

MAX FABIAN STARKE

EU-Grundrechte und Vertragsrecht

Studien zum Privatrecht

58

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 58



Max Fabian Starke

EU-Grundrechte und Vertragsrecht

Mohr Siebeck

Max Fabian Starke, geboren 1986; Studium in Münster und Sevilla; 2012 Erste juristische Prüfung; wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin; 2014 LL.M. in Cambridge; 2016 Promotion; seit 2015 Referendar am Kammergericht Berlin.

e-ISBN PDF 978-3-16-154978-6

ISBN 978-3-16-154977-9

ISSN 1867-4275 (Studien zum Privatrecht)

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Dies ist meine Dissertation, die im Wesentlichen zwischen November 2012 und Oktober 2015 in Berlin entstanden ist. Ich war in dieser Zeit Mitarbeiter an der Humboldt-Universität und durfte dieses Buch unter privilegierten Bedingungen schreiben. Hierfür bin ich sehr dankbar. Einen inspirierenderen Ort als die Juristische Fakultät Unter den Linden hätte ich mir nicht wünschen können. Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann, LL.M. (Berkeley) hat mich interessiert und ermutigend betreut und mir dabei alle Freiheiten gelassen. 2013/14 konnte ich ein Masterstudium an der University of Cambridge absolvieren, wo ich von meinem dortigen Betreuer Professor Simon Deakin viel für diese Schrift gelernt habe. Von der Studienstiftung des deutschen Volkes erhielt ich ein großzügiges Promotionsstipendium. Meine Freundin Lisa hat mir Rückhalt und Unterstützung gegeben und meine geistigen Abwesenheiten geduldig ertragen.

Dieses Buch behandelt ein Thema, in dem sich viele Diskurse treffen. Es soll helfen sie zu verknüpfen und auch den wirtschaftlichen und politischen Kontext der wesentlichen juristischen Aspekte zumindest in Ansätzen reflektieren. Sein Schwerpunkt liegt dabei im Privatrecht. Ein stärkerer Austausch über Fach- und Disziplinergrenzen birgt sicher noch große Potenziale. Ich denke, dass man solch grundsätzliche Fragen der in unruhige Gewässer geratenen europäischen Integration mit dogmatischen Mitteln allein nicht angemessen bewältigen kann.

Von Freunden und Kollegen habe ich viele hilfreiche Kommentare, Kritik und Anregungen erhalten. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. Martin Eifert, LL.M. (Berkeley), Tim Engel, LL.M. (London), Philipp Hacker, LL.M. (Yale), Lisa Lueg, LL.M. (Cambridge), Prof. Dr. Hans-W. Micklitz, Michael W. Müller, LL.M. (Cambridge), Dr. Julius Städele, LL.M. (Cambridge), Paul Steinbach und Lars Tölke. Prof. Dr. Eva Inés Obergefell hat in kurzer Zeit das Zweitgutachten angefertigt. Prof. Dr. Nils Jansen hat während meines Studiums in Münster mein Interesse für das europäische Privatrecht geweckt. Dank gilt auch dem Deutschen Akademischen Austauschdienst sowie den Kanzleien Freshfields Bruckhaus Deringer und GSK Stockmann + Kollegen, die mein Studium in Cambridge durch großzügige Stipendien ermöglicht haben. Für den Druck des Buches erhielt ich wertvolle finanzielle Unterstützung durch die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg,

und die Studienstiftung ius vivum, Kiel. Alle Unvollkommenheiten dieser Schrift gehen natürlich auf mich.

Das Manuskript berücksichtigt Urteile und Literatur, die bis Oktober 2015 veröffentlicht wurden. Einzelne Quellen konnten bis Juni 2016 aufgenommen werden. Die Disputation des Dissertationsverfahrens an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin fand im Mai 2016 statt. Gewidmet ist dieses Buch meinen Eltern, die mich immer unterstützt haben und immer für mich da waren.

Berlin, im Sommer 2016

Max Fabian Starke

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einführung	1

Teil 1. Grundlagen

§ 1 Vertrag, Vertragsrecht, Europäisches Vertragsrecht	13
§ 2 Bestand der EU-Grundrechte	57
§ 3 EU-Grundrechte im Mehrebenensystem	78

Teil 2. Rechtsprechung

§ 4 Entscheidungen des EuGH zu EU-Grundrechten und Privatrecht	119
--	-----

Teil 3. Struktur

§ 5 Dogmatische Struktur der Wirkung der EU-Grundrechte im Privatrecht	171
---	-----

Teil 4. Inhalt

§ 6 Privatautonomie	243
§ 7 Private Macht	276
§ 8 Einzelne Impulse und Potenziale in Teilgebieten des Vertragsrechts	330

§ 9 Allgemeine Tendenzen: Marktparadigma der EU-Grundrechte im Vertragsrecht.....	350
--	-----

Teil 5. Prozessuales

§ 10 Gerichtliche Aufgabenteilung bei der Verwirklichung der EU-Grundrechte	373
--	-----

Schlüsse	397
----------------	-----

Literaturverzeichnis	409
----------------------------	-----

Sach- und Personenregister.....	443
---------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Einführung.....	1
1. Dynamiken und Dimensionen	1
2. Ziele und Begrenzungen.....	3
3. Methoden und Überblick.....	6

Teil 1. Grundlagen

§ 1 <i>Vertrag, Vertragsrecht, Europäisches Vertragsrecht</i>	13
I. Vertrag und Vertragsfunktionen.....	14
1. Tatbestand des Vertrages	14
2. Funktionen des Vertrages	17
a) Selbstbestimmung.....	18
b) Gerechter Austausch.....	20
c) Effizienz	23
d) Markt.....	25
e) Kooperation	28
II. Vertragsrecht und Vertragsrechtsfunktionen	31
1. Vertragsrecht im Rechtssystem.....	32
2. Funktionen des Vertragsrechts.....	35
a) Ermöglichung	36
b) Regulierung	38
III. Europäisches Vertragsrecht und seine Funktionen	44
1. Quellen und Erscheinungsform des europäischen Vertragsrechts.....	45
2. Funktionen des europäischen Vertragsrechts.....	51
IV. Zusammenfassung.....	55

§ 2 Bestand der EU-Grundrechte.....	57
I. Entwicklung des Grundrechtsschutzes der Europäischen Union	58
II. Grundrechtecharta	62
1. Inhalt im Überblick.....	62
2. Grundrechte und Grundsätze	65
III. Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze und ihr Verhältnis zur Charta.....	67
1. Fortbestehende Relevanz in gerichtlichen Entscheidungen	67
2. Bewertung und Diskussion	70
IV. Grundfreiheiten als EU-Grundrechte?	75
V. Zusammenfassung	77
§ 3 EU-Grundrechte im Mehrebenensystem.....	78
I. Anwendungsbereich der EU-Grundrechte.....	78
1. Anwendungsbereich der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze	81
a) Administrative und legislative Umsetzungsakte	82
b) Einschränkung von Grundfreiheiten	83
c) Weitere von spezifischem Unionsrecht geregelte Sachverhalte	86
2. Anwendungsbereich der Grundrechtecharta	90
a) Die Vorschrift des Art. 51 Abs. 1 GRC	90
b) Der Fall Åkerberg Fransson	93
c) Kritik daran	95
d) Konkretisierungen	96
3. Anwendungsbereich der EU-Grundrechte im Vertragsrecht.....	99
II. Verhältnis zu nationalen Grundrechten	102
1. Alternativität zwischen nationalen und EU-Grundrechten.....	103
2. Überschneidung zwischen nationalen und EU-Grundrechten	106
a) Gründe für Überschneidungen.....	106
b) Verhältnis bei Überschneidungen.....	107
III. Verhältnis zur EMRK.....	111
1. Handlungen der Mitgliedstaaten	111
2. Handlungen der Union.....	114

IV. Zusammenfassung	115
---------------------------	-----

Teil 2. Rechtsprechung

§ 4 Entscheidungen des EuGH zu EU-Grundrechten und Privatrecht	119
--	-----

I. Antidiskriminierungsrecht	121
1. Mangold	121
2. Küçükdeveci	123
3. Test-Achats	125
4. Prigge	127
5. HK Danmark	128
II. Arbeitsrecht	130
1. Werhof	130
2. Viking	132
3. Laval	134
4. KHS	135
5. Dominguez	137
6. Heimann und Lock	138
7. Alemo Herron	140
8. AMS	141
9. Fenoll	143
III. Verbraucherrecht	145
1. McDonagh v. Ryanair	145
2. Kušionová	147
3. Einige kurz skizzierte Fälle außerhalb des materiellen Rechts: Aziz, Sánchez Morcillo und Pohotovost'	149
IV. Digitales, geistiges Eigentum und Datenschutz	150
1. Promusicae	150
2. Scarlet Extended	152
3. SABAM v. Netlog	154
4. DR und TV2 Danmark	155
5. Sky Österreich	156
6. Telekabel	158
7. Google Spain	160
8. Deckmyn	163
V. Sonstiges	164
1. Kokopelli	164

2. Einige kurz genannte, doch schlussendlich nicht relevante Fälle ...	166
a) Rodríguez Caballero	166
b) Deutsches Weintor	167
c) Antidiskriminierungsfälle	167

Teil 3. Struktur

§ 5 <i>Dogmatische Struktur der Wirkung der EU-Grundrechte im Privatrecht</i>	171
I. Direkte und indirekte Wirkung: Einordnung in die allgemeine Dogmatik der Wirkungen des Unionsrechts	173
1. Allgemeine europarechtliche Dogmatik der Wirkungen des Unions- und insbesondere des Primärrechts	173
a) Direkte Wirkung: unmittelbare Anwendbarkeit und Vorrang des Primärrechts	174
aa) Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit	175
bb) Vorrang des Primärrechts vor nationalem Recht und vor abgeleitetem Unionsrecht	177
b) Indirekte Wirkung: Einfluss auf die Auslegung anderer Rechtssätze	179
aa) Primärrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts	179
bb) Primärrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts	181
cc) Primärrechtskonforme Auslegung des Primärrechts?	182
dd) Primärrecht als Argument jenseits der Konformitätsanforderung	182
2. Indirekte Wirkung der EU-Grundrechte: Einfluss auf die Auslegung anderer privatrechtlicher Rechtssätze	183
a) Objekte der Wirkung – Gegenstände der Auslegung	183
aa) Sekundärrechtliches Privatrecht	183
bb) Privatrechtsrelevantes Primärrecht	186
cc) Nationales Privatrecht	187
dd) Privates Recht: Verträge	189
b) Tiefenstufen der grundrechtlichen Argumentation bei der Auslegung anderer Normen	192
aa) Bloße Unterstreichung oder Betonung	192
bb) Zusätzliche Argumente und Wertungen in der Auslegung	193
cc) Vollständige Grundrechtsprüfung	194
3. Direkte Wirkung der EU-Grundrechte: Unmittelbare Anwendung im Privatrecht	195
a) Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit der EU-Grundrechte im Privatrecht durch den EuGH	195

b) Einschränkung der Voraussetzung der unmittelbaren Anwendbarkeit nach dem Urteil AMS	198
c) Unmittelbare Anwendbarkeit und die Offenheit der Adressatenfrage – die Missverständlichkeit des direct horizontal effect	200
II. Private als Adressaten der EU-Grundrechte	202
1. Anhaltspunkte aus der Rechtsprechung des EuGH	202
2. Meinungsbild in der Literatur und bei den Generalanwälten	204
3. Bewertung und Bedeutung der Frage	207
III. Funktionen der EU-Grundrechte und ihre strukturelle Bedeutung im Vertragsrecht	209
1. Unterscheidung von Abwehr- und Schutzfunktion	210
a) Differenzierung im deutschen Recht und bei der EMRK	210
b) Funktionen der EU-Grundrechte	213
aa) Aussagen der Charta	213
bb) Rechtsprechung des EuGH	214
2. Abwehr- und Schutzfunktion der EU-Grundrechte und Privatrechtswirkung	217
a) Dogmatische Konstruktion nach Canaris für die Grundrechte des Grundgesetzes und für die Europäischen Grundfreiheiten ..	217
b) Übertragung auf die Wirkung der EU-Grundrechte im Privatrecht	219
c) Spezifische Schwierigkeiten im Vertragsrecht	221
3. EU-Grundrechte und Vertragsrechtsfunktionen: Ermöglichung und Regulierung	224
IV. Prinzipiencharakter der EU-Grundrechte: Theorie ihrer inneren Struktur und deren Bedeutung im Vertragsrecht	227
1. Prinzipiencharakter der EU-Grundrechte	228
a) Die Theorie Alexys	228
b) Übertragbarkeit auf EU-Grundrechte	231
2. Prinzipiencharakter und Privatrechtswirkung der EU-Grundrechte	233
a) Das Modell Alexys	234
b) Übertragbarkeit auf EU-Grundrechte und ihre Privatrechtswirkung	236
V. Zusammenfassung	238

Teil 4. Inhalt

§ 6 Privatautonomie	243
I. Konzept der Privatautonomie und EU-Grundrechte	245
1. Formale und materiale Privatautonomie	246
2. Konzept der Privatautonomie und EU-Grundrechte nach der Rechtsprechung des EuGH	249
a) Vertragsfreiheit und Chartagrundrechte	249
b) Vertragsfreiheit in der Rechtsprechung zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Grundsätzen des Zivilrechts	251
c) Regulated autonomy – ein neues Autonomiekonzept?	253
d) Schlussfolgerung	256
II. Schutz der Vertragsfreiheit durch EU-Grundrechte	257
1. Vertragsfreiheit als Teil unternehmerischer Freiheit gem. Art. 16 GRC	257
2. Vertragsfreiheit als Teil weiterer Grundrechte	260
3. Vertragsfreiheit und allgemeiner Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	263
4. Vertragsfreiheit und Grundfreiheiten	264
III. Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch EU-Grundrechte	266
1. Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Wirkung der EU-Grundrechte selbst	267
a) Gleichbehandlungsrechte	267
b) Freiheitsrechte	270
c) Soziale Rechte des Solidaritäts-Titels der Charta	272
2. EU-Grundrechte und die Rechtfertigung von Regulierung	273
IV. Zusammenfassung	274
§ 7 Private Macht	276
I. Machttheorien	279
1. Klassische Machttheorie: Max Weber und Franz Böhm	280
2. Weitere Dimensionen der Macht: Bachrach, Baratz, Lukes	282
3. Macht ist überall: Foucault	283
4. Modaler Machtbegriff als Mittelweg: Luhmann	285
II. Macht und Vertragstheorie	289
1. Vertragstypen aus Sicht der Neuen Institutionenökonomik	292

a) Ökonomischer Hintergrund	292
b) Märkte, Hybride, Unternehmen	293
2. Typische Machtstrukturen in Vertragsverhältnissen	296
a) Austauschverträge	297
aa) Bedeutung vollkommenen Wettbewerbs	298
bb) Allgemeine Geschäftsbedingungen	301
cc) Vertragspflichten als Machtquellen	302
b) Langzeitverträge	303
c) Hierarchien	306
d) Einige Erkenntnisse	309
III. Macht und (europäisches) Vertragsrecht	310
1. Ermöglichung von Macht als vertragsfunktionale Notwendigkeit	311
2. Regulierung von Macht in verschiedenen Vertragstypen und -phasen	312
a) Austauschverträge	312
b) Sonderfall AGB	314
c) Langzeitverträge	315
d) Hierarchien	316
IV. Macht und EU-Grundrechte im Vertragsrecht	318
1. Macht in der Rechtsprechung des EuGH	319
2. Macht als Kriterium bei der Anwendung der Grundrechte	323
a) Macht ist keine Voraussetzung für die Anwendung der Grundrechte im Vertragsrecht	323
b) Regulative Tendenzen der Berücksichtigung von Macht in der Abwägung	324
V. Zusammenfassung	328
 § 8 Einzelne Impulse und Potenziale in Teilgebieten des Vertragsrechts	330
I. Antidiskriminierungsrecht	330
1. Direkte Wirkung der Diskriminierungsverbote und Stärkung des Sekundärrechts	331
2. Dogmatisches Labor	333
II. Arbeitsrecht	335
1. Zweifelhaftigkeit der unmittelbaren Anwendung sozialer Grundrechte	336
2. Erweiternde und begrenzende Einflüsse auf regulative Vorschriften	338

3. Grundfreiheiten und Grundrechte im Individualarbeitsrecht	340
III. Verbraucherrecht, insbesondere Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen	341
1. Verstärkung des sekundärrechtlichen Schutzes	341
2. Keine Einschränkungen bisheriger Regulierung	344
IV. Datenschutzrecht, Handelsvertreterrecht, Versicherungsvertragsrecht ..	346
V. Zusammenfassung	349
 <i>§ 9 Allgemeine Tendenzen: Marktparadigma der EU-Grundrechte im Vertragsrecht</i>	 350
I. Narrative auf nationalstaatlicher Ebene	351
II. Einschätzungen allgemeiner Tendenzen der EU-Grundrechte	355
III. Dominanz der Marktlogik: ein Paradigma und seine Muster in der Rechtsprechung des EuGH	358
1. Idee des Marktparadigmas	358
2. Kristallisationspunkte in der Rechtsprechung des EuGH	360
a) Betonung formaler Vertragsfreiheit	360
b) Fehlende Wirkung sozialer Grundrechte	361
c) Koinzidenz von grundrechtlicher Regulierung und Marktstörung	362
d) Begrenzung der Grundrechte durch Grundfreiheiten	365
3. Erklärungsansätze	366
IV. Zusammenfassung	370

Teil 5. Prozessuales

 <i>§ 10 Gerichtliche Aufgabenteilung bei der Verwirklichung der EU-Grundrechte</i>	 373
I. Aufgabenteilung zwischen dem EuGH und nationalen Gerichten im Allgemeinen	374
1. Nationale Gerichte als Grundrechts-Anwender und Fallentscheider	375
2. EuGH als oberstes Gericht und Integrator	377

3. Variable Spezifität der Vorgaben durch den EuGH	381
II. Spezifität der EuGH-Vorgaben zu EU-Grundrechten im Privatrecht	383
1. Ergebnisvorgabe	383
2. Anleitung und punktuelle Vorgaben	385
3. Zurückhaltung und Überantwortung an das nationale Gericht	387
III. Vorhandene und nichtvorhandene Gestaltungsspielräume	
nationaler Gerichte: Gründe und Konsequenzen	387
1. Gründe	388
a) Einheitlichkeit des Unionsrechts	388
b) Information und Vorlagefragen	389
c) Normen und Verträge	390
d) Zurückhaltung des EuGH und sensible Rechtsmaterien	390
e) Führungsrolle des Unionsrechts	391
2. Implikationen und Bewertung	392
IV. Zusammenfassung	395
<i>Schlüsse</i>	397
1. Grundrechte	397
2. Breite	398
3. Tiefe	399
4. Ausgangspunkt	399
5. Maßstäbe	400
6. Vertragstheorie	401
7. Privatautonomie	402
8. Private Macht	403
9. Unterschiede	404
10. Paradigma	405
11. Gerichte	406
12. Pluralistisches Vertragsrecht	407
Literaturverzeichnis	409
Sach- und Personenregister	443

Einführung

1. Dynamiken und Dimensionen

Die marktgeleitete europäische Integration hat mit der Grundrechtecharta ein neues Gesicht erhalten, welches das Vertragsrecht nicht unberührt lässt. Die neuere Rechtsprechungstätigkeit des EuGH zeigt das deutlich: Sie geht zunehmend auf Grundrechte auch im vertragsrechtlichen Kontext ein, etwa auf das Wohnungsgrundrecht von Verbrauchern,¹ das Urlaubsgrundrecht im Arbeitsverhältnis,² Urheberrechte und Persönlichkeitsschutz im Online-Bereich³ und Gleichbehandlungsgebote in Versicherungsverträgen.⁴ Föderale, institutionelle und ökonomische Spannungsfelder tun sich auf. So wie sich mit neuen Normen und neuer Rechtsprechung neue Rechtsprobleme stellen, sind sie in diesem Fall doch Facetten bekannter Dynamiken.⁵ Bereits seit längerer Zeit prägt die Europäisierung die Entwicklung des Vertragsrechts. Die Europäische Union ist eng mit dem Projekt des Binnenmarktes verknüpft, der Vertrag „die juristische Seite der Marktgemeinschaft“⁶ und so verwundert es nicht, dass sich die Schaffung eines Binnenmarktes normsetzenderweise insbesondere im Vertragsrecht niedergeschlagen hat. Zu den großen Strömungen des vertragsrechtlichen Wandels zählt daneben die Konstitutionalisierung, im Sinne der Wirkung oder Ausstrahlung verfassungsrechtlicher Normen gerade auch in dieses Rechtsgebiet. Sie resultiert aus sich wandelnder Verfassungsauslegung, und das nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen europäischen Staaten.⁷ Schon früh sind diese beiden Dynamiken in

¹ Etwa EuGH Rs. C-34/13 (*Kušionová*).

² Etwa EuGH Rs. C-214/10 (*KHS*); EuGH Rs. C-316/13 (*Fenoll*).

³ Etwa EuGH Rs. C-314/12 (*Telekabel*).

⁴ EuGH Rs. C-236/09 (*Test-Achats*).

⁵ Zu den großen, hier besprochenen Dynamiken, welche den Wandel des Vertragsrechts prägen, etwa S. Grundmann, Zukunft des Vertragsrechts, in: S. Grundmann et al. (Hg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin (2010), 1015; U. Blaurock, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert – Materialisierung, Konstitutionalisierung und Europäisierung, in: U. Blaurock/J. Hager (Hg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), 9.

⁶ So M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie (1972), 401.

⁷ S. bloß die umfassende rechtsvergleichende Studie bei G. Brüggemeier et al. (Hg.), Fundamental Rights and Private Law in the European Union (2010).

gebündelter Form aufgetreten: 1976 gab der EuGH im Fall *Defrenne* mit dem Gebot der Nichtdiskriminierung aufgrund des Geschlechts eine primärrechtliche Vorschrift als zwingendes Vertragsrecht vor.⁸ Spätestens seit den 1990er Jahren ist klar, dass auch die Grundfreiheiten privatrechtliche, inklusive vertragsrechtlicher, Implikationen besitzen. Der Einfluss europäischen Verfassungsrechts (wenn man das Primärrecht so nennen will)⁹ auf das Vertragsrecht ist Europäisierung und Konstitutionalisierung desselben zugleich. Durch die Grundrechtecharta haben sich die Potenziale einer solchen europäischen Konstitutionalisierung (oder: konstitutionellen Europäisierung) vervielfacht und hat sich eine neue Grundsatzfrage in der Rechtswissenschaft aufgetan: Wie halten es die EU-Grundrechte mit dem Vertragsrecht?¹⁰

Formal bedeuten Europäisierung und Konstitutionalisierung, dass nunmehr Rechtsnormen im und als Vertragsrecht relevant sind, die es vormals nicht waren. Aus dogmatischer Perspektive verlangt dies, das Verhältnis dieser Regeln zum überkommenen Normbestand zu ordnen und in ein (möglichst) widerspruchsfreies Ganzes zu bringen. Die Methoden verfassungskonformer und europarechtskonformer Auslegung sind ein Zeugnis davon. Insofern ist die Rechtswissenschaft vor allem als Ordnungswissenschaft gefordert.¹¹ Die Neuartigkeit von Normen an sich sagt dabei nichts darüber aus, wie sich das Vertragsrecht inhaltlich verändert. In substantieller Hinsicht sind Europäisierung und Konstitutionalisierung häufig mit einer dritten Dynamik, dem Prozess der Materialisierung des Vertragsrechts, verknüpft worden.¹² Damit meint man gemeinhin, an die Stelle eines rein formal-liberalen Vertragsrechts sei vermehrt ein material-ausgleichendes Vertragsrecht getreten, das tatsächlicher Entscheidungsfreiheit und gerechtem Interessenausgleich diene oder jedenfalls zu dienen suche, und dass gerade europa- und verfassungsrechtliche Einflüsse hierzu beigetragen haben.¹³ Es drängt sich die Frage auf, ob sich dieses Narrativ nun fortschreiben lässt, ob der Einfluss der EU-Grundrechte also die nächste Zündstufe in einem anhaltenden Materialisierungsprozess auslöst oder ob die Entwicklung unter der Handschrift des

⁸ EuGH Rs. 43/75 (*Defrenne*), Slg. 1976, 455.

⁹ Etwa der EuGH will: Rs. 294/83 (*Les Verts*), Slg. 1986, 1339 Rn. 23 (Verträge als „Verfassungsurkunden“).

¹⁰ Von „Gretchenfrage“ und „Jahrhundertproblematik“ bezüglich des Zusammenhanges von (deutschen) Grundrechten und Privatrecht spricht K.-H. Fezer, Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 1998, 267.

¹¹ Zur Rechtswissenschaft als Ordnungswissenschaft W. Ernst, Gelehrtes Recht. Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: C. Engel/W. Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), 3.

¹² Dazu H.-W. Micklitz, Kapitel 8. Konstitutionalisierung, Regulierung und Privatrecht, in: S. Grundmann et al. (Hg.), Privatrechtstheorie (2015), 623.

¹³ C.-W. Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273.

EuGH im Kontext der europäischen Marktintegration eine andere Richtung nimmt.

Schlagworte wie Europäisierung, Konstitutionalisierung und Materialisierung stellen juristische Rekonstruktionen von Bewegungen innerhalb politischer, institutioneller und wirtschaftlicher Spannungsfelder dar. Im Falle der Europäisierung betrifft dies das Verhältnis zwischen nationaler und supranationaler Lenkungscompetenz. Die Konstitutionalisierung betrifft die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und Gerichten. Materialisierung schließt Fragen der Wirtschaftsordnung ein, konkret das Verhältnis zwischen *laissez faire* und Regulierung.¹⁴ Verschiebungen in diesen Spannungsfeldern, Dynamiken innerhalb dieser Dimensionen, haben gleichzeitig politische, wirtschaftliche und juristische Implikationen. Dies ist der Grund dafür, dass die Frage der Wirkung der EU-Grundrechte im Vertragsrecht eine Schnittstelle mehrerer Diskurse darstellt. Es begegnen sich hier nicht nur Privatrecht, öffentliches Recht und Europarecht, sondern es spielen auch vertragstheoretische, staatsrechtliche und wirtschaftstheoretische Erwägungen in diese Thematik herein, mitsamt jeweilig widerstreitenden Interessen und Ideen. Diesem Hintergrund kann man sich auch als Jurist schwer verschließen, will man sich nicht zum formaljurisprudenziellen Instrument angeblich ausgeblendeter politischer Kräfte machen: „Die vermeintliche Wertfreiheit des juristischen Denkens ist notwendig ideologiefälliger als die Freiheit des Richters zur Wertung [...]“.“¹⁵

Der Hintergrund solch großer Begriffe bedeutet keineswegs, dass die Wirkung der EU-Grundrechte im Vertragsrecht lediglich von akademischem oder theoretischem Interesse sei. Die Frage, ob und wie diese Grundrechte anzuwenden sind, betrifft potentiell jeden Richter in Europa,¹⁶ der über vertragliche Streitigkeiten zu entscheiden hat, und jeden Rechtsberater, der alle Argumentationsmöglichkeiten ausschöpfen will. Die genannten Dynamiken erfassen unweigerlich alltägliche Einzelfälle und machen praktisch brauchbare Lösungsmuster erforderlich.

2. Ziele und Begrenzungen

Es ist das Ziel dieser Schrift, sich Antworten auf die angedeuteten Fragen zu nähern und Aufschluss über die Wirkungen der EU-Grundrechte im Vertrags-

¹⁴ Schon voreingenommen wäre es, hier vom Verhältnis zwischen Freiheit und Regulierung zu sprechen. Je nach Freiheitsbegriff kann Regulierung auch zu mehr Freiheit führen – vgl. dazu auch § 6 I 1.

¹⁵ J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1972), 119.

¹⁶ Für Bezugnahmen auf die Grundrechtecharta durch deutsche Gerichte s. z.B. BGH BeckRS 2011, 06487; BAG NZA 2011, 860.

recht zu gewinnen. Die Weite der behandelten Felder, EU-Grundrechte einerseits und Vertragsrecht andererseits, macht eine gewisse Beschränkung notwendig: Es kann nicht Anspruch sein, für alle denkbaren Probleme und Konflikte Lösungen anzubieten oder auch nur anzudeuten. Die Abstraktheit der Fragestellung verlangt nach einer Abstrahierungshöhe auch in der Antwort, auf der spätere, konkretere Behandlungen aufbauen könnten. Das Ziel ist daher eine Darstellung mit Grundriss- beziehungsweise Modellcharakter.¹⁷ Diese Schrift soll sich auf jene Punkte konzentrieren, die entscheidend, aber auch hinreichend sind, um ein tiefergehendes Verständnis der Thematik im Ganzen zu ermöglichen. Sie soll die zentralen strukturellen und inhaltlichen Fragen behandeln, sie aber nicht für jede mögliche Fallkonstellation ausführen. Im besten Fall bietet sie, bildlich gesprochen, gleichzeitig ein Raster zur Orientierung wie auch die argumentativen Bausteine, die in diesem Raster typischerweise relevant werden.

Eine Herausarbeitung der dogmatischen Strukturen, beispielsweise anhand von Begriffen wie mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung, ist im Kontext von Grundrechten und Privatrecht keineswegs von allen herbeigesehnt, sondern durchaus schon als „rather superfluous“ bezeichnet worden.¹⁸ Selbstverständlich wird eine Dogmatik, eine Argumentationsstruktur der Grundrechte im Vertragsrecht, nicht allein entscheidend für die Lösung konkreter Fälle sein. Es kommt vielmehr immer darauf an, diesen Rahmen beziehungsweise dieses System mit inhaltlichen Argumenten zu füllen. Solche inhaltlichen Argumente werden sich von Fall zu Fall, von Vertrag zu Vertrag, von Grundrecht zu Grundrecht unterscheiden. Will man aber die Rechtsanwendung so weit es geht rationalisieren, dann ist eine Struktur jedenfalls insoweit nützlich, wie sie inhaltliche Argumente praktisch handhabbar macht. Selbst wenn verschiedene Argumentationsstrukturen im Endeffekt bloß zu wechselnder Anordnung gleicher inhaltlicher Argumente und sogar zum gleichen Ergebnis führen sollten, haben sie doch die Bedeutung, einen Diskurs jener Argumente zu ermöglichen und zu erleichtern. Ist der Boden für einen Diskurs geglättet, lassen sich Reibungsverluste und die Gefahr des Aneinander-Vorbei-Redens verringern, ja durch eine effizientere Diskussion womöglich vernünftiger Ergebnisse finden. Gerade im Kontext des Mehrebenensystems kann Dogmatik hilfreich sein. Hier scheint der Bedarf nach Rechtswissenschaft als Ordnungswissenschaft besonders akut, aufgrund der Neuartigkeit mancher Probleme und der verhältnismäßig geringen Dichte von Vorarbeiten.¹⁹ Insbeson-

¹⁷ Der Begriff des Modells beinhaltet in diesem Sinne die Idee der vereinfachten Darstellung, um das Verständnis von Zusammenhängen und Vorgängen zu verbessern.

¹⁸ G. Brüggemeier/A.C. Ciacchi, Introduction, in: G. Brüggemeier et al. (Hg.), *Fundamental rights and private law in the European Union II* (2010), 1, 8.

¹⁹ Das Zusammenwirken von nationalem und europäischem Recht mache „systematische wissenschaftliche Ordnung noch wichtiger“, O. Remien, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages* (2003), 41. Nach Josef Esser ist die Aufgabe der

dere die Herkunft von Juristen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen macht einen Austausch und eine Verständigung darüber, was mit und in verschiedenen dogmatischen Strukturen gemeint ist, wertvoll.

Es ist darüber hinaus das ausdrückliche Ziel, zusätzlich zur dogmatischen Struktur auch die inhaltliche Wirkung der EU-Grundrechte zu untersuchen, also der Frage nachzugehen, inwiefern und in welche Richtungen EU-Grundrechte das Vertragsrecht substanziell verändern. Das bedeutet insbesondere zu fragen, welche Positionen und Interessen durch EU-Grundrechte besonders geschützt werden. Es bedeutet zu fragen, welche Auswirkungen EU-Grundrechte auf das Verhältnis zwischen *laissez faire* und Regulierung vertraglichen Austauschs haben. Dabei kann es wiederum nicht der Anspruch sein, jedes denkbare inhaltliche Kriterium, jede mögliche inhaltliche Tendenz aufzuzeigen. Es ist jedoch möglich, sich typischen Argumenten und Spannungen zu widmen und auf jene Vertragsverhältnisse etwas näher einzugehen, für welche die EU-Grundrechte aktuell überhaupt anwendbar sind. Mit einer Untersuchung des Einflusses auf das Vertragsrecht anstatt des gesamten Privatrechts lässt sich ein Zuschnitt auf spezifisch vertragsrechtliche Probleme erreichen. So wie das Vertragsrecht Bedingungen und Möglichkeiten wirtschaftlichen Austauschs vorgibt, handelt es sich beim Einfluss der EU-Grundrechte in dieser Hinsicht um Aspekte der Wirtschaftsverfassung.²⁰ Da Fragen der Wirtschaftsverfassung ideologienahen Grundsatzfragen berühren, soll die Herangehensweise in dieser Schrift diesbezüglich mehr analytisch als wertend sein. Es ist zwar unmöglich (und auch keineswegs erwünscht), die normativen Aspekte auf null zu reduzieren. Die primäre Zielsetzung ist aber zu untersuchen, wie sich der inhaltliche Einfluss nach der Rechtsprechung des EuGH bisher darstellt und nicht, diese Rechtsprechung von einer bestimmten normativen Prämisse aus von Grund auf zu kritisieren.

Ein wichtiges Anliegen dieser Arbeit ist eine Verknüpfung von Diskursen. Als Schnittstellenthematik kann die Wirkung der EU-Grundrechte im Vertragsrecht weder rein vertragsrechtlich noch etwa rein europarechtlich behandelt werden. Auch eine rein dogmatische Arbeit würde, angesichts der weitreichenden wirtschaftlichen und politischen Implikationen, zu kurz greifen. Dies erfordert zwar bisweilen Ausführungen, die Experten spezifischer Diskurse selbstverständlich erscheinen mögen. Da jedoch Selbstverständlichkeiten jenseits von Expertenzirkeln rapide abbrechen, ist es gewinnbringend, auch derartige Dinge zu besprechen. Gerade in der Kombination und Konfrontation, im Zusammendenken und der verbundenen Fortentwicklung un-

Dogmatik gerade „die Bemühung um Zusammenschau und Funktionsverbesserung innerhalb mehrerer Rechtsmaterien- und -ebenen“, J. Esser, Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, in: F. Baur et al. (Hg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser (1974), 517, 519.

²⁰ Zu zwingendem Vertragsrecht allgemein als Element der Wirtschaftsverfassung M. Renner, Zwingendes transnationales Recht (2010), 35 ff.

terschiedlicher theoretischer und dogmatischer Ansätze liegt eine Chance für ein verbessertes Verständnis und für konzeptionelle Innovation.

Zur Klarstellung sei schließlich noch dargelegt, was nicht Ziel und Gegenstand dieser Arbeit ist: Es soll nicht versucht sein, rechtsvergleichende Erkenntnisse zu gewinnen – es geht lediglich um den Bereich der EU-Grundrechte, nicht aber anderer Grundrechtsordnungen. Eine detaillierte Studie universaler oder historischer Grundrechtstheorie kann auch nicht geleistet werden. Die Bearbeitung ist auf die Grundrechte der Europäischen Union beschränkt, wie sie sich aus Verträgen und Rechtsprechung des EuGH ergeben. Die Schrift ist auch nicht darauf zugeschnitten, Vorschläge für die Gesetzgebung anzubieten, wie die EU-Grundrechte umzusetzen seien. Vielmehr geht es darum aufzuzeigen, wie die Grundrechte sich im geltenden Gesetzesstand auswirken, und mithin um die – in der deutschen Rechtswissenschaft übliche – Perspektive des Richters statt der des Gesetzgebers.²¹

3. Methoden und Überblick

Diese Schrift gliedert sich in fünf Teile: Grundlagen, Rechtsprechung, Struktur, Inhalt und Prozessuales. Sie ist zum Teil dogmatische Untersuchung, zum Teil sozial- und wirtschaftstheoretisch angereicherte Analyse. Nur eine solche perspektivische und methodische Mischung, so die These, erlaubt die Hoffnung, dem Thema der EU-Grundrechte im Vertragsrecht, einem Schnittstellenthema in so vieler Hinsicht, gerecht zu werden.

Die Darstellung beginnt grundlegend mit den Eckpfeilern des Themas: dem Vertragsrecht, den EU-Grundrechten und deren Stellung im Mehrebenensystem. Dieser erste, drei Kapitel umfassende Teil sagt noch recht wenig über das Verhältnis zwischen EU-Grundrechten und Vertragsrecht aus, sondern beschäftigt sich vor allem mit jedem für sich. Das Ziel ist zunächst, Vertrag und Vertragsrecht als Untersuchungsgegenstände abzugrenzen und ihre funktionalen Grundlagen aufzuzeigen (§ 1). Die funktionale Untersuchung schafft eine Erkenntnisbasis, um die Wirkung der EU-Grundrechte auf diesem Gebiet auch über reine Begriffsdogmatik hinaus nachvollziehen zu können. Gleichzeitig produziert sie ein Analyseraster, um insbesondere die inhaltlichen Einflüsse der Grundrechte später einzuordnen. Besonders relevant sind die Eigenheiten des europäischen Vertragsrechts, also des Unionsrechts, das Verträge betrifft. Da die Anwendbarkeit der EU-Grundrechte die Europäisierung von Sachverhalten durch sonstiges Europarecht voraussetzt, bildet dieses gewissermaßen den Boden für Wirkung der Grundrechte und

²¹ Zur grundlegenden Unterscheidung, das Recht aus der Perspektive des Richters oder des Gesetzgebers zu betrachten: *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip (1995), 1.

seine funktionalen Eigenheiten, wie sich später zeigen wird, einen entscheidenden Faktor.

Es folgt ein Überblick der EU-Grundrechte (§ 2). Nach einer Beschreibung ihrer historischen Entwicklung beinhaltet diese Darstellung insbesondere eine Skizze der Grundrechtecharta und der vom EuGH entwickelten Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze sowie des Verhältnisses dieser beiden Normgruppen zueinander. Auch dieses Kapitel grenzt außerdem den Untersuchungsgegenstand weiter ab und begründet den Ausschluss der näheren Untersuchung von Grundfreiheiten und EMRK. Den Abschluss des ersten Teils bildet dann die Verortung der so umrissenen EU-Grundrechte im Mehrebenensystem (§ 3). Zuvorderst gilt es den Anwendungsbereich der EU-Grundrechte zu bestimmen, der seit längerem umstritten und entscheidend für ihre praktische Relevanz im Vertragsrecht ist. Als nächstes ist von Interesse, in welchem Verhältnis EU-Grundrechte zu nationalen Grundrechten stehen und welche Bedeutung letzteren für das Vertragsrecht verbleibt. Schlussendlich ist auch noch das Verhältnis der EU-Grundrechte zur EMRK zu behandeln.

Im Anschluss an diese grundlegenden Ausführungen widmet sich der darauf folgende Teil (§ 4) spezifisch der Rechtsprechung des EuGH zu Grundrechten in privatrechtlichen Streitigkeiten. Er geht damit über das Vertragsrecht ins sonstige Privatrecht hinaus, um für die allgemeinen dogmatischen Strukturen so viele aussagekräftige Quellen wie möglich zu sammeln. Sein Zweck ist lediglich die Schilderung der Fälle, nicht aber ihre Analyse, Rekonstruktion oder Extrapolation. Hiermit soll zum einen eine transparente Diskussions- und Forschungsgrundlage geschaffen werden, auf der spätere Arbeiten zu ähnlichen Themen aufbauen könnten – die relevanten Fälle sollen möglichst „unverfälscht“ einsehbar sein. Zum anderen ermöglicht eine solche Urteilskompilation es für diese Schrift, die Entscheidungen in den anschließenden Kapiteln aus verschiedenen Perspektiven analytisch zu durchschneiden.

Der dritte Teil (§ 5) ist die erste Stufe der analytischen Verwertung der EuGH-Rechtsprechung und behandelt die Struktur der EU-Grundrechte im Privat- und insbesondere im Vertragsrecht. Dies beinhaltet die Frage nach dem Verhältnis der EU-Grundrechte zu anderen privatrechtlichen Normen, gewissermaßen die Struktur nach außen, sowie ihren inneren Aufbau, also die Struktur nach innen. Die Darstellung geht von allgemeinen Kategorien der Wirkungen des Unionsrechts aus, um dann zu prüfen, ob und wie weit nationale – insbesondere deutsche – Grundrechtsdogmatik für die Unionsgrundrechte im Vertragsrecht sinnvoll und treffend ist. Letzteres rechtfertigt sich daraus, dass diese auch im europäischen Diskurs einflussreich sind. Bezüglich der Grundrechtsfunktionen ist eine erste Verknüpfung mit den Funktionen des Vertragsrechts aus § 1 möglich. Am Ende dieses Kapitels soll eine Art argumentatives Raster stehen, das zwar noch nicht viel über die inhaltli-

chen Einflüsse der EU-Grundrechte aussagt, aber ihre Wirkungen im Zusammenhang mit anderen Normen doch zu ordnen vermag.

Die inhaltlichen Wirkungen behandeln dann die folgenden Kapitel des vierten Teils. Zuerst geht es um zwei Topoi, die schon nationale Debatten um die Grundrechte im Privatrecht geprägt haben und nun auch im europäischen Diskurs wieder eine prominente Rolle spielen: Privatautonomie (§ 6) und private Macht (§ 7). Bedeutet die Wirkung der EU-Grundrechte einen Schutz der Privatautonomie, ihre Einschränkung, gar ihre Aufhebung? Bedeutet sie eine Begrenzung privater Macht, ihre Auflösung oder fördert sie solche womöglich vielmehr? Während man hinsichtlich der Privatautonomie vor allem verschiedene juristische Konzepte von Privatautonomie auf ihren Zusammenhang mit EU-Grundrechten zu hinterfragen hat, erfordert die Diskussion privater Macht eine interdisziplinäre Herangehensweise. Da Macht kein etablierter juristischer Begriff ist, sucht die Arbeit in diesem Kapitel Erkenntnisse und Inspiration in benachbarten Sozialtheorien und strebt an, diese mittels der Brücke der Vertragstheorie mit der rechtlichen Behandlung von Macht zu verknüpfen. Zusammengenommen behandeln die §§ 6 und 7 den Einfluss von EU-Grundrechten auf Grundfragen des Vertragsrechts.

Auf diese Kapitel folgend betrifft § 8 die Frage, welche unterschiedlichen Auswirkungen die EU-Grundrechte nach dem EuGH bisher in einzelnen Teilgebieten des Vertragsrechts haben und inwiefern sich diese unterscheiden. Insbesondere im Antidiskriminierungsrecht, im Verbraucherrecht und im Arbeitsvertragsrecht liegen diesbezüglich Erkenntnisse vor. In anderen Gebieten drängen sich Potenziale auf. Im Anschluss daran schließt eine These über allgemeine Tendenzen des Einflusses der EU-Grundrechte den inhaltlichen Teil ab. Was sich abzeichnet ist nicht einfach eine weitere Tendenz zur „Sozialdemokratisierung“ oder „Materialisierung“ des Vertragsrechts. Vielmehr erfolgt die Grundrechtswirkung nach dem EuGH, so die These, ganz im Sinne von auf EU-Ebene gängiger Marktlogik. Das Kapitel beleuchtet die Ausdrucksmuster eines solchen Paradigmas der Marktlogik und versucht, seine Hintergründe und Ursachen herauszuarbeiten.

Der abschließende Teil der Arbeit (§ 10) widmet sich der prozessualen Verwirklichung der EU-Grundrechte. Er soll Aufschluss darüber geben, welche Gerichte mit welcher Aufgabenteilung die EU-Grundrechte zu behandeln haben. Inwiefern der EuGH oder nationale Richter entscheiden, bestimmt auch darüber, ob und inwieweit es im Bereich der Grundrechte – und damit bei absoluten Grundwerten der Rechtsordnung – eine europaweite Vereinheitlichung oder nationale Eigenständigkeit gibt. Es wird daher untersucht, welche Rolle nationalen Richtern bei der Anwendung der EU-Grundrechte zukommt, inwieweit der EuGH die Letztentscheidungskompetenz besitzt sowie ob, wie und in welchen Fällen er nationalen Richtern einen gewissen Abwägungsspielraum lässt.

Jedes der Kapitel bis auf § 4 enthält an seinem Ende eine Zusammenfassung von Erkenntnissen und sonstigen wichtigen Punkten. Am Ende der Arbeit stehen Schlüsse, welche diese Ergebnisse kombinieren und in ihren gegenseitigen Implikationen zuspitzen sollen.

1. Teil

Grundlagen

§ 1 Vertrag, Vertragsrecht, Europäisches Vertragsrecht

Vertrag und Vertragsrecht sind Teile der Rechtsordnung. Als solche kann man sie von anderen Teilen abgrenzen und somit den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit isolieren – dies ist eines der Ziele in diesem Kapitel. Vertrag und Vertragsrecht haben daneben bestimmte Funktionen, die sich aus einer solchen begrifflichen und systematischen Bestandsaufnahme nicht ohne Weiteres erschließen. Sie reichen über den Bedeutungsgehalt praktischer Rechtsbegriffe hinaus und erstrecken sich in den philosophischen, gesellschaftlichen, ökonomischen Bereich. Für ein so grundlegendes Thema wie das der Grundrechte im Vertragsrecht lohnt es, sich mit diesen Funktionen zu beschäftigen.¹ Dies verdeutlicht zum einen den Kontext der Problematik. Zum anderen schafft es ein Analyseraster, anhand dessen die Implikationen der Grundrechtswirkungen aus vertragstheoretischer Sicht eingeordnet und differenziert werden können.² Darin liegt eine Erweiterung gegenüber primär grundrechtstheoretischen Perspektiven, wie sie häufig bei der Drittwirkungs-

¹ Ähnlich auch *D. Wielsch*, The Function of Fundamental Rights in EU Private Law – Perspectives for the Common European Sales Law, 10 *European Review of Contract Law* (2014), 365; *D. Wielsch*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, *AcP* 213 (2013), 718. *S. Arnold*, Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und europäischem Vertragsrecht, in: *S. Arnold* (Hg.), *Grundlagen eines europäischen Vertragsrechts* (2014), 1 meint: „Die Suche nach den Grundlagen eines europäischen Vertragsrechts muss die Grenzen der vertragsrechtlichen Dogmatik verlassen.“ In eine ähnliche Richtung ging eine Forderung *Hönns* bereits 1982: „Die Privatrechtsdogmatik hat sich aber darauf einzustellen, daß ihr Bereich offenbar in zunehmendem Maße verfassungsrechtlichen Kontrollüberlegungen unterworfen wird. Will sie sich dabei nicht von den neueren Bestrebungen der Staatsrechtslehre überrollen lassen, so muß sie zunächst einmal eine umfassende Bestandsaufnahme ihres Vertragsrechts im weitesten Sinne machen und durch eine Herausarbeitung seiner funktionalen Bezüge die Eigengesetzlichkeiten der heutigen auf Privatautonomie gegründeten freiheitlichen Ordnung realitätsgerecht in die Diskussion einbringen.“ – *G. Hönn*, *Kompensation gestörter Vertragsparität* (1982), 55. Für eine funktionale Betrachtung sehr hilfreich etwa die Darstellung bei *T. Körber*, *Grundfreiheiten und Privatrecht* (2004), *T. Körber*, *Grundfreiheiten und Privatrecht* (2004), 41 ff. Kritisch zu einer funktionalen Sichtweise *E.J. Weinrib*, *The idea of private law* (1995), 6.

² Zum Begriff der Vertragstheorie s. etwa *B. Lurger*, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union* (2002), 393 ff.; *H. Unberath*, *Die Vertragsverletzung* (2007), 6 ff.

debatte in Deutschland eingenommen wurden.³ Das soll nicht heißen, dass letztere überflüssig wären oder verdrängt werden sollten. Es gilt aber, sie zu komplettieren und bei der theoretischen Untersuchung von Grundrechten und Vertragsrecht beide Seiten der Medaille zu betrachten.⁴ Die folgende Darstellung widmet sich, jeweils begrifflich-systematisch sowie funktional, zunächst dem Vertrag (dazu 1.) und dann dem Vertragsrecht (dazu 2.). Angesichts der europäischen Dimension des Themas ist außerdem konkretisierend das europäische Vertragsrecht solchermaßen zu skizzieren (dazu 3.).

I. Vertrag und Vertragsfunktionen

Die Aufmerksamkeit soll zuerst dem Kern des Vertragsrechts gelten, der auch als *nucleus* dieser ganzen Schrift verstanden wird: dem Vertrag. Der folgende Abschnitt behandelt zuerst die Frage, was ein Vertrag ist (dazu 1.). Anschließend geht es darum, welche Funktionen Verträge besitzen (dazu 2.).

1. Tatbestand des Vertrages

Der Vertrag ist ein viel gebrauchter und vieldeutiger Begriff. Er findet sich als Forschungsgegenstand nicht bloß in der Rechtswissenschaft, sondern ebenso in Ökonomie, Soziologie und Philosophie, ja es gibt sogar den psychologischen Vertrag.⁵ Jede dieser Wissenschaften mag eine unterschiedliche Definition davon haben, was ein Vertrag ist. Für den Juristen ist der Vertrag zunächst einmal ein Tatbestand oder Tatbestandsmerkmal.⁶ Sind die Voraussetzungen des Tatbestandes „Vertrag“ erfüllt, liegt rechtlich ein Vertrag vor. Welche Voraussetzungen dies sind, hängt von der konkreten Rechtsordnung

³ Allgemein nahm sich die Staatsrechtswissenschaft der Problematik von Grundrechten und Privatrecht weit stärker an als die Privatrechtswissenschaft – s. dazu K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band 3/I. Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete (1988), 1518 ff. Von privatrechtlicher Seite freilich insbesondere F. Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385; C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999).

⁴ Gegenüber Weinrib, The idea of private law (1995) wendet etwa Arnold zurecht ein, dass es zu einer Komplettierung der Perspektiven nützlich ist, Privatrecht nicht nur als Selbstzweck zu betrachten – S. Arnold, Vertrag und Verteilung (2014), 5 ff., 9. Genauso verhält es sich gegenüber Grundrechten und Grundrechtstheorie.

⁵ S. z.B. N. Conway/R.B. Briner, Fifty Years of Psychological Contract Research: What Do We Know and What Are the Main Challenges?, International Review of Industrial and Organizational Psychology 2009, 71.

⁶ Zur Unterscheidung der Betrachtung von Tatbestand einerseits und Funktion andererseits W. Schmidt-Rimpler, Zum Vertragsproblem, in: F. Baur et al. (Hg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser (1974), 3, 7.

ab. Bei einem Blick auf die einflussreichsten Rechtsordnungen Europas lassen sich aber Übereinstimmungen feststellen, die es erlauben – jedenfalls für den europäischen Kontext – von einem im Wesentlichen einheitlichen Begriff des Vertrages auszugehen.⁷

Im deutschen Recht findet sich zwar keine gesetzliche Definition, aber ist man sich insoweit ausnahmsweise einig: Für einen Vertrag bedarf es „(mindestens) zweier übereinstimmender, aufeinander bezogener Willenserklärungen“.⁸ Notwendig ist mit anderen Worten ein „Konsens“.⁹ In Frankreich definiert Art. 1101 des französischen Code civil: „Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.“ Ähnlich lautet Artikel 1254 des spanischen Código Civil: „El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio“. Für Italien normiert Art. 1321 Codice civile: „Il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.“ Eine ähnliche Definition findet sich auch für das englische Recht: „A contract is an agreement between two or more persons which the law recognises as creating, altering or extinguishing legal rights and duties.“¹⁰

„Konsens“, „convention“, „personas [que] consienten“, „accordo“, „agreement“ – in allen genannten Rechtsordnungen ist Voraussetzung für einen Vertrag, dass mindestens zwei Parteien einen übereinstimmenden Willen gebildet haben.¹¹ Dieser Wille muss jeweils auf die Setzung bestimmter Rechtsfolgen gerichtet sein. Für Frankreich, Spanien und Italien ergibt sich

⁷ So behandeln denn auch etwa folgende grundlegende Arbeiten den Vertrag unabhängig von der Definition einer konkreten Rechtsordnung: *H. Collins*, Regulating contracts (2002); *Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union (2002); *T. Wilhelmsson*, Varieties of Welfarism in European Contract Law, 10 European Law Journal (2004), 712.

⁸ Z.B. *R. Bork*, in: Staudinger, § 145 Rn. 1; *O. Jauernig*, in: Jauernig, BGB (2014), Vor § 145 Rn. 2.

⁹ *Busche*, in: Münchener Kommentar (2012), Vor § 145 Rn. 31.

¹⁰ *H. McGregor*, A Contract Code: Drawn up on Behalf of the English Law Commission (1994), Sec. 1. Im gleichen Kontext schon zitiert bei *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2003), 44. Ganz ähnlich: *G. Treitel*, Contract: General Rules, in: P. Birks (Hg.), English Private Law (2000), 4: „A contract is an agreement which is either enforced by law or recognized by law as affecting the rights and duties of the parties.“

¹¹ S. etwa auch den Abschnitt bei *H. Kötz*, Europäisches Vertragsrecht (2015), § 2 A., der mit „Konsens der Parteien“ überschrieben ist. Ähnlich *Schmidt-Kessel*, dem zufolge hinsichtlich „des Kerns des Vertragsbegriffs in Europa vermutlich Einigkeit besteht“, *M. Schmidt-Kessel*, Europäisches Vertragsrecht, in: K. Riesenhuber (Hg.), Europäische Methodenlehre (2015), 373, 374.

dies aus dem Gesetz,¹² für Deutschland aus der Bedeutung der Willenserklärung als eine auf eine Rechtsfolge gerichtete Erklärung.¹³ Dass man etwa in Deutschland auch einseitige Verpflichtungen als Vertrag sieht, in England aber immer ein gewisses synallagmatisches Element in Gestalt der *consideration*¹⁴ vorliegen muss, widerspricht der Gemeinsamkeit im Kern nicht. Auch ändert hieran nichts, dass man in Deutschland, anders als in den anderen genannten Rechtsordnungen, zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsvertrag unterscheiden kann. Damit ist bloß eine Kategorisierung der Rechtsfolgen gemeint, die in den anderen Rechtsordnungen ebenso durch Vertragsschluss ausgelöst werden.¹⁵

Ähnlich liegt es im Unionsrecht, das sich schließlich auch aus der Erfahrung der nationalen Rechtsordnungen speist. In Richtlinien und Verordnungen findet sich zwar keine ausdrückliche allgemeingültige Bestimmung des Vertrages.¹⁶ Art. 10 Rom I-VO lässt sich aber immerhin entnehmen, dass es zum wirksamen Vertragsschluss ebenfalls einer Einigung mindestens zweier Parteien bedarf.¹⁷ Auf einem solchem Verständnis basieren auch die Definitionen des Fernabsatzvertrages und des außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrages in der Verbraucherrechterichtlinie, siehe Art. 2 Nr. 7 und 8.¹⁸ Zurückgreifen lässt sich außerdem auf die Rechtsprechung des EuGH. Demnach ist Voraussetzung für einen Vertrag im Sinne des europäischen Kollisionsrechts eine „von einer Partei gegenüber einer anderen freiwillig eingegangenen Verpflichtung“.¹⁹ Auch befand der Gerichtshof, dass

¹² Nach dem bekannten Art. 1134 des französischen Code civil gilt für die Rechtsfolgen sogar: „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.“

¹³ Statt aller: *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar (2012), Vor §§ 116 ff., Rn. 2.

¹⁴ Hierzu etwa *Treitel*, Contract: General Rules, in: Birks (Hg.), English Private Law (2000), 4, 17 ff.

¹⁵ Auch *H. Unberath*, Vertrag, in: J. Basedow et al. (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009), 1677, 1679 misst diesem Unterschied augenscheinlich keine größere Bedeutung bei. Er erwähnt lediglich, dass im deutschen Recht der Schuldvertrag keine dingliche Wirkung hat.

¹⁶ Die gleichlautende Aussage bei *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2003), 45 f. ist noch gültig. So enthält insbesondere die Verbraucherrechte-RL (2011/83/EU) keine Definition des Vertrages, ebenso wenig die Rom I-VO. Vgl. denn auch *R. Schulze/F. Zoll*, Europäisches Vertragsrecht (2015), 50 ff.

¹⁷ Die Überschrift der Norm lautet „Einigung und materielle Wirksamkeit“, Abs. 2 statuiert: „Ergibt sich jedoch aus den Umständen, dass es nicht gerechtfertigt wäre, die Wirkung des Verhaltens einer Partei nach dem in Absatz 1 bezeichneten Recht zu bestimmen, so kann sich diese Partei für die Behauptung, sie habe dem Vertrag nicht zugestimmt, auf das Recht des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthalts berufen.“ (Betonungen hinzugefügt).

¹⁸ *Schulze/Zoll*, Europäisches Vertragsrecht (2015), 52.

¹⁹ So für das europäische Kollisionsrecht EuGH Rs. 26/91 (*Handte*), Slg. 1998 I-6511, Rn. 17; später bestätigt z.B. in EuGH Rs. C-334/00 (*Tacconi*), Slg. 2002, I-7357, Rn. 23; ebenso *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2003),

ein „Vertrag [...] durch das Prinzip der Privatautonomie [gekennzeichnet ist], wonach die Parteien frei darin sind, gegenseitige Verpflichtungen einzugehen“.²⁰ Voraussetzung für einen Vertrag ist also wie schon in den nationalen Rechten eine Einigung mit dem Ziel zwischen (mindestens) zwei Parteien Rechtsfolgen auszulösen.²¹ Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht hätte den Vertrag denn auch genau so definiert, nämlich als „eine Vereinbarung, die darauf abzielt, Verpflichtungen oder andere rechtliche Wirkungen herbeizuführen“ (Art. 2 GEK-VO-E).²²

2. Funktionen des Vertrages

Der Vertrag ist freilich nicht bloß ein Tatbestand. Er erfüllt als Handlungsform, als „*thing*“, ²³ bestimmte Funktionen, und zwar nicht bloß rechtliche. Im Folgenden sollen Vertragsfunktionen vorgestellt werden, wie man sie aus vertragstheoretischer Literatur destillieren kann. Es geht dabei um einen allgemeinen Überblick über-positiver Vertragsfunktionen, es geht nicht darum, sie aus positivem Recht zu erschließen oder gar im Einzelnen gegeneinander auszuformulieren. Man muss sich im Klaren sein, dass auch eine solche Erörterung nicht bloß deskriptiv, sondern normativ in höchstem Maße aufgeladen ist – wer von Funktionen des Vertrags spricht, sagt mindestens im juristischen Kontext implizit auch, was ein Vertrag leisten *soll*.²⁴ Der folgende Abschnitt kann nicht mehr leisten als mögliche Antworten zu skizzieren. Dies sind Selbstbestimmung (a), gerechter Austausch (b), Effizienz (c) sowie, in gewisser Weise auf die vorigen drei Punkte hinwirkend und sie verknüpfend, die institutionellen Funktionen des Marktes (d) und der Kooperation (e). Diese Darstellung ist einerseits eine Sammlung bestehender theoretischer Ansätze, fasst sie andererseits aber in einer bisher nicht explizit gemachten Taxonomie zusammen. Insbesondere durch die Verknüpfung mit den anschließend noch zu erörternden Funktionen des Vertragsrechts bringt dies einen analytischen Zugewinn.

46; zum Kriterium der Freiwilligkeit auch *Martiny*, in: Münchener Kommentar (2015), Art. 1 Rom I-VO Rn. 7; *Spickhoff*, in: Beck-OK (2013), Art. 1 Rom I-VO Rn. 21.

²⁰ In der Entscheidung EuGH Rs. C-434/08 (*Harms*), Slg. 2010, I-4431.

²¹ Ebenso *Schulze/Zoll*, Europäisches Vertragsrecht (2015), 52; dieses Ergebnis im Wesentlichen auch bei *L. Kähler*, Zum Vertragsbegriff im Europarecht, in: S. Arnold (Hg.), Grundlagen eines europäischen Vertragsrechts (2014), 79, 98.

²² Stärkere Differenzierung bei *Kähler*, Zum Vertragsbegriff im Europarecht, in: Arnold (Hg.), Grundlagen eines europäischen Vertragsrechts (2014), 79, 89 ff.

²³ *R. Brownsword*, Contract law: themes for the twenty-first century (2006), 48.

²⁴ Zu den „Wechselwirkungen“ von empirischer und normativer Funktion *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität (1982), 72, s.a. 17: „Soweit in der neueren Diskussion von der Funktion des Vertrages die Rede ist, ist damit in der Regel seine rechtliche, seine normative Funktion gemeint.“

a) *Selbstbestimmung*

Zunächst einmal lässt sich der Vertrag als Instrument zur Verwirklichung von Selbstbestimmung begreifen.²⁵ Im Prinzip der Privatautonomie erkennt man üblicherweise die Transponierung des philosophischen Ideals der Selbstbestimmung ins Rechtliche – Privatautonomie meint dann Selbstbestimmung im Rechtsleben.²⁶ Zentraler Unterfall der Privatautonomie ist die Vertragsfreiheit. So gesehen findet sich die Selbstbestimmung auch im Tatbestand des Vertrages wieder. Die freiwillige Entscheidung zum Vertragsschluss ist schließlich das zentrale, kennzeichnende Merkmal des Vertrags in allen oben angesprochenen europäischen Rechtsordnungen. Der Vertrag beinhaltet die Möglichkeit der willensgesteuerten Vereinbarung und Koordinierung von Rechten und Pflichten. Er ermöglicht es, Strukturen privaten Rechts zu bilden, auszudifferenzieren und zu verknüpfen und so ein Geflecht von Rechtsbeziehungen zu erschaffen, um mit anderen selbstbestimmt zu interagieren.²⁷

So gedacht ist der Vertrag ein Mittel zur Verwirklichung positiver Freiheit beziehungsweise der positiven Seite der Privatautonomie. Im Allgemeinen kann man, ähnlich wie *Isaiah Berlin* es allgemein philosophisch entwickelt hat,²⁸ auch im Rechtlichen eine positive und eine negative Seite der Privatautonomie²⁹ unterscheiden – also Freiheit *zu* und Freiheit *von*. Freiheit *von* meint dann Freiheit von Einschränkungen, Zwang und auferlegten „Verträgen“ durch Dritte oder den Staat. Freiheit *zu* ist die Freiheit zum gewünschten Vertragsschluss. Insofern ist es vor allem die Freiheit *zu*, die angesprochen ist, wenn man den Vertrag als *Instrument* der Selbstbestimmung behandelt. Sie wird übrigens auch besonders betont, wenn man von materialer Vertragsfreiheit oder materialer Privatautonomie in Abgrenzung zu den formalen Varianten derselben spricht. Damit meint man in der Regel, dass es für die Wirksamkeit und den Inhalt von Verträgen verstärkt auf die tatsächlich gege-

²⁵ S. z.B. *W. Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: E.v. Caemmerer et al. (Hg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages (1960), 135; *G. Hönn*, Zur Problematik der Privatautonomie, *Jura* 1984, 57; *Brownsword*, Contract law: themes for the twenty-first century (2006), 49, 66.

²⁶ *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer et al. (Hg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages (1960), 135, 136; *Unberath*, Die Vertragsverletzung (2007), 35 zur „Erweiterung der Freiheit durch das Postulat des Privatrechts“.

²⁷ Das Bundesverfassungsgericht spricht etwa vom „Prinzip der eigenen Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“ – BVerfG NJW 1994, 2749, 2750.

²⁸ *I. Berlin*, Two concepts of liberty (1958), 169 ff. Zu positiver und negativer Freiheit auch *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte (1994), 194.

²⁹ Zu diesem Begriff z.B. *J. Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999), 14; *H.C. Grigoleit/C. Herresthal*, BGB Allgemeiner Teil (2015), Rn. 7; *P. Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität (2016), im Erscheinen.

bene Möglichkeit der Selbstbestimmung und nicht bloß die rechtliche (formale) Möglichkeit ankommen soll.³⁰ Für die rechtliche Behandlung konkreter Verträge bewirkt eine solche Auswechslung von Grundbegriffen natürlich erhebliche Veränderungen. Auf einer ganz abstrakten Ebene, wie sie hier behandelt wird, bringt sie aber eher Kontinuität. Denn sie ändert nichts daran, den Vertrag als Instrument zur Selbstbestimmung zu sehen – ja sie verstärkt diesen Gedanken geradezu noch! Der Zusammenhang von Vertrag und Selbstbestimmung wird präzisiert, aber keineswegs aufgegeben.³¹

Auf vertragstheoretischer Ebene sind unterschiedliche Vertragsfunktionen in verschiedenen Zeiten in unterschiedlichem Ausmaß gewichtet und hervorgehoben worden. Wie insbesondere *James Gordley* herausgearbeitet hat, bildeten den Höhepunkt der Betonung der Privatautonomie in formaler Hinsicht die Willentheorien des 19. Jahrhunderts.³² Nach diesen ist ein Vertrag darum, und nur darum wirksam, weil die Parteien ihn so gewollt haben.³³ Andere mögliche Vertragsfunktionen träten damit vollständig in den Hintergrund. In der jüngeren deutschen Literatur wirkte diese Sichtweise etwa in der Lehre *Flumes* fort:³⁴ „Der Geltungsgrund [des Vertrages] ist [...] nur die Selbstbestimmung und ihre Anerkennung durch die Rechtsordnung.“³⁵ Seit

³⁰ Etwa in der Diktion des BVerfG: „Privatautonomie setzt voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sind.“ – NJW 2005, 2376, 2377 f. Exemplarisch auch *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273, 277 ff. Zur Unterscheidung von rechtlichen und z.B. ökonomischen Hindernissen für bestimmte Handlungen und korrelierenden Freiheitsbegriffen *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1994), 200 f.

³¹ Vgl. etwa *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (1970), 19 ff.

³² *J. Gordley*, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine (1991), 161 ff.; *J. Gordley*, Contract Law in the Aristotelian Tradition, in: P. Benson (Hg.), The Theory of Contract Law (2001), 265, 274 ff.; *Unberath*, Die Vertragsverletzung (2007), 19, 32 ff. Die philosophisch-ideengeschichtlichen Grundlagen bildeten insbesondere die Werke *Kants* sowie *Hegels* – etwa *I. Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785); näher dazu *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung (1967), 351 ff.; *H. Kiefner*, Der Einfluss Kants auf die Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, in: J. Blühdorn/J. Ritter (Hg.), Philosophie und Rechtswissenschaft: zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert (1969), 3.

³³ *Gordley*, Contract Law in the Aristotelian Tradition, in: Benson (Hg.), The Theory of Contract Law (2001), 265, 267.

³⁴ Ähnliche Positionen vertreten im *common law*-Rechtskreis etwa *L. Fuller*, Consideration and Form, 41 Columbia Law Review (1941), 799, und jüngeren Datums *R. Epstein*, In Defense of the Contract at Will, 51 University of Chicago Law Review (1984), 947 (nachdrücklich sogar bei Arbeitsverträgen).

³⁵ *W. Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 2. Das Rechtsgeschäft (1992), 5; hierzu kritisch *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität (1982) 18 f., der von „Prinzipienmonismus“ *Flumes* spricht. Funktional gesprochen kann man darin Kritik an der Überbetonung einer einzelnen Funktion erkennen. Ähnlich einseitige („prinzipienmo-

geraumer Zeit sind allerdings andere Vertragsfunktionen (wieder) verstärkt hervorgehoben worden, gerade auch als Ergänzung zum materialen Verständnis von Vertragsfreiheit.³⁶ Von ihnen soll im Folgenden die Rede sein.

b) Gerechter Austausch

Die Fokussierung auf Selbstbestimmung ist eine individualistische Betrachtungsweise, sie setzt den Einzelnen ins Zentrum der Überlegungen. Zu einem Vertrag gehören aber natürlich schon definitionsgemäß immer zwei – der Vertrag ist stets Teil einer sozialen Interaktion –,³⁷ und mindestens typischerweise erschafft er beiderseitige Pflichten. Auch dieses Verhältnis kann man funktional umschreiben, wiederum verknüpft mit grundsätzlichen philosophischen Konzepten: Ein Vertrag dient dem gerechten Austausch zwischen den Vertragsparteien. Dieser Gedanke bildet den Kern einer Lehre *Schmidt-Rimplers*, die, obschon modifiziert, auch in jüngerer vertragstheoretischer Literatur wirkmächtig ist: die der „Richtigkeitsgewähr“.³⁸ Ihren allgem. philosophischen Gehalt beziehen diese Lehre und die ihr folgenden Schriften insbesondere aus Erörterungen kommutativer Gerechtigkeit nach *Aristoteles*. Auf diese soll kurz ausgegriffen werden.³⁹

Nach *Aristoteles* dient der Austausch in Form des Vertrages nicht lediglich der Ausübung eines freien Willens, sondern dem Erwerb der Mittel, die zur Führung eines tugendhaften, guten und glücklichen Lebens notwendig sind.⁴⁰ Dies gilt für beide Vertragspartner. Sind die ausgetauschten Ressourcen oder Leistungen nicht gleichwertig, widerspricht die Vereinbarung der *iustitia commutativa*. Der Vertrag erfüllt dann seinen Zweck nicht und müsste – jedenfalls nach dem Verständnis *Gordleys* im Anschluss an *Aristoteles* – nicht

nistische“) Sichtweise in jüngster Zeit z.B. bei *C. Wendelstein*, Zur Schadenshaftung für „Erfüllungs“-Gehten bei Verletzungen des Integritätsinteresses, AcP 215 (2015), 70, 93.

³⁶ *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (1970), 31 ff.; s.a. *Gordley*, Contract Law in the Aristotelian Tradition, in: *Benson* (Hg.), The Theory of Contract Law (2001), 265, 268. Zu Literatur jüngerer Zeit z.B. *Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union (2002), 370 ff.

³⁷ Zum Vertrag im Kontext sozialer Beziehungen *Collins*, Regulating contracts (2002), 17 ff.

³⁸ *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273, 284: „wirkungsmächtigste Theorie zum Verständnis der Vertragsgerechtigkeit“. Daran anknüpfend beispielsweise *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (1970), 69 ff.; *L. Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht (1992), 51 ff.

³⁹ Die Betrachtungen beschränken sich hier auf solche Publikationen, die bereits auf einen juristischen Kontext und Diskussionszirkel zugeschnitten sind und sind nicht als originäre Befassung mit der Philosophie *Aristoteles* zu verstehen.

⁴⁰ *Gordley*, Contract Law in the Aristotelian Tradition, in: *Benson* (Hg.), The Theory of Contract Law (2001), 265, 266.

erfüllt werden.⁴¹ Ein wirksamer Vertrag wäre also umgekehrt notwendig auf einen gerechten Austausch gerichtet. Jede Vertragspartei erhält durch ihn das, was zur Führung eines guten Lebens notwendig ist und was seinen Anteil an der Verteilung allen Vermögens (der *iustitia distributiva*) stabil hält.⁴² Je weiter sich übrigens historisch die Arbeitsteilung gesellschaftlich ausdifferenziert hat, desto wichtiger ist Austausch geworden – die Frage nach der *iustitia commutativa* ist somit heute, gerade in Zeiten weitreichenden Freihandels, bedeutender denn je.⁴³

Wieso aber sollte ein vereinbarter Austausch typischerweise zu einem gerechten Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien führen? *Walter Schmidt-Rimpler* hat hierzu 1941 einen Ansatz vorgeschlagen,⁴⁴ den man als prozedurale Gerechtigkeitstheorie einordnen kann – eine bestimmte Prozedur führt danach zu einem (auch inhaltlich) richtigen Ergebnis.⁴⁵ Seiner Auffassung nach bietet die antagonistische Interessenlage der verhandelnden Parteien die Grundlage dafür, dass die richtige Rechtsfolge gefunden würde: Ent-

⁴¹ Nach *Gordleys* Analyse waren aristotelische Auffassungen in der westlichen Welt vorherrschend bis zum Aufkommen der Willentheorien zu Beginn des 19. Jahrhundert. Bekannte Rechtsregel aus dem Gedanken der *iustitia commutativa* in der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Rechtswelt ist etwa die *laesio enormis*, die zu Beginn des 19. Jahrhunderts verschwunden sei. Nach zwischenzeitlicher Dominanz der Willentheorien und ihrer Anhänger erkennt *Gordley* inzwischen aber eine Rückkehr solchen zu solchen Regelungen für prägend, die einen gerechten Austausch für wirksame Verträge vorschreiben, s. ausführlich *Gordley*, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991), zusammenfassend *Gordley*, *Contract Law in the Aristotelian Tradition*, in: *Benson* (Hg.), *The Theory of Contract Law* (2001), 265; und zuvor schon *J. Gordley*, *Equality in Exchange*, 69 *California Law Review* (1981), 1587.

⁴² Die gerechte Verteilung des gesamten Vermögens einer Gesellschaft ist, was Aristoteles mit *iustitia distributiva* meint. *Iustitia distributiva* und *commutativa* sind insofern verknüpft, als dass ein gerechter Austausch (*iustitia commutativa*) die Bedingung der *iustitia distributiva* beibehält – näher dazu etwa *Gordley*, *Contract Law in the Aristotelian Tradition*, in: *Benson* (Hg.), *The Theory of Contract Law* (2001), 265, 307 ff.; s.a. *O. Küster*, Über die beiden Erscheinungsformen der Gerechtigkeit, nach Aristoteles, in: *F. Baur et al.* (Hg.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser* (1974), 541.

⁴³ Zu Arbeitsteilung und Austausch grundlegend *J.-J. Rousseau*, *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes* (1755); *A. Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), Book I Chapter 1. Im WTO-Regime, das wesentlich zur Zunahme internationalen Freihandels beigetragen hat, spielt kommutative Gerechtigkeit allerdings kaum eine Rolle, vgl. *A. Brown/R. Stern*, *Fairness in the WTO Trading System*, in: *A. Narlikar et al.* (Hg.), *The Oxford handbook on the World Trade Organization* (2014), 677.

⁴⁴ *W. Schmidt-Rimpler*, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, *AcP* 141 (1941), 132; *Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: *Baur et al.* (Hg.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser* (1974), 3.

⁴⁵ So z.B. *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, *AcP* 200 (2000), 273, 284.

scheidend sei, dass sich in einem Vertrag Vorteil und Nachteil auf beiden Seiten gegenüberstünden, aufeinander einwirkten und sich schlussendlich ausglich – jede Seite käme der anderen entgegen. In den Worten *Schmidt-Rimpler* ist Sinn des Vertrages „nicht Willensherrschaft, nicht Ermächtigung zur Selbstrechtsetzung [...], sondern der Vertrag ist ein Mechanismus, um ohne hoheitliche Gestaltung in begrenztem Rahmen eine richtige Regelung [...] herbeizuführen“.⁴⁶ In einer späteren Abhandlung begründet er diese einseitige Stellungnahme mit den Umständen des Nationalsozialismus, schwächt sie ab und präzisiert: „So sehe ich die Freiheit der Persönlichkeit als eine Grundlage des Vertrages an, aber nicht als alleinige, sondern, da der Wille niemals Gerechtigkeit gewährleistet, nur in einer Bindung an die Gerechtigkeit, wie sie eben der Vertragsmechanismus mit der Übereinstimmung zweier gegenteilig interessierter Willen bietet.“⁴⁷ So oder so soll der Vertrag also jedenfalls nicht *nur* der Umsetzung eines Willens, nicht *nur* der Selbstbestimmung des einen dienen, sondern auch der Gerechtigkeit zwischen den beiden Vertragspartnern.⁴⁸ Schon *Schmidt-Rimpler* selbst knüpfte die Einlösung der Richtigkeitsgewähr allerdings an tatsächliche Voraussetzungen, nämlich dass beispielsweise die Parteien zur Abwägung der Rechtsfolgen in der Lage seien und nicht eine von der anderen abhängig sei.⁴⁹ Infolgedessen hat es sich inzwischen eingebürgert, von „Richtigkeitschance“ anstatt „Richtigkeitsgewähr“ zu sprechen.⁵⁰ Was die Funktion des Vertrages anbelangt, einen gerechten, richtigen Austausch herbeizuführen, macht dies allerdings nur bedingt einen Unterschied. Mit dem Begriff der Chance wird die Unsi-

⁴⁶ *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 141 (1941), 132, 156.

⁴⁷ *Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Baur et al. (Hg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser (1974), 3, 10.

⁴⁸ *Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Baur et al. (Hg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser (1974), 3, auf S. 9 nennt er ausdrücklich den Vertrag „als Mittel gerechter Ordnung“. S. auch *C.-W. Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: P. Badura/R. Scholz (Hg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche (1993), 873, 883. Vertragstheoretische Ansätze jüngerer Zeit, welche die Gerechtigkeitsaspekte jenseits von Vertragsfreiheit und Selbstbestimmung betonen und teilweise weiterentwickeln finden sich etwa bei *T. Wilhelmsson*, Social contract law and European integration (1995); *Lurjer*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union (2002), 353 („Prinzip der Rücksichtnahme und Fairness“), 457 ff. mit einem Überblick über eine Reihe vertragstheoretischer Ansätze.

⁴⁹ *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 141 (1941), 132, 158.

⁵⁰ *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (1970), 74; *C.-W. Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997), 49. Zur „Gestaltungschance“ statt Gestaltungsfreiheit schon zuvor *F. Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1963), 13

cherheit der Verwirklichung der Funktion des gerechten Austauschs angesprochen, während grundsätzlich an ihr festgehalten, ja ihre Bedeutung betont wird. Je geringer man die Chance freilich einschätzt, je geringer die tatsächliche Erfüllung der Funktion ist, umso eher wird man ein regulatives Vertragsrecht für nötig halten (dazu noch unten II. 2.). In einer Kritik *Schmidt-Rimplers* fordert etwa *Ludwig Raiser*, das Vertragsrecht habe „die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß die Vertragsgerechtigkeit im Einzelfall verwirklicht wird“.⁵¹ Insbesondere soweit es an tatsächlicher Selbstbestimmung fehlt, ist die Richtigkeitschance gering.⁵² Insofern geht die Sprache von Richtigkeitschance anstatt Richtigkeitsgewähr Hand in Hand mit der Begrifflichkeit von materialer anstatt formaler Vertragsfreiheit.⁵³

c) Effizienz

Während man mit der Funktion der Selbstbestimmung den einzelnen und mit der des gerechten Austausch die beiden Vertragspartner betrachtet, richtet sich eine effizienzgeleitete Sichtweise grundsätzlich auf die Gesellschaft im Ganzen. Kaldor-Hicks-Effizienz, die üblicherweise den normativen Fluchtpunkt der *law and economics*-Bewegung bildet,⁵⁴ bezieht sich auf gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt. Effizient in diesem Sinn ist, was die aggregierte, gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt maximiert, unabhängig davon, ob Einzelne einen Nachteil erleiden.⁵⁵ Verträge kann man als wesentliches Mittel zur Herbeiführung möglichst hoher Wohlfahrt ansehen. Mit Verträgen können Individuen – jedenfalls theoretisch – Güter so verteilen, wie es ihren Präferenzen entspricht, und somit einen Zustand herbeiführen, der die Präferenz Erfüllung aller Gesellschaftsmitglieder optimiert.⁵⁶ Verträge schaffen Vertrauen

⁵¹ *L. Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: E. von Caemmerer (Hg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960 (1960), 101, 131.

⁵² Vgl. etwa BVerfGE 81, 242, 254 f. dazu, dass „nur wenn die Bedingungen der Selbstbestimmung auch tatsächlich gegeben sind“ davon ausgegangen werden könnte, dass ein gerechter Austausch gefunden wird. Dazu auch *G. Wagner*, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: U. Blaurock (Hg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), 13, 69.

⁵³ So ja auch bei *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (1970), insbes. 31 ff.

⁵⁴ *R. Posner*, Economic analysis of law (2011), 15 („when an economist says [...] efficient, nine times out of ten he means Kaldor-Hicks efficient“); *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip (1995), 52. Zurückgehend auf *N. Kaldor*, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, 49 The Economic Journal (1939), 549; *J.R. Hicks*, The Foundations of Welfare Economics, 49 The Economic Journal (1939), 696.

⁵⁵ vgl. etwa *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip (1995), 41 ff., insbes. 51 ff.

⁵⁶ s. z.B. *H.-B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2012), 423 ff.; *A. Schwartz/R.E. Scott*, Contract Theory and the Limits of Contract Law,

dafür, dass Zusagen eingehalten und Transaktionen durchgeführt werden, und tragen somit zu einem möglichst reibungslosen Austausch bei.

Nach den gängigen Wohlfahrtstheorien geht man davon aus, dass individueller Nutzen anhand individueller Präferenzen, und nicht etwa objektiver Kriterien zu bestimmen sei.⁵⁷ Eine Ressourcenverteilung, welche die Präferenzen der Einzelnen optimal erfüllt, ist danach also auch wohlfahrtstheoretisch gesehen effizient. Ökonomisch gesehen ermöglichen Verträge, situationsadäquat optimale institutionelle Strukturen zu gestalten, um unterschiedliche persönliche Präferenzen zu verfolgen. Vertragliche Transaktionen, welche die Summe der individuellen Nutzen verbessern, sind also effizient. So gesehen lässt sich Verträgen die Funktion der Effizienzsteigerung zuschreiben.

Die ethischen Grundlagen des Effizienzdenkens verortet man üblicherweise im Utilitarismus.⁵⁸ Neben der insbesondere durch *Kant* und *Hegel* inspirierten Betonung von Selbstbestimmung und der aristotelisch fundierten Hervorhebung des gerechten Austauschs wäre damit ein dritter philosophisch begründeter Ansatz angesprochen. Auf die zugrunde liegende Ideengeschichte braucht hier jedoch jenseits solch holzschnittartiger Einteilungen nicht näher eingegangen zu werden.⁵⁹ Dass Verträgen im vertragsrechtlichen und vertragstheoretischen Diskurs die genannten Funktionen zugeschrieben werden, steht jedenfalls außer Zweifel, unabhängig von der dahinter stehenden

113 Yale Law Journal (2003), 541; vgl. auch *Hönn*, Zur Problematik der Privatautonomie, Jura 1984, 57, 60; *H. Kötz*, Vertragsrecht (2012), 11. Dieser Gedanke liegt auch schon dem *Coase*-Theorem zugrunde: *R. Coase*, The Problem of Social Cost, 3 Journal of Law and Economics (1960), 1.

⁵⁷ Vgl. z.B. *K.U. Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht (2014), 90 ff.; zur Präferenzautonomie *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip (1995), 326 ff.

⁵⁸ S. z.B. *K. Arrow*, Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice, 70 The Journal of Philosophy (1973), 245; ausführlich *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip (1995), 22 ff., 173 ff.; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht (2014), 96 ff. Eine abweichende Sichtweise vertritt *R. Posner*, Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 The Journal of Legal Studies (1979), 103, der zwischen *utilitarianism* und *wealth maximization* unterscheidet. Ob dies tatsächlich eine so grundlegende Unterscheidung wie behauptet ist, scheint allerdings zweifelhaft – dazu näher *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität (2016), im Erscheinen, auch ausführlicher zur Ideengeschichte zurückreichend bis *Epikur*, weit vor dem üblicherweise als Gründungsvater des Utilitarismus angesehenen *Jeremy Bentham*.

⁵⁹ Zur Ideengeschichte insbesondere die vorige Fn. sowie, eine ähnliche Dreiteilung vornehmend, *Gordley*, Contract Law in the Aristotelian Tradition, in: *Benson* (Hg.), The Theory of Contract Law (2001), 265. Ebenfalls diese drei Stränge nennt *Unberath*, Vertrag, in: *Basedow et al.* (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009), 1677 zur Begründung der Vertragsbindung.

philosophischen Genealogie. Eine umfassende Beschreibung der zentralen Vertragsfunktionen ist damit allerdings noch nicht erreicht. Im Folgenden werden mit Markt und Kooperation zwei institutionelle Vertragsfunktionen beschrieben, die bisweilen als bloße Unterfunktionen des Effizienzziels betrachtet werden. Tatsächlich können Austausch am Markt und vertraglich strukturierte Kooperation dazu beitragen, die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt im Kaldor-Hicks-Sinne zu steigern. Markt und Kooperation sind allerdings in ihrer Bedeutung komplexer und besitzen ebenso Relevanz für die inhaltlichen Ziele der Selbstbestimmung und gerechten Austauschs. Auch aufgrund ihrer Prägnanz, welche Grundcharakteristika möglicher Verträge auf den Punkt bringt, erscheint es daher gerechtfertigt, sie als eigene Funktionen zu begreifen.

d) Markt

Verträge sind essentieller Bestandteil einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung.⁶⁰ Sie ermöglichen den dezentral gesteuerten Austausch knapper Wirtschaftsgüter. Eine Gesellschaft, in der wirtschaftliche Prozesse nicht zentral durch den Staat geplant werden, ist darauf angewiesen, dass ihre einzelnen Mitglieder ihr Wirtschaften selbst in die Hand nehmen und regeln können.⁶¹ Wie bereits gesagt, sah schon *Max Weber* den Vertrag als „die rechtliche Seite der Marktgemeinschaft“.⁶² Die Vielzahl vertraglicher Austauschvorgänge schafft in ihrer Gesamtheit Markt und Wettbewerb.

Besonders prägnant fungiert eine solche Sichtweise in der Idee der Privatrechtsgesellschaft *Franz Böhm*s.⁶³ Mit diesem Begriff meint *Böhm* eine ge-

⁶⁰ Vgl. etwa *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer et al. (Hg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages (1960), 135, 144; *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: von Caemmerer (Hg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960 (1960), 101, 133; *H. Collins*, Regulating Contracts (1999), 3 ff.; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität (1982), 16.

⁶¹ S. z.B. *E.-J. Mestmäcker*, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2012), 423 ff.; *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2003), 10 ff.

⁶² *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie (1972), 401.

⁶³ *F. Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 1966, 75; im Anschluss daran aus jüngerer Literatur etwa *S. Grundmann*, The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law, 16 European Review of Private Law (2008), 553; *K. Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht, in: K. Riesenhuber (Hg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), 1 sowie die weiteren Beiträge in diesem Band. Kritisch etwa

sellschaftliche Ordnung, die statt auf Hierarchie auf Koordination zwischen Gleichberechtigten gründet, die den Markt als ihren zentralen wirtschaftlichen Mechanismus begreift, wo Angebot und Nachfrage, also im Kern der Preismechanismus, den Wirtschaftskreislauf bestimmen. Da der Austausch und seine Bedingungen auf diesem Markt mittels privatrechtlicher Vereinbarungen durchgeführt werden, ist es nach *Böhm* treffend und konsequent von der Privatrechtsgesellschaft zu sprechen. Der Vertrag als Handlungsform ist für eine solche Gesellschaft schlechthin unabdingbar,⁶⁴ er ist damit praktischer Kern einer ganzen Gesellschaftstheorie – und nicht bloß, wie etwa bei *Hobbes* und *Locke*, als Grundlage des Staates über der Gesellschaft hypothesisiert.⁶⁵ Das kennzeichnende Element für diese Gesellschaftsordnung lässt sich auch im Vergleich zu den durch *Böhm* von der Privatrechtsgesellschaft abgegrenzten Modellen erkennen, namentlich dem Feudalsystem und dem zu *Böhms* Zeiten kontemporären real existierenden Sozialismus beziehungsweise Kommunismus.⁶⁶ In diesen spielten Verträge eine wesentlich geringere Rolle.⁶⁷

In rechtsökonomischen Schriften jüngerer Datums wird der Markt vor allem als effiziente ökonomische Institution behandelt.⁶⁸ Er sei prinzipiell staat-

Wielsch, The Function of Fundamental Rights in EU Private Law – Perspectives for the Common European Sales Law, 10 *European Review of Contract Law* (2014), 365.

⁶⁴ Dazu auch schon *F. Böhm*, Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, *SJZ* 1946, 141. Aus *Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ORDO* 1966, 75, 95: „Man kann sagen, daß der voll-entgeltliche Austauschvertrag und seine Erfüllung die für den Verkehr zwischen gleichberechtigten autonomen Willensträgern kennzeichnende Weise der Kooperation ist.“

⁶⁵ *T. Hobbes*, *Leviathan*, or, The matter, forme, and power of a common wealth, ecclesiastical and civil (1651); *J. Locke*, Two treatises of government: in the former, the false principles and foundation of Sir Robert Filmer, and his followers, are detected and overthrown; the latter is an essay concerning the true original, extent, and end of civil-government (1690). Zugänglich zu Theorien des Gesellschaftsvertrages bzw. Sozialkontraktes *W. Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1996). Zu Berührungspunkten von Privatrechtswissenschaft und Gesellschaftstheorie, und insbesondere auch zu *Böhm*: *R. Wiehölder*, Privatrecht als Gesellschaftstheorie, in: *F. Baur et al.* (Hg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser (1974), 645.

⁶⁶ *S. Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ORDO* 1966, 75, 76 ff.; *E.-J. Mestmäcker*, Aufklärung durch Recht, in: *H.F. Fulda* (Hg.), Vernunftbegriffe in der Moderne (1994), 55.

⁶⁷ Dazu etwa *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2003), 12 ff.

⁶⁸ Vgl. etwa *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2012), 423 ff.; *O.E. Williamson*, The Economic Institutions of Capitalism (1985); im Grunde beruht hierauf auch der *more economic approach* der EU-Kommission im Kartellrecht, bei dem insbesondere Marktregulierung unter dem Endziel der Effizienz gesehen wird; s. dazu etwa umfassend *J. Drexel et al.* (Hg.), Competition policy and the economic approach: foundations and limitations (2011).

lich geplanter Wirtschaftssteuerung aus Effizienzgesichtspunkten überlegen.⁶⁹ Insoweit könnte man sagen, dass Verträge als funktionaler Bestandteil der Institution Markt im Endeffekt doch nur dem Ziel der Effizienz dienen. Insbesondere in der ordoliberalen Konzeption *Böhms* ist der Markt aber einerseits Ziel an sich und andererseits Mittel zur Schaffung von Selbstbestimmung und gerechtem Austausch. Selbstbestimmung werde auf dem Markt insbesondere dadurch verwirklicht, dass Wettbewerb Machtpositionen zwischen Privaten aushebelt und somit verhindert, dass ein Marktteilnehmer dem anderen Preise und Bedingungen diktiert. Bei funktionierendem Wettbewerb sei eine selbstbestimmte Entscheidung zwischen verschiedenen Vertragspartnern möglich. Gleichzeitig schaffe der Mechanismus aus Angebot und Nachfrage mit dem Marktpreis einen gerechten Maßstab des Austausches.⁷⁰ Wettbewerb kann man daher, so ist schon von *Schmidt-Rimpler* selbst ausgeführt worden, als Verfahren begreifen, das die Richtigkeitsgewähr des Vertrages überhaupt erst begründet.⁷¹ In der Theorie *Böhms* ist der funktionierende Markt jedenfalls auch ein Ziel an sich. Regulierungsbedarf entsteht bei Böhm schließlich gerade bei Marktstörungen – und gerade das Kartellrecht biete die passende Antwort – nicht etwa bei einzelnen Beeinträchtigungen von Selbstbestimmung.⁷²

Nach institutionenökonomischer Sicht ist allerdings der Markt im real existierenden Kapitalismus keineswegs die einzig relevante Institution. Die kapitalistische Wirtschaftsordnung ist vielschichtiger als es der Begriff der Marktwirtschaft insinuiert, denn zahlreiche Transaktionen finden nicht am

⁶⁹ Zu dieser These etwa Überblick bei *C. Hill/T. Jones*, Stakeholder-Agency Theory, 29 *Journal of Management Studies* (1992), 131, 134 ff.; für Kapitalmärkte z.B. *B. Malkiel*, The Efficient Market Hypothesis and its Critics, 17 *Journal of Economic Perspectives* (2003), 59.

⁷⁰ Zum Marktpreis als gerechtem Preis (in Abwesenheit von Marktversagen) *F. Rödl*, Contractual Freedom, Contractual Justice and Contract Law (Theory), 76 *Law and Contemporary Problems* (2013), 57, 65 ff.

⁷¹ *Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Baur et al. (Hg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser (1974), 3, 14 f., 25 f. im Anschluss an *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: von Caemmerer (Hg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960 (1960), 101, insbes. z.B. 130. Aus jüngerer Zeit z.B. *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), 47 f.; kritisch etwa *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Badura/Scholz (Hg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche (1993), 873, 883 – „doch liefe dies letztlich auf die kaum haltbare These hinaus, dass auch der Wettbewerb Gewähr für die Richtigkeit der durch ihn herbeigeführten Ergebnisse (!) bietet“.

⁷² *Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ORDO* 1966, 75; *F. Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht (Hg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht (Karlsruhe, C.F. Müller, 1960), 1, 23 ff.; dazu noch ausführlicher unten II. 2. b).

Markt statt.⁷³ Verträge lediglich in Bezug zum Markt zu setzen, wie es noch zu Böhms Zeiten üblich war,⁷⁴ erscheint inzwischen zu eng und unterschlägt Wesentliches.⁷⁵ Der nächste Abschnitt soll daher versuchen, mit einem institutionell aktualisierten Blickwinkel eine weitere Vertragsfunktion zu skizzieren.

e) Kooperation

Verträge dienen der Kooperation zwischen Individuen. Sie ermöglichen die Gestaltung komplexer Beziehungen zwischen denselben Parteien über einen längeren Zeitraum. Verträge können ein situationsadäquates Geflecht von Rechten und Pflichten etablieren, die ein bewegliches und kooperatives Miteinander strukturieren. *Ludwig Raisers* schrieb Verträgen eine Funktion zu, die man genau in diesem Sinne lesen kann: „Verträge dienen der rechtlichen Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen durch Selbstbestimmung der Beteiligten im herrschaftsfreien Raum.“⁷⁶ Neuere vertragstheoretische Literatur lässt sich so verstehen, dass sie diesen grundsätzlichen Gedanken anreichert und präzisiert. Sowohl aus ökonomischer wie aus sozialtheoretischer Sicht dienen Verträge nämlich der Ordnung menschlicher Beziehungen jenseits einfachen Warenaustauschs am Markt.

Aus wirtschaftlicher Sicht verdeutlichen dies die Erkenntnisse der Neuen Institutionenökonomik. Diese rückt neben dem Markt auch Unternehmen und Hybride als Institutionen wirtschaftlicher Transaktionen in den Fokus. Den Grundstein für diese Forschungsrichtung legte *Ronald Coase* 1937 mit einer innovativen Erklärung dafür, warum manche wirtschaftlichen Vorgänge innerhalb eines Unternehmens (*firm*) durchgeführt werden und manche zwischen unabhängigen Akteuren auf einem Markt (*market*) abgewickelt.⁷⁷ Sei-

⁷³ Vielsagend der Titel *Williamson, The Economic Institutions of Capitalism* (1985), von denen der Markt eben nur eine ist.

⁷⁴ Der grundlegende Text der Institutionenökonomie erschien zwar schon zuvor (*R. Coase, The Nature of the Firm*, 4 *Econometrica* (1937), 386), aber erst seit den 1970er Jahren, insbesondere den Arbeiten *Williamsons* hat es sich etabliert, Transaktionen auch jenseits des Marktes wirtschaftstheoretisch zu behandeln, dazu im Folgenden e).

⁷⁵ Aus juristischer Literatur lediglich die Institution Markt berücksichtigend: *Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in: *Caemmerer et al. (Hg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages* (1960), 135, 144; *D. Schmidtchen, Marktmacht und Wettbewerb: zu einer wertschöpfungsbasierten Re-Formulierung beider Konzeptionen*, *Jahrbuch normative und institutionelle Grundfragen der Ökonomik* 2008, 51. Auch kritische Stellungnahmen konzentrieren sich teils auf den Markt: z.B. *Hönn, Zur Problematik der Privatautonomie*, *Jura* 1984, 57, 60.

⁷⁶ *Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in: *von Caemmerer (Hg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960* (1960), 101, 104. In anderer Terminologie könnte man sagen: *Private ordering* durch Verträge also als Teil der sozialen Ordnung.

⁷⁷ *Coase, The Nature of the Firm*, 4 *Econometrica* (1937), 386.