 2 Besonders anspruchsvoll BGHZ 50, 45 unter Berufung auf WOLFF/RAISER Sachenrecht 10. Bearbeitung 1957 § 69 A. 18; dazu MEDICUS/PETERSEN Bürgerliches Recht 22. Auflage 2009 Rdn 560.
- 3 PETERSEN Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz 2001 S 49.
- 4 MEDICUS Allgemeiner Teil des BGB 9. Auflage 2006 Rdn 508.
- 5 MAYER-MALY Festschrift Flume 1978 S 621.
- 6 BGHZ 146, 37, 47, zuvor BGH ZIP 1983, 276.
- 7 RG WARNEYER Die Rechtsprechung des RG 1908 Nr. 352.
- 8 Palandt/ELLENBERGER 69. Auflage 2010 § 139 Rdn 14.
- 9 BGH NJW 1996, 2088.
- 10 FLUME Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2 Das Rechtsgeschäft 4. Auflage 1992 § 32, 5 S 580.
- 11 Dazu PETERSEN JURA 2001, 596.
- 12 RGZ 99, 55.
- 13 LARENZ/WOLF Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts 9. Auflage 2004 § 45 Rdn 26.
- 14 BGH NJW 1977, 40.
- 15 H. H. SEILER Festschrift Kaser 1976 S 127, 147.
- 16 Beispiel aus der Notarpraxis bei MEDICUS, Allgemeiner Teil des BGB Rdn 510.
- 17 Dazu H. WESTERMANN Festschrift Möhring 1975 S 135; MICHALSKI NZG 1998, 7.
- 18 BÖHME Erhaltungsklauseln 2000.
- 19 Zu beiden Arten der salvatorischen Klauseln BGH NJW 2005, 2225, 2226.
- 20 BGH NJW 1996, 773, 774.
- 21 BGH ZIP 2003, 126; BGH NJW-RR 2005, 1534; BGH NJW 2007, 3202.
- 22 FLUME Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2 Das Rechtsgeschäft § 32, 4.
- 23 Bamberger/Roth/WENDTLAND Stand 2009 § 139 Rdn 5.
- 24 Münch-Komm/BUSCHE 5. Aufl. 2006 § 139 Rdn 11, 14; BAG NJW 1982, 461, 462.

gelung der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts im Ganzen und gegenüber jedermann, soweit kein anderslautender Parteiwille anzunehmen ist²⁵. Damit sind zugleich die Rechtsfolgen des § 139 BGB dargestellt, mit deren Berücksichtigung bei der Bearbeitung von Fällen zu beginnen ist.

II. Voraussetzungen

Auch der gesetzliche Tatbestand – die Nichtigkeit eines Teils des Rechtsgeschäfts – ist scheinbar klar, bei näherem Zusehen allerdings nicht minder problematisch. Zunächst ist für die Anwendung des § 139 BGB unerheblich, auf welchen Gründen die Teilnichtigkeit beruht²⁶. Sie kann sich etwa aus einer nachträglichen Teilanfechtung ergeben²⁷. Auf den teilweisen Widerruf oder den Teilrücktritt findet die Vorschrift grundsätzlich entsprechende Anwendung²⁸. Darüber hinaus erfasst die Vorschrift alle Arten der Unwirksamkeit, also beispielsweise auch schwebend unwirksame Verträge²⁹. Entgegen dem ersten Anschein enthält § 139 BGB neben der teilweisen Nichtigkeit zwei weitere Voraussetzungen³⁰: das Vorliegen eines einzigen Rechtsgeschäfts und dessen Teilbarkeit («ein Teil»).

1. Geschäftseinheit

Die erste Voraussetzung besteht darin, dass ein einziges Rechtsgeschäft vorliegt, wie der Wortlaut («eines») nahelegt. In diesem Zusammenhang können auch mehrere, an sich selbständige Rechtsgeschäfte der Regelung des § 139 BGB unterfallen. Dafür muss es sich um ein Rechtsgeschäft im Sinne einer aus mehreren Geschäften zusammengesetzten Geschäftseinheit handeln³¹. Hierfür kommt es auf den Einheitlichkeitswillen der Vertragsparteien an³². Das aus anderem Zusammenhang in der Fallbearbeitung geläufige Kriterium³³ stellt die Wendung der Rechtsprechung dar, wonach die anscheinend getrennt zu beurteilenden Vereinbarungen nach dem durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermittelnden Willen der Parteien »miteinander stehen und fallen« sollen³⁴. In diesem Rahmen ist die Einheit des Zustandekommens zu berücksichtigen, sofern nicht ein entgegen gesetzter Parteiwille zu erkennen ist³⁵. Das einheitlich Abgesprochene oder schriftlich Fixierte ist in der Regel auch ein einziges Rechtsgeschäft³⁶, selbst wenn die Vertragstypen sich unterscheiden, wie es beispielsweise beim Verkauf eines Grundstücks mit anschließender Baubetreuung durch den Verkäufer der Fall ist³⁷. Ein weiteres Kriterium für die Einheitlichkeit ist die enge wirtschaftliche Verflechtung³⁸. Uneinheitlich beurteilt wird die Konstellation, in der die betreffenden Geschäfte zwischen unterschiedlichen Personen zustande gekommen sind, wie dies beim fremdfinanzierten Kauf vorkommt. Obwohl Kaufvertrag und Darlehensvertrag verschiedene Geschäfte darstellen, ist eine Geschäftseinheit hier nach der Rechtsprechung nicht von vornherein ausgeschlossen³⁹. Doch sind in einem solchen Fall – insbesondere im Rahmen der Fallbearbeitung⁴⁰ – die Durchgriffstatbestände der §§ 358 f. BGB vorrangig zu berücksichtigen⁴¹.

2. Teilbarkeit

Des Weiteren muss das Rechtsgeschäft überhaupt teilbar sein, das heißt es muss bei Abtrennung des nichtigen Geschäfts ein selbständiges Rechtsgeschäft bestehen können⁴². So liegt es etwa, wenn mehrere Personen einen Vertrag mit einem anderen geschlossen haben, den auch eine von ihnen allein mit dem anderen schließen könnte⁴³. Hingegen fehlt es an einer Teilbarkeit, wenn beim Abschluss eines Vertrages nur der Antrag oder die Annahmeerklärung nichtig sind, da die verbleibende wirksame Erklärung kein eigenständiges Rechtsgeschäft darstellt. Man muss also prüfen, ob auch jeder Teil für sich wirksam sein könnte⁴⁴. Andernfalls stellt sich die Frage der Teil- oder Gesamtnichtigkeit von vornherein nicht; das Geschäft ist bei Unteilbarkeit als Ganzes nichtig⁴⁵.

Hier kommt es in der Fallbearbeitung nicht selten zu einem Zusammentreffen mit dem Unwirksamkeitsgrund des § 138 BGB⁴⁶. Dabei bereitet die Anwendung des § 139 BGB insbesondere im Zusammenhang mit der quantitativen Teilnichtigkeit sittenwidriger Vereinbarungen Schwierigkeiten. Von quantitativer Teilbarkeit spricht man, wenn sich das Rechtsgeschäft bzw. die vereinbarten Leistungen zeitlich, räumlich oder auch umfangmäßig aufteilen lassen⁴⁷. In solchen Fällen ist Teilbarkeit nur dann anzunehmen, wenn der sittenwidrige Teil des Vertrags eindeutig abgrenzbar ist, davon abgesehen aber Zustandekommen und Inhalt des Vertrags ohne weiteres möglich sind⁴⁸. Das ist nicht der Fall, wenn die Wirksamkeit an der übermäßigen Höhe eines Teils der vereinbarten Leistungen scheitert, weil dann in das Äquivalenzverhältnis eingegriffen würde⁴⁹, dessen Wahrung allein den Vertragsparteien und nicht dem Richter obliegt⁵⁰. Quantitative Teilbarkeit kann auch dann vorliegen, wenn eine Vertragsklausel nichtig ist, die Parteien an ihrer Stelle jedoch eine auf das zulässige Maß beschränkte und damit wirksame Klausel vereinbart hätten. Nach Sinn und Zweck des § 139 BGB, dem tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillen möglichst weitgehend Rechnung zu tragen, kann die Vorschrift entsprechend auch auf solche Fälle anzuwenden sein⁵¹. Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird eine Beschränkung des Klauselinhalts auf einen noch zulässigen Inhalt im Wege der geltungserhaltenden Reduktion allerdings weitgehend abgelehnt, weil der Verwendung unzulässiger Klauseln andernfalls jedes Risiko genommen würde⁵². Aber auch bei Individualvereinbarungen wird man regelmäßig zur Gesamtnichtigkeit der Abrede kommen. Vor allem dann, wenn mehrere Möglichkeiten zur Ersetzung der nichtigen Vereinbarung denkbar sind und sich nicht ermitteln lässt, welche von ihnen die Parteien gewählt hätten, kommt eine Beschränkung der Vereinbarung entsprechend § 139 BGB auf das noch zulässige Maß nicht in Betracht, selbst wenn sich hierdurch ein vernünftiger Interessenausgleich erreichen ließe. Eine Aufspaltung in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil erfordert daher über allgemeine Billigkeitserwägungen hinausgehende Anhaltspunkte für einen dahingehenden Parteiwillen. Gerade bei sittenwidrigen Rechtsgeschäften darf sich der Richter nicht zum Vertragsgestalter aufschwingen, da der verbots- oder sittenwidrig

25 Palandt/ELLENBERGER § 139 Rdn 16.

26 BGH NJW 1986, 1988, 1990; NJW 1970, 1414, 1415.

27 BGH NJW 1969, 1759 f.

28 BGH NJW 1976, 1931, 1932.

29 BGH NJW 1974, 2233, 2234.

30 MEDICUS Allgemeiner Teil des BGB Rdn 501 ff.; 505 f.

31 KÖHLER BGB. Allgemeiner Teil 33. Auflage 2009 § 15 Rdn 5.

32 Palandt/ELLENBERGER § 139 Rdn 5.

33 Näher PETERSEN Allgemeines Schuldrecht 4. Auflage 2009 Rdn 63, 148.

34 BGH NJW-RR 2007, 395; ständige Rechtsprechung seit BGHZ 50, 13.

35 MEDICUS Allgemeiner Teil des BGB Rdn 501.

36 BGHZ 54, 71, 72.

37 BGH NJW 1976, 1931.

38 BROX/WALKER Allgemeiner Teil des BGB 33. Auflage 2009 Rdn 354.

39 BGH BB 1990, 733, 734; aA FLUME Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2 Das Rechtsgeschäft § 32, 2 a S 572.

40 PETERSEN Allgemeines Schuldrecht Rdn 208 ff.

41 MEDICUS Allgemeiner Teil des BGB Rdn 502.

42 BGH NJW 1962, 913.

43 MEDICUS Allgemeiner Teil des BGB Rdn 506.

44 RÜTHERS/STADLER Allgemeiner Teil des BGB 16. Auflage 2009 § 27 Rdn 4.

45 BGH NJW 1999, 351; KEIM NJW 1999, 2866, 2867 f.

46 Zu ihm PETERSEN JURA 2005, 387.

47 Münch-Komm/BUSCHE § 139 Rdn 25 ff.

48 Palandt/ELLENBERGER § 139 Rdn 10.

49 BGHZ 68, 207.

50 BGHZ 107, 351, 358; aA G. ROTH ZHR 153 (1989) 423.

51 BGH NJW 1989, 834, 835 f.

52 BGH NJW 1982, 2309, 2310.

Handelnde über § 139 BGB schlimmstenfalls das bekäme, was als interessengerecht angesehen werden kann⁵³. Damit aber verlore das Risiko der gesetzlich angeordneten Nichtigkeitsfolge erheblich an Gewicht⁵⁴.

Einen Unterfall der quantitativen Teilbarkeit bildet die zeitliche Teilbarkeit⁵⁵. Sie kommt insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen in Betracht, wo etwa eine überlange und aus diesem

Grunde unzulässige Vertragslaufzeit bei entsprechendem Parteiwillen auf das zulässige Maß beschränkt werden kann⁵⁶.

⁵³ BGH NJW 2009, 1135, 1136 f.

⁵⁴ Dazu BGH NJW 2001, 815, 817.

⁵⁵ RGZ 82, 124; BGH NJW 1972, 1459; 1992, 2145; BGH ZIP 1987, 1083.

⁵⁶ BGH NJW 1997, 3089; NJW 1974, 2089, 2090.