

MATTHIAS WENDLAND

# Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit

*Jus Privatum*

232

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 232





Matthias Wendland

# Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit

Subjektive und objektive Gestaltungskräfte  
im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle  
Allgemeiner Geschäftsbedingungen  
im unternehmerischen Geschäftsverkehr

Mohr Siebeck

*Matthias Wendland*, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin und an der Katholieke Universiteit Leuven (Belgien). Masterstudium an der Harvard Law School (2005–2006), Visiting Researcher an der Harvard Law School (2006–2007), Teaching Fellow am Harvard Government Department (2006–2007). Promotion an der Ludwig-Maximilians-Universität München (2015), Auszeichnung der Promotion mit dem Fakultätspreis der Juristischen Fakultät und dem Promotionspreis der Münchner Juristischen Gesellschaft, Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität München (2016). Venia legendi für die Fächer Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie.

orcid.org/0000-0002-1834-9361

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-978-3-16-154817-8 / eISBN 978-3-16-155248-9

DOI 10.1628/978-3-16-155248-9

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

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

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

*Pacta sunt servanda*. Das Prinzip der Vertragstreue bildet die Grundlage des synallagmatischen Leistungsaustausch im Gefüge der Privatrechtsordnung. Dieser Grundsatz gilt freilich nicht unbeschränkt. Grenzen der Bindungswirkung vertraglicher Vereinbarungen ergeben sich aus dem Zusammenspiel objektiver und subjektiver Gestaltungskräfte, insbesondere der Prinzipien der Vertragsfreiheit und der Vertragsgerechtigkeit. Ihr Wechselspiel ist grundlegend von *Walter Schmidt-Rimpler* in seiner *Theorie der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus* als dem bis heute maßgeblichen Vertragsmodell beschrieben worden. Der Ansatz *Schmidt-Rimplers* stößt indes zunehmend an seine Grenzen. Bekannte Phänomene wie die wachsende *Materialisierung* im Privatrecht, neue Erkenntnisse im Bereich *behavioral economics* sowie der Befund der *interdisziplinären Verhandlungsforschung* erfordern eine dogmatische Neujustierung des geltenden Vertragsmodells. Dies gilt vor allem mit Blick auf die Bedeutung des Vertragszwecks und die dogmatische Begründung der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Insbesondere die Auswirkungen des *Harvard Modells* interessenorientierter Verhandlung auf die Dogmatik des Vertragsmodells sind bislang noch wenig erforscht.

Die vorliegende Arbeit will diese Lücke schließen. Sie legt auf der Grundlage einer Neubestimmung des Verhältnisses der Grundsätze der Vertragsfreiheit und der Vertragsgerechtigkeit eine Weiterentwicklung des Schmidt-Rimplerschen Vertragsmodells vor, die den Befund der verhaltensökonomischen wie auch der verhandlungstheoretischen Forschung integriert und für die Privatrechtsdogmatik fruchtbar macht. Ein solches Unternehmen bedarf der Vergewisserung mit Blick auf die sie bestimmenden Grundlagen. Erforderlich war daher eine Konturierung, Konkretisierung und Standortbestimmung der Prinzipien der Vertragsfreiheit und der Vertragsgerechtigkeit. Dabei wurde ein Konzept der Vertragsgerechtigkeit vorgelegt, das den römisch-rechtlichen Grundsatz des *suum cuique tribuere*, die klassische *regula aurea* sowie die *aristotelisch-thomistische Gerechtigkeitslehre* in einer Gesamtsynthese integriert.

Privatrechtsdogmatik ist kein Glasperlenspiel, sie steht letztlich im Dienst konkreter Rechtsanwendung. Vor allem im Kontext heftig umstrittener Fragen aktueller Rechtspolitik vermag der Blick auf die dogmatischen Grundlagen häufig Wege zu sachgerechten Lösungen aufzuzeigen. Entsprechend wird der Befund der im ersten Teil des Werkes erarbeiteten dogmatischen Untersuchung

im sodann folgenden zweiten Teil der Arbeit auf ein Problem angewendet, in dem das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit für die Bestimmung der Reichweite der Vertragstreue auf beispielhafte Weise relevant wird: Die dogmatische Begründung der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Im dritten und letzten Teil der Arbeit geht die Untersuchung schließlich der rechtspolitisch lebhaft diskutierten Frage nach, welche Auswirkungen sich aus dem bis dahin entwickelten Befund für die Bestimmung der Reichweite der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr ergeben.

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand Juni 2018. Herzlicher Dank gilt meinem verehrten akademischen Lehrer Herrn *Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Kindler*, der auch das Erstgutachten zu dieser Arbeit verfasst hat. Für seine Ratschläge, die umsichtige persönliche und fachliche Förderung, seine stete Hilfs- und Gesprächsbereitschaft sowie die wissenschaftlich inspirierende und schöne Zeit am Lehrstuhl bin ich von Herzen dankbar. Großen Dank schulde ich Herrn *Prof. Dr. Stephan Lorenz*, der nicht nur das Zweitgutachten erstellt, sondern mich auch mit seinem Rat auf vielfältige Weise gefördert hat. Herrn *Prof. Dr. Armin Engländer* danke ich für den fruchtbaren Austausch zu den rechtsphilosophischen Fragestellungen der Arbeit. Herzlich gedankt sei Herrn *Prof. Dr. Stefan Arnold* sowie *Dr. David Paulus* für den spannenden und ertragreichen wissenschaftlichen Diskurs. Frau Mira Jahani, Frau Stefanie Nitsche, Frau Carolin Scheuer sowie Herr Florian Kalbfleisch haben mir bei der Erstellung des Sachregisters geholfen. Hierfür sei ihnen herzlich gedankt. Großer Dank gilt der VG Wort für die äußerst großzügige Förderung der Arbeit im Rahmen eines Druckkostenzuschusses.

Ganz herzlich danke ich meinen Eltern, meiner Familie, Christine und allen Freunden und Kollegen, die während der Zeit der Habilitation und der Drucklegung eine stete Stütze waren. Größter Dank gilt schließlich Maria für die treue Begleitung, Inspiration und fortwährende Unterstützung der Arbeit. Ohne Dich wäre sie nicht möglich gewesen. Ganz herzlichen Dank!

München, im Januar 2019

Matthias Wendland

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	XIII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXXIII

§1 Einführung .....	1
I. <i>Gegenstand der Untersuchung: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Grunddeterminanten der Privatrechtsordnung</i> .....	3
1. Die aktuelle Diskussion um die Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....	4
2. Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit .....	5
II. <i>Eingrenzung des Themas: Die Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr als dogmatisches Problem</i> ....	8
III. <i>Gang der Untersuchung: Vom Vertragsmodell zur AGB-Kontrolle</i> ..	8

## Allgemeiner Teil

§2 Vertragsfreiheit: Grundlagen, Funktion und Form .....	13
I. <i>Grundlagen: Menschenwürde und Freiheit</i> .....	13
1. Dogmatische Grundlagen .....	13
2. Rechtliche Grundlagen .....	30
II. <i>Funktion: Vertragsfreiheit als Grunddeterminante der Privatrechtsordnung</i> .....	58
1. Individuelle Funktionen der Vertragsfreiheit .....	59
2. Überindividuelle Funktionen der Vertragsfreiheit .....	62
III. <i>Form: Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit</i> .....	77
1. Ausübungsformen der Vertragsfreiheit .....	77
2. Formale und materielle Vertragsfreiheit .....	96
IV. <i>Zusammenfassung</i> .....	100

§3	Vertragsgerechtigkeit: Grundlagen, Funktion und Form .....	105
I.	<i>Grundlagen: Gerechtigkeit als Rechtsprinzip</i> .....	105
	1. Vertragsgerechtigkeit und aktuelle Privatrechtsdogmatik .....	105
	2. Rechtsphilosophische Grundlagen .....	109
II.	<i>Funktion: Vertragsgerechtigkeit als Zweck des Rechts</i> .....	140
	1. Funktionsebenen der Gerechtigkeit .....	141
	2. Der Befund der interdisziplinären Gerechtigkeitsforschung .....	144
	3. Gerechtigkeit als Strukturelement der Privatrechtsordnung .....	149
	4. Rezeption durch die Privatrechtslehre .....	150
III.	<i>Form: Ausprägungen materieller Gerechtigkeit im Privatrecht</i> .....	157
IV.	<i>Zusammenfassung</i> .....	159
§4	Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit in der Privatrechtsordnung: Einheit in Komplementarität .....	163
I.	<i>Geschichtlicher Hintergrund</i> .....	164
	1. Der Ausgangspunkt: Der formal-liberale Grundansatz des BGB ....	164
	2. Die weitere Entwicklung: Materialisierung durch Reformgesetzgebung und Rechtsprechung .....	169
II.	<i>Die dogmatische Diskussion: Ansätze zum Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit</i> .....	174
	1. Grenzen der Diskussion .....	175
	2. Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Grundkonstante der Privatrechtsordnung .....	177
	3. Der aktuelle Stand der Diskussion .....	179
III.	<i>Vertragsmodelle</i> .....	180
	1. Selbstbestimmungstheorie (Flume) .....	180
	2. Theorie der sozialen Funktion des Vertrages (Raiser) .....	185
	3. Soziale Vertragstheorien (Zweigert) .....	191
	4. Theorie der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit (Wolf) .....	196
	5. Theorie der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus (Schmidt-Rimpler) .....	208
IV.	<i>Eigener Ansatz: Das vertragszweckorientierte Reziprozitätsmodell</i> ..	234
	1. Zweck des Vertrages: Persönlichkeitsentfaltung durch selbstbestimmten und gerechten Interessenausgleich .....	236
	2. Instrumente zur Verwirklichung des Vertragszwecks: Selbstbestimmung und Richtigkeitsgewähr .....	242

3. Das Reziprozitätsprinzip der regula aurea als Kern des Vertragsmechanismus .....	243
4. Vertragsparität als Voraussetzung der Richtigkeitsgewähr .....	256
5. Elemente eines Vertragskontrollmodells .....	260
V. Zusammenfassung .....	277
§5 Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit im Kontext der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	285
I. Bedeutung und Funktion vorformulierter Vertragstexte .....	285
1. Vorformulierte Vertragstexte in der Rechtspraxis .....	287
2. Funktionen und Risiken .....	291
II. Die Rechtsnatur von AGB .....	301
1. Geschichtliche Ausgangslage .....	304
2. Die Normtheorien .....	311
3. Die Vertragstheorie .....	320
III. Zusammenfassung .....	328
§6 Rechtsgeschichtliche Grundlagen der Inhaltskontrolle .....	333
I. Das Kontrollinstrumentarium im 19. Jh. ....	335
1. Inhalts- und Anwendungskontrolle durch die Rechtsprechung .....	335
2. Aufsichtsrechtliche Kontrolle durch die Verwaltung .....	339
3. Zwingendes Recht durch den Gesetzgeber .....	340
II. Das Kontrollinstrumentarium im 20. Jh. ....	341
1. Rechtsprechung: Von der Monopolrechtsprechung des Reichsgerichts zur Angemessenheitskontrolle des Bundesgerichtshofs .....	342
2. Verwaltung: Von der Konzessionierung zum Wirtschaftsverwaltungsrecht .....	352
3. Gesetzgebung: Von der Sondergesetzgebung zum AGBG .....	356
III. Zusammenfassung .....	358
§7 Verfassungsrechtliche Grundlagen der Inhaltskontrolle .....	363
I. Formale Vertragsfreiheit: Gewährleistung grundsätzlicher Autonomie vom Staat .....	366
II. Materielle Vertragsfreiheit: Schutz tatsächlicher Selbstbestimmung durch den Staat .....	374

1. Handelsvertreterentscheidung . . . . .	379
2. Bürgschaftsentscheidung . . . . .	381
3. Unterhaltsverzichtsvertrag . . . . .	387
4. Zahnarzthonorarentscheidung . . . . .	390
5. Überschussbeteiligung . . . . .	392
6. Rückkaufswert . . . . .	394
7. Weitere Entscheidungen . . . . .	398
<i>III. Feststellung eines Ungleichgewichts durch Fallgruppenbildung . . . . .</i>	<i>401</i>
1. Wirtschaftliche Unterlegenheit . . . . .	403
2. Psychische, intellektuelle oder emotionale Unterlegenheit . . . . .	405
3. Situative Unterlegenheit . . . . .	409
<i>IV. Zusammenfassung . . . . .</i>	<i>411</i>
§ 8 Rechtlicher und dogmatischer Rahmen der Inhaltskontrolle . . . . .	417
<i>I. Rechtlicher Rahmen: Einfachrechtliche Ausgestaltung der Inhaltskontrolle . . . . .</i>	<i>417</i>
1. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle . . . . .	419
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. § 305 Abs. 1 BGB . . . . .	419
3. Erfasste Fallgruppen . . . . .	431
<i>II. Dogmatischer Rahmen: Gewährleistung von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Ausgangspunkt . . . . .</i>	<i>438</i>
1. Gewährleistung der Vertragsfreiheit . . . . .	440
2. Gewährleistung der Vertragsgerechtigkeit . . . . .	452
3. Versagen der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus . . . . .	458
<i>III. Zusammenfassung . . . . .</i>	<i>461</i>
§ 9 Der Schutzzweck der Inhaltskontrolle . . . . .	467
<i>I. Individuelle Rechtfertigung . . . . .</i>	<i>468</i>
1. Schutz der Vertragsgestaltungsfreiheit . . . . .	468
2. Vertragsparteien: Wirtschaftliche, soziale oder intellektuelle Unterlegenheit . . . . .	472
3. Vertragsinhalt: Unangemessene Benachteiligung . . . . .	495
4. Vertragsschlussmechanismus: Situative Unterlegenheit . . . . .	507
5. Rechtsökonomischer Begründungsansatz . . . . .	517
6. Vertragstheoretischer Begründungsansatz . . . . .	567
<i>II. Überindividuelle Rechtfertigung . . . . .</i>	<i>614</i>
1. Schutz des Gemeinwohls . . . . .	615
2. Schutz des Marktes und des Rechtsverkehrs . . . . .	619

3. Institutioneller Schutz von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit .....	622
4. Verbraucherschutz .....	652
<i>III. Das Verhältnis von individueller und überindividueller Rechtfertigung .....</i>	<i>663</i>
<i>IV. Das Regelungskonzept der §§ 305 ff. BGB im Licht des vertragstheoretischen Schutzzweckmodells .....</i>	<i>666</i>
1. Vorformulierung .....	666
2. Mehrfachverwendungsabsicht .....	672
3. Stellen .....	681
4. Aushandeln gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB .....	684
<i>V. Zusammenfassung .....</i>	<i>685</i>
§ 10 Die Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....	691
<i>I. Legitimation der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....</i>	<i>692</i>
1. Ausgangspunkt: Die aktuelle rechtspolitische Diskussion .....	692
2. Entstehungsgeschichte: Die Diskussion vor Inkrafttreten des AGBG .....	695
3. Die aktuelle Reformdiskussion .....	713
4. Reformansätze .....	747
5. Geltung des Schutzzwecks der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....	759
<i>II. Europarechtlicher Rahmen .....</i>	<i>790</i>
1. Unionsrechtsakte .....	790
2. Kodifikationsprojekte zur europäischen Rechtsvereinheitlichung .....	796
3. Schlussfolgerungen und Impulse für die rechtspolitische Diskussion .....	810
<i>III. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle im b2b-Verkehr .....</i>	<i>811</i>
1. Der restriktive Ansatz der Rechtsprechung .....	813
2. Kritik an der geltenden Rechtslage und Reformvorschläge .....	828
3. Ansatzpunkte für eine Neuorientierung .....	858
<i>IV. Maßstab der Inhaltskontrolle im b2b-Verkehr .....</i>	<i>915</i>
1. Der differenzierende Ansatz der Rechtsprechung .....	915
2. Kritik an der geltenden Rechtslage und Reformvorschläge .....	923
3. Ansatzpunkte für eine Neuorientierung .....	933
<i>V. Zusammenfassung .....</i>	<i>986</i>

§11 Gesamtergebnis und Thesen .....	991
§12 Ausblick .....	997
Literaturverzeichnis .....	999
Personenregister .....	1041
Sachregister .....	1043

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXXIII

§1 Einführung .....	1
<i>I. Gegenstand der Untersuchung: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Grunddeterminanten der Privatrechtsordnung .....</i>	<i>3</i>
1. Die aktuelle Diskussion um die Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....	4
2. Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit .....	5
<i>II. Eingrenzung des Themas: Die Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr als dogmatisches Problem ....</i>	<i>8</i>
<i>III. Gang der Untersuchung: Vom Vertragsmodell zur AGB-Kontrolle ..</i>	<i>8</i>

## Allgemeiner Teil

§2 Vertragsfreiheit: Grundlagen, Funktion und Form .....	13
<i>I. Grundlagen: Menschenwürde und Freiheit .....</i>	<i>13</i>
1. Dogmatische Grundlagen .....	13
a) Privatautonomie und menschliche Freiheit .....	16
aa) Die naturrechtliche Begründung der Privatautonomie .....	17
(1) Überpositive Wertgrundsätze als Grundlage .....	17
(2) Untauglichkeit positivistischer Begründungsansätze .....	18
(3) Untauglichkeit ökonomischer Zweckmäßigkeit-überlegungen .....	19
bb) Die tragende Bedeutung des Willens für das Rechtsgeschäft ..	21
(1) Der Wille im Wettbewerb mit objektiven Gestaltungskräften .....	21
(2) Die zentrale Bedeutung des Selbstbestimmungsprinzips ...	23

(3) Selbstbestimmung und ihr Verhältnis zu Verkehrsschutz und Vertragsgerechtigkeit .....	23
b) Rechtsgeschäftslehre: Selbstbestimmung durch Willenserklärung	25
aa) Die Verwirklichung des Willens in der Erklärung .....	25
bb) Anerkennung durch die Rechtsordnung .....	26
cc) Machtungleichgewichte und Informationsasymmetrien .....	29
2. Rechtliche Grundlagen .....	30
a) Verfassungsrechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit .....	30
aa) Individual- und Institutsgarantie .....	31
bb) Verfassungsmäßige Ordnung und Grundrechte anderer als Schranken .....	33
cc) Der Rahmen für die Ausgestaltung der Privatrechtsordnung durch den Gesetzgeber .....	34
b) Europarechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit .....	36
aa) Objektiv-rechtliche Anknüpfungspunkte .....	39
(1) Wirtschaftsverfassung und Grundfreiheiten .....	39
(2) Europäische Menschenrechtskonvention .....	40
(3) Grundrechtecharta der EU .....	41
(4) Rechtsprechung des EuGH .....	42
(5) Vorarbeiten für ein gemeinsames Europäisches Vertragsrecht .....	44
bb) Gewährleistungsinhalte .....	46
cc) Vertragsfreiheit im Draft Common Frame of Reference .....	49
(1) Die Rechtsprinzipien der Freiheit, Sicherheit, Gerechtigkeit und Effizienz .....	49
(2) Grundannahme zugunsten formaler Vertragsfreiheit .....	50
(3) Gewährleistung materieller Vertragsfreiheit .....	51
(4) Die Bedeutung des gemeinsamen Europäischen Vertragsrechts für die Dogmatik der Vertragsfreiheit .....	54
(5) Vom formalen zu einem umfassenden Verständnis der Vertragsfreiheit .....	55
c) Gewährleistung der Vertragsfreiheit im BGB .....	57
II. <i>Funktion: Vertragsfreiheit als Grunddeterminante der Privatrechtsordnung</i> .....	58
1. Individuelle Funktionen der Vertragsfreiheit .....	59
a) Selbstbestimmungsfunktion: Instrument rechtlicher Persönlichkeitsentfaltung .....	59
b) Gerechtigkeitsfunktion: Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus .....	60
2. Überindividuelle Funktionen der Vertragsfreiheit .....	62
a) Ordnungsfunktion: Gerechte Güterverteilung durch Vertrag .....	62
b) Ökonomische Funktion: Effizienter Güteraustausch durch Vertrag .....	64

c) Soziale Funktion: Der Vertrag als Institut einer gerechten Sozialordnung .....	66
d) Demokratische Funktion: Emanzipation from status to contract ..	74
e) Stabilitätsfunktion: Ausgleich sozialer Spannungen .....	75
f) Konfliktbeilegungsfunktion: Privatautonome Streitbeilegung durch Vergleich .....	75
g) Rechtsfortbildungsfunktion: Gewährleistung rechtlicher Innovation .....	76
III. <i>Form: Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit</i> .....	77
1. Ausübungsformen der Vertragsfreiheit .....	77
a) Vertragsverhandlungen .....	77
aa) Positionsorientiertes Verhandeln .....	78
bb) Interessenorientiertes Verhandeln .....	81
b) Rechtliche Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit .....	85
aa) Abschlussfreiheit .....	86
bb) Inhaltsfreiheit .....	89
cc) Formfreiheit .....	91
2. Formale und materielle Vertragsfreiheit .....	96
a) Formale Vertragsfreiheit als normativ konstituierte Rechtsgestaltungskompetenz .....	96
b) Materielle Vertragsfreiheit als tatsächlich verfügbare Rechtsgestaltungsfähigkeit .....	97
IV. <i>Zusammenfassung</i> .....	100
§3 <i>Vertragsgerechtigkeit: Grundlagen, Funktion und Form</i> .....	105
I. <i>Grundlagen: Gerechtigkeit als Rechtsprinzip</i> .....	105
1. Vertragsgerechtigkeit und aktuelle Privatrechtsdogmatik .....	105
2. Rechtsphilosophische Grundlagen .....	109
a) Der Grundsatz des <i>sum cuique tribuere</i> als Ausgangspunkt .....	110
b) Die Goldene Regel als universaler Maßstab der Gerechtigkeit .....	111
aa) Ursprung und Bedeutung der <i>regula aurea</i> .....	112
bb) Die <i>regula aurea</i> als universeller Maßstab richtigen Handelns ..	112
cc) Bedeutung der <i>regula aurea</i> für die Privatrechtsdogmatik .....	113
dd) Der multilaterale Rollentausch und die moderne Verhandlungsforschung .....	115
ee) Die <i>regula aurea</i> und die kognitive Entwicklungspsychologie ..	116
c) Die aristotelische Gerechtigkeitstheorie .....	117
aa) Die Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Einzelgerechtigkeit .....	118
bb) Die allgemeine oder Gesetzesgerechtigkeit ( <i>iustitia generalis sive legalis</i> ) .....	119
cc) Die Verteilungsgerechtigkeit ( <i>iustitia distributiva</i> ) .....	120

dd) Die Tauschgerechtigkeit (iustitia commutativa) . . . . .	122
(1) Das Äquivalenzprinzip als Maßstab der Tauschgerechtigkeit . . . . .	122
(2) Gemeinsamer Nutzen (utilitas communis) als Vertragszweck . . . . .	122
(3) Preisgerechtigkeit . . . . .	123
ee) Gerechtigkeit und Recht: Die Frage der Inhaltskontrolle . . . . .	128
d) Rechtliche Grundlagen . . . . .	131
aa) Verfassungsrechtliche Gewährleistung . . . . .	132
bb) Europarechtliche Gewährleistung . . . . .	137
II. <i>Funktion: Vertragsgerechtigkeit als Zweck des Rechts</i> . . . . .	140
1. Funktionsebenen der Gerechtigkeit . . . . .	141
a) Friedens- und Befriedigungsfunktion . . . . .	141
b) Interessenverwirklichung, Persönlichkeitsentfaltung, Daseinsermöglichung . . . . .	142
c) Ordnungsfunktion und Förderung des Gemeinwohls . . . . .	143
2. Der Befund der interdisziplinären Gerechtigkeitsforschung . . . . .	144
a) Verhaltensökonomik und Spieltheorie . . . . .	144
b) Auswirkungen auf die Theorie vom gerechten Preis und die laesio enormis . . . . .	147
c) Die Wiederkehr der laesio enormis im Tatbestand des wucherähnlichen Geschäfts iSv. § 138 Abs. 1 BGB . . . . .	148
3. Gerechtigkeit als Strukturelement der Privatrechtsordnung . . . . .	149
4. Rezeption durch die Privatrechtslehre . . . . .	150
III. <i>Form: Ausprägungen materieller Gerechtigkeit im Privatrecht</i> . . . . .	157
IV. <i>Zusammenfassung</i> . . . . .	159
§ 4 Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit in der Privatrechtsordnung: Einheit in Komplementarität . . . . .	163
I. <i>Geschichtlicher Hintergrund</i> . . . . .	164
1. Der Ausgangspunkt: Der formal-liberale Grundansatz des BGB . . . . .	164
a) Sozial- und Menschenbild des klassischen Liberalismus . . . . .	165
b) Soziale Harmonie durch vertraglichen Ausgleich als Grundprämisse des Vertragsmodells . . . . .	166
c) Politische Emanzipation und Industrielle Revolution als prägender Rahmen . . . . .	168
2. Die weitere Entwicklung: Materialisierung durch Reformgesetzgebung und Rechtsprechung . . . . .	169
a) Gesellschaftlicher Wandel und Zusammenbruch der Grundannahmen des Wirtschaftsliberalismus . . . . .	170

b) Konflikt zwischen Freiheits- und Gleichheitsethos und Funktionswandel des Vertrages .....	171
c) Wandel von formaler Freiheitsethik in materiale Ethik sozialer Verantwortung .....	172
d) Effektivierung der Privatautonomie durch Gewährleistung materieller Vertragsfreiheit .....	173
<i>II. Die dogmatische Diskussion: Ansätze zum Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit .....</i>	174
1. Grenzen der Diskussion .....	175
2. Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Grundkonstante der Privatrechtsordnung .....	177
3. Der aktuelle Stand der Diskussion .....	179
<i>III. Vertragsmodelle .....</i>	180
1. Selbstbestimmungstheorie (Flume) .....	180
a) Überblick .....	180
b) Kritik .....	183
2. Theorie der sozialen Funktion des Vertrages (Raiser) .....	185
a) Überblick .....	185
b) Kritik .....	189
3. Soziale Vertragstheorien (Zweigert) .....	191
a) Überblick .....	192
b) Kritik .....	194
4. Theorie der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit (Wolf) .....	196
a) Überblick .....	197
aa) Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit als Tatbestandsmerkmal der Willenserklärung .....	197
bb) Anforderungen an die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit .....	199
cc) Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit .....	200
b) Kritik .....	205
5. Theorie der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus (Schmidt-Rimpler) .....	208
a) Überblick .....	209
b) Kritik .....	221
aa) Richtigkeit und Richtigkeitsgewähr .....	221
bb) Vorrang der Vertragsgerechtigkeit .....	222
cc) Konzept der Vertragsgerechtigkeit .....	223
(1) Mangelnde Bestimmbarkeit des Inhalts der Vertragsgerechtigkeit .....	223
(2) Defizitäre Rezeption des Gerechtigkeitsbegriffs als Grundlage der Kritik .....	226
dd) Konzept der Vertragsfreiheit .....	228

e) Subjektiver Gerechtigkeitsmaßstab als Schwachpunkt der Theorie .....	230
<i>IV. Eigener Ansatz: Das vertragszweckorientierte Reziprozitätsmodell ..</i>	<i>234</i>
1. Zweck des Vertrages: Persönlichkeitsentfaltung durch selbstbestimmten und gerechten Interessenausgleich .....	236
a) Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentfaltung .....	236
b) Vertragszweck und Bindungswirkung .....	237
c) Angemessenheit des Interessenausgleichs als Inhalt der Vertragsgerechtigkeit .....	240
d) Bindung der Vertragsfreiheit an die Vertragsgerechtigkeit .....	241
2. Instrumente zur Verwirklichung des Vertragszwecks: Selbstbestimmung und Richtigkeitsgewähr .....	242
a) Bedeutung der Selbstbestimmung für die Interessenverwirklichung .....	242
b) Richtigkeitsgewähr als privatautonome Gewährleistung der Vertragsgerechtigkeit .....	243
3. Das Reziprozitätsprinzip der regula aurea als Kern des Vertragsmechanismus .....	243
a) Das interessenorientierte Verhandlungsmodell (Harvard Modell) im Licht der modernen Verhandlungsforschung .....	244
b) Wertschöpfende Integration der Interessen durch Kooperation ..	245
c) Korrektur von Wahrnehmungs- und Rationalitätsdefiziten .....	246
d) Die Überwindung des homo oeconomicus als Verhaltensmodell ..	248
e) Die regula aurea als Kern des Harvard Modells .....	250
f) Das Reziprozitätsprinzip der regula aurea und der Vertragsmechanismus .....	250
4. Vertragsparität als Voraussetzung der Richtigkeitsgewähr .....	256
a) Handlungsanreize für einen angemessenen Interessenausgleich ..	256
b) Würde und Gleichheit des Menschen als Ausgangspunkt .....	257
c) Die Bedeutung tatsächlicher Vertragsparität für die Richtigkeitsgewähr .....	259
5. Elemente eines Vertragskontrollmodells .....	260
a) Gerechtigkeit als Zweck des Rechts, Vertragsgerechtigkeit als Zweck des Vertrages .....	261
b) Die Bedeutung der Vertragsfreiheit für die Herstellung materieller Vertragsgerechtigkeit .....	262
c) Selbstbestimmung und materielle Vertragsfreiheit .....	263
d) Auflösung des Spannungsverhältnisses von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit? .....	263
e) Das Spannungsverhältnis zwischen formaler und materieller Vertragsfreiheit .....	264
f) Inhaltskontrolle und Vorrang formaler Vertragsfreiheit .....	265

g) Das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit .....	266
h) Das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und materieller Vertragsfreiheit .....	266
i) Vertragsimparität und Vertragsinhalt als Anknüpfungspunkte ...	268
j) Kriterien für die Ermittlung der Kontrollschwelle .....	269
aa) Vertragsfreiheit .....	269
bb) Vertragsgerechtigkeit .....	270
cc) Rechtssicherheit .....	272
(1) Schutzwürdigkeit des Vertrauens .....	273
(2) Der Gedanke des Rechtsmissbrauchs sowie der Gefährdungshaftung bzw. der Zurechnung von Risikosphären .....	274
dd) Vertragszweck als Maßstab einer Ergebniskontrolle .....	275
ee) Grundzüge eines Vertragskontrollmodells .....	276
V. Zusammenfassung .....	277
§5 Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit im Kontext der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	285
I. Bedeutung und Funktion vorformulierter Vertragstexte .....	285
1. Vorformulierte Vertragstexte in der Rechtspraxis .....	287
a) Einfache Einzelverträge .....	287
b) Komplexe Einzelverträge .....	288
c) Vertragsschluss im Kontext umfangreicher Verhandlungen .....	290
2. Funktionen und Risiken .....	291
a) Rationalisierungsfunktion .....	292
b) Typisierungs- oder Lückenausfüllungsfunktion .....	295
c) Risikoverlagerungstendenz .....	297
II. Die Rechtsnatur von AGB .....	301
1. Geschichtliche Ausgangslage .....	304
a) Die Diskussion im 19. Jh.: Rechtsnormähnlichkeit und Vertragscharakter .....	305
b) Erste Hälfte des 20. Jh.: Das Vordringen normtheoretischer Konzepte .....	306
c) Zweite Hälfte des 20. Jh.: Die Durchsetzung der Vertragstheorie ..	309
2. Die Normtheorien .....	311
a) Meyer-Cording: AGB als Wahlnormen .....	312
b) Pflug: AGB als para-legales Recht .....	313
c) Helm: AGB als Normen mit bedingter Rechtsgeltung .....	315
d) Schmidt: AGB als faktische Normen .....	317

e) Reuter: Arbeitsrechtliche Einheitsregelungen als gesellschaftliche Normen .....	318
3. Die Vertragstheorie .....	320
a) Kein Schluss vom rechtstatsächlichen Befund auf die rechtsdogmatische Begründung .....	320
b) Das Willenselement als zentrale Geltungsvoraussetzung .....	321
c) Der Wortlaut des § 305 Abs. 2 BGB .....	323
d) Unzulässigkeit des Rückgriffs auf „faktische Normen“ .....	324
e) Sicherung der Vertragsgerechtigkeit durch strenge Inhaltskontrolle .....	325
f) Ergebnis .....	327
III. Zusammenfassung .....	328
§ 6 Rechtsgeschichtliche Grundlagen der Inhaltskontrolle .....	333
I. <i>Das Kontrollinstrumentarium im 19. Jh.</i> .....	335
1. Inhalts- und Anwendungskontrolle durch die Rechtsprechung .....	335
2. Aufsichtsrechtliche Kontrolle durch die Verwaltung .....	339
3. Zwingendes Recht durch den Gesetzgeber .....	340
II. <i>Das Kontrollinstrumentarium im 20. Jh.</i> .....	341
1. Rechtsprechung: Von der Monopolrechtsprechung des Reichsgerichts zur Angemessenheitskontrolle des Bundesgerichtshofs .....	342
a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts: Entwicklung der Monopolrechtsprechung .....	342
b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs: Umfassende Angemessenheitskontrolle .....	346
2. Verwaltung: Von der Konzessionierung zum Wirtschaftsverwaltungsrecht .....	352
3. Gesetzgebung: Von der Sondergesetzgebung zum AGBG .....	356
III. Zusammenfassung .....	358
§ 7 Verfassungsrechtliche Grundlagen der Inhaltskontrolle .....	363
I. <i>Formale Vertragsfreiheit: Gewährleistung grundsätzlicher    Autonomie vom Staat</i> .....	366
II. <i>Materielle Vertragsfreiheit: Schutz tatsächlicher Selbstbestimmung    durch den Staat</i> .....	374
1. Handelsvertreterentscheidung .....	379
2. Bürgschaftsentscheidung .....	381
3. Unterhaltsverzichtsvertrag .....	387

4. Zahnarzthonorarentscheidung .....	390
5. Überschussbeteiligung .....	392
6. Rückkaufswert .....	394
7. Weitere Entscheidungen .....	398
<i>III. Feststellung eines Ungleichgewichts durch Fallgruppenbildung</i> .....	401
1. Wirtschaftliche Unterlegenheit .....	403
2. Psychische, intellektuelle oder emotionale Unterlegenheit .....	405
3. Situative Unterlegenheit .....	409
<i>IV. Zusammenfassung</i> .....	411
§ 8 Rechtlicher und dogmatischer Rahmen der Inhaltskontrolle ...	417
<i>I. Rechtlicher Rahmen: Einfachrechtliche Ausgestaltung der Inhaltskontrolle</i> .....	417
1. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle .....	419
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. § 305 Abs. 1 BGB .....	419
a) Vertragsbedingungen .....	420
b) Vielzahl von Verträgen .....	421
c) Vorformulierung .....	422
d) Stellen .....	423
e) Aushandeln .....	427
3. Erfasste Fallgruppen .....	431
a) Formularverträge und Vertragsmuster: Situative Unterlegenheit durch Informationsasymmetrie .....	431
b) „Garderobenmarken-, Fahrkarten- und Parkhausfälle“: Situative Unterlegenheit durch Leistungsmonopol .....	432
c) Einmalbedingungen: Sonderregelungen für Verbraucherverträge ..	434
d) Großvolumige Verträge im unternehmerischen Geschäftsverkehr ..	435
<i>II. Dogmatischer Rahmen: Gewährleistung von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Ausgangspunkt</i> .....	438
1. Gewährleistung der Vertragsfreiheit .....	440
a) Funktion des Vertrages: Selbstbestimmung durch Interessenausgleich .....	443
b) Funktionsvoraussetzungen der Vertragsfreiheit: Tatsächliche Selbstbestimmung und Vertragsparität .....	445
aa) Kognitive Fähigkeiten .....	447
bb) Information .....	448
cc) Freiheit von Zwang bzw. wirtschaftliches und soziales Machtgleichgewicht .....	449
2. Gewährleistung der Vertragsgerechtigkeit .....	452
a) Funktion des Vertrages: Persönlichkeitsentfaltung durch gerechten Interessenausgleich .....	453

b) Funktionsvoraussetzung der Vertragsgerechtigkeit: Selbstbestimmung .....	457
3. Versagen der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus .....	458
a) Ursache: Vertragsimparität .....	459
b) Folge: Beeinträchtigung von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit .....	459
c) Abhilfe: Vertragskorrektur durch Inhaltskontrolle .....	460
III. Zusammenfassung .....	461
§ 9 Der Schutzzweck der Inhaltskontrolle .....	467
I. Individuelle Rechtfertigung .....	468
1. Schutz der Vertragsgestaltungsfreiheit .....	468
2. Vertragsparteien: Wirtschaftliche, soziale oder intellektuelle Unterlegenheit .....	472
a) Kompensation von Vertragsimparität durch Wettbewerb? .....	475
aa) Kein funktionierender Wettbewerb der Vertragsbedingungen. ....	476
bb) Tendenz des Marktes zur Selbstaufhebung .....	476
cc) Beschränktes Instrumentarium der Wettbewerbskontrolle. ....	477
dd) Überspannte Anforderungen an die Marktteilnehmer .....	478
ff) Kein Marktversagen im Hinblick auf Hauptleistungspflichten ....	481
gg) Kein Widerspruch zu den Grundwerten einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung .....	483
hh) Der Schutz der materiellen Vertragsfreiheit aus rechtshistorischer Perspektive .....	485
ii) Ausgleich von Vertragsimparität als Hauptaufgabe des Privatrechts .....	488
b) Mangelnde Konkretisierbarkeit .....	489
c) Typisierende Betrachtung als Ausweg? .....	491
3. Vertragsinhalt: Unangemessene Benachteiligung .....	495
a) Vertragsgerechtigkeit als Schutzzweck der Inhaltskontrolle .....	496
b) Unangemessene AGB als Indiz für ein Machtungleichgewicht ....	498
c) Bestimmbarkeit der Angemessenheit des Interessenausgleichs ....	500
d) Das geltende Recht als Angemessenheitskriterium .....	502
aa) Angemessenheit vertraglicher Nebenabreden .....	502
bb) Angemessenheit der Hauptleistung .....	504
cc) Fazit .....	506
4. Vertragsschlussmechanismus: Situative Unterlegenheit .....	507
a) Situative Unterlegenheit .....	508
aa) Informationsasymmetrie .....	511
bb) Verhandlungsimparität .....	514
5. Rechtsökonomischer Begründungsansatz .....	517
a) Der Grundansatz der ökonomischen Analyse des Rechts .....	517

aa)	Allokationseffizienz als Ziel . . . . .	518
	(1) Das Pareto-Kriterium . . . . .	518
	(2) Das Kaldor-Hicks-Kriterium . . . . .	519
bb)	Der homo oeconomicus als Verhaltensmodell . . . . .	521
	(1) Umfassende Information vs. Informationsdefizit . . . . .	521
	(2) Rationalitätsprinzip vs. bounded rationality . . . . .	522
	(a) Normative Kritik am homo oeconomicus . . . . .	522
	(b) bounded rationality . . . . .	523
	(c) behavioral economics . . . . .	525
	(3) Egoismus vs. Kooperation . . . . .	526
	(a) Kooperation . . . . .	527
	(b) homo socialis . . . . .	528
	(c) Gerechtigkeit . . . . .	529
cc)	Das Coase-Theorem als Modell effizienter Selbstregulierung .	531
dd)	Kritik der ökonomischen Analyse des Rechts . . . . .	532
b)	Die rechtsökonomische Rechtfertigung der Inhaltskontrolle . . . .	535
aa)	Die Ansicht Posners: Ablehnung einer Inhaltskontrolle und Selbstregulierung durch den Markt . . . . .	535
bb)	Prohibitive Transaktionskosten und Informationsasymmetrie	541
cc)	Marktversagen und adverse Selektion . . . . .	542
dd)	Akerlofs Markt der Zitronen und das „race to the bottom“ . . .	544
ee)	Eingreifen korrigierender Goodwill-Mechanismen . . . . .	546
	(1) Garantien und Gütesiegel . . . . .	546
	(2) Wiederholungskäufe und Erfahrungsaustausch . . . . .	549
	(3) Schwächen des Goodwill-Mechanismus . . . . .	550
	(4) Notwendigkeit staatlichen AGB-Rechts . . . . .	554
c)	Schwächen des rechtsökonomischen Ansatzes . . . . .	555
aa)	Rationalitätsbegrenzungen und Kosten-Nutzen-Analyse . . . .	555
bb)	Fehlende Berücksichtigung mangelnder Dispositionsbereitschaft . . . . .	557
cc)	Spannungsverhältnis zwischen ökonomischer und dogmatischer Perspektive . . . . .	558
dd)	Normativer Anspruch . . . . .	559
ee)	Mangelnder Maßstab für Inhaltskontrolle . . . . .	563
ff)	Keine Inhaltskontrolle bei Fehlen einer Informationsasymmetrie . . . . .	563
6.	Vertragstheoretischer Begründungsansatz . . . . .	567
a)	Beeinträchtigung der Vertragsgestaltungsfreiheit . . . . .	568
aa)	Informationsasymmetrie . . . . .	569
	(1) Mangelnde Berücksichtigung der AGB . . . . .	569
	(2) Bewusster Verzicht auf Kenntnisnahme . . . . .	571
	(a) Fehlen einer Kosten-Nutzen-Kalkulation . . . . .	572
	(b) Fälle positiver Transaktionskosten-Vertragswert-Relation	573

(c) Fehlende subjektive Erkennbarkeit aus ex-ante-Perspektive . . . . .	574
(d) Abschreckende Wirkung von AGB . . . . .	574
(e) Bereitschaft zur Kenntnisnahme von AGB . . . . .	576
(f) Fokussierung auf Hauptleistungspflichten und Aussichtslosigkeit von Verhandlungen . . . . .	577
(g) Berechtigtes Vertrauen . . . . .	579
(h) „Massenhafter Leichtsinn“ und die Ordnungsaufgabe des Privatrechts . . . . .	579
(i) Überindividuelle Schutzgründe und das Absatzinteresse des Verwenders als Vertrauenstatbestand . . . . .	582
(j) Der Gedanke gegenseitiger „Risikosphären“ und der „Gefährdungshaftung“ . . . . .	589
bb) Verhandlungsimparität . . . . .	592
b) Beeinträchtigung der Vertragsabschlussfreiheit . . . . .	596
aa) Ausweichen auf Alternativenanbieter . . . . .	596
(1) Fehlender Konditionenwettbewerb . . . . .	597
(2) Ausweichen auf AGB-lose Anbieter . . . . .	600
bb) Verzicht auf den Vertragsschluss . . . . .	604
(1) Zumutbarkeit der Abstandnahme vom Vertrag . . . . .	604
(2) Unzumutbarkeit bei existenznotwendigen Gütern . . . . .	609
(3) Grundsätzliche Unzumutbarkeit der Abstandnahme vom Vertrag . . . . .	611
II. <i>Überindividuelle Rechtfertigung</i> . . . . .	614
1. Schutz des Gemeinwohls . . . . .	615
2. Schutz des Marktes und des Rechtsverkehrs . . . . .	619
3. Institutioneller Schutz von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit . . . . .	622
a) Schutz vor einem Missbrauch der Vertragsfreiheit . . . . .	622
b) Rezeption durch die Rechtsprechung . . . . .	623
c) Institutioneller Schutz des Vertrags . . . . .	625
aa) Der Ansatz Raisers und die Institutionenlehre . . . . .	625
(1) Individualrechtsschutz und Ordnungsfunktion des Rechts . . . . .	625
(2) Rückbezug auf außerrechtliche Ordnungen . . . . .	626
(3) Zweckwidriger Institutsgebrauch als immanente Grenze subjektiver Rechte . . . . .	630
bb) Kritik der Institutionenlehre . . . . .	632
(1) Flucht in den normativen Institutionsbegriff? . . . . .	633
(2) Der Diskurs zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht als Grundlage . . . . .	636
(3) Tauglichkeit der Institutionenlehre als Begründungsmodell der Inhaltskontrolle . . . . .	642

cc) Die eigenständige Bedeutung des Schutzes vor institutionellem Rechtsmissbrauch .....	645
d) Institutionelle Gewährleistung der Vertragsgerechtigkeit .....	647
4. Verbraucherschutz .....	652
a) Gemeinsamer dogmatischer Rahmen für Verbraucherschutz im AGB-Recht .....	653
b) Vorformulierung als zentraler Anknüpfungspunkt nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB und Art. 3 Abs. 1, 2. S. 1 Klausel-RL .....	655
c) Verzicht auf das Merkmal des Stellens nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB und Art. 3 Abs. 1, 2. S. 1 Klausel-RL .....	659
d) Konkret-individueller Prüfungsmaßstab nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB und Art. 4 Abs. 1 Klausel-RL .....	660
<i>III. Das Verhältnis von individueller und überindividueller Rechtfertigung .....</i>	<i>663</i>
<i>IV. Das Regelungskonzept der §§ 305 ff. BGB im Licht des vertragsrechtlichen Schutzzweckmodells .....</i>	<i>666</i>
1. Vorformulierung .....	666
a) Situative Unterlegenheit als Schutzgrund .....	667
aa) Informationsasymmetrie .....	668
bb) Inhaltliche Unangemessenheit .....	669
cc) Mangelnde Dispositionsbereitschaft .....	669
b) Erforderlichkeit einer tatbestandlichen Beschränkung .....	671
2. Mehrfachverwendungsabsicht .....	672
a) Seriositätsschein des allgemein Üblichen .....	674
b) Anknüpfung an den Charakter der AGB als Massenphänomen ...	675
c) Mehrfachverwendung als Indiz überlegener Verhandlungsmacht ..	676
d) Informationsasymmetrie durch Mehrfachverwendung .....	677
3. Stellen .....	681
a) Informationsasymmetrie .....	681
b) Fehlende Dispositionsbereitschaft .....	682
4. Aushandeln gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB .....	684
<i>V. Zusammenfassung .....</i>	<i>685</i>
§ 10 Die Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....	691
<i>I. Legitimation der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....</i>	<i>692</i>
1. Ausgangspunkt: Die aktuelle rechtspolitische Diskussion .....	692
2. Entstehungsgeschichte: Die Diskussion vor Inkrafttreten des AGBG	695
a) Rechtsgeschichtliche Ausgangslage: Günstiger Zeitpunkt für gesetzliche Regelung .....	695

b) Rechtsprechung: Keine Differenzierung zwischen b2c- und b2b-Verkehr .....	696
c) Literatur: Konsens für richterliche Inhaltskontrolle im b2b-Verkehr .....	697
d) Die Diskussion auf dem 50. Deutschen Juristentag 1974: Votum für eine Inhaltskontrolle des b2b-Verkehrs .....	699
e) Die Reaktion des Gesetzgebers: Vom Verbraucherschutzgesetz zur umfassenden AGB-Kontrolle .....	703
f) Die weitere Entwicklung der gesetzlichen Regelung: Kaum inhaltliche Änderungen .....	706
g) Rezeption durch Wissenschaft und Praxis: Differenziertes Bild ...	709
3. Die aktuelle Reformdiskussion .....	713
a) Symposium und 69. Deutscher Juristentag 2012 .....	714
b) Wesentliche Argumentationslinien der Diskussion .....	716
aa) Kritik des geltenden AGB-Rechts .....	717
bb) Beibehaltung des gegenwärtigen Schutzniveaus .....	719
c) Grundtendenzen der gegenwärtigen Diskussion .....	721
aa) Fokussierung auf formaler und Ausblenden materieller Vertragsfreiheit .....	721
bb) Fokussierung auf großvolumige Transaktionen wirtschaftlich gleich starker Vertragspartner .....	724
cc) Breites Spektrum unterschiedlicher Fallkonstellationen (echte und unechte AGB) .....	726
dd) Forum Shopping und Flucht in das ausländische Recht .....	729
(1) Vorteile der Wahl schweizerischen Rechts für den Verwender .....	731
(2) Kollisionsrechtliche Probleme der Wahl schweizerischen Rechts .....	735
(3) Risiken der Wahl schweizerischen Rechts für beide Parteien .....	738
(4) Rechtspolitische Relevanz des Arguments der Rechtsflucht .....	741
(5) Rechtspolitische Diskussion in der Schweiz .....	744
4. Reformansätze .....	747
a) Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle .....	748
aa) Flexible Absenkung der Anforderungen an das Aushandeln ..	749
(1) Aushandeln als Verhandeln und Zulässigkeit fehlender Textänderungen .....	749
(2) Kriterienkatalog: Indizien für eine widerlegbare Vermutung des Aushandelns .....	751
(3) Schutzmechanismus gegen die AGB-Falle .....	752
bb) Pauschalierende Beschränkung des Anwendungsbereiches der Inhaltskontrolle .....	752
(1) Vertragswert als Differenzierungskriterium .....	752
(2) Unternehmensgröße als Differenzierungskriterium .....	753

(3) Auslandsberührung als Differenzierungskriterium . . . . .	754
(4) Individualvertraglicher Verzicht auf Inhaltskontrolle . . . . .	757
b) Maßstab der Inhaltskontrolle . . . . .	758
5. Geltung des Schutzwerts der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr . . . . .	759
a) Relevanz persönlicher Schutzbedürftigkeit im AGB-Recht . . . . .	759
b) Geringere Schutzbedürftigkeit des Unternehmers? . . . . .	763
c) Handelsrechtlich geprägtes Unternehmerleitbild? . . . . .	764
aa) Schutzbedürftigkeitsmindernde Eigenschaften . . . . .	764
(1) Geschäftliche Erfahrung . . . . .	765
(2) Geschäftliche Gewandtheit und Durchsetzungsfähigkeit . . . . .	769
(3) Kompensation durch Versicherung . . . . .	772
(4) Kompensation durch Kalkulation . . . . .	774
bb) Schutzbedürftigkeitsbegründende Eigenschaften . . . . .	779
(1) Informationsasymmetrie und Verhandlungsimparität . . . . .	779
(2) Marktkonzentration und wirtschaftliche Abhängigkeit . . . . .	780
cc) Differenzierung innerhalb des b2b-Verkehrs? . . . . .	782
(1) Differenzierungskriterien . . . . .	783
(a) Kerngeschäfte unternehmerischer Tätigkeit . . . . .	784
(b) Kapitalkraft, Finanzausstattung, Organisationsvorteil . . . . .	785
(c) Unternehmensgröße . . . . .	788
(2) Kritik der an der These der „doppelten Differenzierung“ . . . . .	789
<i>II. Europarechtlicher Rahmen . . . . .</i>	790
1. Unionsrechtsakte . . . . .	790
a) Das verbraucherorientierte Schutzkonzept der Klauselrichtlinie . . . . .	791
b) Der Versuch der Vollharmonisierung durch die Verbraucherrechte-Richtlinie . . . . .	793
2. Kodifikationsprojekte zur europäischen Rechtsvereinheitlichung . . . . .	796
a) Principles of European Contract Law (PECL) . . . . .	797
b) Acquis-Principles (ACQP) . . . . .	799
c) Draft Common Frame of Reference (DCFR) . . . . .	801
d) Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) . . . . .	806
3. Schlussfolgerungen und Impulse für die rechtspolitische Diskussion . . . . .	810
<i>III. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle im b2b-Verkehr . . . . .</i>	811
1. Der restriktive Ansatz der Rechtsprechung . . . . .	813
a) Dispositionsbereitschaft des Verwenders und freie Einbeziehungsentscheidung des Kunden als Ausgangspunkt . . . . .	813
b) Bedeutung des Parteiverhaltens für die Annahme eines Aushandelns . . . . .	814
aa) Verhandlungen . . . . .	814
bb) Einräumen von Wahlmöglichkeiten . . . . .	818
cc) Unveränderte Übernahme des Vertragstextes . . . . .	820

dd) Umfang der Abänderungsbereitschaft des Verwenders . . . . .	825
ee) Informations- und Belehrungspflichten . . . . .	826
ff) Ausstrahlungswirkung und Paketlösungen . . . . .	827
2. Kritik an der geltenden Rechtslage und Reformvorschläge . . . . .	828
a) Kritik an den vom BGH entwickelten Kriterien: Zu hohe Anforderungen . . . . .	830
aa) Bedeutungsverlust der Individualabrede . . . . .	830
bb) Abänderungsbereitschaft und Überzeugung von sachlicher Richtigkeit . . . . .	832
cc) Konflikt mit unternehmerischen Geschäftsmodellen . . . . .	834
dd) Ungleichgewicht zwischen Selbstverantwortung des Verwenders und des Kunden . . . . .	838
ee) Gefahr der AGB-Fälle . . . . .	841
(1) Keine AGB-Fälle bei „echten AGB“ . . . . .	842
(2) Fehlen einer umfassenden Lösung . . . . .	843
(3) Konflikt mit dem Schutzzweck der Inhaltskontrolle . . . . .	844
ff) Umfang der Abänderungsbereitschaft . . . . .	846
gg) Keine Berücksichtigung von Paketlösungen und Belehrungspflicht . . . . .	848
hh) Überspannte Informations- und Belehrungspflicht . . . . .	849
ii) Strenge Anforderungen bei fehlender Textänderung . . . . .	850
jj) Praktische Probleme . . . . .	852
b) Kritik an der Anwendung der Kriterien: Inkonsistenz und Widersprüchlichkeit . . . . .	853
c) Verfassungsrechtliche Bedenken: Die Zahnarzt Honorarentscheidung des BVerfG . . . . .	855
3. Ansatzpunkte für eine Neuorientierung . . . . .	858
a) Auslegung des Merkmals des Aushandelns . . . . .	858
aa) Grammatische Auslegung . . . . .	858
(1) Etymologische Herkunft . . . . .	859
(2) Auslegung zur Zeit des Inkrafttretens des AGBG . . . . .	862
bb) Historische Auslegung . . . . .	865
cc) Systematische Auslegung . . . . .	872
dd) Teleologische Auslegung . . . . .	874
(1) Schutzzweck nach dem vertragstheoretischen Begründungsmodell . . . . .	875
(a) Informationsasymmetrie . . . . .	876
(b) Verhandlungsasymmetrie . . . . .	877
(2) Teleologische Anforderungen an ein Aushandeln . . . . .	880
(a) Abänderungsfähigkeit . . . . .	880
(b) Abänderungsbereitschaft . . . . .	885
ee) Konsequenzen für die Auslegung des Aushandelns . . . . .	886
(1) Information und Belehrung . . . . .	886
(2) Verhandlungen . . . . .	889

(3) Einräumen von Wahlmöglichkeiten . . . . .	892
(4) Unveränderte Übernahme des Vertragstextes . . . . .	895
(5) Umfang der Abänderungsbereitschaft . . . . .	897
(6) Ausstrahlungswirkung und Paketlösungen . . . . .	898
(7) Sonderfälle . . . . .	900
(a) Fokussierung auf bestimmte Klauseln . . . . .	900
(b) Positive Transaktionskosten-Vertragswert-Relation . . . . .	901
(c) Informations- und Verhandlungsobliegenheit . . . . .	902
b) Regelungsmöglichkeiten de lege ferenda . . . . .	903
aa) Flexible Absenkung der Anforderungen an eine Individualabrede . . . . .	904
(1) Verhandeln statt Aushandeln . . . . .	904
(2) Fingierte Zustimmung bei unveränderter Übernahme von Vertragsbedingungen . . . . .	910
(3) Kriterienkatalog . . . . .	910
bb) Vertragswertabhängige Bereichsausnahme . . . . .	912
IV. Maßstab der Inhaltskontrolle im b2b-Verkehr . . . . .	915
1. Der differenzierende Ansatz der Rechtsprechung . . . . .	915
a) Gesetzliche Ausgangslage . . . . .	916
b) Indizwirkung der Klauselverbote im b2b-Verkehr . . . . .	917
c) Das Berücksichtigungsgebot des § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB . . . . .	920
2. Kritik an der geltenden Rechtslage und Reformvorschläge . . . . .	923
a) Weitgehende Gleichbehandlung von b2b- und b2c-Verkehr . . . . .	923
b) Fehlende Berücksichtigung der Bedürfnisse des b2b-Verkehrs . . . . .	924
c) Rechtsunsicherheit und methodische Bedenken . . . . .	925
d) Stellungnahme . . . . .	926
aa) Keine pauschale Gleichbehandlung von b2c- und b2b-Verkehr . . . . .	926
bb) Tatsächliche Berücksichtigung der Bedürfnisse des b2b-Verkehrs . . . . .	927
cc) Risikoverlagerung als Ursache häufiger Unwirksamkeit . . . . .	931
dd) Dogmatische Fundierung der Rechtsprechung im Grundsatz von Treu und Glauben . . . . .	932
3. Ansatzpunkte für eine Neuorientierung . . . . .	933
a) Auslegung des Differenzierungsgebotes des § 310 Abs. 1 S. 1, 2 BGB . . . . .	934
aa) Grammatische Auslegung . . . . .	934
bb) Historische Auslegung . . . . .	935
(1) § 310 Abs. 1 S. 1, S. 2 Hs. 1 BGB: Unanwendbarkeit der §§ 308, 309 BGB . . . . .	936
(2) § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB: Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche . . . . .	939
cc) Systematische Auslegung . . . . .	942
dd) Teleologische Auslegung . . . . .	949

(1) Funktionale Verknüpfung von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Ausgangspunkt . . . . .	949
(2) Funktion des Angemessenheitsmerkmals als Indikator der Vertragsgestaltungsfreiheit . . . . .	950
(3) Vertragsgerechtigkeit im unternehmerischen Geschäftsverkehr . . . . .	951
(4) Keine Absenkung des Angemessenheitsmaßstabs im unternehmerischen Geschäftsverkehr . . . . .	953
(5) Berücksichtigung der Komplexität synallagmatischer Austauschverhältnisse zwischen Unternehmern . . . . .	954
(6) Indizwirkung der Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB . . . . .	956
(7) Das Berücksichtigungsgebot des § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB . . . . .	958
e) Konsequenzen für die Auslegung des Differenzierungsgebotes . . . . .	960
(1) Indizwirkung der Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB im b2b-Verkehr . . . . .	960
(2) Berücksichtigung der Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs, § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB . . . . .	962
b) Regelungsmöglichkeiten de lege ferenda . . . . .	964
aa) geringere Schutzbedürftigkeit von Unternehmern . . . . .	965
(1) Ansätze für eine schutzbedürftigkeitsabhängige Differenzierung . . . . .	965
(2) Situative Unterlegenheit als Geltungsgrund der Inhaltskontrolle . . . . .	967
(3) Keine geringere AGB-spezifische Schutzbedürftigkeit des Unternehmers . . . . .	968
bb) Ausschluss der Indizwirkung der Klauselverbote . . . . .	971
cc) Berücksichtigung der Besonderheiten des b2b-Verkehrs . . . . .	972
(1) Erforderlichkeit einer Neuregelung . . . . .	972
(2) Inhalt einer Neuregelung . . . . .	976
(a) Rechtssicherheit und Anknüpfung an die bestehende Rechtsprechung . . . . .	976
(b) Verhältnis von faktischen und normativen Kriterien . . . . .	978
(3) Integration der Interessen und Bedürfnisse des b2b-Verkehrs in die Abwägungsentscheidung . . . . .	983
V. Zusammenfassung . . . . .	986
§ 11 Gesamtergebnis und Thesen . . . . .	991
§ 12 Ausblick . . . . .	997

Literaturverzeichnis .....	999
Personenregister .....	1041
Sachregister .....	1043



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
A. B. A. Rep.	American Bar Association Reports
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACQP	Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles)
ad ed.	ad edictum
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ADR Currents	ADR Currents: The Newsletter of Dispute Resolution Law and Practice
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung, ABl. EU 2012 C 326, S. 47 ff.)
AG	Amtsgericht, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ABGB	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGBG-E	Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AK	Alternativkommentar
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. Soc'y Int'l L. Proc.	American Society of International Law Proceedings
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AnwBl. Online	Anwaltsblatt Online
AO	Abgabenordnung
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuR	<i>Arbeit und Recht</i>

AVB	<i>Allgemeine Versicherungsbedingungen</i>
b2b	business to business (Geschäfte zwischen zwei Unternehmern)
b2c	business to consumer (Geschäfte zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher)
BAnz AT	Bundesanzeiger, Amtlicher Teil
BauR	Baurecht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck Rechtssache
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGBL. NdB.	Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BSK	Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht
Bsp.	Beispiel
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BuschA	Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
bzw.	Beziehungsweise
C.	Codex Iustinianus
c2c	consumer to consumer (Geschäfte zwischen zwei Verbrauchern)
ca.	Circa
CC/2002	Código Civil 2002 (brasilianisches Zivilgesetzbuch von 2002)
CSLE	Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes
d. h.	das heißt
DAR	Deutsches Autorecht
DAV	Deutscher Anwaltverein
DAV-Vorschlag	Stellungnahme des Zivilrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins Nr. 23/2011 (AnwBl. 2012, 402 ff.)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
Dig.	Digesten
DJT	Deutscher Juristentag

DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
dt.	Deutsch
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIr	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
Econ. Theor.	Economic Theory
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft; Einführungsgesetz
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags von Nizza (ABl. EG 2001 C 80, S. 1 ff.)
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	Endgültig
ErwG	Erwägungsgrund
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrages von Lissabon (konsolidierte Fassung, ABL. EU 2010 C 83, S. 1 ff.)
EuZPR	Europäisches Zivilprozessrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FernUSG	Fernunterrichtsschutzgesetz
FF	Forum Familienrecht
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
Front. Hum. Neurosci.	Frontiers in Human Neuroscience
FS	Festschrift
GEK	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GEK-E	Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht v. 11.10.2011, KOM(2011) 635
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz

ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GOZ	Gebührenordnung für Zahnärzte
GPR	Zeitschrift für Unionsprivatrecht
GRCH	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. EU 2010 C 83, S. 389ff.)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Harv. Negot. L. Rev.	Harvard Negotiation Law Review
HdbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
Hrsg.	Herausgeber
IBR	Immobilien- und Baurecht
ICC	International Chamber of Commerce
IHR	Internationales Handelsrecht
Inst.	Institutionen
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
iSd.	im Sinne des
iSv.	im Sinne von
ITRB	Der IT-Rechts-Berater
iVm.	in Verbindung mit
J. Confl. Resol.	Journal of Conflict Resolution
J. Econ. Behav. Organ.	Journal of Economic Behavior and Organization
J. Pers. Soc. Psychol.	Journal of Personality and Social Psychology
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
J. L. & Econ.	Journal of Law & Economics
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jh.	Jahrhundert
JhJb	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
Klausel-RL	Klauselrichtlinie = Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen v. 5.4.1993 (ABl. EG 1993 L 95, S. 29ff.)
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KNVO	Kartellnotverordnung

KOM	Dokument der Europäischen Kommission
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KVO	Kartellverordnung
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
LG	Landgericht
Lk	Lukasevangelium
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
M. Q.	Mediation Quarterly
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MieterschutzVO	Mieterschutzverordnung
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MMR	MultiMedia und Recht
Motive	Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (1888)
MSchG	Mieterschutzgesetz
Mt.	Matthäusevangelium
Mugdan	Mugdan, Benno (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1 Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, 1899.
MünchKomm	Münchener Kommentar
mwN.	mit weiteren Nachweisen
N.	Note
n. Chr.	nach Christus
n. F.	neue Fassung
Negotiation J.	Negotiation Journal
Nev. L. J.	Nevada Law Journal
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
No.	Number
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
ÖAR	Ökonomische Analyse des Rechts
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
Ohio St. J. on Disp. Resol.	Ohio State Journal on Dispute Resolution
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	Obligationenrecht
Organ. Behav. Hum.	Organizational Behavior and Human Decision

Decis. Process.	Processes
Ox.Econ.P.	
Oxford Econ. Pap. N. S.	Oxford Economic Papers New Series
PECL	Principles of European Contract Law
PfIVG	Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter
pr.	principium
PreußVersZ	Preußische Versicherungszeitschrift
Psychol. Bull.	Psychological Bulletin
q.	quaestio
Q.J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit,
RdV	Recht der Datenverarbeitung
RdW	Recht der Wirtschaft
RegE	Regierungsentwurf
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
RMG	Reichsmietengesetz
Rn.	Randnummer
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 17.6.2008 (ABl. EU 2008 L 177, S. 6)
RPostG	Reichspostgesetz
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RuS	Recht und Schaden
RW	Recht der Wohnungswirtschaft
S.	Satz, Seite
S. Cal. L. Rev.	Southern Californian Law Review
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SchuldRModG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
SeuffBl.	J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung Süddeutsche Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte
ST	Der Schweizer Treuhänder
st.	ständige
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review

SZ	Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TarifvertragsVO	Tarifvertragsverordnung
Tob.	alttestamentliches Buch Tobit
TranspR	Transportrecht
u. a.	und andere
u. U.	unter Umständen
UPr	Unidroit-Principles of International Commercial Contracts
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
Urt.	Urteil
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom, von
v. Chr.	vor Christus
v. a.	vor allem
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Verbraucherrechte-RL	Verbraucherrechte-Richtlinie = Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte von Verbrauchern v. 25. 10. 2011 (ABl. EU 2011 L 304, S. 64 ff.)
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
Vor	Vorbemerkung
Vorb.	Vorbemerkung
VS	Vorsokratiker, in: <i>Diels, Hermann/Kranz, Walther</i> (Hrsg.), <i>Die Fragmente der Vorsokratiker</i> : griechisch und deutsch, Band. 1–3, 6. Aufl. 1951–1952
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Versicherungswirtschaft
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WMG	Wohnungsmangelgesetz
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z. B.	zum Beispiel
Zahlungsverzugs-RL	Zahlungsverzugs-Richtlinie = Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung) v. 16. 2. 2011 (ABl. EU 2011 L 48, S. 1 ff.)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZFE	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht

XL

*Abkürzungsverzeichnis*

ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZfSch	Zeitschrift für Schadensrecht
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGPÖR	Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechtes
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGRBay	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZphF	Zeitschrift für Philosophische Forschung
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG Rom. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

## Einführung

„Aufgabe der Zivilrechtsdogmatik wird es nun sein, in Anlehnung an diese Vorgänge schrittweise die Erkenntnis auszubilden, wie sich rechter Gebrauch vom Mißbrauch der Vertragsfreiheit als eines Rechtsinstituts der rechtlich verfaßten Marktwirtschaft unterscheiden läßt und wo es gilt, dem Mißbrauch die Anerkennung zu versagen, um der Vertragsgerechtigkeit zum Sieg zu verhelfen.“<sup>1</sup>

*Volenti non fit iniuria.* Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht.<sup>2</sup> Diese im 19. Jh. durch Umformulierung eines in den Digesten überlieferten Fragments aus

<sup>1</sup> Raiser, FS 100 Jahre DJT (1960), S. 101, 134.

<sup>2</sup> Bei dem Rechtsspruchwort *volenti non fit iniuria*, das sich so bei keinem antiken Autor findet, handelt es sich um die erst sehr spät nachweisbare sprichwörtliche Umformulierung eines Satzes, der in der Digestenstelle eines Ediktskommentars von *Ulpian* seinen Ursprung hat: Dig. 47.10.1.5 (Ulpianus 56 ad ed.) „Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia *nulla iniuria est, quae in volentem fiat.*“ Übersetzung nach *Sintenis*, in: Otto/Schilling/Sintenis (Hrsg.), *Corpus Juris Civilis* (1831), S. 811, 879: „Unseren Kindern widerfahrene Iniurien berühren unsere Ehre sogar soweit, dass, wenn jemand einen Sohn mit seinem Willen verkauft hat, seinem Vater im eigenen Namen die Iniurienklage zusteht, namens des Sohnes aber nicht, *weil jemandem mit seinem Willen keine Iniurie widerfährt.*“ Der Satz wird in seiner ursprünglichen Bedeutung erst verständlich, wenn er im Kontext der genannten Digestenstelle gelesen wird, und kann daher keinesfalls dogmatisch als Ausdruck eines generellen Prinzips angesehen werden. Wie *Obly*, *Volenti non fit iniuria* (2002), S. 25 eingehend gezeigt hat, bezieht sich der Begriff *iniuria* nicht auf das Unrecht im Allgemeinen, sondern lediglich auf den Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung nach dem klassischen römischen Deliktsrecht. Die griffige Formel des *volenti non fit iniuria* kann sich daher nicht auf die Autorität antiker Autoren berufen. Sie wird darüber hinaus weder im Naturrecht, insbesondere den großen Naturrechtskodifikationen, noch bei *Kant* oder *Hegel* näher erörtert. Vgl. *Obly*, *Volenti non fit iniuria* (2002), S. 26 ff. Sie findet sich erst im Anschluss an die Entstehung des subjektiv-rechtlichen Denkens und die Unterscheidung zwischen Vermögensrechten und unveräußerlichen Persönlichkeitsrechten in den partikularrechtlichen Kodifikationen und Kodifikationsentwürfen der zweiten Hälfte des 19. Jh., wie etwa dem sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1863 (§ 118: „Wer von seinem Recht Gebrauch macht oder mit der Einwilligung des Verletzten handelt, begeht keine Rechtsverletzung.“, § 780: „Willigt der Verletzte in die Rechtsverletzung ein, so hat er keinen Anspruch auf Schadenersatz.“) sowie dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1861/1864 (Art. 221: „Jeder muss den Schaden selbst tragen, welchen er sich selbst zugezogen oder welchen ihm mit seiner Einwilligung ein anderer zugefügt hat.“) Nach *Obly*, *Volenti non fit iniuria* (2002), S. 31 ff. mwN. Kritisch zu dieser Regel *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser (1974), S. 3, 22. Hervorhebungen durch den Autor.

dem Ediktskommentar des *Ulpian*<sup>3</sup> hervorgegangene *Maxime* scheint das Verhältnis zwischen *Freiheit* und *Gerechtigkeit* in einer griffigen Formel prägnant auf den Punkt zu bringen. Danach verwirklicht sich *Gerechtigkeit* stets in der *Freiheit* des Einzelnen. Wer frei verantwortlich handelt, hat auch die Folgen seiner Entscheidung zu tragen. Dies gilt vor allem im Bereich des Rechts und hier insbesondere im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Bindung durch Vertrag. *Pacta sunt servanda*. Der Grundsatz der *Vertragstreue* als unabdingbare Voraussetzung jeder Privatrechtsordnung findet seine Rechtfertigung in der Relevanz des Willens und damit in der eigenverantwortlichen Freiheitsbetätigung des Einzelnen.<sup>4</sup>

Allerdings ist mit der Anerkennung einer vertraglichen Bindung noch keine Aussage über die *Gerechtigkeit* des Vereinbarten oder die tatsächliche *Freiheit* getroffen, in der die Vertragspartner gehandelt haben. Die Tatsache, dass die Rechtsordnung selbst sowohl mit Verweis auf die inhaltliche Unangemessenheit der Vereinbarung als auch auf die mangelnde *Freiheit* der Handelnden die vertragliche Bindung in einer Vielzahl von Fällen wieder aufhebt<sup>5</sup> zeigt, dass die scheinbar griffige Faustformel des *volenti non fit iniuria*, die sich in dieser Form keineswegs auf *Ulpian* berufen kann, dem Problem des Spannungsverhältnisses zwischen *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* nicht gerecht zu werden vermag. Wahre *Freiheit* ist nur im Dienst der *Gerechtigkeit* denkbar.<sup>6</sup> Denn je mehr der Einzelne das Gute tut, desto freier wird er. Und weil das Recht in seinem Kern auf die Verwirklichung der *Gerechtigkeit* gerichtet ist,<sup>7</sup> so steht auch die von der

<sup>3</sup> Dig. 47.10.1.5 (Ulpianus 56 ad ed.).

<sup>4</sup> Vgl. zu dem ursprünglich aus dem *kanonischen Recht* stammenden Grundsatz der *Vertragstreue* und seiner Beziehung zu *Selbstbestimmung* und *Selbstverantwortung* der Parteien eingehend *Weller*, *Vertragstreue* (2009), S. 37 ff., 153 ff., 157 ff. (der die Selbstbindung als „ethisches Korrelat der Selbstbestimmung“ charakterisiert) sowie *Auer*, *Materialisierung* (2005), S. 13 ff. (zu Selbstbindung und Selbstverantwortung als notwendigen Kehrseite der Selbstbestimmung); *Larenz/Wolf*, *BGB AT* (9. Aufl. 2004), S. 481 f., 769 f.; *Lorenz*, *Schutz* (1997), S. 1; *Bydlinski*, *System und Prinzipien* (1996), S. 154; *Larenz*, *Richtiges Recht* (1979), S. 57 ff.; *Wolf*, *Entscheidungsfreiheit* (1970) ff; *Bydlinski*, *Privatautonomie* (1967), S. 53 ff. Zu den Grenzen der Selbstverantwortung sowie zu Geltung und Reichweite der *Vertragstreue* vgl. *Bydlinski*, *Privatautonomie* (1967), S. 109 ff.

<sup>5</sup> Neben den Vorschriften der §§ 134, 138, 242 BGB und der Inhaltskontrolle von AGB gem. §§ 305 ff. BGB gehören hierzu vor allem die zahlreichen Regelungen des Verbraucherschutzrechts wie etwa §§ 312 ff., 474 BGB, §§ 1 ff. FernUSG oder § 8 VVG.

<sup>6</sup> Zum Verhältnis von *Freiheit* und *Gerechtigkeit* vgl. nur die klassischen Überlegungen bei *Thomas von Aquin*, *Summa Theologica*, II<sup>a</sup>–II<sup>ae</sup> q. 58 11 f.; II<sup>a</sup>–II<sup>ae</sup> q. 117, 5 f.

<sup>7</sup> Vgl. nur BVerfGE 3, 225 = NJW 1954, 65, 66: „In entschiedener Abkehr von einer Haltung, die in Recht und Gerechtigkeit keine Werte zu sehen vermochte, war er [der Parlamentarische Rat] bemüht, im GG die *Idee der Gerechtigkeit* zu *verwirklichen*. Dieses Prinzip [das rechtsstaatliche Prinzip] seinerseits gehört zu den im GG getroffenen Grundentscheidungen, die *echte Gerechtigkeitspostulate verwirklichen wollen*.“ Hervorhebungen durch den Autor. Vgl. zuletzt auch BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221, 1225 sowie BVerfGE 95, 96 = NJW 1997, 929, 931. Vgl. zur Diskussion *Wiegand*, *Unrichtiges Recht* (2004), S. 143 ff. und vor allem *Radbruch*, *Rechtsphilosophie* (1963), S. 146 ff., 280, der zwar in der *Gerechtigkeit* einen maßgeblichen Zweck des Rechts sieht, ihr jedoch ebenfalls *Zweckmäßigkeit* und *Rechtssicherheit* als komplementäre „Seiten der Rechtsidee“ beistellt.

Rechtsordnung mit Geltungskraft versehene vertragliche Bindung des Einzelnen unter dem Vorbehalt materieller Gerechtigkeit. Daher behält sich die Rechtsordnung ausdrücklich die Befugnis vor, eine bereits eingegangene vertragliche Bindung wieder zu lösen, wenn dem tatsächlich oder auch nur scheinbar Einwilligenden gleichwohl Unrecht geschieht.<sup>8</sup>

Und so ist es bezeichnenderweise nicht der Grundsatz der Freiheit, sondern jener der Gerechtigkeit, den die römischen Juristen ihren Darstellungen des Rechts vorangestellt haben: Nicht *volenti non fit iniuria*, sondern *ius est ars boni et aequi*<sup>9</sup> und *ius iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*<sup>10</sup> sind die Maximen, die danach das *Wesen* des Rechts kennzeichnen. Es ist das *Primat der Gerechtigkeit*, die sich freilich durch die Freiheit des Einzelnen verwirklicht, die das Recht in seinem Zweck bestimmt und damit erst konstituiert. *Freiheit in Gerechtigkeit* ist damit die Formel, mit der sich das Spannungsverhältnis zwischen beiden Rechtsprinzipien am treffendsten kennzeichnen lässt. Die Dichotomie zwischen *Recht* und *Billigkeit*, *Law* und *Equity*, *Formalität* und *Materialität* ist Ausdruck jenes Spannungsverhältnisses, zwischen dessen Polen sich das geltende Recht im Gang der Geschichte seit jeher bewegt.<sup>11</sup>

## I. Gegenstand der Untersuchung: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Grunddeterminanten der Privatrechtsordnung

Die Grundsätze der *Vertragsfreiheit* und der *Vertragsgerechtigkeit* gehören zu den tragenden Rechtsprinzipien der Privatrechtsordnung. Mit der Bestimmung ihres Verhältnisses zueinander und ihrer Verwirklichung durch das geltende Recht sind zentrale Fragen des Privatrechts aufgeworfen. Ihr Hauptanwendungsfeld findet die Frage nach dem rechten Verhältnis von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* in der materiellen Korrektur formal wirksamer Verträge im Rahmen der *richterlichen Inhaltskontrolle*. Hier ist in letzter Zeit vor allem die *Inhaltskontrolle* allgemeiner Geschäftsbedingungen im *unternehmerischen Geschäftsverkehr* vermehrt in den Mittelpunkt des wissenschaftlichen Interesses gerückt.<sup>12</sup> Anlass hierfür bildete zum einen die wachsende Bedeutung allgemeiner Geschäftsbedingungen im Wirtschaftsleben, zum anderen die strenge Rechtspre-

<sup>8</sup> Vgl. hierzu bereits oben S. 2, Fn. 5.

<sup>9</sup> Dig. 1.1.1 pr. (Ulpian): „Das Recht ist die Kunst des Guten und Gerechten“.

<sup>10</sup> Inst. 1, 1. pr. „Die Gerechtigkeit ist der unwandelbare und ewige Wille, jedem das Seine [das ihm Zustehende, sein Recht] zukommen zu lassen.“ Vgl. hierzu näher unten S. 110f., 261f.

<sup>11</sup> Vgl. zur Oszillation zwischen den beiden Polen der Formalität und Informalität *Haager*, *Konflikt und Konsens* (2001), S. 40 sowie schon *Pound*, 29 A. B. A. Rep. 395, 397f. (1906) (Neuabdruck in *Pound*, in: Levin/Wheeler (Hrsg.), *The Pound Conference* (1979), S. 377ff.).

<sup>12</sup> Für einen Überblick über die aktuelle Diskussion vgl. nur *Staudinger/Wendland*, *Eck-*

chung des BGH mit Blick auf die Voraussetzungen des *Aushandelns* iSd. §305 Abs.1 S.3 BGB, die auch Vereinbarungen zwischen Unternehmern regelmäßig einer umfassenden Inhaltskontrolle unterwirft.<sup>13</sup> Verschärft wird die Problematik durch die höchstrichterliche Judikatur zur Indizwirkung der im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern nicht unmittelbar anwendbaren Klauselverbote der §§308, 309 BGB. Es war jene Indiz-Rechtsprechung, die dem BGH den Vorwurf eingetragen hatte, die inhaltliche Angemessenheit von AGB im unternehmerischen Verkehr weitgehend an den gleichen Maßstäben zu messen, die auch für den Verkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern gelten.<sup>14</sup>

### 1. Die aktuelle Diskussion um die Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr

Diese Entwicklung ist auf erhebliche Kritik gestoßen: Die weitgehende Gleichbehandlung von *business-to-business* (b2b) und *business-to-consumer* (b2c) Geschäften werde den *Besonderheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs* nicht gerecht und schränke die Vertragsfreiheit der Parteien unverhältnismäßig ein.<sup>15</sup> Darüber hinaus widerspreche sie dem gesetzlichen *Differenzierungsgebot* des §310 Abs.1 S.2 Hs.2 BGB, das von einer grundsätzlich geringeren Schutzbedürftigkeit der Parteien im unternehmerischen Geschäftsverkehr ausgeht.<sup>16</sup> Die Ausweitung der Inhaltskontrolle im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen, so die Befürchtung, werde zu erheblichen Nachteilen für die *Wettbewerbsfähigkeit* des deutschen Rechts im internationalen Vergleich führen und eine Flucht in liberalere ausländische Rechtsordnungen – wie etwa das schweizerische Recht<sup>17</sup> – zur Folge haben. „*Law made in Germany*“ werde so unattraktiv.

pfeiler des Zivilrechts (6. Aufl. 2018), Rn.25b–e. Eingehend hierzu unten 713 ff. mwN. Zur Diskussion vor Inkrafttreten des AGBG 1976 vgl. unten S. 695 ff. mwN.

<sup>13</sup> Vgl. nur die empirische Untersuchung von *Leuschner*, Abschlussbericht (2014), S. 2 ff., 9 ff., 43 ff., 137 ff., 287 ff.

<sup>14</sup> Eingehend hierzu unten S. 828 ff. m. w. N.

<sup>15</sup> So etwa *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309, 309 („massive Einschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit“); *Brauch*, FS v. Westphalen (2010), S. 31, 31 („Abschied von der Vertragsfreiheit“); *Bruns*, JZ 2007, 385, 389, 394 ff. („Movement from Contract to Status“); *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2156 („Abschied von der Privatautonomie“). Zur Diskussion im schweizerischen Recht *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 537 („Gefahr für die Vertragsfreiheit?“). Vgl. hierzu eingehend unten S. 717 ff. mwN.

<sup>16</sup> *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309, 310 ff.; *Dauner-Lieb*, AnwBl. 2013, 845, 845; *Oetker*, AcP 212 (2012), 202, 250; *Berger*, NJW 2010, 465, 469 f.; *Berger*, FS v. Westphalen (2010), S. 13, 22, 25 ff.; *Berger/Kleine*, NJW 2007, 3526, 3527; *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2151 ff. Zurückhaltender und für eine Lösung durch die Rechtsprechung plädierend dagegen *Kaeding*, BB 2016, 450, 452 ff.

<sup>17</sup> Vgl. nur *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163; *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2149; *Brachert/Dietzel*, ZGS 2005, 441, 441; *Hobeck*, DRiZ 2005, 177, 178; *Hobeck*, SchiedsVZ 2005, 112, 112. Kritisch hierzu bereits *Axer*, AGB-Kontrolle (2012), S. 159 ff. Zu den tatsächlichen Risiken eines *forum shopping* und der „Flucht in das schweizerische Recht“ vgl. eingehend unten

Es drohe gar ein „Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr“<sup>18</sup>. Auftrieb erhält die Diskussion vor dem Hintergrund verstärkter *Materialisierungstendenzen* durch Rechtsetzungsakte auf *europäischer Ebene*, die eine Ausweitung und Intensivierung der Inhaltskontrolle zur Folge haben.<sup>19</sup> In diesem Zusammenhang wird eine systematische Zurückdrängung der *Vertragsfreiheit* im europäischen Privatrecht sowie ihre Einschränkung durch europäisches Sekundärrecht festgestellt.<sup>20</sup> Zugleich zeigt der empirische Befund, dass etwa die Vereinbarung wirksamer Haftungsbeschränkungen in AGB häufig an den vom BGH entwickelten Maßstäben scheitert.<sup>21</sup>

## 2. Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit

Der Gang der Diskussion legt nahe, dass die Frage nach Maßstab und Reichweite der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr über die isolierte Diskussion der Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 305, 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB deutlich hinausgeht. Hinter dem aufgeworfenen Problem verbirgt sich eine Problematik von grundlegender dogmatischer Bedeutung: die Frage nach der *Rechtsnatur* und dem *Geltungsgrund* allgemeiner Geschäftsbedingungen. Und um die Suche nach einer tragfähigen *Legitimation materieller Vertragskorrektur* durch *richterliche Inhaltskontrolle*.

Angesprochen ist damit zugleich eine Kernfrage des Privatrechts, die auf eine Vielzahl weiterer Einzelprobleme ausstrahlt: Die Frage nach dem rechten Verhältnis der Gestaltungskräfte der *Vertragsfreiheit* und der *Vertragsgerechtigkeit* im Gefüge der Privatrechtsordnung. Die Frage nach dem notwendigen, aber auch zulässigen Maß der *Materialisierung*, nach Inhalt und Stellung der *Vertragsfreiheit* und ihrer Beziehung zum Rechtsprinzip der *Vertragsgerechtigkeit* ist ein juristischer „Dauerbrenner“ und betrifft das *Wesen des Rechts* selbst: Unser Verständnis davon, was Recht *ist* und was Recht *sein soll*. Das Ringen um das „richtige“ Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit berührt damit eine der zentralen Grundfragen des Vertragsrechts.

---

S. 729ff. Ausgeklammert wird bei entsprechenden Überlegungen allerdings die rechtspolitische Diskussion in der Schweiz um eine Verschärfung der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle vgl. nur jüngst *Rehmann*, SJZ 2017, 129, 138 sowie *Schwenzer*, Obligationenrecht AT (7. Aufl. 2016), Rn. 46.06. Entsprechende Überlegungen gab es bereits im Kontext der UWG-Reform 2012, hierzu *Thowenin*, BSK, UWG 8 N. 68 ff.; *Brunner*, in: Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (Hrsg.), AGB nach neuem Schweizer Recht (2014), S. 13; *Vischer*, AJP 2014, 964; *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262, 271; *Hess/Ruckstuhl*, AJP 2012, 1188; *Schmid*, ZBJV 2012, 1; *Thowenin*, Jusletter 29.10.12; *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 537.

<sup>18</sup> So *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2149.

<sup>19</sup> Hierzu eingehend *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber/Karakostas* (Hrsg.), Inhaltskontrolle (2009), S. 49, 53 ff.

<sup>20</sup> Vgl. die Nachweise oben Fn. 15.

<sup>21</sup> *Leuschner*, Abschlussbericht (2014), S. 2 f., 43 ff.

Vor dem Hintergrund der Diskussion um die Reichweite der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen im b2b-Verkehr hat die aufgeworfene Problematik nun an Aktualität gewonnen und dogmatischen Klärungsbedarf aufgedeckt. Denn die Diskussion hat gezeigt, dass ein Grundkonsens über *Geltungsgrund* und *Legitimation* der *Inhaltskontrolle* wie auch über die Bedeutung der *Vertragsfreiheit* in ihrem Verhältnis zur *Vertragsgerechtigkeit*, den man lange Zeit als gesichert annehmen konnte, in dieser Form wohl nicht (mehr) uneingeschränkt besteht. Verschärft wird die aktuelle rechtspolitische Diskussion durch überlagernde Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene. So sehen die rechtsvereinheitlichenden Kodifikationsprojekte, wie etwa der *DCFR*<sup>22</sup> sowie der hierauf gründende – und letztlich gescheiterte – Verordnungsvorschlag für ein *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK)*<sup>23</sup> weitreichende Möglichkeiten der Inhaltskontrolle auch im b2b-Verkehr vor, die zwar teilweise einen flexibleren Maßstab als das geltende deutsche AGB-Recht enthalten, zum Teil jedoch auch über das derzeitige Schutzniveau deutlich hinausgehen.<sup>24</sup> Darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung der *Zahlungsverzugs-Richtlinie*<sup>25</sup> das deutsche AGB-Recht in §308 Nr. 1a Hs. 2, Nr. 1b Hs. 2 BGB erstmals um eigene Klauselverbote für den unternehmerischen Geschäftsverkehr ergänzt<sup>26</sup> und damit jendefalls zum Teil jene Rechtsprechung des BGH bestätigt, die in das Zentrum der Kritik geraten war.<sup>27</sup> Die Auswirkungen dieser Entwicklung sind umso erheblicher, als der Gesetzgeber über die Mindestanforderungen der *Zahlungsverzugs-Richtlinie* deutlich hinausgegangen ist und – in Anlehnung an die höchstrichterliche Rechtsprechung – etwa in §308 Nr. 1b Hs. 2 BGB die zulässige Höchstdauer für die Vereinbarung einer Überprüfungs- und Abnahmefrist in AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr von 30 auf 15 Tage halbiert hat.<sup>28</sup> Mit dem damit für AGB-Klauseln geltenden strengeren Maßstab erkennt der Gesetzgeber damit faktisch eine besondere Schutzbedürftigkeit der – vor allem dem Bereich der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zugehörigen<sup>29</sup> – unter-

<sup>22</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009); Schulze/Zimmermann, Europäisches Privatrecht: Basistexte (2016), III.25. Vgl. hierzu eingehend unten S. 801 ff.

<sup>23</sup> Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11. 10. 2011, KOM(2011) 635 endg. Vgl. hierzu eingehend unten S. 806 ff.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu eingehend unten S. 801 ff., 806 ff.

<sup>25</sup> Zum Umsetzungsgesetz vgl. BGBl. I 2014, S. 1218 ff. (Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr) sowie BT-Drucks. 18/1309. Vgl. hierzu auch Haspl, BB 2014, 771; Spitzer, MDR 2014, 933; v. Westphalen, BB 14/2014, Die erste Seite; Pfeiffer, BB 2013, 323; v. Westphalen, BB 2013, 515.

<sup>26</sup> Art. 3 Abs. 3 b) iv) der Richtlinie 2011/7/EU sah hier noch eine Höchstfrist von 30 Tagen vor. Zur Begründung vgl. BT-Drucks. 18/1309, S. 10.

<sup>27</sup> Bei der Bestimmung der Höchstfrist für den Zahlungsverzug orientierte sich der Gesetzgeber an der bestehenden Rechtsprechung, vgl. BT-Drucks. 18/1309, S. 21.

<sup>28</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/1309, S. 20f.

<sup>29</sup> Hierauf weisen sowohl der deutsche Gesetzgeber als auch der europäi-

nehmerischen Klauselgegner an: Eine Frage, die im Rahmen der aktuellen rechtspolitischen Diskussion als nach wie vor hoch umstritten gelten darf.<sup>30</sup> Schließlich vollzieht sich auch in der *Schweiz*, dessen verweenderfreundliches AGB-Recht<sup>31</sup> die Gefahr einer Rechtsflucht heraufbeschworene hatte<sup>32</sup>, eine Entwicklung hin zu einer verstärkten Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsklauseln.<sup>33</sup> Zwar war die mit der UWG-Reform 2012 verbundene Verschärfung des AGB-Rechts auf den b2c-Verkehr beschränkt.<sup>34</sup> Allerdings sah der ursprünglich vom Bundesrat vorgelegte Entwurf eine deutliche Erhöhung des Schutzniveaus auch für unternehmerische Kunden im b2b-Verkehr und damit einen *umfassenden persönlichen Anwendungsbereich* entsprechend dem deutschen Modell vor.<sup>35</sup> Auch wenn sich die geplante Ausweitung der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr im schweizerischen Recht vorerst politisch noch nicht durchzusetzen vermochte, so sind doch deutliche Entwicklungstendenzen hin zu einem umfassenderen Kontrollregime unverkennbar.<sup>36</sup> Die Vorlage für die ursprünglich geplanten Änderungen des schweizerischen Gesetzgebers bildete dabei ausdrücklich gerade jenes Schutzmodell des deutschen AGB-Rechts, das im Mittelpunkt der aktuellen Debatte steht.<sup>37</sup>

Das aufgeworfene Problem offenbart damit einen erheblichen *Diskussionsbedarf*, der *drei grundlegende Abstraktionsebenen* betrifft: 1) auf der Ebene *des materiellen Rechts* die Frage nach der Zulässigkeit, der Reichweite und dem Maßstab der *AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr*, 2) auf der nächsthöheren Ebene der AGB-rechtlichen Dogmatik die Frage nach Rechtsnatur, Gel-

---

sche Verordnungsgeber hin, vgl. BT-Drucks. 18/1309, S. 8, 16 sowie ErwG Nr. 6 der Zahlungsverzugs-RL.

<sup>30</sup> Hierzu eingehend unten S. 759 ff.

<sup>31</sup> Zu den *Vorteilen des schweizerischen Rechts* für die *Verwenderseite* eingehend unten S. 731 ff.

<sup>32</sup> Vgl. zum Rechtsfluchtargument eingehend unten S. 729 ff. sowie die unten S. 729 Fn. 286 genannten Nachweise.

<sup>33</sup> Eingehend hierzu unten S. 744 ff.

<sup>34</sup> *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 541 mwN. Vgl. hierzu auch *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262, 267 sowie eingehend unten S. 744 ff.

<sup>35</sup> *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 541.

<sup>36</sup> Vgl. aus dem aktuellen Schrifttum nur *Rehmann*, SJZ 2017, 129, 138, die Kriterien für eine allgemeine vertragliche Inhaltskontrolle vorlegt. Für einen stärkeren Schutz der KMU ebenfalls *Schwenzer*, *Obligationenrecht AT* (7. Aufl. 2016), Rn. 46.06. Zur Diskussion um die UWG-Reform 2012 eingehend *Ferrari/Hofer/Vasella*, in: Amstutz/Roberto/Trüb (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (3. Auflage 2016), Art. 8 UWG Rn. 1 mwN; *Thowenin*, BSK, UWG 8 N. 68 ff.; *Brunner*, in: *Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer* (Hrsg.), *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), S. 13; *Vischer*, AJP 2014, 964; *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262, 271; *Hess/Ruckstuhl*, AJP 2012, 1188; *Schmid*, ZBJV 2012, 1; *Thowenin*, Jusletter 29.10.12; *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 537. Zur Systematik des schweizerischen AGB-Rechts eingehend *Schwenzer*, *Obligationenrecht AT* (7. Aufl. 2016), Rn. 44.01 ff. Näher hierzu unten S. 744 ff.

<sup>37</sup> Hierzu näher *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 538 ff.; *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262, 268.

tungsgrund und Legitimation der *Inhaltskontrolle* allgemeiner Geschäftsbedingungen und 3) auf der Ebene des *Vertragsmodells* schließlich das Verhältnis von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* in der Privatrechtsordnung. Gegenstand der Untersuchung ist damit das dogmatische Verhältnis von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* sowie seine Umsetzung im AGB-Recht, insbesondere im Rahmen der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr.

## II. Eingrenzung des Themas:

Die Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr als dogmatisches Problem

Diesem Untersuchungsprogramm folgend, sind auf der Ebene des *materiellen Rechts* daher zunächst *Voraussetzungen*, *Reichweite* und *Maßstab* der *Inhaltskontrolle* allgemeiner Geschäftsbedingungen *im unternehmerischen Geschäftsverkehr* zu klären. Dabei ist insbesondere die Frage zu untersuchen, ob die aktuelle Rechtsprechung des BGH vor dem Hintergrund der *Besonderheiten* des Rechtsverkehrs zwischen Unternehmern und der Anforderungen des *Differenzierungsgebotes* des § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB tragfähig oder vielmehr eine Änderung geboten ist. Auf der Ebene der Dogmatik des *AGB-Rechts* erscheint eine Vergewisserung über den *Geltungsgrund* der Inhaltskontrolle angezeigt. Auf der Ebene des allgemeinen Vertragsrechts ist schließlich eine Klärung des Verhältnisses von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* als zentralen Gestaltungs Kräften der Privatrechtsordnung geboten.

## III. Gang der Untersuchung:

Vom Vertragsmodell zur AGB-Kontrolle

Den aufgeworfenen Fragen soll im Folgenden aus dogmatischer Perspektive nachgegangen werden. Dabei wird das zunächst Verhältnis von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* eingehend untersucht. Anschließend werden die Ergebnisse auf das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Bestimmung von *Voraussetzungen*, *Reichweite* und *Maßstab* der *Inhaltskontrolle* im *unternehmerischen Geschäftsverkehr* angewendet und für die aktuelle Reformdiskussion *fruchtbar* gemacht. Durch diesen Ansatz soll gewährleistet werden, dass das konkrete Rechtsproblem auf gesicherter dogmatischer Grundlage gelöst wird. Die Arbeit nähert sich dem Problem dabei, der Bewegung vom *Allgemeinen* zum *Besonderen* folgend, in einem *Dreischritt*:

In einem ersten Schritt wird in einem *Allgemeinen Teil* das Verhältnis von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* im Privatrecht dogmatisch geklärt. Hierzu

werden in jeweils eigenen Kapiteln die privatrechtlichen Gestaltungskräfte der Vertragsfreiheit (§2) und der Vertragsgerechtigkeit (§3) im Hinblick auf die drei Kategorien ihrer *Grundlagen, Funktion* und *Form* untersucht und einer grundlegenden Klärung unterzogen. Anschließend werden die Ergebnisse der Untersuchung in einer Synthese zusammengeführt und für die Bestimmung des Verhältnisses beider Prinzipien herangezogen. Dabei wird auf die unterschiedlichen *dogmatischen Begründungsansätze* zum Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit eingegangen und auf interdisziplinärer Grundlage in Weiterentwicklung des klassischen Ansatzes von *Walter Schmidt-Rimpler* ein eigener Ansatz für ein tragfähiges Vertragsmodell im Privatrecht vorgestellt (§4).

In einem zweiten Schritt wendet sich die Arbeit in einem *Besonderen Teil* dem Problem der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen zu, das sie ausgehend von der Klärung ihrer *Funktion* und *Rechtsnatur* (§5), der *geschichtlichen Entwicklung der Inhaltskontrolle* (§6), ihrer *verfassungsrechtlichen Grundlagen* (§7) und ihres *rechtlichen* und *dogmatischen Rahmens* (§8) näher untersucht, um schließlich ihre *Legitimation* vor dem Hintergrund eines zu entwickelnden *vertragstheoretischen Begründungsmodells* in den Blick zu nehmen (§9). In einem letzten Kapitel wird der Ertrag der Untersuchung auf das Problem der Reichweite der *Inhaltskontrolle* allgemeiner Geschäftsbedingungen *im unternehmerischen Geschäftsverkehr* angewendet und die Rechtsprechung des BGH einer umfassenden Kritik unterzogen. Auf der Grundlage des so herausgearbeiteten Befundes werden schließlich Inhalt wie Reichweite der Inhaltskontrolle im b2b-Verkehr näher bestimmt und es wird abschließend zur Erforderlichkeit einer gesetzlichen Neuregelung Stellung genommen (§10). Vor dem Hintergrund des damit umrissenen Untersuchungsprogramms erweist sich eine nähere Auseinandersetzung mit grundlegenden Systemfragen des Privatrechts als unausweichlich. Neben der Klärung des Problems der *Legitimation* und *Reichweite* der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr wird die Untersuchung daher gleichsam *en passant* drei Grundsatzfragen des Privatrechts eingehend in den Blick nehmen und hierzu eigene Lösungsansätze vorlegen:

1. Die *Dichotomie* von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* als Grunddeterminanten der Privatrechtsordnung.

2. Die dogmatische Klärung der *Vertragsgerechtigkeit* und die Entwicklung eines eigenständigen Konzeptes der Vertragsgerechtigkeit, das mit dem römisch-rechtlichen Grundsatz des *sum cuique tribuere*, der *regula aurea* und der *aristotelisch-thomistische Gerechtigkeitslehre* die drei wesentlichen, die europäische Privatrechtsentwicklung wie auch die Rechtsphilosophie prägenden Entwicklungslinien in einer Gesamtsynthese integriert.

3. Die Fortentwicklung des auf der Theorie der *Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus* beruhenden *Schmidt-Rimplerschen Vertragsmodells* unter Rückgriff auf das *Harvard-Modell* interessenorientierter Verhandlung.

Die Ergebnisse werden durch den Befund der *interdisziplinären Forschung* auf dem Gebiet der Verhaltensökonomik (*behaviorial economics*) und der empirischen Gerechtigkeitsforschung abgesichert. Die Arbeit folgt damit methodisch einem *interdisziplinären* Ansatz und greift auf *rechtsvergleichende, rechtshistorische, rechtsphilosophische* sowie *verfassungsrechtliche Untersuchungen* zurück, um auf diese Weise ein möglichst verlässliches Fundament für die Beantwortung der untersuchten Forschungsfragen zu legen. Darüber hinaus werden ergänzend aktuelle Ansätze aus dem Bereich der Verhandlungsforschung (*Harvard Modell* interessenorientierter Verhandlung) sowie der Entwicklungspsychologie (*Kohlbergs Stufenmodell*) herangezogen und für die Fortentwicklung des Vertragsmodells fruchtbar gemacht.

## Allgemeiner Teil

Bevor die Beziehung zwischen *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* näher in den Blick genommen wird, soll zunächst eine Bestandsaufnahme beider Rechtsprinzipien unternommen werden. Die kaum überschaubare Fülle an Einzelaspekten fordert indes eine Beschränkung. Im Folgenden sollen daher in einem gleichsam holzschnittartigen Überblick in systematischer Weise die prägenden Strukturmerkmale der *Vertragsfreiheit* auf der einen und der *Vertragsgerechtigkeit* auf der anderen Seite aus der Perspektive ihrer jeweiligen *Grundlagen*, *Funktion* und *Form* herausgearbeitet und gegenübergestellt werden, um in einem dritten Schritt sodann ihr *Verhältnis* zueinander näher zu bestimmen.



## Vertragsfreiheit: Grundlagen, Funktion und Form

### I. Grundlagen: Menschenwürde und Freiheit

Die *Vertragsfreiheit* bildet als *Rechtsprinzip* die tragende Grundlage der Privatrechtsordnung. In ihrer Vielgestaltigkeit lässt sie sich allein vor dem Hintergrund der sie prägenden geschichtlichen Entwicklung und ihrer geistesgeschichtlichen Grundlagen angemessen erfassen. Im Folgenden sollen daher – nach der notwendigen begrifflichen Klärung – die *dogmatischen* Grundlagen der Vertragsfreiheit umrissen werden, um nach einem Blick auf ihre Bezüge zum geltenden Recht sodann aktuelle Entwicklungstendenzen im europäischen Rechtsraum näher zu untersuchen.

#### 1. Dogmatische Grundlagen

Vertragsfreiheit ist die *Freiheit zum Vertrag*. Sie bezeichnet die Möglichkeit der Beteiligten zur selbstbestimmten Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse.<sup>1</sup> Als bedeutendste Ausprägung der *Privatautonomie* findet sie ihre Grundlage in der durch die *Menschenwürde* grundgelegten *menschlichen Freiheit*.<sup>2</sup> Die Vertragsfreiheit ermöglicht dem Einzelnen die Verwirklichung seiner Interessen durch die selbstbestimmte *rechtliche* Gestaltung seiner Lebensverhältnisse.<sup>3</sup> Als *Freiheit von Fremdbestimmung* schützt sie den Einzelnen vor Beeinträchtigungen seiner eigenverantwortlichen Privatrechtsgestaltung, und zwar unabhängig davon, ob diese ihren Ursprung in *staatlichen Eingriffen* oder im *privaten Handeln* des jeweiligen Vertragspartners haben. Zwar wird der Begriff der Vertragsfrei-

<sup>1</sup> Heinrich, Formale Freiheit (2000), S. 43; Lorenz, Schutz (1997), S. 17; Enderlein, Rechtspaternalismus (1996), S. 71 ff.; Hönn, Vertragsparität (1982), S. 298; Flume, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 12; Wolf, Entscheidungsfreiheit (1970), S. 19; Dilcher, NJW 1960, 1040 sowie auch schon Stoll, in: Nipperdey (Hrsg.), Grundrechte und Grundpflichten (1930), S. 175, 175. Eingehend zum *Begriff der Vertragsfreiheit* und seinen unterschiedlichen Bedeutungsvarianten Fischer, Vertragsfreiheit (1952), S. 27 ff.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu nur Lorenz/Wolf, BGB AT (9. Aufl. 2004), S. 2; Busche, Privatautonomie (1999), S. 24; Canaris, JZ 1983, 993, 994; Lorenz, Schutz (1997), S. 15, der in der durch die Privatautonomie verwirklichten freien Selbstbestimmung des Menschen in Selbstverantwortung das „Herzstück seiner Würde“ sieht.

<sup>3</sup> So auch Lorenz, Schutz (1997), S. 15; Zöllner, AcP 176 (1976), 221, 223; Wolf, Entscheidungsfreiheit (1970), S. 23 ff.

heit herkömmlich als *Nichteinmischung des Staates* in die eigenverantwortliche Privatrechtsgestaltung und damit gleichsam als Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen verstanden.<sup>4</sup> Allerdings ist im Zuge der verbraucher-schützenden Rechtsprechung auf der einen und der Fortentwicklung des Verbraucherschutzrechts durch den nationalen und europäischen Gesetzgeber auf der anderen Seite verstärkt der *Schutz der schwächeren Partei vor der Fremdbestimmung* durch ihren verhandlungsstärkeren Vertragspartner in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gerückt. Daher erscheint es aus dogmatischer Sicht kaum mehr gerechtfertigt, den Begriff der Vertragsfreiheit lediglich auf den Schutz der rechtlichen Selbstbestimmung des Einzelnen vor Risiken durch staatlichen Eingriff zu beschränken.

Dies gilt umso mehr, als das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz vor der *Fremdbestimmung durch den Staat* – der durch eine geringe rechtliche Kontrolldichte gewährleistet werden soll – auf der einen und dem Schutz vor *Fremdbestimmung durch den Verhandlungspartner* – in dem gerade die hohe rechtliche Kontrolldichte ihre Rechtfertigung findet – auf der anderen Seite zum Gegenstand einer intensiven rechtspolitischen Diskussion geworden ist, in deren Verlauf der *Begriff der Vertragsfreiheit* nicht selten eine *Verkürzung* zugunsten einer seiner beiden *Zielrichtungen* erfahren hat.<sup>5</sup> Ein derartiges eingeschränktes Begriffsverständnis führt indes zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass entsprechend der jeweiligen rechtspolitischen Auffassung dieselbe Handlung entweder als *Beeinträchtigung* oder als das Gegenteil, als *Gewährleistung* der vertraglichen Selbstbestimmung gewertet wird. Wird die Vertragsfreiheit lediglich auf den Schutz vor staatlichen Eingriffen reduziert und damit das Risiko der Fremdbestimmung durch den stärkeren Verhandlungspartner ausgeblendet, so muss in jeder Maßnahme der Rechtsordnung zum Schutz der schwächeren Vertragspartei notwendig eine Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit durch staatlichen Eingriff gesehen werden. Die Bedeutung des Schutzes vor Fremdbestimmung durch Missbrauch eines bestehenden Machtungleichgewichts wird dabei auf Null reduziert. Ein einseitiges Verständnis der Vertragsfreiheit, das diese rechtspolitisch instrumentalisiert und damit zugleich in ihr Gegenteil verkehrt, ist mit der Bedeutung der tatsächlichen eigenverantwortlichen Gestaltung der Rechtsverhältnisse als Kern des Begriffs der Vertragsfreiheit nicht vereinbar. Vertragsfreiheit muss, soll sie nicht zu einer Leerformel werden, beide Zielrichtungen und damit sowohl den

<sup>4</sup> Vgl. hierzu nur *Busche*, Privatautonomie (1999), S. 14 mwN; *Lorenz*, Schutz (1997), S. 15.

<sup>5</sup> Zum Themenkomplex der „Krise der Privatautonomie“ vgl. nur *Bruns*, JZ 2007, 385, 391 ff.; *Lorenz*, Schutz (1997), S. 22 ff.; *Singer*, Selbstbestimmung (1995), S. 12 ff.; Exemplarisch ist hierbei nicht zuletzt die Diskussion um die Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, vgl. nur *Schiffer/Weichel*, BB 2011, 1283; *v. Westphalen*, BB 2011, 195; *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309; *Leuschner*, JZ 2010, 875; *v. Westphalen*, ZIP 2010, 1110; *v. Westphalen*, ZIP 2007, 149; *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491, 877 ff.; *Berger*, ZIP 2006, 2149. Zum Wandel des Verständnisses der Vertragsfreiheit eingehend *Knobel*, Wandlungen (2000), S. 20 ff.

Schutz vor *staatlichen* als auch vor *privaten* Risiken für die Selbstbestimmung des Einzelnen umfassen.

Mit dem Spannungsverhältnis zwischen der *privaten* und der *öffentlichen* Dimension der Privatautonomie ist zugleich die Beziehung der *Vertragsfreiheit* zur *Vertragsgerechtigkeit* angesprochen. Indem die Parteien ihre eigenverantwortlich getroffenen Regelungen dem geltenden Recht unterstellen und damit zugleich die Autorität des Rechts und des staatlichen Instrumentariums seiner Durchsetzung in Anspruch nehmen, verlassen sie den Bereich des rein Privaten. Der ausgehandelte Vertrag wird der unbeschränkten Verfügungsgewalt und „Selbstherrlichkeit“<sup>6</sup> der Parteien entzogen, gleichsam an das Licht der Öffentlichkeit gebracht und damit nicht nur ethisch-moralisch, sondern auch rechtlich dem Maßstab materieller Gerechtigkeit zugänglich. *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* sind auf diese Weise untrennbar miteinander verwoben. Weil die Inanspruchnahme der *Vertragsfreiheit* als von der Rechtsordnung gewährte Befugnis, die Lebensverhältnisse nicht nur selbstbestimmt, sondern auch *rechtlich*, d. h. mit von der Rechtsordnung versehener staatlicher Autorität, zu gestalten, die private Vereinbarung der Parteien in den Rang des jedenfalls *inter partes* verbindlich geltenden Rechts erhebt und ihr damit überhaupt erst Rechtsqualität verleiht<sup>7</sup>, ist dem Begriff der *Vertragsfreiheit* jener der sie begrenzenden *Vertragsgerechtigkeit* von vornherein denknotwendig immanent.<sup>8</sup> Denn die Transformation von Realakten in geltendes Recht muss notwendig ein wertender Akt sein, weil das Recht als Gesamtheit gesellschaftlicher Normen bereits von seinem Begriff her *a priori* nur normativ und damit als materiellen Wertungen zugänglich verstanden werden kann.<sup>9</sup> Mit der Verwirklichung materieller *Gerechtigkeit* als *Zweck des Rechts* haben die das Recht konstituierenden Normen auch eine klare Ziel-

---

<sup>6</sup> So sehr weitgehend *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 6ff. Zur Kritik von *Flumes* Verständnis der *Vertragsfreiheit* als einer jeglicher ethischen Fundierung entbehrenden willkürlichen und selbstherrlichen Freiheit des Einzelnen näher *Busche*, Privatautonomie (1999), S. 101 f. mwN.

<sup>7</sup> Das bedeutet freilich nicht, dass in der privatautonomen Gestaltung von Rechtsverhältnissen durch die Parteien ein Akt der *Rechtsetzung* und in der vertraglichenvertragliche Vereinbarung eine *Rechtsquelle* gesehen werden kann. *Kelsens* rechtspositivistische Lehre vom Vertrag als normerzeugendem Tatbestand hat sich mit Recht nicht durchsetzen können. Privatautonomie bedarf der Rechtsordnung notwendig als *Korrelat*. Dem vertraglich Vereinbarten wird erst durch die Rechtsordnung rechtlich verbindliche Geltung verliehen. Vgl. hierzu eingehend unten S. 26 ff. sowie *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Aufl. 2004), S. 642; *Lorenz*, Schutz (1997), S. 15 f.; *Singer*, Selbstbestimmung (1995), S. 6 ff.; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 217 ff.; *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 1 ff.

<sup>8</sup> Zum Verhältnis von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* vgl. eingehend unten S. S. 159 ff., 174 f., 234 ff.

<sup>9</sup> Vgl. zum *Begriff des Rechts* grundlegend *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1963), S. 123 ff. Vgl. zum Thema aus der kaum noch überschaubaren Fülle des Schrifttums nur *Zippelius*, Rechtsphilosophie (6. Aufl. 2011), S. 3 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre (2011) sowie prägnant *Dreier*, NJW 1986, 890. Zum soziologischen Rechtsbegriff vgl. nur *Raiser*, Rechtssoziologie (2009), S. 160 ff.

richtung, so dass die Vertragsfreiheit, wenn sie rechtliche Geltung beanspruchen will, auf einen *gerechten Ausgleich der Interessen* der Vertragspartner und damit ihrerseits auf die Verwirklichung materieller Gerechtigkeit ausgerichtet sein muss. Weil jeder Vertrag auf dem *Konsens* der Parteien und damit auf einer selbstbestimmten, freiverantwortlichen Entscheidung der Vertragspartner beruht, die sich nicht selbst Schaden zufügen wollen, sondern ihrerseits regelmäßig an einem gerechten Ausgleich ihrer Interessen interessiert sind, ist das Prinzip der Vertragsgerechtigkeit auch vom Gedanken der freiverantwortlichen Entscheidung her dem Prinzip der Vertragsfreiheit *a priori* immanent. Wurde mit dieser Annäherung an den *Begriff der Vertragsfreiheit* das Problem in seinen Grundzügen und in seinem Verhältnis zur Vertragsgerechtigkeit zunächst im Überblick grob umrissen, sollen nun einzelne Aspekte der Vertragsfreiheit schlaglichtartig näher in den Blick genommen werden.

#### a) Privatautonomie und menschliche Freiheit

Die Vertragsfreiheit ist die bedeutendste Ausprägung des Prinzips der *Privatautonomie*, die als eines der *grundlegenden Ordnungsprinzipien* der Privatrechtsordnung insgesamt zugrunde liegt.<sup>10</sup> Aufgrund ihrer gegenüber den übrigen Erscheinungsformen privatautonom Handelns – der Vereinigungs- und Satzungsfreiheit, der Eigentumsfreiheit und der Testierfreiheit – herausgehobenen Bedeutung wird sie häufig *pars pro toto* mit dem Begriff der Privatautonomie gleichgesetzt und in diesem Sinn soll sie auch hier verwendet werden.<sup>11</sup> Der Begriff der Privatautonomie bezeichnet „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen.“<sup>12</sup> Diese Möglichkeit, die eigenen Lebensverhältnisse nicht lediglich *tatsächlich*, sondern auch *rechtlich* selbst zu gestalten, ist Ausdruck der *freien Selbstbestimmung* des Einzelnen und damit Spiegelbild der *Freiheit* und *Würde* des Menschen.<sup>13</sup> Als ver-

<sup>10</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Aufl. 2004), S. 646; *Lorenz, Schutz* (1997), S. 17f.; *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 12f.; *Zöllner*, AcP 176 (1976), 221, 223; *Wolf*, Entscheidungsfreiheit (1970), S. 19.

<sup>11</sup> Ebenso *Lorenz, Schutz* (1997), S. 17f.; *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), 12f., *Zöllner*, AcP 176 (1976), 221, 229ff.; *Raiser*, Zukunft des Privatrechts (1971), S. 8. Vgl. hierzu auch *Busche*, Privatautonomie (1999), S. 13; *MünchKomm/Busche*, BGB (7. Aufl. 2015), Vor §§ 145 ff., Rn. 3 mwN; *Staudinger/Dilcher*, (12. Aufl. 1979), Einl. zu §§ 104–185, Rn. 5.

<sup>12</sup> So klassisch im Anschluss an *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 1 sowie BVerfGE 72, 155, 170 (Handelsgeschäft) = NJW 1986, 1859, 1860 einhellig das Schrifttum. Vgl. nur *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Aufl. 2004), S. 26; *Busche*, Privatautonomie (1999), S. 13 mwN; *Lorenz, Schutz* (1997), S. 15; *Singer*, Selbstbestimmung (1995), S. 1; *Wolf*, Entscheidungsfreiheit (1970), S. 19; *Bydlinski*, Privatautonomie (1967), S. 173; *v. Hippel*, Privatautonomie (1936), S. 62 sowie aus der Rechtsprechung BVerfG NJW 2006, 596, 598 (Künstlervertrag); BB 1994, 16, 20 (Generalklauseln); BVerfG NJW 1996, 2021 (Bürgerschaft III); NJW 1994, 2749, 2750 (Bürgerschaft II); BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, 38 (Bürgerschaft I); BGHZ 140, 395 = NJW 1999, 2372, 2372 (Bürgerschaft); BAG NZA 1998, 145, 148.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu bereits die Nachweise oben S. 13, Fn. 2.

nunftbegabtes Wesen, das über die in Verstand und Willen wurzelnde Fähigkeit frei zu handeln und daher über personale Freiheit verfügt, ist dem Menschen die Würde einer Person verliehen. Indem die Privatautonomie den Menschen als selbständig handelndes Wesen, als freiverantwortliche Einzelpersönlichkeit, als mit personaler Freiheit ausgestattete Person anerkennt und ihm ermöglicht, seine Rechtsbeziehungen als zentralen Teil seiner Lebensverhältnisse selbst mitzugestalten, ist die Privatautonomie so gleichsam das rechtliche Korrelat zur Anerkennung der menschlichen Freiheit.<sup>14</sup> Sie ist für die Rechtsordnung konstitutiv und in Art. 2 Abs. 1 GG auch verfassungsrechtlich gewährleistet.<sup>15</sup> Aus der engen Beziehung der Privatautonomie zur Freiheit und Würde des Menschen ergeben sich zwei wesentliche Konsequenzen: die *überpositive* Verankerung der Privatautonomie auf der einen<sup>16</sup> und die besondere Bedeutung des *Willens* als Ausdruck personaler Freiheit auf der anderen Seite<sup>17</sup>.

#### aa) Die naturrechtliche Begründung der Privatautonomie

Wenn die Privatautonomie die *rechtliche* Dimension des freien Handelns der menschlichen Person umfasst und die Rechtsordnung auf diese Weise mit konstituiert, dann kann sie als *grundlegendes Prinzip* nicht gleichzeitig in der Rechtsordnung selbst begründet sein, sondern muss diese transzendieren.<sup>18</sup> Die Privatautonomie findet in ihrem Kern ihre Grundlage damit nicht lediglich in den ihr vom Gesetzgeber eingeräumten Befugnissen oder selbst in verfassungsrechtlichen Gewährleistungen. Vielmehr kann sie ihre letzte Begründung nur in jenen überpositiven Wertvorstellungen finden, die der Rechtsordnung selbst zugrunde liegen, „die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind.“<sup>19</sup>

#### (1) Überpositive Wertgrundsätze als Grundlage

Dass das Prinzip der Privatautonomie als tragende Grundlage der Rechtsordnung in seinem Kern der Disposition des Gesetzgebers als unverfügbar entzo-

<sup>14</sup> Heinrich, Formale Freiheit (2000), S. 67; Lorenz, Schutz (1997), S. 15; Staudinger/Dilcher, (12. Aufl. 1979), Einl. zu §§ 104–185, Rn. 5.

<sup>15</sup> BVerfG NJW 2006, 596, 598 (Künstlervertrag); BB 1994, 16, 20 (Generalklauseln); BVerfG NJW 1996, 2021 (Bürgschaft III); NJW 1994, 2749, 2750 (Bürgschaft II); BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, 38 (Bürgschaft I) im Anschluss an BVerfGE 72, 155, 170 (Handelsgeschäft) = NJW 1986, 1859, 1860.

<sup>16</sup> Dazu sogleich unten aa).

<sup>17</sup> Vgl. hierzu unten bb), S. 21 ff.

<sup>18</sup> Anders jedoch Lorenz, Schutz (1997), S. 16, der die *Privatautonomie* als ein „der Rechtsordnung unbeschränkbar vorgegebenes, naturrechtliches Prinzip“ ausdrücklich ablehnt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die *Privatautonomie* indes freilich der Rechtsordnung nicht „unbeschränkbar“, sondern lediglich in ihrem *Kerngehalt* als Institution vorgegeben und wird in ihrem Umfang von ihr näher bestimmt.

<sup>19</sup> So eindrucklich BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221, 1225.

gen sein muss, bedeutet indes nicht, dass den privatautonomen Vereinbarungen der Parteien Normcharakter zukommen würde. Die Privatautonomie bedarf der Rechtsordnung als Korrelat und kann nur in dem von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rahmen gewährt werden.<sup>20</sup> Sie muss aber – und das ist der entscheidende Gesichtspunkt – als Ausdruck unveräußerlicher menschlicher Freiheit und Würde und als tragende Grundlage jeder gerechten Ordnung in nennenswertem Umfang überhaupt gewährleistet werden. Und daher muss sie, wenn sie an die menschliche *Freiheit* und die *Würde* der Person anknüpft und der Verfügungsgewalt des Gesetzgebers entzogen sein soll, ihre Grundlage allein in jenen die Rechtsordnung transzendierenden und damit naturrechtlich begründeten überpositiven Wertgrundsätzen finden, die der Rechtsordnung selbst zugrunde liegen.

Sieht man von der Verankerung in unterschiedlichen Begründungsquellen – *Verfassungsrecht* auf der einen und *Naturrecht* auf der anderen Seite – ab, so ergibt sich ein Gleichlauf mit dem Verständnis der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie, die gleichsam als Institution der Rechtsordnung in ihrem Wesensgehalt zwar gewährleistet, in ihrem Umfang indes von dieser wieder beschränkt wird.<sup>21</sup> Insofern ergibt sich aus der Verortung des letztendlichen Geltungsgrundes der Privatautonomie im Naturrecht vom Grundgedanken her im Vergleich zu ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung nichts Neues. Angesichts der jedenfalls *tatsächlichen* Disponibilität selbst des Verfassungsrechts erweitert der Blick auf die überpositive Begründung der Privatautonomie als Ausdruck menschlicher Freiheit und Würde jedoch den Blick über den Bereich des vom Gesetz- und Verfassungsgeber Verfügbaren hinaus. Die überpositive Gewährleistung der Privatautonomie ist aus der Perspektive eines naturrechtlichen Verständnisses zwangsläufig und damit selbstevident.

## (2) Untauglichkeit positivistischer Begründungsansätze

Dafür, dass dies auch gar nicht anders sein kann, mag ein Blick auf die jüngere Geschichte und die Versuche der Verkrüppelung der Privatautonomie unter dem nationalsozialistischen Unrechtsregime genügen. So verwehrte *Karl Larenz* 1935 gerade mit der Begründung, dass die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse zu gestalten, nicht dem Menschen als Individuum, sondern ihm lediglich als Glied der „Volksgemeinschaft“ zukomme, Bürgern jüdischer Abstammung die Möglichkeit zur privatautonomen Regelung ihrer Lebensverhältnisse und stellte sie damit praktisch völlig rechtlos.<sup>22</sup> Die von ihm vorgeschlagene Änderung des

<sup>20</sup> Vgl. nur *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Aufl. 2004), S. 642; *Lorenz*, Schutz (1997), S. 15 f.; *Singer*, Selbstbestimmung (1995), S. 6 ff.; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 217 ff.; *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 1 ff.

<sup>21</sup> Zur verfassungsrechtlichen Verankerung der Vertragsfreiheit vgl. näher unten S. 359 ff.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu die berüchtigte Stelle von *Larenz*, in: *Larenz* (Hrsg.), Grundfragen (1935), S. 225, 241: „Nicht als Individuum, als Mensch schlechthin oder als Träger einer abstrakt-all-

§ 1 BGB, die allen, die sich nicht auf eine „deutsche Herkunft“ berufen konnten, die Rechtsfähigkeit insgesamt absprach, sie als Rechtssubjekte disqualifizierte und damit aus der Rechtsgemeinschaft ausschloss, ist die letzte Konsequenz eines lediglich im positiven Recht und nicht in der personalen Würde und Freiheit des Menschen begründeten Verständnisses der Privatautonomie.

Dass eine auf der Negation menschlicher Freiheit und Würde gegründete Herrschaft keine Rechtsordnung im eigentlichen Sinne zu konstituieren vermag, ihr die Geltung als Recht überhaupt abgesprochen werden muss, dass die *corruptio* des Rechts durch positive Normen nicht das letzte Wort haben kann, ist seit *Gustav Radbruch*, der wie kaum ein zweiter die Notwendigkeit einer überpositiven Begründung des Rechts deutlich gemacht hat, heute Allgemeingut.<sup>23</sup> Als Befund ist damit festzuhalten, dass die Privatautonomie ihre letzte Begründung weder in den einfachgesetzlichen Normen des positiven Gesetzesrechts noch in den verfassungsrechtlichen Gewährleistungen der Freiheitsgrundrechte, sondern allein in den der Rechtsordnung zugrunde liegenden, unveräußerlichen überpositiven Wertgrundsätzen und damit letztlich in der *Freiheit* und *Würde* der menschlichen Person findet.

### (3) Untauglichkeit ökonomischer Zweckmäßigsüberlegungen

Mit der Verortung des letzten Geltungsgrundes der Privatautonomie im Naturrecht ist zugleich auch all jenen Versuchen der Boden entzogen, die Privatautonomie mit *Zweckmäßigs Gesichtspunkten* oder aus *ökonomischen Erwägungen* heraus zu rechtfertigen.<sup>24</sup> Zwar ist es richtig, dass die Parteien als Betroffene sowie aufgrund ihrer engeren Sachnähe am besten zur Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten in der Lage sind.<sup>25</sup> Auch werden hoheitliche Eingriffe aufgrund der Vielfalt der Rechtsbeziehungen und der Vielgestaltigkeit möglicher Lösungsvarianten für die infrage stehenden Probleme schon aus praktischen Gesichtspunkten regelmäßig kaum in Betracht kommen.<sup>26</sup> Der gerade in der jüngsten Zeit zu be-

---

gemeinen Vernunft habe ich Rechte und Pflichten und die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse zu gestalten, sondern als Glied einer sich im Recht ihre Lebensform gebenden Gemeinschaft, der Volksgemeinschaft. Nur als in der Gemeinschaft lebendes Wesen, als Volksgenosse ist der Einzelne eine konkrete Persönlichkeit. Nur als Glied der Volksgemeinschaft hat er seine Ehre, genießt er Achtung als Rechtsgenosse. ... Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Dieser Satz könnte an Stelle des die Rechtsfähigkeit ‚jedes Menschen‘ aussprechenden § 1 BGB an die Spitze unserer Rechtsordnung gestellt werden.“

<sup>23</sup> Vgl. nur *Radbruch*, SJZ 1946, 105 ff. Nachgedruckt in: *Radbruch*, in: Hassemer/Kaufmann (Hrsg.), Gesamtausgabe III (1990), S. 83 ff. sowie aus der Rechtsprechung *EGMR* NJW 2001, 3035, 3040; BVerfGE 95, 96 = NJW 1997, 929, 931; BVerfGE 6, 132 = NJW 1957, 579, 883. Zur jüngeren Diskussion vgl. statt vieler nur *Dreier*, FS Winkler (1997), S. 193 ff.

<sup>24</sup> *Lorenz*, Schutz (1997), S. 15; *Wolf*, Entscheidungsfreiheit (1970), S. 19f. Vgl. hierzu auch *Busche*, Privatautonomie (1999), S. 17f.

<sup>25</sup> So aus dem älteren Schrifttum *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen (1966), S. 222f.; *Enneccerus*, Rechtsgeschäft (1889), S. 50. Vgl. zum Ganzen *Wolf*, Entscheidungsfreiheit (1970), S. 19f.

<sup>26</sup> Vgl. zu diesem Aspekt eingehend *Busche*, Privatautonomie (1999), S. 20ff., 30ff. (mit

obachtende weltweite Trend zur privatautonomen Beilegung von Konflikten im Rahmen der *Mediation*<sup>27</sup>, die Entwicklung vom hoheitlich agierenden *Eingriffs-* zum kooperativen *Verhandlungsstaat*<sup>28</sup> sowie die Tendenz zu weitgehender *Entformalisierung* und *Delegation von Verantwortung*<sup>29</sup> sind hierfür eindrucksvolle Belege.<sup>30</sup>

Und selbstverständlich trägt die privatautonome Gestaltung der Lebensverhältnisse durch die Ausübung der Vertragsfreiheit ganz wesentlich zur freien Entfaltung der Produktivkräfte als Grundbedingung jeder Marktwirtschaft und damit zum ökonomischen und gesellschaftlichen Fortschritt bei.<sup>31</sup> Darin erschöpft sich die Bedeutung der Privatautonomie jedoch nicht.<sup>32</sup> Zweckmäßigkeit und ökonomische Erwägungen sind positive *Wirkungen*, nicht jedoch *Geltungsgrund* privatautonomen Handelns. Sie sind die Frucht der freien Entfaltung der Person. In ihr allein findet die Privatautonomie ihre Rechtfertigung, und zwar auch dann, wenn ein hoheitliches Handeln plötzlich zweckmäßiger erscheinen sollte oder sich die Bewertung aus der Perspektive ökonomischer Effizienz verändert. Die Privatautonomie findet als Ausdruck der Selbstbestimmung des Menschen ihre Grundlage in der Freiheit und Würde des Menschen und bedarf damit selbst keiner Rechtfertigung mehr.<sup>33</sup>

---

einer Gegenüberstellung privatautonomer und heteronomer Rechtsordnungen und Anmerkungen zu staatsinterventionistischen Wirtschaftsverfassungen) sowie *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen (1966), S. 222; *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 166 f. (mit Anmerkungen zu Praktikabilitäts Erwägungen); *v. Hippel*, Privatautonomie (1936), S. 62 (mit Anmerkungen zur rechtsgeschäftslosen Rechtsordnung); *Enneccerus*, Rechtsgeschäft (1889), S. 50. Zum Ganzen *Wolf*, Entscheidungsfreiheit (1970), S. 19 f.

<sup>27</sup> Hierzu grundlegend *Duwe/Eidenmüller/Hacke*, *Mediation in der Wirtschaft* (2011); *Hopt/Steffek*, *Mediation* (2008) und *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to Yes* (1991). Zur geographischen Verbreitung der Mediation in den USA und den *Mediation Receptivity Index Prause*, 13 Harv. Negot. L. Rev. 131 (2008); *Sander*, 22 Ohio St. J. On Disp. Resol. 599 (2007); *Prause*, 22 Ohio St. J. on Disp. Resol. 610 (2007).

<sup>28</sup> *Mehde*, AöR 127 (2002), 655; *Frick*, *Der freundliche Staat* (2001), S. 7 ff.; *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421; *Schulze-Fielitz*, in: Voigt (Hrsg.), *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?* (2. Aufl. 1998), S. 95; *Schneider*, *VerwArch* (87) 1996, 38 ff.; *Voigt*, *Der kooperative Staat* (1995), passim. *Röhl*, *Rechtssoziologie* (1987), S. 561; *Ritter*, AÖR (104) 1979, 389.

<sup>29</sup> Zur *Entformalisierung* durch *Mediatisierung* und *Prozeduralisierung* näher *Röhl*, *Rechtssoziologie* (1987), S. 559 f.

<sup>30</sup> Zum Wandel staatlichen Handelns eingehend *Wendland*, *Mediation und Zivilprozess* (2017), S. 51 ff.

<sup>31</sup> Zum Zusammenhang zwischen der Wirtschaftsverfassung und dem Gestaltungsplan der Privatrechtsordnung eingehend *Busche*, *Privatautonomie* (1999), S. 30 ff. Dazu auch *Wolf*, *Entscheidungsfreiheit* (1970), S. 19.

sowie *v. Hippel*, *Privatautonomie* (1936), S. 80 mit Verweis auf *Hobbes*.

<sup>32</sup> So eindringlich *Wolf*, *Entscheidungsfreiheit* (1970), S. 20.

<sup>33</sup> So im Hinblick auf die *Selbstbestimmung* ausdrücklich *Wolf*, *Entscheidungsfreiheit* (1970), S. 20.

*bb) Die tragende Bedeutung des Willens für das Rechtsgeschäft*

Die zweite Konsequenz aus der engen Beziehung der Privatautonomie zur Freiheit und Würde des Menschen besteht in der tragenden Bedeutung des *Willens* für die Konstituierung des Rechtsgeschäfts und die Bestimmung seiner Folgen. Weil der Wille der Parteien Ausdruck ihrer *Selbstbestimmung* und damit letztlich in der menschlichen *Freiheit* und *Würde* grundgelegt ist, kommt ihm auch für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen innerhalb der Rechtsordnung eine tragende Bedeutung zu. Entsprechend besteht heute Einigkeit darüber, dass der Wille das *beherrschende Element* und die *bestimmende Kraft* rechtsgeschäftlicher Folgen ist.

*(1) Der Wille im Wettbewerb mit objektiven Gestaltungs Kräften*

Die Tragweite dieser Schlussfolgerung für die rechtsgeschäftliche Verwirklichung der Selbstbestimmung wird erst auf den zweiten Blick deutlich: Erscheint die konstitutive Bedeutung des *Willens* in einer auf Privatautonomie gegründeten Rechtsordnung zunächst als Selbstverständlichkeit, so zeigt die heftige, mittlerweile klassische Diskussion zwischen den Verfechtern der Willens-, Erklärungs- und Geltungstheorie Ende des 19. Jh., dass die Frage, welche Bedeutung dem *tatsächlichen* Willen für die Konstituierung rechtsgeschäftlicher Folgen im Einzelnen zukommt, heute offenbar nicht mehr ohne weiteres zu beantworten ist. Und tatsächlich gerät der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien als Ausdruck des Prinzips der Selbstbestimmung zunehmend in Wettbewerb mit *objektiven Gestaltungs Kräften*, wie etwa dem *Verkehrs-* und *Vertrauensschutz* oder *materiellen Wertungen*, die gleichberechtigt neben das Selbstbestimmungsprinzip treten.<sup>34</sup>

Die wieder neu aufgeflammete Diskussion<sup>35</sup> über den Geltungsgrund von AGB wie auch über Bedeutung und Umfang richterlicher Inhaltskontrolle und damit über die Reichweite der Vertragsfreiheit, über ihren Inhalt, ihre Voraussetzungen und ihre Grenzen sowie über ihr Verhältnis zu Verkehrsschutz und Vertragsgerechtigkeit zeigt, dass das Spannungsverhältnis zwischen *Wille* und *Erklärung*, das der Kontroverse zwischen Willens- und Erklärungstheorie im Kern zugrunde liegt, kaum an Aktualität verloren hat. Und seit die wirtschaftlichen und sozialen Voraussetzungen tatsächlicher Selbstbestimmung vermehrt in den Mittelpunkt des Interesses gerückt sind, mehren sich auch die Zweifel am Realitätsbezug eines auf dem Ideal lediglich *fingierter Selbstbestimmung* und dem Modell des *freien Spiels der Kräfte* gegründeten Vertragskonzeptes.<sup>36</sup> Mittlerweile ist von der „Krise des liberalen Vertragsdenkens“<sup>37</sup>, vom „Abschied von der Pri-

<sup>34</sup> Singer, Selbstbestimmung (1995), S. 1 f., 23 ff.

<sup>35</sup> Vgl. nur Staudinger/Wendland, Eckpfeiler des Zivilrechts (6. Aufl. 2018), Rn. 25, 25a, 25c sowie eingehend unten S. 713 ff.

<sup>36</sup> Singer, Selbstbestimmung (1995), S. 1.

<sup>37</sup> Kramer, Krise (1974), S. 9.

vatautonomie<sup>38</sup> die Rede. In der Tat scheint vor allem durch die Rezeption der kombinatorischen Lehre *Franz Bydlinski*<sup>39</sup>, in der das Willensmoment als eine von mehreren das Rechtsgeschäft konstituierenden Gestaltungskräften verzichtbar, bisweilen sogar auf Null reduziert scheint, die *tatsächliche Selbstbestimmung* der Parteien zur bloßen Fiktion zu werden. In dem Bemühen, die Prinzipien des Verkehrs- und Vertrauensschutzes in die Rechtsgeschäftslehre zu integrieren, erscheint die *Selbstbestimmung* der Parteien austauschbar, droht die eigentlich auf den Willen der Parteien gegründete Vertrags- zu einer bloßen Vertrauenshaftung zu schrumpfen. Und so wird mittlerweile bereits offen von „halber Privatautonomie“<sup>40</sup>, von „Privatautonomie im weiten Sinne“<sup>41</sup> und von Zonen „verdünnter Freiheit“<sup>42</sup> gesprochen.

Die bisweilen paradoxe Argumentationsstruktur der aktuellen Debatte<sup>43</sup>, in der beide Seiten zugleich mit jeweils entgegengesetzter Stoßrichtung vermeintliche Übergriffe auf die Vertragsfreiheit beklagen, lässt erahnen, dass hier im Kern das Problem des rechten Verständnisses der Vertragsfreiheit und damit des jeweils zugrunde gelegten *Begriffs* der Vertragsfreiheit angesprochen ist: Während etwa der AGB-Verwender mit Verweis auf die bei Vertragsschluss gegebene Zustimmung des Vertragspartners zu dem Vereinbarten auf Vertragserfüllung besteht und eine nachträgliche Inhaltskontrolle als Eingriff in seine Vertragsfreiheit ablehnt, so wird sich der Verwendungsgegner zum Schutz seiner Selbstbestimmungsfreiheit gerade mit der Begründung auf die Notwendigkeit einer Inhaltskontrolle berufen, dass er das angeblich „Vereinbarte“ eben nicht gewollt habe. Während diese Partei in der richterlichen Inhaltskontrolle ein Instrument zum *Schutz* ihrer rechtlichen Freiheit zur Selbstbestimmung vor fremdbestimmenden Beeinträchtigungen durch den Vertragspartner erblickt, sieht jene in ihr eine *Gefährdung* der eigenen Selbstbestimmungsfreiheit durch Fremdbestimmung seitens des Staates. Die aufgeworfene Problematik zeigt, dass das Verhältnis von *Wille* und *Erklärung* wie auch die grundsätzliche Beziehung des Selbstbestimmungsprinzips zu Verkehrsschutz und Vertragsgerechtigkeit vorab der näheren Klärung bedürfen. Und sie zeigt zugleich, dass sich hinter dem angesprochenen Konflikt in Wirklichkeit die Dichotomie zwischen *Formalität* und *Materialität*

<sup>38</sup> Berger, ZIP 2006, 2149; *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie (1994).

<sup>39</sup> Hierzu *Bydlinski*, System und Prinzipien (1996), S. 156f.; *Bydlinski*, Privatautonomie (1967), S. 173 f.

<sup>40</sup> *Bydlinski*, Privatautonomie (1967), 120. Zustimmend hierzu *Kramer*, Grundfragen (1972), S. 150, ablehnend dagegen *Singer*, Selbstbestimmung (1995), S. 87 ff.

<sup>41</sup> *Bydlinski*, Privatautonomie (1967), S. 127.

<sup>42</sup> *Bydlinski*, FS Kastner (1972), S. 45, 60; *Bydlinski*, Privatautonomie (1967), S. 106, 123; *Raiser*, FS 100 Jahre DJT (1960), S. 101, 126. Ähnlich *Kramer*, FS Canaris I (2007), S. 665, 670. Vgl. hierzu aus der österreichischen Rechtsprechung OGH SZ 56, 62 sowie OGH RdW 2008, 382 („verdünnte Willensfreiheit“) sowie unten S. 321, Fn. 234 mwN.

<sup>43</sup> Hierzu näher *Staudinger/Wendland*, Eckpfeiler des Zivilrechts (6. Aufl. 2018), Rn. 25, 25a, 25c sowie unten S. 713 ff. mwN.

verbirgt, die auch dem Spannungsverhältnis zwischen *Rechtssicherheit* und *Vertragsgerechtigkeit* zugrunde liegt.

### (2) Die zentrale Bedeutung des Selbstbestimmungsprinzips

Wie auch immer die Diskussion letztendlich zu entscheiden ist: Sie zeigt, dass das Rechtsgeschäft Ergebnis des komplexen Zusammenwirkens unterschiedlicher *subjektiver* wie *objektiver Gestaltungskräfte* ist,<sup>44</sup> die in das rechte Verhältnis zu setzen die zentrale Aufgabe der Rechtswissenschaft bleibt. Das Selbstbestimmungsprinzip tritt dabei in der Tat neben objektive *Gestaltungskräfte*, wie etwa die Prinzipien des *Verkehrs- und Vertrauensschutzes*, und *materielle Wertungen*, etwa jene der *Vertragsgerechtigkeit*. Dies kann auch gar nicht anders sein, weil die Parteien mit ihrem Willen, rechtlich erhebliche Folgen herbeizuführen, den Bereich des ausschließlich Privaten verlassen und ihre Vereinbarung der Rechtsordnung unterstellen. Weil aber die Selbstbestimmung ihre Grundlage in der Freiheit und Würde des Menschen als Person findet, wird dem Selbstbestimmungsprinzip im Widerstreit mit den das Rechtsgeschäft ebenfalls bestimmenden objektiven Gestaltungskräften – wie etwa jenen des Verkehrsschutzes – eine besondere, eine herausgehobene Bedeutung jedenfalls insoweit zukommen müssen, als der freiheitlichen Selbstbestimmung des Einzelnen überhaupt ein substantieller Kernbereich der Entfaltung verbleiben muss. Von einem solchen substantiellen Kernbereich kann dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn – etwa bei Bestehen eines *strukturellen Machtungleichgewichtes* – die auf Selbstbestimmung gegründete Vertragsfreiheit zur bloßen *Fiktion* wird, weil die unterlegene Partei aus wirtschaftlichen, sozialen oder situativen Gründen überhaupt nicht in der Lage ist, ihre rechtlichen Angelegenheiten auch tatsächlich eigenverantwortlich selbst zu gestalten.<sup>45</sup>

### (3) Selbstbestimmung und ihr Verhältnis zu Verkehrsschutz und Vertragsgerechtigkeit

Dabei kommt dem *Selbstbestimmungsprinzip* im Vergleich zu den einzelnen objektiven Gestaltungskräften ein jeweils unterschiedliches Gewicht zu: So wird etwa der *Verkehrsschutz*, weil es sich um hierbei lediglich um ein gleichsam technisches *Ordnungsprinzip* und nicht um den *Zweck* der Rechtsordnung selbst handelt, bereits auf einer abstrakten Wertungsebene hinter die *Vertragsgerechtigkeit* zurücktreten müssen, die als *Zweck* des Rechts alle übrigen Prinzipien der Rechtsordnung und damit auch das Selbstbestimmungsprinzip transzendiert und gestaltend mitbestimmt.<sup>46</sup> *Zweck des Rechts* ist nicht die Verwirklichung

---

<sup>44</sup> Vgl. hierzu Hönn, Vertragsparität (1982), S. 36ff.; Reinhardt, FS Schmidt-Rimpler (1957), S. 115.

<sup>45</sup> Zu der Problematik aus verfassungsrechtlicher Perspektive eingehend unten S. 359ff.

<sup>46</sup> Hierzu eingehend unten S. 128ff., 266ff.

der „Selbstherrlichkeit“<sup>47</sup> der Parteien, sondern die materielle Gerechtigkeit als Grundlage einer jeden Gesellschaftsordnung, in der die Individuen aufeinander angewiesen und zueinander hin ausgerichtet sind.<sup>48</sup> Aus diesem Grund sind auch die übrigen die Rechtsordnung konstituierenden Gestaltungsprinzipien in ihrem letzten Ziel auf die Verwirklichung einer gerechten Wirtschafts- und Sozialordnung, auf die Verwirklichung materieller Gerechtigkeit hin ausgerichtet. Dies gilt in besonderer Weise auch für die Selbstbestimmung des Menschen, die gerade deshalb nur im Dienst der *Gerechtigkeit* denkbar ist, weil der Einzelne eben nicht als Monade im Vakuum einer fiktiven Scheinwelt lebt, sondern als *homo socialis* in ein dichtes Gefüge von Beziehungen zu anderen Menschen eingebettet ist und damit schon von seinem Wesen her nur als soziale, auf andere Menschen angewiesene und ihrer bedürftige Person zu existieren vermag. Die *Selbstbestimmung* steht damit in einem engen inneren Zusammenhang zur *Gerechtigkeit*. *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* sind auf das Engste, untrennbar miteinander verknüpft. Ist die Rechtsordnung insgesamt auf *Gerechtigkeit* ausgerichtet, so findet sie gerade im Prinzip der vertraglichen *Selbstbestimmung* ihre konkrete, individuelle Verwirklichung in der Rechtswirklichkeit des Einzelnen. Denn weil die vertragliche Bindung stets der Zustimmung des Anderen bedarf und sich die eigenverantwortliche Gestaltung der Rechtsverhältnisse stets in der Ausrichtung auf den Anderen hin und damit im Rahmen einer rechtlichen *Beziehung* vollzieht, ist dem Begriff der Privatautonomie und seiner Konkretisierung in der Vertragsfreiheit bereits von vornherein der Gedanke des *äquivalenten Güteraus-tauschs* und des *angemessenen Interessenausgleichs* immanent.

Der *rechtsphilosophische* Rekurs auf das der Rechtsordnung und damit auch dem herrschenden Vertragsmodell zugrunde liegende Menschen- und Weltbild erscheint an dieser Stelle in besonderer Weise notwendig, weil die bewusst oder unbewusst in Dienst genommene rechtsphilosophische Grundanschauung die *Beziehung* von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* zueinander wie auch den *Inhalt* beider Rechtsprinzipien entscheidend mitbestimmt und auf diese Weise einen wesentlichen Beitrag zur dogmatischen Klärung der aufgeworfenen Problematik leistet. Erst die Perspektive auf die von der dogmatischen Diskussion überhaupt erst vorausgesetzte Meta-Ebene des zugrunde liegenden Menschen- und Weltbildes macht den Blick frei auf den eigentlichen Kern der Diskussion und vermag den Gang der aktuellen Debatte zumindest teilweise zu erklären. Sie soll hier über die dargestellten Überlegungen hinaus nicht weiter vertieft werden. Sie wird im weiteren Verlauf der Untersuchung noch einmal näher in den Mittelpunkt der Betrachtung rücken.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Flume, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 6 ff. Zur Kritik vgl. Busche, Privatautonomie (1999), S. 101 f. mwN. Vgl. hierzu eingehend unten S. 181 ff.

<sup>48</sup> Hierzu näher S. 128 ff., 140 ff., 261 ff.

<sup>49</sup> Vgl. hierzu unten S. 81 f., 111 ff., 151, 165 ff., 170 f., 185 ff., 248 ff., 250 ff., 478 ff., 521 ff., 526 ff., 555 ff.

Festzuhalten ist an dieser Stelle der Befund, dass dem Prinzip der *Selbstbestimmung*, weil es in der *Freiheit* und *Würde* des Einzelnen selbst angelegt ist, im Widerstreit mit den das Rechtsgeschäft bestimmenden *objektiven Gestaltungs Kräften* eine besondere, tragende Bedeutung zukommt. Dabei vermag es sich gegenüber dem *Verkehrsschutz* als Ordnungsprinzip in grundsätzlich in größerem, gegenüber der *Vertragsgerechtigkeit* als Zweck des Rechts in deutlich geringerem Maße durchzusetzen. Zu letzterer steht sie in einem engen inneren Zusammenhang: Weil der Einzelne in ein Geflecht *sozialer* Beziehungen eingebettet ist und damit auch seine *rechtlichen* Verhältnisse nur im Zusammenwirken mit anderen zu gestalten vermag, ist auch die Vertragsfreiheit materiellen Beschränkungen unterworfen. *Selbstbestimmung* als Ausdruck *wahrer Freiheit* vermag sich daher nur in Ausrichtung auf den Anderen hin und damit allein im Dienst der Gerechtigkeit zu vollziehen.<sup>50</sup> Wie dieses Grundparadigma auf der Ebene der Rechtsgeschäftslehre umzusetzen ist, soll im Folgenden näher in den Blick genommen werden.

#### b) Rechtsgeschäftslehre: Selbstbestimmung durch Willenserklärung

Damit die Privatautonomie die ihr von der Rechtsordnung zugeordnete Funktion erfüllen kann, den Parteien die eigenverantwortliche Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse nach ihrem Willen zu ermöglichen, bedarf der *Wille* der Parteien der *Transformation* in verbindliches *Recht*.

##### aa) Die Verwirklichung des Willens in der Erklärung

Das für diesen Transformationsakt erforderliche Mittel, mit dessen Hilfe sich die Selbstbestimmung rechtlich entfalten kann, ist die *Willenserklärung*.<sup>51</sup> Sie verleiht dem Willen der Parteien als Ausdruck der ihnen zukommenden Selbstbestimmung rechtliche Gestalt und führt zum Eintritt der von der Rechtsordnung für das entsprechende Rechtsgeschäft vorgesehenen verbindlichen Rechtsfolgen. Für den Eintritt der Rechtsfolgen maßgeblich und damit auch für die Willenserklärung allein konstituierend ist dabei ausschließlich der auf eine rechtliche Bindung gerichtete *Wille* als psychische Kraft der Entscheidung. Motive, Wünsche, subjektive Zwecke oder geheime Vorbehalte sind dabei irrelevant. Die Willenserklärung ist somit *Geltungserklärung*, in der allein sich der rechtsgeschäftliche Wille verwirklicht.<sup>52</sup> Weil der Wille der Parteien auf rechtliche Geltung und daher die Anerkennung des Vereinbarten durch die Rechtsordnung gerichtet ist, wirken die Prinzipien der Rechtsordnung als objektive Gestaltungs Kräfte jedenfalls mittelbar auf die Willensbildung der Parteien ein.

---

<sup>50</sup> Vgl. hierzu näher oben S. 3 sowie unten S. 159ff.

<sup>51</sup> Wolf, Entscheidungsfreiheit (1970), S. 23.

<sup>52</sup> Larenz/Wolf, BGB AT (9. Aufl. 2004), S. 443.

### bb) Anerkennung durch die Rechtsordnung

Seine rechtliche Geltung erhält der rechtsgeschäftliche Wille indes erst durch die *Anerkennung* seitens der Rechtsordnung, die das notwendige Korrelat zur Privatautonomie bildet und in der allein sich diese zu entfalten vermag.<sup>53</sup> Sie bestimmt zugleich die nähere Ausgestaltung der dem Geltungswillen der Parteien entsprechenden Rechtsfolgen und damit sowohl den *Inhalt* wie auch die *Form*, in der sich die Selbstbestimmung der Parteien vollzieht. Zwar gewährt die Privatautonomie dem Einzelnen grundsätzlich die Möglichkeit, seine Rechtsverhältnisse eigenverantwortlich zu gestalten. Um Rechtsqualität zu erlangen, kann sich das privatautonome Handeln der Parteien jedoch notwendigerweise allein in dem Rahmen und den Rechtsfiguren entfalten, welche die Rechtsordnung zur Verfügung stellt. Die „Selbstherrlichkeit“<sup>54</sup> der Parteien wird dabei sowohl ihrer *Form* als auch ihrem *Inhalt* nach von der Rechtsordnung begrenzt. In *formeller* Hinsicht gibt die Rechtsordnung den Rahmen vor, in dem sich das privatautonome Handeln der Parteien vollziehen kann.

*Inhaltlich* wird die „Willkür“ der Parteien durch die Schranken von *Treu und Glauben* (§ 242 BGB), der *guten Sitten* (§ 138 BGB), des *gesetzlichen Verbotes* (§ 134 BGB) sowie eine Reihe weiterer materieller Wertungen begrenzt, die dem Schutz der *Äquivalenz des Leistungsaustauschs* wie der *Verhandlungsparität* und damit der *tatsächlichen Entscheidungsfreiheit* der Parteien dienen. Die Ordnung

<sup>53</sup> Die Tatsache, dass der rechtsgeschäftliche Wille zu seiner Verwirklichung der Anerkennung durch die Rechtsordnung, die *Privatautonomie* daher der *Rechtsordnung* als *Korrelat* bedarf, steht dabei keineswegs im Widerspruch zur überpositiven Begründung der Privatautonomie als *Rechtsprinzip*. Wie bereits gezeigt wurde, ist die Privatautonomie als *Institution* der Rechtsordnung übergesetzlich vorgegeben. Sie muss es auch sein, weil sich andernfalls kaum begründen lässt, warum der gesetzliche Ausschluss bestimmter Personengruppen vom Rechtsverkehr als Unrecht abzulehnen ist. Das einzige Mittel gegen gesetzliches Unrecht bleibt der Rückgriff auf die das geschriebene Gesetzesrecht übersteigenden überpositiven Wertgrundsätze materieller *Gerechtigkeit*. Dieses Verständnis – überpositive Gewährleistung der Privatautonomie als Institution, nähere Ausgestaltung durch das positive Gesetzesrecht – entspricht im Übrigen der verfassungsrechtlichen Systematik des Nebeneinanders von grundgesetzlichem Kerngehaltsschutz und einfachgesetzlicher Schrankenbestimmung. Vgl. hierzu unten S. 30ff. Dem Grunde nach ähnlich *Lorenz*, der ebenfalls anerkennt, dass Geltungsverleihung und Reichweite der Privatautonomie nicht dem Belieben des Privatrechtsgesetzgebers überlassen bleiben kann, die Grundlage der Privatautonomie indes nicht im überpositiven Naturrecht, sondern im Verfassungsrecht verortet. Offen bleibt hier indes die Frage, wie die Privatautonomie gewährleistet werden soll, wenn auch der verfassungsrechtliche Schutz versagt. Hierbei ist mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass in den Unrechtsregimen des 20. Jh. – der nationalsozialistischen Herrschaft wie auch den sozialistischen Staaten – von einem wirksamen – Grundrechtsschutz durch die Verfassung, die stets der Verfügungsgewalt der jeweiligen Machteliten überlassen war, in keinsten Weise die Rede sein konnte. Insofern ist logisch folgerichtig der Rückgriff auf das Naturrecht unausweichlich, auch wenn er – ungeachtet der prägenden Bedeutung des Naturrechts für die europäische Rechtsentwicklung – in der derzeitigen vorwiegend rechtsökonomisch geprägten Diskussion wenig *en vogue* erscheint. Konsequenterweise dagegen BVerfGE 95, 96 = NJW 1997, 929, 931 (Mauerschützen) sowie EGMR NJW 2001, 3035, 3040 (Mauerschützen).

<sup>54</sup> Flume, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 6ff.

des rechtserheblichen Handelns der Rechtssubjekte durch den formalen Rahmen rechtlicher Handlungsformen ist bereits aus Gründen der Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung als *conditio sine qua non* einer jeden rechtlichen Ordnung notwendig. Aber auch in materieller Hinsicht muss die Rechtsordnung, weil sie nicht etwa dem ausschließlich auf sich selbst bezogenen Willen in einer fiktiven Scheinwelt lebender Individuen zur Geltung verhelfen, sondern das soziale Zusammenleben realer, in ein Geflecht von Beziehungen eingebundener Individuen regeln soll, verbindliche Vorgaben zur inhaltlichen Qualität jener Vereinbarungen machen, die sie mit rechtlicher Verbindlichkeit versehen und damit sich selbst zu eigen machen will.

Privatautonomie existiert über die Gewährleistung ihres Kerngehaltes hinaus daher überhaupt nur und insoweit, als dies von der Rechtsordnung bestimmt wird.<sup>55</sup> Ihr sind die von der Rechtsordnung gezogenen Schranken von ihrem Wesen her immanent. An der materiellen Regelungsbefugnis der Rechtsordnung können daher im Grunde keine vernünftigen Zweifel bestehen.<sup>56</sup> Weil die Parteien dann, wenn sie ihre Vereinbarung dem Recht unterstellen, für sie rechtliche Geltung und damit Anerkennung durch die Allgemeinheit in Anspruch nehmen und sich zu ihrer Realisierung der Autorität des Rechts und des von ihr zu Verfügung gestellten Durchsetzungsinstrumentariums bedienen wollen, den Bereich des rein Privaten verlassen und in die normative Sphäre des Rechts eintreten, müssen sie auch die vom Recht gesetzten Rahmenbedingungen sowie die der Rechtsordnung immanenten materiellen Wertungen als für sie geltend akzeptieren. Zweck der Rechtsordnung ist es nicht, der Willkür der Parteien unbesehen zur Durchsetzung zu verhelfen, sondern vielmehr jenen normativen Rahmen zur Verfügung zu stellen, in dem sich die Selbstbestimmung des Einzelnen entfalten kann. Privatautonome Regelung der Lebensverhältnisse durch Vertrag ist keine Rechtsetzung. Sie erlangt Verbindlichkeit erst aus der Anerkennung durch die Rechtsordnung, die jedoch die privatautonomen Gestaltungsakte der Parteien vor dem Hintergrund der tragenden Bedeutung der Privatautonomie als Ausdruck menschlicher Freiheit und Würde um ihrer selbst willen anerkennt, wenn und soweit sie sich in dem von der Rechtsordnung vorgegebenen Rahmen bewegen.

---

<sup>55</sup> Vgl. nur *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Aufl. 2004), S. 642; *Lorenz*, Schutz (1997), S. 15 f.; *Singer*, Selbstbestimmung (1995), S. 6 ff.; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 217 ff.; *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 1 ff.; *Flume*, FS 100 Jahre DJT (1960), S. 135, S. 136.

<sup>56</sup> Zur sehr weiten Einschätzungsprärogative des vgl. nur BVerfGE 81, 242, 255 = NJW 1990, 1469, 1470 (Handelsvertreter); *Bechtold*, Grenzen (2012), S. 339; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 177 ff.; *Lange*, Grundrechtsbindung (2010), S. 218 ff.; *Bumke*, Ausgestaltung (2009), S. 16 ff.; *Leistner*, Richtiger Vertrag (2007), S. 290; *Cornils*, Ausgestaltung (2005), S. 13 ff.; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 20 f.; *Drexler*, Selbstbestimmung (1998), S. 221 ff.; *Kind*, Grenzen (1998), S. 10; *Lorenz*, Schutz (1997), S. 19 ff.; *Singer*, Selbstbestimmung (1995), S. 33 ff.; *Fastrich*, Inhaltskontrolle (1992), S. 76; *Höfling*, Vertragsfreiheit (1991), S. 54.

Darüber, dass die Privatautonomie die Rechtsordnung als Korrelat erfordert, besteht weitgehend Einigkeit.<sup>57</sup> Gleichwohl scheint das konstitutive Abhängigkeitsverhältnis privatautonomer Gestaltung von dem sie erst ermöglichenden rechtlichen Rahmen, den die Rechtsordnung vorgibt, im Gang der aktuellen Debatte weitgehend in den Hintergrund zu treten, wenn mit Verweis auf die Geltung der Privatautonomie die sie eigentlich immanent begrenzenden rechtlichen Schranken als nicht mehr hinnehmbare, die Privatautonomie in ihr Gegenteil verkehrende Beeinträchtigungen der Vertragsfreiheit zurückgewiesen werden. Bisweilen drängt sich der Eindruck auf, dass gleichsam jegliches In-Erscheinung-Treten rechtlicher Prinzipien außer jenem der Privatautonomie – freilich in der Lesart der diese jeweils in Anspruch nehmenden Partei – einen reflexartigen Aufschrei sowie die Forderung nach Begrenzung staatlicher Übergriffe auf die freie Selbstbestimmung der Parteien nach sich zieht.

Und in der Tat hat die aktuelle Debatte über die Reichweite *richterlicher Inhaltskontrolle* im unternehmerischen Geschäftsverkehr eine Tendenz offengelegt, die durch eine deutliche Betonung *formaler Vertragsfreiheit* und ein *Zurückdrängen* anderer die Rechtsordnung prägender Prinzipien – wie etwa jenes der Vertragsgerechtigkeit – gekennzeichnet ist.<sup>58</sup> Ihr liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, dass sich die Funktion der Rechtsordnung darauf beschränkt, privatautonomes Regelungen nahezu unbeschadet, unabhängig ihres Inhaltes und der Art und Weise ihres Zustandekommens mit staatlicher Autorität versehene rechtliche Geltung zu verschaffen. Die Rechtsordnung würde dabei auf die Rolle eines weitgehend wertneutralen und Gerechtigkeitsabwägungen gleichgültig gegenüberstehenden Durchsetzungsmechanismus für autonome Regelungen der Parteien, auf die Funktion eines bloßen *Notars* reduziert. Wäre dies der Fall, so käme der Parteivereinbarung tatsächlich jedenfalls faktisch originär rechtsetzende Qualität zu. Das Verhältnis von *Rechtsordnung* und *Privatautonomie* würde in ihr Gegenteil verkehrt. Aus dogmatischer Sicht wird daher die Engführung der Perspektive durch Überbetonung *formaler Vertragsfreiheit* und das Ausblenden der übrigen Rechtsprinzipien<sup>59</sup> der Stellung und Bedeutung der Privatautonomie im Gefüge der Rechtsordnung nicht gerecht. Freilich ist auch im Rahmen der Debatte über Geltungsgrund und Umfang richterlicher Inhaltskontrolle die Frage zu diskutieren, ob die *Intensität* der materiellen Überprüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen insbesondere im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern der Bedeutung entspricht, welche der Privatautonomie als Ausdruck der Selbstbestimmung des Einzelnen zukommt. Dabei werden indes die übrigen die

<sup>57</sup> Vgl. hierfür nur *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Aufl. 2004), S. 642; *Stoffels*, Schuldverträge (2001), S. 104; *Lorenz*, Schutz (1997), S. 15f.; *Singer*, Selbstbestimmung (1995), S. 6ff.; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 217ff.; *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 1ff.; *Flume*, FS 100 Jahre DJT (1960), S. 135, 147ff.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu eingehend unten S. 722ff.

<sup>59</sup> Zu diesem Phänomen eingehend unten S. 150ff., 722f.

Rechtsordnung prägenden Prinzipien wie der Vertrauensschutz und vor allem die *Vertragsgerechtigkeit* als Zweck des Rechts angemessen zu berücksichtigen sein.

cc) *Machtungleichgewichte und Informationsasymmetrien*

Selbstbestimmung entfaltet sich im Privatrecht im rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien, der in der Willenserklärung als Geltungserklärung rechtlich Gestalt annimmt. Dem Willen der Parteien kommt, wie gezeigt worden ist, für die Bestimmung rechtsgeschäftlicher Folgen eine tragende Bedeutung zu. Wie insbesondere *Manfred Wolf* herausgearbeitet hat<sup>60</sup>, sind *Wille* und *Selbstbestimmung* indes keineswegs identisch. Zwar ist Selbstbestimmung kaum ohne Willen denkbar, weil sich die eigenverantwortliche Entfaltung der Persönlichkeit regelmäßig im Willen der Person konkretisiert. Umgekehrt kann der Wille aber durchaus ohne Selbstbestimmung existieren.<sup>61</sup> Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Parteien zwar formal einer Vereinbarung zustimmen, jedoch durch *Drohung*, *Zwang* oder aufgrund einer *strukturellen Unterlegenheit* zu ihrer Zustimmung gedrängt werden. Defekte der tatsächlichen Selbstbestimmung der Parteien können aber auch dann gegeben sein, wenn sich der rechtsgeschäftliche Wille infolge eines *Informationsdefizits* nicht hinreichend konkretisieren konnte. Das ist regelmäßig bei der Einbeziehung von AGB der Fall, bei der die Rechtsordnung auf die tatsächliche Kenntnisnahme und damit eine reale Willensbildung bewusst verzichtet und stattdessen die Zustimmung zur Kernvereinbarung in Kenntnis des Vorhandenseins von AGB sowie die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme genügen lässt.<sup>62</sup>

Die genannten Beispiele zeigen, dass das geltende Recht in vielfältiger Weise auf Defekte der rechtsgeschäftlichen Willensbildung reagiert. Neben der Anordnung der *Nichtigkeit* etwa bei Ausbeutung einer Zwangslage, einer Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche des Vertragspartners (§ 138 Abs. 2 BGB) und der Anordnung der *Unwirksamkeit*, wie dies etwa die Regelungen zum Schutz vor benachteiligenden AGB vorsehen (§ 305 ff. BGB), wird der Schutz der tatsächlichen Selbstbestimmung der Parteien darüber hinaus auch durch *Formvorschriften*, *Widerrufs- und Anfechtungsrechte* (§ 123 BGB) sowie mittelbar durch *zwingend bestimmten Vertragsinhalt* gewährleistet.<sup>63</sup> Dabei ist insbesondere seit der zweiten Hälfte des 20. Jh. ein deutlicher Wandel des Verständnisses der Vertragsfreiheit erkennbar: Das auf dem idealistischen Freiheitsbegriff des 19. Jh. beruhende Verständnis *formaler Verhandlungsparität* ist mittlerweile einer differenzierteren Sichtweise gewichen,

<sup>60</sup> Vgl. nur *Wolf*, Entscheidungsfreiheit (1970), S. 27.

<sup>61</sup> *Ebenda*.

<sup>62</sup> Zur Problematik der *Informationsasymmetrie* als Ursache *situativer Unterlegenheit* des Verwendungsgegners vgl. eingehend unten S. 511 ff., 569 ff.

<sup>63</sup> Für einen Überblick über die Kompensationsmittel des BGB zum Ausgleich gestörter Vertragsparität vgl. eingehend *Hönn*, Vertragsparität (1982), S. 134 ff.

die zunehmend die *tatsächlichen Voraussetzungen* rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit der Parteien wie auch die *wirtschaftlichen* und *sozialen* Risiken für die Selbstbestimmung der Parteien in den Blick nimmt. Dabei wurde vor allem die Bedeutung der *Vertragsgerechtigkeit* und hier insbesondere der Leistungsäquivalenz als Indikator für das Bestehen *materieller* Vertragsfreiheit herausgearbeitet.

## 2. Rechtliche Grundlagen

Nachdem die *dogmatischen Grundlagen* der Vertragsfreiheit in ihren wesentlichen Linien umrissen wurden, sollen nun ihre *rechtlichen Grundlagen* als Ausdruck ihrer *Form* in den Blick genommen werden.

### a) Verfassungsrechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit

Die Vertragsfreiheit ist im Grundgesetz, im Gegensatz zu Art. 152 der Weimarer Reichsverfassung und einigen Landesverfassungen, zwar nicht *expressis verbis* als grundrechtliche Gewährleistung benannt. Sie ist aber nach nahezu allgemeiner Auffassung als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, soweit durch ihre Inanspruchnahme nicht speziellere Grundrechte einschlägig sind.

Aus der *Nichterwähnung* des Begriffs der Vertragsfreiheit lassen sich keine Rückschlüsse auf die verfassungsrechtliche Stellung von Vertragsfreiheit und Privatautonomie innerhalb der Rechtsordnung ziehen. Sie ist wie das ebenfalls nicht ausdrücklich erwähnte Grundrecht der *allgemeinen Handlungsfreiheit* in dem umfassenderen Oberbegriff der *freien Entfaltung der Persönlichkeit*, den die Redaktoren für die Vorschrift des Art. 2 Abs. 1 GG gewählt haben und der auch die Freiheit der Entfaltung im *wirtschaftlichen* und *rechtsgeschäftlichen Bereich* umfasst, enthalten<sup>64</sup>: „Freie Entfaltung umfaßt alles.“<sup>65</sup> Wie die Entstehungsgeschichte der Vorschrift im Hinblick auf die Diskussion der Frage, ob die allgemeine Handlungsfreiheit als Begriff in Art. 2 Abs. 2 GG aufgenommen werden sollte, zeigt, hat der Verzicht auf die ausdrückliche Einbeziehung der Vertragsfreiheit wie auch der übrigen speziellen Ausformungen der freien Entfaltung der Persönlichkeit offensichtlich rein sprachliche Gründe.<sup>66</sup>

Aus ihr ist weder eine Minderung noch eine Stärkung der Bedeutung der Vertragsfreiheit gegenüber der Weimarer Verfassung zu entnehmen.<sup>67</sup> Eine ausdrückliche Regelung der Vertragsfreiheit wäre zwar, anders als dies insbesondere *Flume* annimmt<sup>68</sup>, durchaus möglich und auch sinnvoll gewesen. Denn das Ge-

<sup>64</sup> Soergel/Wolf, (13. Aufl. 1999), Vor §140 Rn.41.

<sup>65</sup> *Bundestag/Bundesarchiv*, Parlamentarischer Rat, Bd. 5 II (1993), S. 607.

<sup>66</sup> Vgl. zum Gang der Beratungen im parlamentarischen Rat *ebenda*, S. 607ff.

<sup>67</sup> *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 19. Ebenso *Lorenz*, Schutz (1997), S. 18.

<sup>68</sup> Vgl. *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 19f., der darauf hinweist, dass „eine besondere

genüber von institutioneller Gewährleistung und einfachgesetzlicher Ausgestaltung trifft, wie *Canaris* gezeigt hat, in gleicher Weise auf die ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleisteten Institutsgarantien des Eigentums, des Erbrechts, der Vereins- und Koalitionsfreiheit sowie von Ehe und Familie zu.<sup>69</sup> Allerdings hat der Verfassungsgeber – von den genannten Institutsgarantien abgesehen – bewusst auf eine sprachliche Ausdifferenzierung der weiteren, sehr vielfältigen Ausformungen und verfestigten Gewährleistungsgehalte der allgemeinen Handlungsfreiheit verzichtet. Als Teil der Selbstbestimmung in eigenen Angelegenheiten ist die Vertragsfreiheit von dem in Art.2 Abs.1 GG gewährleisteten Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit umfasst.

#### *aa) Individual- und Institutsgarantie*

Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art.2 Abs.1 GG) stellt die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit und damit auch das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen im wirtschaftlichen und rechtlichen Bereich unter den umfassenden Schutz der Verfassung.<sup>70</sup> Aufgrund ihres engen Bezuges zu der in Art.1 Abs.1 GG gewährleisteten Menschenwürde und dem sich aus der Verfassung insgesamt und insbesondere aus Art.2 Abs.2 GG ergebenden Bekenntnis zur Freiheit des Individuums geht die Bedeutung der in Art.2 Abs.1 GG verankerten allgemeinen Handlungsfreiheit über die eines bloßen Auffanggrundrechts hinaus.<sup>71</sup> Aus der Vorschrift lässt sich vielmehr eine verfassungsrechtliche Grundwertung zum Selbstbestimmungsrecht des Individuums entnehmen, das sowohl subjektiv- als auch objektiv-rechtlich ausgeformt ist.<sup>72</sup>

Entsprechend schützt das Grundgesetz die Vertragsfreiheit in Art.2 Abs.1 GG auf zweifache Weise: durch die Gewährung einer zugunsten des Einzelnen wirkenden *Individualgarantie* und durch ihre objektiv-rechtliche Gewährleistung im Rahmen einer die Rechtsordnung als Ganzes bestimmenden *Institutsgarantie*. Die Vorschrift erfasst dabei drei Wirkbereiche: die Abwehr unzulässiger Eingriffe des Staates in die Vertragsfreiheit des Individuums (*subjektives Abwehrrecht*), den Schutz der Selbstbestimmung des Einzelnen durch den Staat (*objektives Schutzrecht*) sowie die Schaffung und Sicherung des notwendigen Rahmens der Privatrechtsordnung als Bedingung zur Entfaltung der Vertragsfreiheit (*Institutsgarantie*).

---

Statuierung der Vertragsfreiheit und die Gegenüberstellung der Rechtsordnung etwa in der Weise, dass Inhalt und Schranken der Vertragsfreiheit durch die Gesetze bestimmt würden ... nur dazu führen [würde], daß die eigentümliche Verschränkung der Vertragsfreiheit mit der Privatrechtsordnung verdeckt wird.“

<sup>69</sup> *Canaris*, JZ 1987, 993, 995.

<sup>70</sup> Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG (83. EL. 2018), Art.2 Abs.1 Rn. 1 ff., 101 ff. *Höfling*, Vertragsfreiheit (1991), S. 20 ff.

<sup>71</sup> *Busche*, Privatautonomie (1999), S. 25.

<sup>72</sup> *Busche*, Privatautonomie (1999), S. 25; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 225 ff.; *Singer*, 1995, 1133, 1138 f.

In ihrer Funktion als *Individualgarantie* wirkt die Vertragsfreiheit zunächst als *klassisches Abwehrgrundrecht*, das den Einzelnen vor verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten staatlichen Eingriffen in die eigenverantwortliche rechtliche Gestaltung seiner Lebensverhältnisse schützt. Aufgrund der Weite des Schutzbereiches und der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen rechtlicher Persönlichkeitsentfaltung ist der Inhalt des Abwehrenspruchs indes nur schwer zu konkretisieren.<sup>73</sup> Da die Vertragsfreiheit darüber hinaus lediglich unter dem einfachen Gesetzesvorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung steht und zu ihrer Effektuierung überhaupt erst der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedarf, liegt der Schwerpunkt der verfassungsrechtlichen Diskussion hier weniger auf der Bestimmung des Schutzbereiches als auf den Schranken und ihrer Rechtfertigung. Neben der abwehrrechtlichen Funktion der Vertragsfreiheit als grundrechtliche Gewährleistung des Schutzes *von Selbstbestimmung* enthält Art. 2 Abs. 1 GG auch eine objektiv-rechtliche Dimension, die auf den Schutz des Einzelnen vor Fremdbestimmung durch Dritte gerichtet ist.

Aus dem umfassenden Schutz des Selbstbestimmungsrechts, den die allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet, ergibt sich nämlich zugleich eine Handlungspflicht des Staates, die rechtlichen Rahmenbedingungen der Privatrechtsordnung so zu gestalten, dass dem Selbstbestimmungsprinzip des Einzelnen effektiv Geltung verschafft und er wirksam vor Fremdbestimmung im Vertragsrecht geschützt wird. Der *Schutz vor Fremdbestimmung* und die Gewährleistung eines *gerechten Interessenausgleichs* durch die Herstellung tatsächlicher *Vertragsparität*<sup>74</sup> ist insbesondere im Zuge der Bürgerschaftsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im zweiten Viertel des 20. Jh. vermehrt in den Mittelpunkt der Diskussion gerückt.<sup>75</sup> Dem Staat ist damit die Aufgabe zugewiesen, durch die Gestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Privatrechtsordnung zu gewährleisten, dass sich sowohl die Selbstbestimmung des Einzelnen im jeweils weitest möglichen Umfang verwirklichen kann, zugleich aber auch die nebeneinanderstehenden und zum Teil miteinander in Wettbewerb tretenden Selbstverwirklichungsbedürfnisse unterschiedlicher Grundrechtsträger im Wege praktischer Konkordanz so zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden, dass das Selbstbestimmungsprinzip für jeden der Beteiligten effektiv zum Tragen kommt.<sup>76</sup> Zwar wird die Vertragsfreiheit des Einzelnen durch jene der anderen begrenzt. Allerdings muss jedem Grundrechtsträger ein elementarer, substantieller Bereich eigener Freiheitsbetätigung verbleiben.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> Soergel/Wolf, (13. Aufl. 1999), Vor § 140 Rn. 43.

<sup>74</sup> Eingehend grundlegend BVerfGE 81, 242, 255 = NJW 1990, 1469, 1470 sowie Maunz/Dürig/Di Fabio, GG (83. EL. 2018), Art. 2 Abs. 1 Rn. 107 ff.; Hönn, Vertragsparität (1982), S. 9 ff., 88 ff., 134 ff.; Preis, Vertragsgestaltung (1993), S. 216 ff. Vgl. auch unten S. 256 ff., 268 ff., 472 ff., 508 ff.

<sup>75</sup> Vgl. hierzu unten S. 341 ff., 374 ff.

<sup>76</sup> Busche, Privatautonomie (1999), S. 27.

<sup>77</sup> Busche, Privatautonomie (1999), S. 106.

Im Kern geht es hierbei um die Bedingungen, unter denen Störungen des *Verhandlungsgleichgewichts* auszugleichen sind. Dabei sind insbesondere die Wertungen, die sich aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) ergeben und die über die zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB) in die Privatrechtsordnung einstrahlen, zu berücksichtigen. In der Folge nimmt das Bundesverfassungsgericht eine Handlungspflicht des Staates insbesondere in Fällen *typisierbarer Fallgestaltungen* an, die eine *strukturelle Unterlegenheit* des einen Vertragsteils erkennen lassen und zu ungewöhnlich belastenden Folgen für die unterliegende Partei führen.<sup>78</sup> Die in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Vertragsfreiheit enthält neben einer subjektiv-rechtlichen Individual- zugleich eine objektiv-rechtliche Institutsgarantie. Sie verpflichtet den Gesetzgeber die Privatrechtsordnung so auszugestalten, dass dem Einzelnen für die eigenverantwortliche Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse ein substantieller Betätigungsraum verbleibt. Dass es sich dabei um keine rein akademische Frage handelt, ist bereits mit Blick auf Tendenzen zur Beschränkung der Rechtsfähigkeit ganzer Personengruppen unter der nationalsozialistischen Herrschaft deutlich geworden.

*bb) Verfassungsmäßige Ordnung und Grundrechte anderer als Schranken*

Der Weite des Schutzbereiches der Vertragsfreiheit entspricht die Weite der Schranken, denen sie unterliegt. Die rechtliche Selbstbestimmung des Einzelnen steht unter dem Vorbehalt der *Rechte anderer*, des *Sittengesetzes* und vor allem der *verfassungsmäßigen Ordnung*, in der sie sich entfaltet und die sie überhaupt erst ermöglicht. Der Verweis auf die *verfassungsmäßige Ordnung* und damit auf die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell verfassungsgemäß sind,<sup>79</sup> macht deutlich, dass es sich bei der Vertragsfreiheit – anders als bei anderen Grundrechtsgewährleistungen – nicht um ein apriorisches Freiheitsrecht handelt, zu dessen Beschränkung zunächst besondere Hürden der Rechtfertigung überwunden werden müssten.<sup>80</sup> Da sich die Vertragsfreiheit überhaupt erst in dem Rahmen einer ausdifferenzierten Privatrechtsordnung vollziehen kann und damit auch der näheren Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedarf, ist ihr die notwendige Begrenzung durch die Rechtsordnung von vornherein immanent. Die Geschichte der Vertragsfreiheit ist daher die Geschichte ihrer Begrenzung<sup>81</sup>, auch wenn der Begriff der „Begrenzung“ dem komplexen Wechselspiel von er-

<sup>78</sup> BVerfGE 89, 214, 232 = NJW 1994, 36, 39 (Bürgschaft I). Vgl. hierzu eingehend unten S. 438f.

<sup>79</sup> BVerfGE 111, 54.

<sup>80</sup> Lorenz, Schutz (1997), S. 19.

<sup>81</sup> So plastisch Busche, Privatautonomie (1999), S. 66 unter Verweis auf Hackl, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang (1980), S. 14; Leisner, Grundrechte und Privatrecht (1960), S. 323 sowie Schwerdtner, Persönlichkeitsrecht (1976), S. 131.

möglichendem Rahmen und den immanenten Grenzen der Rechtsordnung nur ansatzweise gerecht wird.

Im Kern geht es weniger um die Begrenzung der Vertragsfreiheit durch staatliche Maßnahmen als vielmehr um die Frage, in welchem Maße die Rechtsordnung die rechtliche Selbstbestimmung des Einzelnen verwirklicht, in welchem Umfang sie die Gestaltung der Rechtsverhältnisse dem freien Spiel der Kräfte überlassen kann und wann sie, gerade um die eigenverantwortliche Selbstbestimmung beider Parteien zu gewährleisten und sie vor einseitiger Fremdbestimmung zu schützen, notwendig auf flankierende rechtliche Rahmenregelungen zurückgreifen muss.<sup>82</sup> Dabei wiederholt sich auf verfassungsrechtlicher Ebene die zwischen den Polen eines *formalen* und eines *materiellen* Verständnisses der Vertragsfreiheit oszillierende Diskussion um *Inhalt*, *Reichweite* und *Grenzen* der Vertragsfreiheit, die bereits aus dogmatischer Sicht näher in den Blick genommen wurde.<sup>83</sup> Allerdings erleichtert der verfassungsrechtliche Rahmen<sup>84</sup> ganz erheblich die Klärung des rechten Verhältnisses der Privatautonomie zur Vertragsgerechtigkeit, das im Kontext der zu Einseitigkeiten neigenden aktuellen Diskussion der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr<sup>85</sup> offensichtlich in grundsätzlicher Weise wieder infrage gestellt zu sein scheint. Das Verständnis der wechselseitigen Verschränkung von Vertragsfreiheit und Rechtsordnung, das sich aus seiner verfassungsrechtlichen Dogmatik ergibt, soll daher im Folgenden immer wieder in den Mittelpunkt gerückt und für die angemessene Lösung der Einzelfragen fruchtbar gemacht werden.

### cc) *Der Rahmen für die Ausgestaltung der Privatrechtsordnung durch den Gesetzgeber*

Aus dem Nebeneinander von objektiv-rechtlicher Institutsgarantie und den weiten Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung ergibt sich eine umfassende *Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers* für die nähere Ausgestaltung der Privatrechtsordnung.<sup>86</sup> Zwar ist der Staat verpflichtet, durch Anerkennung und Geltungsverleihung privatautonomer Rechtsakte und die Schaffung eines rechtlichen Rahmens dem Einzelnen einen substantiellen Betätigungsräum zu öffnen,

<sup>82</sup> Vgl. hierzu aus dogmatischer Perspektive unten S. 269 ff., sowie aus verfassungsrechtlicher Sicht unten S. 360 ff., 374 ff.

<sup>83</sup> Hierzu bereits oben S. 4 ff., 23 ff., 31.

<sup>84</sup> Hierzu eingehend unten S. 359 ff.

<sup>85</sup> Hierzu näher unten S. 692 ff., 713 ff.

<sup>86</sup> BVerfGE 81, 242, 255 = NJW 1990, 1469, 1470 (Handelsvertreter); *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 20f. Speziell zur Bestimmung des Ausgleichs von materieller und formeller Vertragsfreiheit *Drexler*, Selbstbestimmung (1998), S. 221 ff.; *Lorenz*, Schutz (1997), S. 19 ff.; *Singer*, Selbstbestimmung (1995), S. 33 ff.; *Fastrich*, Inhaltskontrolle (1992), S. 76; *Höfling*, Vertragsfreiheit (1991), S. 54. Vgl. auch *Bechtold*, Grenzen (2012), S. 339; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 177 ff.; *Lange*, Grundrechtsbindung (2010), S. 218 ff.; *Bumke*, Ausgestaltung (2009), S. 16 ff.; *Leistner*, Richtiger Vertrag (2007), S. 290; *Cornils*, Ausgestaltung (2005), S. 13 ff.; *Kind*, Grenzen (1998), S. 10.

in dem sich seine rechtliche Selbstbestimmung zu entfalten vermag. In dem *Wie* der Ausgestaltung ist er indes weitgehend frei, solange die von ihm errichtete Privatrechtsordnung den Grundentscheidungen der Verfassung – einschließlich der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Sozialstaatsprinzips – entspricht, Beschränkungen der Vertragsfreiheit *verhältnismäßig* sind und ihr *Wesensgehalt* nicht angetastet wird. Bei der ihm aufgetragenen Ausfüllung des Selbstbestimmungsprinzips durch die Normen des einfachen Gesetzesrechts wird der Gesetzgeber vor allem die in das Privatrecht einstrahlenden Grundrechte zu beachten haben.<sup>87</sup> Neben den die Vertragsfreiheit flankierenden und sie effektuierenden Spezialgrundrechten wie der Eigentumsgarantie und der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG), der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) kommt hier vor allem dem angemessenen Ausgleich zwischen den kollidierenden Ansprüchen des Selbstbestimmungsrechts der beteiligten Vertragsparteien besondere Bedeutung zu.<sup>88</sup>

Dabei lässt sich bereits aus dem gebotenen Ausgleich kollidierender Grundrechte im Wege der praktischen Konkordanz die Forderung an den Gesetzgeber entnehmen, die Privatrechtsordnung so auszugestalten, dass der Einzelne effektiv vor Fremdbestimmung auch im Vertragsrecht geschützt ist und sich die Selbstbestimmung beider Parteien möglichst weitgehend entfalten kann.<sup>89</sup> Da die Vertragsfreiheit ohne hinreichende Fürsorge des Gesetzgebers die „Gefahr zur Selbstaufhebung in sich trägt“<sup>90</sup>, ergibt sich aus den ebenfalls zu beachtenden objektiv-rechtlichen Vorgaben des Sozialstaatsprinzips eine *Schutzpflicht des Staates*, die Durchsetzung des Rechts des Stärkeren, die Ausnutzung ungleicher Machtverhältnisse und damit letztlich die Fremdbestimmung des schwächeren Vertragspartners durch die verhandlungstärkere Partei, die regelmäßig im Gewand der Vertragsfreiheit daherkommt und sich durch Verweis auf die formale Zustimmung der übervorteilten Partei legitimiert, zu verhindern. Die Sicherung der Grundbedingungen tatsächlicher Selbstbestimmung der Parteien ist damit zum wesentlichen Inhalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Vertragsfreiheit geworden. Sie wird im einfachen Recht auf mannigfaltige Weise gewährleistet, wobei der *Vertragskontrolle* eine zentrale Bedeutung zukommt. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive geht es hierbei nicht um die *Begrenzung* der Vertragsfreiheit, sondern um ihre *Verwirklichung* und *Effektuierung*.

Soll der verfassungsrechtliche Rahmen, in dem sich die Vertragsfreiheit entfaltet, zum Zweck unserer Untersuchung in ihren Grundzügen *zusammenfas-*

---

<sup>87</sup> Zur Grundrechtsbindung des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Privatrechtsordnung Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG (83. EL. 2018), Art. 2 Abs. 1 Rn. 106 sowie *Cornils*, Ausgestaltung (2005), S. 186 ff., 633 ff.

<sup>88</sup> Hierzu eingehend unten S. 378 f.

<sup>89</sup> Zur grundrechtlich gewährleisteten Schutzpflicht des Gesetzgebers Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, (83. EL. 2018), Art. 2 Abs. 1 Rn. 61 ff., 106; *Cornils*, Ausgestaltung (2005), S. 180 ff.; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR IX* (3. Aufl. 2011), S. 413, 533 ff.

<sup>90</sup> *MünchKomm/Busche*, BGB (7. Aufl. 2015), Vor § 145 Rn. 3.

send umrissen werden, so ergibt sich der Befund der engen Verschränkung des Schutzes rechtlicher Selbstbestimmung mit der sie erst konstituierenden und zugleich begrenzenden Rechtsordnung. Als Teil der *allgemeinen Handlungsfreiheit* ist die Vertragsfreiheit durch die Gewährleistung der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Art.2 Abs.1 GG geschützt, wobei der grundrechtliche Schutz sowohl als subjektiv-rechtliche *Individualgarantie* als auch als objektiv-rechtliche *Institutsgarantie* ausgestaltet ist.<sup>91</sup> Sie unterliegt den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung, die mit dem rechtlichen Rahmen der Privatrechtsordnung überhaupt erst die konstitutive Voraussetzung zur substantiellen Verwirklichung der Vertragsfreiheit bildet. Der Gesetzgeber ist bei der Ausgestaltung der Privatrechtsordnung weitgehend frei<sup>92</sup>, hat jedoch neben der *Verhältnismäßigkeit* und der *Wesensgehaltsgarantie* vor allem kollidierende Grundrechte und Verfassungsprinzipien, hier vor allem das *Selbstbestimmungsrecht* anderer Vertragspartner sowie das *Sozialstaatsprinzip*, zu beachten. Die miteinander in Wettbewerb stehenden Ansprüche der Beteiligten auf Selbstbestimmung sind im Wege praktischer Konkordanz in der Weise zum Ausgleich zu bringen, dass sich das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen im weitest möglichen Umfang verwirklichen kann. Dabei kommt aufgrund der zentralen Bedeutung des Schutzes vor Fremdbestimmung und der Sicherung der Grundbedingungen tatsächlicher Selbstbestimmung der Parteien der *Kompensation von Verhandlungsungleichheiten* eine zentrale Bedeutung zu. Der Gesetzgeber hat bei der Ausfüllung des einfachen Rechts daher in besonderer Weise der Kompensation ungleicher Verhandlungsmacht Rechnung zu tragen. Er hat dies für den Bereich der AGB mit den Vorschriften der §§305 ff. BGB getan. Die Auslegung dieser Regelungen durch die Rechtsprechung hat sich dabei an der Grundentscheidung der Verfassungsordnung zur *Selbstbestimmung des Individuums* auf der einen und dem *Schutz vor Fremdbestimmung* auf der anderen Seite auszurichten. In welchem Maße dies vor dem Hintergrund der geltenden Rechtslage gelungen ist, soll im weiteren Verlauf der Untersuchung nun näher in den Blick genommen werden.<sup>93</sup>

### b) Europarechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit

Die Vertragsfreiheit gehört, wenngleich sie in den grundlegenden Vertragstexten als subjektiv-rechtliche Gewährleistung nicht ausdrücklich geregelt ist, zu den

<sup>91</sup> Maunz/Dürig/Di Fabio, GG (83. EL. 2018), Art.2 Abs.1 Rn.101 ff., 107 ff. Höfling, Vertragsfreiheit (1991), S. 6 ff., 20 ff., 25 ff.

<sup>92</sup> Vgl. BVerfGE 81, 242, 255 = NJW 1990, 1469, 1470 (Handelsvertreter); Bumke, Ausgestaltung (2009), S. 16 ff.; Leistner, Richtiger Vertrag (2007), S. 290; Cornils, Ausgestaltung (2005), S. 13 ff.; Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 20 f.; Drexler, Selbstbestimmung (1998), S. 221 ff.; Lorenz, Schutz (1997) S. 19 ff.; Singer, Selbstbestimmung (1995), S. 33 ff.; Fastrich, Inhaltskontrolle (1992), S. 76; Höfling, Vertragsfreiheit (1991), S. 54.

<sup>93</sup> Hierzu eingehend unten S.811 ff.

wesentlichen Grundsätzen des europäischen Unionsrechts.<sup>94</sup> Vom Unionsrecht stillschweigend vorausgesetzt, bildet sie den Ausgangspunkt, den gemeinsamen Kern und das Fundament der europäischen Wirtschaftsordnung und gehört damit zu den tragenden Säulen des unionalen Binnenmarktkonzepts. *Marktwirtschaft* und *freier Wettbewerb*, die der europäische Binnenmarkt als prägende Merkmale der europäischen Wirtschaftsverfassung voraussetzt, bedürfen der Privatautonomie als notwendige Grundlage. Die Vertragsfreiheit bildet den eigentlichen, gemeinsamen Kern der Ausübung der Grundfreiheiten, die letztlich auf nichts anderes gerichtet sind als darauf, dem Einzelnen innerhalb des europäischen Binnenmarktes die eigenverantwortliche Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse auch über die Grenzen der einzelnen Mitgliedstaaten hinaus zu ermöglichen.<sup>95</sup> Weil die *Grundfreiheiten* als spezielle Ausformungen der Privatautonomie die grenzüberschreitende, rechtliche Selbstbestimmung des Einzelnen im europäischen Wirtschaftsraum ermöglichen, ist es angemessen, in der Privatautonomie die der europäischen Wirtschaftsordnung im Kern zugrunde liegende „wahre Grundfreiheit“<sup>96</sup> zu sehen. In der Tat wäre der europäische Binnenmarkt ohne die Vertragsfreiheit nicht denkbar. Mit dem Befund, dass dem Unionsrecht das Konzept der Vertragsfreiheit als konstitutives Gestaltungsprinzip immanent zugrunde liegt, ist indes noch nichts über ihre *subjektiv-rechtliche Gewährleistung*, ihren *Inhalt* und die rechtstatsächlichen Möglichkeiten ihrer *Durchsetzung* gesagt.

Eine Antwort auf diese Fragen wird dadurch erschwert, dass die Vertragsfreiheit – von der Erwähnung in einigen europäischen Richtlinien<sup>97</sup>, rechtspolitischen Dokumenten der Kommission<sup>98</sup> und weiterer EU-Institutio-

---

<sup>94</sup> Vgl. nur *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl. 2006), Rn. 131 ff.; *Schulze*, GPR 2005, 56, 57; *Canaris*, FS Lерche (1993), S. 874, 889 f.; *Rittner*, JZ 1990, 838, 840 f.

<sup>95</sup> *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl. 2006), S. 62.

<sup>96</sup> *Mülberr*, ZHR 159 (1995), 2, 8 in Anlehnung an *Müller-Graff*, Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht (2. Aufl. 1991), S. 17 f.

<sup>97</sup> Deutlich etwa Art. 18 Abs. 2 e) RL 2014/66/EU v. 15.5.2014 (Unternehmensinterne Transfers) („unbeschadet der *Vertragsfreiheit* gemäß *Unionsrecht* und *nationalem Recht*“); ErwG Nr. 14 RL 2004/113/EG v. 13.12.2004 (Gleichbehandlungs-Richtlinie) („Für jede Person gilt der *Grundsatz der Vertragsfreiheit*, der die freie Wahl des Vertragspartners für eine Transaktion einschließt.“) sowie ErwG Nr. 16 RL 93/83/EG v. 27.9.1993 (*Schutzdauer-Richtlinie*) („der Grundsatz der *Vertragsfreiheit*, auf den sich diese Richtlinie stützt“). Vgl. auch Art. 23 Abs. 1 e) RL 2014/36/EU v. 26.2.2014 (Saisonarbeiter-Richtlinie); Art. 6 Abs. 4 RL 2012/28/EU v. 25.10.2012 (Richtlinie über die Nutzung verwaister Werke); Art. 12 Abs. 1 g) RL 2011/98/EU v. 13.12.2011; Art. 14 Abs. 2 b) RL 2009/50/EG (Hochqualifizierten-Richtlinie) v. 25.5.2009; ErwG Nr. 18 RL 2000/35/EG v. 29.6.2000 (Zahlungsverzug-Richtlinie); ErwG Nr. 8 RL 1999/44/EG v. 25.5.1999 (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie). Hervorhebungen durch den Verfasser.

<sup>98</sup> Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg., S. 14, 21, 23 („Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht sollte vom Grundsatz der *Vertragsfreiheit* geleitet sein.“, ebenda, S. 23); Mitteilung der Kommission, Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM(2010) 348 endg., S. 13; Mitteilung der Kom-

nen<sup>99</sup> sowie in einigen Urteilen des EuGH<sup>100</sup> abgesehen – im geltenden Unionsrecht bislang kaum normativen Niederschlag gefunden hat. Lediglich im – 2014 wohl aufgrund mangelnder Unterstützung im Rat von der Kommission wieder zurückgezogenen<sup>101</sup> – Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK-E) als freilich optionalem unionsrechtsrechtlichem Instrument ist sie, hier indes an prominenter Stelle in Art. 1 Abs. 2 GEK-E – als explizite Gewährleistung enthalten.<sup>102</sup> Davon abgesehen ist sie weder in den grundlegenden europäischen Rechtstexten wie dem AEUV, dem EUV, der Grundrechtecharta oder dem Entwurf einer EU-Verfassung noch in der EMRK *ausdrücklich* geregelt, wenn auch die Richtliniengesetzgebung wie selbstverständlich von ihrer Geltung ausgeht.<sup>103</sup> Ein *europäisches Grundrecht der Vertragsfreiheit* lässt sich daher nur *mittelbar* aus einer Gesamtschau des normativen Corpus des Unionsrechts, der Rechtsprechung des EuGH und der Äußerungen der Kommission herleiten. Dabei besteht freilich stets die Gefahr, das verfassungsrechtliche Verständnis der Vertragsfreiheit auf der Grundlage des deutschen Grundgesetzes bewusst oder unbewusst auf die in ihrer Struktur völlig andersartige Dogmatik des europäischen Unionsprivatrechts zu übertragen und auf diese Weise wünschenswerte Wertungen hineinzulesen, die in den europäischen Rechtsquellen so nicht enthalten sind und weder vom europäischen Gesetzgeber noch von den Gerichten intendiert wurden.

---

mission, Ein gemeinsames europäische Kaufrecht zur Erleichterung grenzübergreifender Geschäfte im Binnenmarkt, KOM(2011) 636 endg., S. 8 („Dieser Vorschlag ist als Beitrag zu mehr Wachstum und Handel im Binnenmarkt gedacht. Er ist auf *Vertragsfreiheit* und ein hohes Verbraucherschutzniveau gestützt ... Getreu dem *Grundsatz der Vertragsfreiheit* hat ein Unternehmer die Wahl ...“); Mitteilung der Kommission, Die Funktionsweise der Lebensmittelversorgungskette in Europa verbessern, KOM(2009) 591, S. 8 („Die Kommission wird gemeinsam mit den Mitgliedstaaten darauf hinarbeiten, die *vertraglichen Beziehungen* auf eine sicherere Grundlage zu stellen, damit die Vertragsparteien unter *Wahrung ihrer Vertragsfreiheit* die Vorteile des Binnenmarkts in vollem Umfang nutzen können.“). Hervorhebungen durch den Verfasser.

<sup>99</sup> Vgl. nur Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 19./20. 1. 2011, ABl. EU 2011 C 84, S. 1, 2, 5; Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 16./17. 12. 2009, ABl. EU 2010 C 255, S. 42, 42, 45 f.; Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 24./25. 10. 2007, ABl. EU 2008 C 44, S. 27, 31.

<sup>100</sup> Vgl. etwa EuGH, Ur. v. 19. 4. 2012, Rs. C-213/10, Rn. 45 (*F-Tex SIA ./ Lietuvos-Anglijos UAB „Jadecloud-Vilma“*); EuGH, Ur. v. 22. 3. 2007, Rs. C-437/04, Slg. 2007, I-2513, Rn. 51 (*Kommission ./ Rat & Belgien*); EuGH, Ur. v. 21. 1. 1999, Rs. C-215/96, Slg. 1999, I-135, Rn. 45 f. (*Carlo Bagnasco u. a. ./ Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP)*).

<sup>101</sup> Vgl. das am 16. 12. 2014 bekannt gegebene Arbeitsprogramm der *Kommission* für das Jahr 2015: Ein neuer Start, KOM(2014) 910 endg., Anhang 2, Nr. 60 (Liste der zurückzuziehenden oder zu ändernden Vorschläge).

<sup>102</sup> Art. 1 Abs. 1 GEK-E: „Den Parteien steht es, vorbehaltlich einschlägiger zwingender Vorschriften, frei, einen Vertrag zu schließen und dessen Inhalt zu bestimmen.“ Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg., S. 40.

<sup>103</sup> Vgl. nur die Nachweise oben S. 37, Fn. 98.

Die Begründung ungeschriebener Unionsgrundrechte bedarf daher einer umfassenderen Perspektive, die den Horizont des nationalen Verfassungsverständnisses übersteigt und die doch sehr unterschiedlichen Rechtstraditionen in den einzelnen Mitgliedstaaten berücksichtigt. Die Frage, wie diese Aufgabe auf methodisch angemessene Weise bewältigt werden kann, bleibt eine der zentralen Herausforderungen der europäischen Rechtswissenschaft bei der weiteren Entwicklung des Unionsprivatrechts. Das Problem der Begründung einer subjektiv-rechtlichen Gewährleistung der Vertragsfreiheit im Unionsprivatrecht ist allein europarechtlich-autonom vor dem Hintergrund der europäischen Rechtstradition und Privatrechtsdogmatik zu lösen. Dabei ist der – zumeist unbewussten – Tendenz zu widerstehen, unbesehen verfassungsrechtliche Grundsätze des nationalen Rechts auf die europäische Ebene zu übertragen. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob und in welchem Umfang sich aus den Rechtsquellen des Unionsprivatrechts eine subjektiv-rechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit als ungeschriebenes Unionsgrundrecht induktiv herleiten lässt.

#### aa) *Objektiv-rechtliche Anknüpfungspunkte*

##### (1) *Wirtschaftsverfassung und Grundfreiheiten*

Mit dem Bekenntnis der Europäischen Union zu einer Wirtschaftsverfassung, die „dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist“ (Art. 119 Abs. 1 AEUV), ist zugleich die Anerkennung der Privatautonomie als tragendes Prinzip des Unionsrechts verbunden.<sup>104</sup> Denn *Marktwirtschaft* und *freier Wettbewerb* setzen die Möglichkeit der eigenverantwortlichen Gestaltung der Rechtsverhältnisse und damit Privatautonomie voraus. Der Unionsgesetzgeber geht daher in Art. 119 und 120 AEUV stillschweigend von der selbstverständlichen Geltung der Vertragsfreiheit im europäischen Binnenmarkt aus.<sup>105</sup> Um die für die Etablierung eines solchen Binnenmarktes erforderliche effektive Wirksamkeit im europäischen Rechtsraum zu entfalten, darf sich die Vertragsfreiheit nicht in der Anerkennung eines bloß objektiv-rechtlichen Gestaltungsprinzips erschöpfen. Vielmehr bedarf sie zu ihrer Effektivierung der Ausprägung als subjektiv-rechtliche Individualgarantie, auf die sich die Bürger im Einzelfall auch effektiv berufen können.

Eine normative, subjektiv-rechtliche Ausformung hat die Privatautonomie im europäischen Primärrecht in Gestalt der vier *Grundfreiheiten*, der Personen-,

---

<sup>104</sup> Heiderhoff, *Europäisches Privatrecht* (3. Aufl. 2012), Rn. 223. Ähnlich bereits Lorenz, *Schutz* (1997), S. 22; Canaris, *FS Lerche* (1993), S. 874, 890; Schmidt-Leithoff, *FS Rittner* (1991), S. 596, 604.

<sup>105</sup> Zur Gründung des EU-Privatrechts auf der Vertragsfreiheit Heiderhoff, *Europäisches Privatrecht* (3. Aufl. 2012), Rn. 223; Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht* (2. Aufl. 2006), Rn. 131; v. Vogel, *Verbrauchervertragsrecht* (2006), S. 260; Schulze, *GPR* 2005, 56, 57; Remien, *Zwingendes Vertragsrecht* (2003), S. 178; Reich, *ZEuP* 1994, 381, 381 ff.; Canaris, *FS Lerche* (1993), S. 874, 890; Hommelhoff, *AcP* 192 (1992), 71, 105; Rittner, *JZ* 1990, 838, 840.

Waren- und Kapitalverkehrs- sowie der Dienstleistungsfreiheit, erfahren. Sie stellen bestimmte, für den Bestand des europäischen Binnenmarktes und den grenzüberschreitenden Handel notwendige Ausübungsformen privatautonomes Handelns unter den Schutz der Union und bilden dabei nichts anderes als spezielle Ausprägungen der Vertragsfreiheit, in der sie in der Form von Teilfreiheiten als Minus mit enthalten sind. Da sie in der Privatautonomie ihre gemeinsame Wurzel haben, kann man in der Vertragsfreiheit zu Recht die „wahre Grundfreiheit“<sup>106</sup> sehen, die vom Unionsrecht notwendigerweise als selbstverständlich vorausgesetzt wird.

Da der Unionsgesetzgeber des europäischen Primärrechts schon aus kompetentiellen Gründen der Subsidiarität die Schaffung eines europäischen Wirtschaftsraumes und nicht die umfassende Kodifizierung eines Unionsprivatrechts im Blick hatte und sich infolgedessen auch auf die Beseitigung zwischenstaatlicher Hindernisse für den freien Personen-, Waren-, Kapital- und Dienstleistungsverkehr beschränken musste, war die besondere normative Gewährleistung umfassender Vertragsfreiheit nicht nur entbehrlich, sondern ihm auch von Rechts wegen verwehrt. Sie wäre für den Bereich der Verträge auch nur im Kontext eines umfassend kodifizierten europäischen Unionsprivatrechts sinnvoll, für das ungeachtet der entsprechenden Vorarbeiten<sup>107</sup> derzeit weder die notwendige Kompetenz noch aktueller Handlungsbedarf besteht. Es ist daher nicht nur verständlich, sondern auch folgerichtig, dass sich das europäische Primärrecht notwendig auf die normative Gewährleistung der für die Schaffung des europäischen Binnenmarktes erforderlichen Teilfreiheiten beschränkt. Diese sind freilich nur unter der zwar ungeschriebenen, indes *a priori* logisch notwendigen, konzeptionellen Voraussetzung der grundsätzlichen Anerkennung des Prinzips der Privatautonomie als tragendem Gestaltungsgrundsatz der Unionsrechtsordnung denkbar.

## (2) Europäische Menschenrechtskonvention

Sind die Verträge aufgrund ihrer auf Etablierung des europäischen Binnenmarktes und nicht auf die Schaffung eines kodifizierten Unionsprivatrechts gerichteten Zwecks für die normative Verankerung einer subjektiv-rechtlichen Gewährleistung der *allgemeinen* Vertragsfreiheit wenig geeignet, so kommen als originärer Ort hierfür vor allem jene Texte des „Europäischen Verfassungsrechts“ in Betracht, die wie die EMRK, die europäische Grundrechtecharta oder der Entwurf einer EU-Verfassung bereits auf europarechtlicher Ebene ausdrücklich kodifizierte Garantien der Grund- und Menschenrechte enthalten. Umso mehr erstaunt der Befund, dass auch die grundrechtlichen Texte für die normative Verankerung der Vertragsfreiheit wenig ergiebig sind. In der EMRK, deren grund-

<sup>106</sup> So Mülbart, ZHR 159 (1995), 2, 8 unter Verweis auf Müller-Graff, Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht (2. Aufl. 1991), S. 17f.

<sup>107</sup> Hierzu eingehend unten S. 44 ff., 796 ff.

rechtliche Gewährleistungen über Art. 6 Abs. 3 EUV „als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts“ sind, wird die Vertragsfreiheit nicht erwähnt. Ein Menschenrecht auf Vertragsfreiheit wird von der EMRK damit nicht ausdrücklich gewährt. Auch aus der in Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK iVm. Art. 1 Abs. 1 S. 1 des Ersten Zusatzprotokolls verankerten Eigentumsgarantie lässt sich ohne weitere Anhaltspunkte ein allgemeines Grundrecht der Vertragsfreiheit nur schwer herleiten. Zwar hat der EGMR, wie das Beispiel der französischen *propriété commerciale* zeigt<sup>108</sup>, in einigen wenigen Einzelfällen auch zu vertragsrechtlichen Problemen Stellung genommen.<sup>109</sup> Über die von der Rechtsprechung behandelten miet- und eigentumsrechtlichen Fragen (Mietzinsbeschränkungen<sup>110</sup>, Räumung bei Eigenbedarfskündigung<sup>111</sup>, soziales Wohnrecht<sup>112</sup>) hinaus, in denen der Gerichtshof den betroffenen Vertragsstaaten im Übrigen einen sehr weiten rechtlichen Gestaltungsspielraum einräumt<sup>113</sup>, hat die EMRK indes für den Bereich des Vertragsrechts kaum Wirkung entfalten können.<sup>114</sup> Damit bleibt es für die EMRK bei dem Befund, dass sie „dem Vertragsrecht im Wesentlichen doch fremd gegenüberzustehen, für es also fast nichts herzugeben“<sup>115</sup> scheint.

### (3) Grundrechtecharta der EU

Deutlichere Anknüpfungspunkte ergeben sich dagegen aus der im Jahr 2000 erstmals feierlich verkündeten und 2009 gemeinsam mit dem Vertrag von Lissabon verbindlich verabschiedeten *Grundrechtecharta der EU*, die gem. Art. 6 Abs. 1 EUV als primäres Unionsrecht gleichrangig neben die Verträge tritt. Zwar enthält auch sie keine ausdrückliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit, doch sieht sie mit der Anerkennung der *Berufsfreiheit*, der *unternehmerischen Freiheit* und des *Eigentumsrechts* in den Art. 15–17 GRCH klassische Wirtschaftsgrundrechte vor, aus denen sich ein allgemeines, ungeschriebenes Grundrecht der Vertragsfreiheit als *Annexfreiheit* herleiten ließe. Für die Anerkennung eines derartigen Annexgrundrechts spricht auch die Entstehungsgeschichte der Charta: So ging etwa das Präsidium des Grundrechtekonvents ganz selbstverständlich davon aus, dass die Vertragsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH – der sie in einen funktionellen Zusammenhang mit der Berufsfreiheit stellte – anerkannt sei<sup>116</sup>. Danach ist die Vertragsfreiheit im Rahmen der in Art. 16 GRCH veranker-

<sup>108</sup> Eingehend *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht* (2003), S. 438 ff.

<sup>109</sup> Vgl. hierzu *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht* (2003), S. 174 f. mwN.

<sup>110</sup> EGMR, Urt. v. 21. 2. 1986, A 169, ÖJZ 1990, 150 (*Mellacher ./ Österreich*).

<sup>111</sup> EGMR, Urt. v. 28. 9. 1995, A 315-B (*Spadea und Scalabrino ./ Italien*) sowie EGMR, Urt. v. 21. 11. 1995, A 334 (*Velosa Barreto ./ Portugal*).

<sup>112</sup> EGMR, Urt. v. 21. 2. 1986, A 98, EuGRZ 1988, 341 (*James ./ Vereinigtes Königreich*).

<sup>113</sup> *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht* (2003), S. 177 („den Vertragsstaaten größte Freiheit gelassen“).

<sup>114</sup> *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht* (2003), S. 174.

<sup>115</sup> So treffend *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht* (2003), S. 174.

<sup>116</sup> *Bernsdorff*, in: Meyer, GRCH (4. Aufl. 2014), Art. 16 Rn. 12.

ten unternehmerischen Freiheit geschützt.<sup>117</sup> Allerdings ist auf der Grundlage von Art. 16 GRCH die induktive Herleitung eines allgemeinen, sowohl für das rechtsgeschäftliche Handeln Privater als auch für unternehmerische Tätigkeit geltenden Annexgrundrechts kaum möglich, weil die Vorschrift lediglich den unternehmerischen Geschäftsverkehr erfasst. Ein umfassender Schutz der Privatautonomie könnte allenfalls mit Verweis auf das in Art. 6 GRCH verankerte *allgemeine Freiheitsrecht* begründet werden. Jedoch begegnet auch dieser Ansatz Bedenken, da die Vorschrift in ihrem Kern die persönliche Freiheit im Blick hat und daher thematisch eigentlich nicht einschlägig ist.

Damit ergibt sich auch für die EMRK, die Grundrechtecharta der EU sowie den gleichlautenden Entwurf eines europäischen Verfassungsvertrages<sup>118</sup> der Befund, dass sich eine verfassungsrechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit allenfalls auf der Grundlage eines *ungeschriebenen Unionsgrundrechts* herleiten lässt<sup>119</sup>, das aus der Anerkennung bestimmter Teilfreiheiten rechtsgeschäftlichen Handelns abgeleitet werden muss. Ob dies vor dem Hintergrund eines erst kürzlich entworfenen Grundrechtstextes ohne weiteres angenommen werden kann, mag zu Recht hinterfragt werden. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass die Vertragsfreiheit auch im deutschen Grundgesetz keine ausdrückliche Erwähnung findet, ihre Begründung im Einzelnen umstritten ist<sup>120</sup> und sie als ungeschriebenes Grundrecht ebenfalls aus wechselnden normativen Anknüpfungspunkten hergeleitet wird<sup>121</sup>. Für die Vertragsfreiheit ergibt sich damit die paradoxe Situation, dass ihre grundrechtliche Gewährleistung zwar sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene als allgemein anerkannt gelten kann, sie sich gleichwohl einer exakten Verortung zu entziehen scheint. Von ihrer Geltung wird offensichtlich so selbstverständlich ausgegangen, dass ihre konkrete normative Verankerung als zweitrangig erachtet wird.

#### (4) Rechtsprechung des EuGH

Die Rechtsprechung des EuGH bestätigt den normativen Befund: Sie ist im Hinblick auf die ausdrückliche Gewährleistung eines Unionsgrundrechts der Vertragsfreiheit wenig ergiebig. So wird die Vertragsfreiheit nur in vergleichsweise wenigen Entscheidungen überhaupt thematisiert.<sup>122</sup> Allerdings weisen die ent-

<sup>117</sup> Bernsdorff, in: Meyer, GRCH (4. Aufl. 2014), Art. 16 Rn. 10; Jarass, GRCH (3. Aufl. 2016), Art. 16 Rn. 9; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (5. Aufl. 2016), Art. 16 GRCH Rn. 2. Ebenso Miethaner, AGB-Kontrolle (2010), S. 126.

<sup>118</sup> Vertrag über eine Verfassung für Europa v. 29. 10. 2004, ABl. EU 2004 C 310, S. 1.

<sup>119</sup> Hierfür etwa Weischer, Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle (2013), S. 75; Heinrich, Formale Freiheit (2000), S. 158 ff., 160.

<sup>120</sup> Vgl. hierzu und zur verfassungsrechtlichen Herleitung der *Vertragsfreiheit* oben S. 30 ff. sowie unten S. 359 ff.

<sup>121</sup> Vgl. oben S. 30 ff.

<sup>122</sup> Vgl. exemplarisch EuGH, Urt. v. 19. 4. 2012, Rs. C-213/10, EuZW 2012, 427, Rn. 45 (*F-Tex SIA ./. Lietuvos-Anglijos UAB „Jadecloud-Vilma“*); EuGH, Urt. v. 22. 3. 2007, Rs.

sprechenden Urteile darauf hin, dass auch der EuGH stillschweigend von der selbstverständlichen Anerkennung grundrechtlich geschützter Vertragsfreiheit ausgeht.<sup>123</sup> So wird etwa die Tatsache, dass der EuGH für Eingriffe in das rechts-geschäftliche Handeln die Beachtung des *Gesetzesvorbehaltes* sowie des *Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes* fordert als Indiz für die indirekte Anerkennung grundrechtlich geschützter Vertragsfreiheit gewertet, da es sich dabei um klassische Schranken-Schranken handelt, die nur bei Eingriffen in Grundrechte zu beachten sind.<sup>124</sup> Darüber hinaus hat der EuGH in jüngeren Entscheidungen auf die Vertragsfreiheit der Parteien *expressis verbis* Bezug genommen<sup>125</sup>, so dass die Annahme des grundrechtlichen Schutzes der Vertragsfreiheit im Unionsprivatrecht vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH in der Tat als gesichert gelten kann.<sup>126</sup> Noch deutlicher als die Entscheidungen des EuGH sind insoweit die *Schlussanträge der Generalanwälte*, die ausdrücklich von der grundrechtlichen Anerkennung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit im Unionsrecht ausgehen<sup>127</sup>

C-437/04, Slg. 2007, I-2513, Rn. 51 (*Kommission ./. Rat & Belgien*); EuGH, Urt. v. 21. 1. 1999, RS-C-215/96, Slg. 1999, I-135, Rn. 45 f. (*Carlo Bagnasco u. a. ./. Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP)*).

<sup>123</sup> Vgl. die in Fn. 122 genannten Urteile sowie *Heinrich*, Formale Freiheit (2000), S. 158 ff.

<sup>124</sup> So insbesondere *Miethaner*, AGB-Kontrolle (2010), S. 125 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 16. 1. 1979, Rs. C-151/78, Slg. 1979, I, Rn. 19 f. (*Sukkerfabriken Nykøbing Limiteret ./. Landwirtschaftsministeriet Danmark*) sowie EuGH, Urt. v. 22. 4. 1999, Rs. C-161/97 P, Slg. 1999, I-2057, Rn. 124, 126 (*Kernkraftwerke Lippe-Ems ./. Kommission*).

<sup>125</sup> Vgl. nur EuGH v. 22. 3. 2007, Rs. C-437/04, Slg. 2007, I-2513, Leitsatz 2 (*Kommission ./. Belgien*): „Diese Abwälzung entspricht nämlich, wenn sie im Wege einer im Mietvertrag enthaltenen Klausel erfolgt, notwendig dem Willen der Vertragsparteien, da es unter deren *Vertragsfreiheit* fällt, eine solche Klausel in den Vertrag aufzunehmen. Außerdem fällt die Abwälzung der genannten Steuer auch dann unter die *Vertragsfreiheit* der Parteien, wenn sie in Form einer Mieterhöhung erfolgt ...“, vgl. auch Rn. 51; EuGH v. 7. 9. 2006, Rs. C-125/05, Slg. 2006, I-7637, Rn. 47 (*Vulcan Silkeborg ./. Skandinavisk Motor Co.*), („... in diese Verordnung eine bloße Möglichkeit einzuführen, die die Vertragsfreiheit der Parteien, so wie sie im Rahmen des geltenden nationalen Rechts besteht, vorbehaltlich der Beachtung der in der genannten Bestimmung ausgeführten Anwendungsvoraussetzungen, nicht einschränkt“).

<sup>126</sup> Ebenso *Weischer*, Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle (2013), S. 73 ff.; *Miethaner*, AGB-Kontrolle (2010), S. 124 ff.; *Heinrich*, Formale Freiheit (2000), S. 158 ff. sowie *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht (3. Aufl. 2012), Rn. 223; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl. 2006), Rn. 131; v. *Vogel*, Verbrauchervertragsrecht (2006), S. 260; *Schulze*, GPR 2005, 56, 57; *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht (2003), S. 178; *Reich*, ZEuP 1994, 381, 381 ff.; *Canaris*, FS Lerche (1993), S. 874, 890; *Hommelhoff*, AcP 192 (1992), 71, 105; *Rittner*, JZ 1990, 838, 840.

<sup>127</sup> Generalanwältin *Trstenjak*, Schlussantrag v. 29. 10. 2009, Rs. C-484/08, Slg. 2010, I-4785, Rn. 39 (*Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid ./. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios*): „Es geht um den Widerstreit zwischen der Privatautonomie auf der einen und dem Schutz des schwächeren Vertragspartners, des Verbrauchers, auf der anderen Seite.“; Generalanwältin *Kokott*, Schlussantrag v. 17. 9. 2009, Rs. C-441/07, Slg. 2010 I-5949, Rn. 225 f. (*Kommission ./. Alrosa Company Ltd.*): „Die Vertragsfreiheit gehört zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Sie ist Ausfluss der Handlungsfreiheit von Personen. Auch mit der grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit ist sie untrennbar verbunden. In einer Gemeinschaft, die dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist, ist die Gewährleistung von Vertragsfreiheit unerlässlich.“

und mittlerweile auch auf das entsprechende deutschsprachige Schrifttum Bezug nehmen<sup>128</sup>. In die gleiche Richtung weisen die *Dokumente der Kommission*<sup>129</sup> sowie die verschiedenen Richtlinien<sup>130</sup>, die ein ausdrückliches Bekenntnis zur Gewährleistung der Vertragsfreiheit auf europäischer Ebene enthalten.

(5) *Vorarbeiten für ein gemeinsames Europäisches Vertragsrecht*

Ein klares Bekenntnis zur normativen Verankerung der Vertragsfreiheit enthalten dagegen die rechtsvereinheitlichen Kodifikationsprojekte als Vorarbeiten für ein *Gemeinsames Europäisches Privatrecht*. So enthalten die *Restatements* wie etwa die 1995 in ihrem ersten Teil veröffentlichten *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (Principles of European Contract Law, PECL)* der Lando-Kommission sowie die *UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts (UPr)* aus dem Jahr 2010 eine nahezu wortgleiche Verankerung der Vertragsfreiheit: „The parties are free to enter into a contract and to determine its content“ (Art. 1.1. UPr).<sup>131</sup> Die *Principles of the Existing EC Contract Law* der *Acquis-Gruppe (Acquis Principles, ACQP)* sehen als eines von fünf fundamentalen Grundprinzipien des Vertragsrechts, die den *Acquis Principles* vorangestellt werden sollen, ebenfalls eine ausdrückliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit vor.<sup>132</sup> Und der 2009 vorgelegte Rahmentwurf für ein einheitliches europäi-

---

Auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs erkennt an, dass den Wirtschaftsteilnehmern Vertragsfreiheit zusteht. Beim Erlass wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen muss die Kommission dem Grundsatz der Vertragsfreiheit bzw. der unternehmerischen Freiheit Rechnung tragen.“; Generalanwalt *Geelhoed*, Schlussantrag v. 31.1.2002, Rs. C-334/00, Slg. 2002 I-7357, Rn.55, 61, 65 (*Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA ./. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*); Generalanwalt *Jacobs*, Schlussantrag v. 28.5.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Rn.56 (*Oscar Bronner GmbH & Co. KG ./. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG ua*).

<sup>128</sup> So etwa Generalanwältin *Trstenjak*, Schlussantrag v. 29.10.2009, Rs. C-484/08, Slg. 2010, I-4785, Rn.39 Fn.9 (*Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid ./. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios*): „In der Rechtswissenschaft wird die Vertragsfreiheit als wichtigster Ausfluss der Privatautonomie und damit als individualrechtliche Verbürgung verstanden.“

<sup>129</sup> Vgl. oben S. 37 Fn. 98.

<sup>130</sup> Vgl. oben S. 37 Fn. 97.

<sup>131</sup> Vgl. hierzu die weitgehend textidentische Bestimmung in Art. 1:102 PECL: „Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles. (2) The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles.“

<sup>132</sup> *Acquis Group*, *Acquis Principles: Contract I* (2007), S. XII: „(4) Freedom of Contract and its Restriction: Freedom of contract is a fundamental right of European citizens and enterprises. As a rule, natural and legal persons are free to both draw up and agree on terms of their contract. Restrictions on this freedom, whether by way of mandatory rules, avoidance of unfair contract terms or in any other form, may be justified in relation to certain situations or types of contract, particularly where there is, or may be, inequality of bargaining power, knowledge or understanding (examples being contracts involving consumers, SMEs and investors).“

sches Vertragsrecht (Gemeinsamer Referenzrahmen), der *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), sieht nicht nur in Art. II. – 1:102 DCFR eine ausdrückliche, subjektiv-rechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit vor<sup>133</sup>, sondern erblickt in ihr darüber hinaus ein derart zentrales Grundprinzip des Vertragsrechts, dass sie die Vertragsfreiheit zum Ausgangspunkt der Darstellung europäischer Vertragsprinzipien gemacht hat („Freedom of contract the starting point“)<sup>134</sup>.

Dieser Linie folgen auch die Vorarbeiten der Kommission zu einem *optionalen europäischen Vertragsrecht*. So wurde die bereits im DCFR verankerte Kodifizierung eines subjektiven Rechts der Vertragsfreiheit durch Art. 7 der *Feasibility Study*<sup>135</sup> übernommen, die im Auftrag der Kommission von einer Expertengruppe auf der Grundlage des DCFR erarbeitet worden ist und die zum Ausgangspunkt für ein gemeinsames *Europäisches Vertragsrecht* gemacht werden sollte.<sup>136</sup> In dem Verordnungsentwurf für ein *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht* (GEK), den die Kommission Ende 2011 der Öffentlichkeit vorgestellt hatte, ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit schließlich an den Beginn des Regelungswerks gerückt und nimmt damit bereits im Normtext eine deutlich herausgehobene Stellung ein.<sup>137</sup> Art. 1 Abs. 1 GEK-E beginnt daher mit einem deutlichen Bekenntnis zum Grundsatz der „Vertragsfreiheit: Den Parteien steht es, vorbehaltlich einschlägiger zwingender Vorschriften, frei, einen Vertrag zu schließen und dessen Inhalt zu bestimmen. Die Parteien können die Anwendung von Bestimmungen des *Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts* ausschließen, davon abweichen oder ihre Wirkungen abändern, sofern in diesen Bestimmungen nichts anderes bestimmt ist.“<sup>138</sup>

Nach alledem kann auf der Grundlage des objektiv-rechtlichen Befundes kein Zweifel daran bestehen, dass die Vertragsfreiheit auf europäischer Ebene als *un-*

---

<sup>133</sup> Vgl. II. – 1:102 DCFR: „Party autonomy: (1) Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules. (2) Parties may exclude the application of any of the following rules relating to contracts or other juridical acts, or the rights and obligations arising from them, or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided. (3) A provision to the effect that parties may not exclude the application of a rule or derogate from or vary its effects does not prevent a party from waiving a right which has already arisen and of which that party is aware.“

<sup>134</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 62.

<sup>135</sup> A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback. Abgedruckt in *Schulze/Zimmermann*, *Europäisches Privatrecht: Basistexte* (2016), III.29. Vgl. auch *Staudinger/Gsell*, *Eckpfeiler* (6. Aufl. 2018), L. Rn. 4; *Lehmann*, *GPR* 2011, 218; *Reich*, *EuZW* 2011, 736; *Reich*, *ZfRV* 2011, 196.

<sup>136</sup> „Article 7: Freedom of contract: (1) Parties are free to conclude a contract and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules. (2) Parties may exclude the application of any of the following rules, or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided.“

<sup>137</sup> KOM(2011) 635 (Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht v. 11. 10. 2011).

<sup>138</sup> Art. 1 Abs. 1 GEK-E.

geschriebenes Unionsgrundrecht anerkannt ist. Eine *Gesamtschau* auf das geltende Unionsprivatrecht, insbesondere die *Wirtschaftsverfassung*, die *Grundfreiheiten*, die *Rechtsprechung des EuGH* sowie auch die *EMRK* wie die *Grundrechtecharta der EU* zeigt, dass die Vertragsfreiheit von der Unionsrechtsordnung als selbstverständlich vorausgesetzt wird.<sup>139</sup> Der Mangel, dass das geltende Unionsrecht bislang keine ausdrückliche subjektiv-rechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit enthält, sollte mit der Geltung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, dem der Grundsatz der Vertragsfreiheit der Parteien *expressis verbis* an herausgehobener Stelle vorangestellt ist, behoben werden. Mit dem Scheitern des GEK im Jahr 2014 ist dieser Anstoß unvollendet geblieben. An der Geltung der Vertragsfreiheit als ungeschriebener Grundsatz des Unionsrechts vermag dies freilich nichts zu ändern.

### bb) Gewährleistungsinhalte

Unklar erscheint vor dem Hintergrund des geltenden Unionsrechts jedoch der *Gewährleistungsinhalt* eines ungeschriebenen Unionsgrundrechts der Vertragsfreiheit. Er lässt sich für den bestehenden *Acquis* lediglich aus der wertenden Zusammenschau des Primär- und Sekundärrechts, der Rechtsprechung des EuGH, der Schlussanträge der Generalanwälte sowie der Stellungnahmen und Mitteilungen der Kommission induktiv herleiten. Erst vor dem Hintergrund der rechtsvereinheitlichenden Kodifikationsprojekte (PECL, ACQ, DCFR), die in einem zweiten Schritt näher in den Blick genommen werden sollen, hat die Vertragsfreiheit als Rechtsprinzip auch dogmatisch klarere Konturen gewonnen.

Allerdings ergibt sich bereits auf der Grundlage des bislang geltenden Unionsrechts ein in seinen Grundzügen doch erstaunlich klar umrissenes Bild: Ebenso wie das deutsche Privatrecht geht auch das Unionsrecht zunächst vom *Vorrang formaler Vertragsfreiheit* aus. Privatautonomie wird dabei vor allem als Nichteinmischung des Staates in die eigenverantwortliche Gestaltung der Rechtsverhältnisse verstanden.<sup>140</sup> Staatliche Eingriffe sind gem. Art. 52 Abs. 1 GRCH möglich,

<sup>139</sup> Vgl. hierzu eingehend oben S. 37 ff. mwN.

<sup>140</sup> Deutlich insoweit EuGH (Große Kammer), Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11, EuZW 2013, 347, 349 Rn. 42f. (*Sky Österreich GmbH ./. Österreichischer Rundfunk*): „Der durch Art. 16 gewährte Schutz umfasst die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb ... Ferner umfasst die Vertragsfreiheit u. a. die freie Wahl des Geschäftspartners ... sowie die Freiheit, den Preis für eine Leistung festzulegen ...“; EuGH, Urt. v. 5.10.1999, Rs. C-240/97, Slg. I-6571, Rn. 99 (*Spanien ./. Kommission*): „Vorab ist festzustellen, daß das Recht der Parteien, von ihnen geschlossene Verträge zu ändern, auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beruht und daher nicht eingeschränkt werden kann, wenn es keine Gemeinschaftsregelung gibt, die in dieser Beziehung besondere Beschränkungen festlegt.“; Generalanwältin *Kokott*, Schlussantrag v. 17.9.2009, Rs. C-441/07, Slg. 2010, I-5949, Rn. 226f. (*Kommission ./. Alrosa Company Ltd.*): „Beim Erlass wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen muss die Kommission dem Grundsatz der Vertragsfreiheit bzw. der unternehmerischen Freiheit Rechnung tragen. Die Vertragsfreiheit beinhaltet allerdings nicht nur die Freiheit, Verträge zu schließen (positive Vertragsfreiheit), sondern auch die Frei-

soweit die Voraussetzungen eines *Gesetzesvorbehaltes* sowie der *Verhältnismäßigkeit* gewahrt sind.<sup>141</sup> Zugleich – und zwar in deutlich weiterem Umfang als dies im deutschen Privatrecht der Fall ist – nimmt das europäische Unionsrecht jedoch den Schutz der *materiellen Vertragsfreiheit* in den Blick.<sup>142</sup> Es folgt damit einer Entwicklung zunehmender Materialisierung, die im Zuge der rechtsfortbildenden Judikatur des BGH und des BVerfG auch das deutsche Privatrecht prägt und die verstärkt die Gewährleistung der tatsächlichen Voraussetzungen rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit in den Blick nimmt.<sup>143</sup>

Ein deutlicher Schwerpunkt liegt dabei vor allem im *Verbraucherschutzrecht*, das vor dem Hintergrund der Erleichterung des grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehrs darauf gerichtet ist, durch den Ausgleich der strukturellen Informations- und Verhandlungsasymmetrien eine annähernd ausgewogene Verhandlungsstärke und damit Waffengleichheit herzustellen.<sup>144</sup> Der Verbraucherschutz, der in Art. 38 GRCh als politisches Unionsziel auch in der Grundrechtecharta verankert ist, wird dabei nicht als *Beschränkung* der Vertragsfreiheit, sondern im Gegenteil als Mittel ihrer *Gewährleistung* durch den Schutz der tatsächlichen rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit beider Parteien betrachtet.<sup>145</sup> Das Unionsrecht folgt auch hier der Entwicklung, die von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung in Deutschland sowie durch das Schrifttum – etwa die Vorarbeiten von *Manfred Wolf*<sup>146</sup> – vorgezeichnet worden ist: Eine Perspektive auf die Vertragsfreiheit, die in der richterlichen Inhaltskontrolle weniger eine Beschränkung der Privatautonomie der strukturell stärkeren Partei als ein notwendiges Mittel zum Schutz vor *Fremdbestimmung*<sup>147</sup> und damit ein *wirksames*

---

heit, keine Verträge zu schließen (negative Vertragsfreiheit).“ Ebenso *Miethaner*, AGB-Kontrolle (2010), S. 127.

<sup>141</sup> EuGH v. 17.10.2013, Rs. C-101/12, AuR 2014, 22, Rn.27 (*Schaible ./. Baden-Württemberg*); EuGH (Große Kammer), Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11, Rn.48 (*Sky Österreich GmbH ./. Österreichischer Rundfunk*). Speziell zum Gesetzesvorbehalt vgl. nur EuGH, Urt. v. 5.10.1999, Rs. C-240/97, Slg. 1999, I-6571, Rn.99 (*Spanien ./. Kommission*).

<sup>142</sup> Vgl. hierzu eingehend unter dem Aspekt der AGB-Kontrolle unten S. 790 ff.

<sup>143</sup> Vgl. nur BVerfG NJW 2011, 1339 (Preisanpassungsklausel); BVerfG NJW 2007, 286 (Arbeit auf Abruf); BVerfG NJW 2006, 1783 (Rückkaufswert); BVerfG VersR 2006, 961 (Unfallversicherungsprämie); BVerfGE 114, 73 = NJW 2005, 2376 (Überschussbeteiligung); BVerfGE 114, 1 = NJW 2005, 2363 (Bestandsübertragung); BVerfG NJW 2001, 2248 (Unterhaltsverzicht II); BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 (Unterhaltsverzicht I); BVerfG NJW 1996, 2021 (Bürgerschaft III); BVerfG NJW 1994, 2749 (Bürgerschaft II); BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (Bürgerschaft I); BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469 (Handelsvertreter). Vgl. hierzu eingehend unten S. 374 ff.

<sup>144</sup> Hierzu grundlegend *Denkinger*, Verbraucherbegriff (2007), S. 75 ff.; *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz (1983), S. 63 ff.

<sup>145</sup> Vgl. zur Klausel-RL sowie zum Vorschlag einer Verbraucherrechte-Richtlinie eingehend unten S. 790 ff.

<sup>146</sup> Vgl. nur *Wolf*, Entscheidungsfreiheit (1970), S. 31 ff., 69 ff., 113 ff., 118 ff., 123 f., 141, 255, 2,84 ff. 292 ff. sowie unten S. 197 ff.

<sup>147</sup> BVerfGE 89, 214, 234 = NJW 1994, 36, 39 (Bürgerschaft I). Hierzu eingehend unten S. 382 ff. Hervorhebungen durch den Verfasser.

*Instrument* zur Verwirklichung tatsächlicher Entscheidungsfreiheit des schwächeren Verhandlungspartners erblickt.

*Vertragsfreiheit durch Inhaltskontrolle, Privatautonomie durch zwingendes Recht:* Das Unionsrecht hat sich den Schutz strukturell schwächerer Parteien vor Fremdbestimmung als zentrales rechtspolitisches Ziel zu eigen gemacht und sieht in ihr dogmatisch weniger ein Problem *materieller Gerechtigkeit* als eine Frage der *tatsächlichen* Voraussetzungen der *Vertragsfreiheit* selbst. Insofern unterscheidet sich der europäische Ansatz doch deutlich von der im deutschsprachigen Schrifttum ebenfalls wirkungsmächtigen Strömung, die Vertragsfreiheit auf der Grundlage eines liberalistischen Gesellschaftsmodells vor allem als *formale Vertragsfreiheit* versteht und in nahezu jedweder Beschränkung des freien Gestaltungsspielraumes der Parteien, des freien Spiels der Kräfte, einen Eingriff in die Privatautonomie der Parteien sieht, der *per se* zunächst verdächtig ist und nur im Ausnahmefall gerechtfertigt werden kann.

Soll dagegen der europarechtliche Gewährleistungsinhalt der Vertragsfreiheit *zusammenfassend* gekennzeichnet werden, so lässt er sich am Treffendsten mit der *Einheit formaler und materieller Vertragsfreiheit* umreißen: Der formalen Vertragsfreiheit muss schon aus Gründen der Rechtssicherheit im Grundsatz Vorrang zukommen. Zugleich ist mit der Frage nach der Gewährleistung der tatsächlichen Voraussetzungen der Privatautonomie der Parteien die *materielle Vertragsfreiheit* in den Mittelpunkt des unionsrechtsrechtlichen Schutzes der Selbstbestimmung gerückt, der vor allem für die typisierte Fallgruppe der *Verbraucher* eine umfassende rechtliche Ausgestaltung erfahren hat.<sup>148</sup>

Damit ist jedenfalls auf europäischer Ebene die Wende im Verständnis der Vertragsfreiheit und des Verhältnisses ihrer formalen und materiellen Dimension vollzogen: Während das deutsche BGB in seiner ursprünglichen Gestalt im Nachgang der Industrialisierung und vor dem Hintergrund der Euphorie der Gründerjahre noch von der liberalistischen Ideologie eines doch weitgehend streng formalen Begriffs der Vertragsfreiheit geprägt war, der die Bestimmung des Vertragsinhaltes dem freien Spiel der Kräfte und damit letztlich dem Diktat der strukturell stärkeren Partei überließ<sup>149</sup>, und sich das *materielle Verständnis* der Vertragsfreiheit im deutschen Privatrecht trotz deutlicher Fortschritte immer noch gegenüber einer eher liberal-formalistischen Strömung im Schrifttum zu behaupten hat, geht das europäische Unionsrecht offensichtlich von einem umfassenderem Verständnis der Vertragsfreiheit aus, das ihre *formale* wie ihre *ma-*

<sup>148</sup> Vgl. hierzu *Denkinger*, Verbraucherbegriff (2007), S. 241 ff.; *Heiderhoff*, Grundstrukturen (2004), S. 41 ff. Vgl. nur zur Klausel-RL sowie zum Vorschlag einer Verbraucherrechte-Richtlinie unten S. 790 ff.

<sup>149</sup> Klassisch v. *Gierke*, Soziale Aufgabe (1889), S. 28 f. Eingehend hierzu MünchKomm/Kramer, BGB (5. Aufl. 2006), Vor §§ 145–157 Rn. 2; *Heinrich*, Formale Freiheit (2000), S. 39; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967), S. 480 ff.; *Raiser*, JZ 1958, 1, 2 sowie unten S. 164 ff.

terielle Seite gleichermaßen mit dem ihnen jeweils zukommenden Gewicht angemessen berücksichtigt.

cc) *Vertragsfreiheit im Draft Common Frame of Reference*

Dogmatisch ausformuliert und weiterentwickelt findet sich dieser Ansatz in den *Vorarbeiten zu einem Gemeinsamen Europäischen Vertragsrecht*, die sich eingehend mit der Vertragsfreiheit und ihrem Verhältnis zu den übrigen Prinzipien des Unionsrechts auseinandergesetzt haben und ihr eine herausgehobene Position im Gefüge der Unionsrechtsordnung zuweisen. Am eingehendsten hat sich bislang der DCFR zur Frage der Vertragsfreiheit geäußert, der zugleich die Grundlage der im Auftrag der Kommission erarbeiteten Feasibility Study<sup>150</sup> als Vorlage für den späteren Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) bildet.

(1) *Die Rechtsprinzipien der Freiheit, Sicherheit, Gerechtigkeit und Effizienz*

Der DCFR formuliert mit den Grundsätzen der *Freiheit, Sicherheit, Gerechtigkeit* und *Effizienz* vier Rechtsprinzipien, die dem neu zu gestaltenden europäischen Vertragsrecht zugrunde liegen sollen und denen in ihrem Verhältnis zueinander jeweils eine unterschiedliche Relevanz und unterschiedliches Gewicht zukommt.<sup>151</sup> Während die Grundsätze der *Sicherheit, Gerechtigkeit* und *Effizienz* in allen Bereichen des Unionsrechts gleichermaßen von Bedeutung sind, ist *Freiheit* als Rechtsprinzip vor allem für Verträge und den Bereich einseitiger Rechtsgeschäfte relevant. Das Konzept der *Effizienz* liegt zwar einer Vielzahl von Regelungen in unterschiedlichen Rechtsbereichen zugrunde. Ihm kommt jedoch aufgrund ihres eher technischen, zweckmäßigkeitsorientierten Charakters deutlich geringeres Gewicht zu als den Rechtsprinzipien der Freiheit, Gerechtigkeit und Sicherheit, die nach Auffassung der Autoren des DCFR selbst letzte Ziele im Sinne eines Selbstzwecks sind.<sup>152</sup>

Im Kontext des Unionsprivatrechts stehen die Prinzipien der Freiheit, Gerechtigkeit und Sicherheit im Dienst der Förderung des Wohlstandes (*promotion of welfare*) sowie der Gewährleistung der Privatautonomie (*empowering*) als unabdingbare Voraussetzungen der Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen. Es liegt in der Natur der Sache, dass Rechtsprinzipien und so auch die vier Grundprinzipien des DCFR auf vielfältige Weise miteinander und sogar mit sich selbst in Konflikt geraten können, weshalb sich eine formale und rigide Anwendung von

---

<sup>150</sup> A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback. Abgedruckt in *Schulze/Zimmermann*, Europäisches Privatrecht: Basistexte (2016), III.29.

<sup>151</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 60 ff.

<sup>152</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 60.

vornherein verbietet.<sup>153</sup> Darüber hinaus weist der DCFR darauf hin, dass sich die vier Prinzipien häufig überschneiden, was insbesondere im Hinblick auf das komplexe Zusammenspiel zwischen Freiheit und Gerechtigkeit zutrifft.<sup>154</sup>

Der Vertragsfreiheit weist der DCFR eine zentrale Bedeutung im Gefüge des Unionsprivatrechts zu und betrachtet sie als Ausgangspunkt, der auch normativen Regelungen des Vertragsrechts vorangestellt ist.<sup>155</sup> Dabei wird allerdings bereits von Beginn an klargestellt, dass die Vertragsfreiheit in einem umfassenden Sinn sowohl in ihrer *formalen* wie auch in ihrer *materiellen* Dimension verstanden wird. Sie erschöpft sich daher nicht in der Abwesenheit zwingender Vorschriften oder dem Verzicht auf richterliche Vertragskontrolle, sondern umfasst auch die Gewährleistung der tatsächlichen Voraussetzungen ihrer Ausübung. Neben der Abwehr *ungerechtfertigter Eingriffe* in die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit der Parteien ist die Vertragsfreiheit eben auch gerade darauf gerichtet, den Parteien die Wahrnehmung des ihnen *formal* zukommenden rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmungsrechts *materiell* und damit auch *tatsächlich* zu ermöglichen (*enhancing capabilities/empowerment*).

## (2) Grundannahme zugunsten formaler Vertragsfreiheit

Entsprechend geht der DCFR von einer Grundannahme zugunsten der Privatautonomie und damit vom *Primat formaler Vertragsfreiheit* aus, die grundsätzlich umfassend zu gewährleisten ist und in die nur dann eingegriffen werden darf, wenn hierfür ein vernünftiger Grund besteht.<sup>156</sup> Dabei sind formale wie prozedurale Hindernisse auf ein Minimum zu reduzieren. Die zentrale Bedeutung, die der DCFR der Vertragsfreiheit zuweist, entspricht der Gerechtigkeitsfunktion, die sie unter der Voraussetzung einer ungestörten Funktion des Vertragsmechanismus erfüllt. Der DCFR weist auf den Zusammenhang zwischen Vertragsfreiheit und -gerechtigkeit und die Kompatibilität beider Prinzipien in „normalen Situationen“ eines ausgewogenen Informations- und Machtgleichgewichtes hin: Sind die Parteien umfassend informiert und befinden sie sich in einer annähernd gleichen Verhandlungsposition, so könne davon ausgegangen werden, dass der Inhalt der ausgehandelten Vereinbarung den Interessen beider Parteien entspricht und damit zugleich gerecht und effizient sei.<sup>157</sup> Da beide Parteien an der Maximierung ihres eigenen Gewinns interessiert sind, führt der Vertragsmechanismus zu einer wertschöpfenden, im besten Fall pareto-optimalen Vermehrung des gegenseitigen Nutzens, wobei die annähernd gleiche Verhandlungsstärke zu einer ausgewogenen Verteilung des von den Parteien geschaffenen Wertes füh-

<sup>153</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 60f.

<sup>154</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 60f.

<sup>155</sup> Art. II. – 1:102 Abs. 1 DCFR.

<sup>156</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 62f., 68f. (freedom of contract the starting point, minimum intervention).

<sup>157</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 62f.

ren soll.<sup>158</sup> Insofern enthält der DCFR deutliche Anklänge an *Schmidt-Rimplers Theorie der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus*<sup>159</sup> wie auch an die rechtsökonomischen Erwägungen der *ökonomischen Analyse des Rechts*.<sup>160</sup> Das wesentliche derartiger idealtypischer Vertragsverhandlungen bildet dabei lediglich die Vermeidung von Kosten zulasten Dritter (*externalities*).<sup>161</sup>

### (3) Gewährleistung materieller Vertragsfreiheit

Zugleich sind sich die Autoren des DCFR bewusst, dass die idealtypischen Voraussetzungen *umfassender Information* und annähernd *gleicher Verhandlungsmacht* der Parteien in der Rechtswirklichkeit häufig nicht anzutreffen sein werden. Der DCFR enthält daher umfangreiche Regelungen zum Ausgleich von *Informations- und Machtasymmetrien*. Er setzt sich in seinem rechtsdogmatischen Teil darüber hinaus derart eingehend mit den Fragen *gestörter rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit* auseinander<sup>162</sup>, dass das Problem der Gewährleistung materieller Vertragsfreiheit zu einem der zentralen Themen des gemeinsamen *Europäischen Vertragsrechts* gezählt werden kann. Dem entspricht der Befund, dass auch das geltende europäische Sekundärrecht das *europäische Verbraucherschutzrecht* zu einer umfassenden und mittlerweile eigenständigen Regelungsmaterie ausgeformt hat, das den *Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit* über die im klassischen Vertragsrecht bislang anerkannten Fälle des Irrtums, der Drohung und der Täuschung hinaus deutlich erweitert.

So sieht der DCFR eine Vertragskontrolle nicht nur in den Fällen negativer gesellschaftlicher Auswirkungen oder Beeinträchtigungen der Rechte Dritter<sup>163</sup>, sondern auch dann vor, wenn die Voraussetzungen einer umfassenden *Information*<sup>164</sup> sowie einer annähernd gleichen *Verhandlungsstärke*<sup>165</sup> nicht gegeben sind und die *strukturell stärkere* Partei ihre Verhandlungsposition zulasten ihres schwächeren Vertragspartners ausnutzt. Dabei weisen die Autoren des DCFR darauf hin, dass diese Fragen zwar bislang häufig im Kontext der Vertragsgerechtigkeit im Sinne einer materiellen Korrektur formaler Vertragsfreiheit diskutiert worden sind, sie indes ebenso als Problem materieller Vertragsfreiheit betrachtet werden können, bei der es um die Frage geht, ob die Parteien von der ihnen formal zustehenden Vertragsfreiheit auch tatsächlich und damit materiell überhaupt Gebrauch machen können.<sup>166</sup> Auf dieser Grundlage nimmt der DCFR das Problem

<sup>158</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 63.

<sup>159</sup> Schmidt-Rimpler, FS Raiser (1974), S. 3, 5 ff. Vgl. hierzu Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), 130, 151 ff. sowie eingehend unten S. 208 ff. und zur Kritik unten S. 221 ff.

<sup>160</sup> Eingehend hierzu unten S. 517 ff. sowie zur Kritik unten S. 532 ff.

<sup>161</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 63.

<sup>162</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 65 ff., 87 ff.

<sup>163</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 64 f.

<sup>164</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 66 f.

<sup>165</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 67 f.

<sup>166</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 65: „These

materieller Vertragsfreiheit im Sinn tatsächlicher rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit im Rahmen der vier Fallgruppen der *Diskriminierung*, der *AGB* sowie des Ausgleichs *vorvertraglicher Informationsdefizite* und *ungleicher Verhandlungsstärke* in den Blick.

1. *Diskriminierung*. Die erste Fallgruppe betrifft die dogmatisch weitgehend unproblematische Frage der Beschränkung der Wahl des Vertragspartners und den Schutz vor geschlechtlicher oder ethnischer Diskriminierung. Hier verbietet Art. II-2:101 DCFR die Diskriminierung aus den genannten Gründen für Verträge oder Rechtsakte, welche der Öffentlichkeit den Zugang zu oder die Versorgung mit bestimmten Wirtschaftsgütern vermitteln.<sup>167</sup>

2. *Inhaltskontrolle von AGB*. Die zweite Fallgruppe umfasst das auch im deutschen Recht als eigenständiges Rechtsgebiet ausgeformte *AGB-Recht*. Hier führen die wachsende Komplexität rechtlicher Vereinbarungen und die Zunahme vorformulierter Vertragsbedingungen, die im Massenverkehr zur Regel geworden sind, regelmäßig zu *Informationsdefiziten* zulasten der dadurch strukturell benachteiligten Verwendungsgegner, zur *Durchsetzung verweenderfreundlicher AGB* sowie zu einer häufig *fehlenden Verhandelbarkeit* vorformulierter Vertragsbedingungen.<sup>168</sup> Die damit verbundenen Probleme mangelnder rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit betreffen vor allem die Rechtsbeziehung zwischen *Verbrauchern* und *Unternehmern*, die schon von vornherein regelmäßig durch eine deutlich ungleiche Verteilung von Verhandlungsmacht geprägt sind und in der sich die Verwendung von AGB zugleich verschärfend auswirkt.

Allerdings macht auch der DCFR mit Verweis auf die Rechtslage in zahlreichen Mitgliedstaaten der EU deutlich, dass die Problematik keineswegs auf Verbraucherverträge beschränkt ist, sondern in gleicher Weise den *unternehmerischen Geschäftsverkehr* betrifft.<sup>169</sup> So treten die AGB-typischen Probleme mangelnder Information sowie fehlender Verhandelbarkeit nachteiliger und einseitig belastender Vereinbarungen auch und gerade im Verkehr zwischen Un-

---

grounds for invalidity are often explained in terms of justice but equally it can be said that they are designed to ensure that contractual freedom was genuine freedom; and in the DCFR, as in the laws of the Member States, they are grounds for the invalidity of a contract.“

<sup>167</sup> Art. II.-2:101 DCFR: „Right not to be discriminated against. A person has a right not to be discriminated against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other juridical act the object of which is to provide access to, or supply, goods, other assets or services which are available to the public.“

<sup>168</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 67. Vgl. hierzu eingehend unten S. 297 ff., 508 ff.

<sup>169</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 67: „Particularly when one party is a small business that lacks expertise or where the relevant term is contained in a standard form contract document prepared by the party seeking to rely on the term, the other party may not be aware of the existence or extent of the term.“ Zur *Schutzbedürftigkeit* des *unternehmerischen Klauselgegners* vgl. unten S. 759 ff., 763 ff., 765 ff., 779 ff.

ternehmen auf.<sup>170</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn kleinere Unternehmen aufgrund mangelnder Expertise, Erfahrung oder Ressourcen die ihnen vorgelegten Vereinbarungen ohne die – im täglichen Geschäftsverkehr häufig nur zu prohibitiv hohen Transaktionskosten mögliche – Inanspruchnahme professionellen Rechtsrats kaum mehr überblicken, geschweige denn rechtlich adäquat bewerten können oder sich ein wirtschaftlich vom AGB-Verwender abhängiger Zulieferer nach dem Grundsatz „*take it or leave it*“ dem Diktat vorgefertigter Lieferbedingungen beugen muss, um überhaupt einen Auftrag zu erhalten. Entsprechend unterwirft der DCFR sowohl Verbraucherverträge als auch Verträge im unternehmerischen Geschäftsverkehr einer AGB-Kontrolle, wobei im letztgenannten Fall eine geringere Kontrolldichte zur Anwendung gelangt.<sup>171</sup>

3. *Ausgleich vorvertraglicher Informationsdefizite.* Privatautonomie setzt Information voraus. Nur auf der Grundlage einer umfassenden Information können die Parteien eine auch in tatsächlicher Hinsicht selbstverantwortete Einigungsentscheidung treffen. Vor dem Hintergrund immer komplexer werdender Wirtschafts- und Rechtsbeziehungen sind auch die Anforderungen an die Information der Vertragsparteien deutlich gewachsen. Die auf einfache Verbrauchsgüter zugeschnittenen Informationspflichten des klassischen Zivilrechts der nationalen Rechtsordnungen reichen hierfür nicht aus. Die gegenwärtige Wirtschaftspraxis setzt deutlich umfassendere Informationspflichten sowohl im Hinblick auf die Eigenschaften der betreffenden Wirtschaftsgüter als auch auf weitere vertragsrelevante Umstände voraus. Der DCFR sowie verschiedene verbraucherschützende europäische Rechtsakte sehen daher eine Reihe positiver Informationspflichten vor, um die verhandlungsschwächere Partei in die Lage zu versetzen, eine hinreichend informierte Entscheidung zu treffen. Diese Regelungen betreffen in erster Linie Verbraucherverträge, jedoch können auch die Parteien im unternehmerischen Geschäftsverkehr zur Offenlegung bestimmter Informationen verpflichtet sein, wenn die andere Partei nach den jeweils geltenden Handelsbräuchen darauf vertrauen durfte, dass entsprechende Informationen zur Verfügung gestellt werden.

4. *Ausgleich ungleicher Verhandlungsmacht.* Die vierte Fallgruppe betrifft den Ausgleich ungleicher Verhandlungsmacht im eigentlichen Sinn, soweit nicht bereits der Anwendungsbereich der übrigen Fallgruppen wie die Korrektur von Informationsasymmetrien oder die AGB-Kontrolle betroffen ist. Hier hat das DCFR mit Art. II.–7:207 DCFR eine Regelung geschaffen, die den Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit der Parteien erheblich erweitert und damit deutlich über das im deutschen Privatrecht bestehende Schutzniveau hinaus-

---

<sup>170</sup> Eingehend unten S. 779 ff.

<sup>171</sup> Zum Kontrollmaßstab im Vergleich zum deutschen AGB-Recht des § 307 BGB, der Klausel-RL sowie den übrigen rechtsvereinheitlichenden Kodifikationsprojekten unten S. 801 ff.

geht. So steht den Parteien auch dann das Recht zu, sich von einem abgeschlossenen Vertrag wieder zu lösen, wenn ein *Abhängigkeits- oder Vertrauensverhältnis* vorlag, wenn sich die betreffende Partei zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages in *wirtschaftlichen Schwierigkeiten* befand oder auf den Vertrag *dringend angewiesen* war und wenn sie *unbedacht, unwissend, unerfahren* war oder über *wenig Verhandlungsgeschick* verfügt.<sup>172</sup> Voraussetzung hierfür ist allerdings das Vorliegen eines *Ausnutzungstatbestandes*: Eine Lösung von der eingegangenen vertraglichen Verpflichtung ist in den genannten Fällen daher nur dann möglich, wenn die andere Partei dies wusste oder wissen musste und vor dem Hintergrund der Umstände des Vertrages und seiner Ziele die schwächere Partei ausnutzt, indem sie sich selbst einen *stark überhöhten Gewinn* oder einen *grob ungerechten Vorteil* verschafft. Neben der Möglichkeit des Rücktritts steht der geschädigten Partei darüber hinaus das Recht der korrigierenden Vertragsanpassung zu. Gem. Art. II.–7:207 Abs.2 DCFR kann auf Antrag der betroffenen Partei der Vertrag gerichtlich so abgeändert werden, dass sein Inhalt mit dem übereinstimmt, was die Parteien vereinbart hätten, wenn der Vertrag nach Treu und Glauben und auf faire Weise ausgehandelt worden wäre.

Bei sämtlichen Eingriffen der *materiellen Inhaltskontrolle* und *Vertragskorrektur* ist dabei der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* zu beachten: Eingriffe sind nur insoweit zulässig, als sie zur Gewährleistung materieller Vertragsfreiheit erforderlich sind, und müssen sich auf das am wenigsten beeinträchtigende Mittel bei gleicher Wirksamkeit beschränken.<sup>173</sup> Eingriffe in die Vertragsfreiheit müssen daher auf das absolut erforderliche Mindestmaß begrenzt sein. Aus diesem Grund ist zunächst auf *Informationspflichten* zurückzugreifen, bevor weitreichendere Instrumente wie etwa gesetzliche Rücktrittsrechte zur Anwendung gelangen.

#### (4) Die Bedeutung des gemeinsamen Europäischen Vertragsrechts für die Dogmatik der Vertragsfreiheit

Die Regelungen des DCFR haben im Wesentlichen Eingang in die 2011 im Auftrag der Kommission von einer Expertengruppe ausgearbeitete *Feasibility Study*<sup>174</sup> gefunden und sind schließlich auch in den *Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*<sup>175</sup> übernommen worden. Dogmatisch ist

<sup>172</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 87.

<sup>173</sup> Zur Grundregel der „minimum intervention“ v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 68f.

<sup>174</sup> A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback. Abgedruckt in *Schulze/Zimmermann*, Europäisches Privatrecht: Basistexte (2016), III.29. Vgl. auch *Staudinger/Gsell*, *Eckpfeiler* (6. Aufl. 2018), L. Rn. 4; *Lehmann*, GPR 2011, 218; *Reich*, EuZW 2011, 736; *Reich*, ZfRV 2011, 196.

<sup>175</sup> Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11. 10. 2011, KOM(2011) 635 endg. Näher hierzu *Gsell*, in: *Gebauer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht* (2013), S. 105, 111f.; *Wendelstein*, GPR 2013, 70; *Flessner*, ZEuP 2012,

damit jedenfalls auf europäischer Ebene die Wende zu einem *umfassenden Verständnis der Vertragsfreiheit* eingeleitet und ein wichtiger Meilenstein in der wissenschaftlichen Durchdringung der Vertragsfreiheit erreicht worden, auch wenn nach dem Scheitern des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts eine rechtlich verbindliche normative Verankerung noch aussteht. Den Regelungsvorschlägen liegt ein Begriff der Vertragsfreiheit zugrunde, der die *formale* wie die *materielle* Dimension der Privatautonomie zu einem angemessenen Ausgleich bringt und damit sowohl den Anforderungen der *Rechtssicherheit* wie auch der Gewährleistung der tatsächlichen *rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit* der Parteien im Sinne eines Schutzes des strukturell schwächeren Verhandlungspartners gerecht wird.

*Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* werden gerade dadurch zu einem angemessenen Ausgleich gebracht, dass die Parteien zu einer informierten und damit auch tatsächlich selbstbestimmten Entscheidung befähigt und damit überhaupt die Voraussetzungen für eine sachgerechte und faire Vereinbarung geschaffen werden. Indem es die Bemühungen um einen effektiven Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit konsolidiert und ihm rechtliche Gestalt verleiht, setzt das gemeinsame europäische Vertragsrecht einen ersten Schlusspunkt unter eine Entwicklung, die mit der *Reformgesetzgebung* zum BGB bereits in der ersten Hälfte des 20. Jh. begonnen, durch die *Bürgschaftsrechtsprechung* des BGH und des BVerfG fortgeführt und schließlich im *europäischen Verbraucherschutzrecht* seinen Abschluss gefunden hat.<sup>176</sup> So folgerichtig diese Entwicklung aus dogmatischer Hinsicht ist, so bemerkenswert erscheint sie zugleich vor dem Hintergrund des Chores jener Stimmen, die mit Blick auf die europäische wie auch die nationale Rechtsentwicklung eine „Krise des liberalen Vertragsdenkens“<sup>177</sup>, einen „Abschied von der Privatautonomie“<sup>178</sup> befürchteten.

#### (5) *Vom formalen zu einem umfassenden Verständnis der Vertragsfreiheit*

Die Arbeiten der internationalen Expertengruppen, die unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in den einzelnen europäischen Jurisdiktionen und Rechts-traditionen im DCFR<sup>179</sup> und der *feasibility study*<sup>180</sup> Gestalt angenommen haben

726; ff; Kindler, JZ 2012, 712, 712ff., 716; Leible, RabelsZ 76 (2012), 374, 396ff. sowie eingehend unten S. 806ff.

<sup>176</sup> Eingehend zur Materialisierungsentwicklung unten S. 171 ff.

<sup>177</sup> Kramer, Krise (1974), S. 9.

<sup>178</sup> Berger, ZIP 2006, 2149; Medicus, Abschied von der Privatautonomie (1994).

<sup>179</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 60ff., 131 ff. sowie unten S. 801 ff.

<sup>180</sup> A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback. Abgedruckt in Schulze/Zimmermann, Europäisches Privatrecht: Basistexte (2016), III.29. Vgl. auch Staudinger/Gsell, Eckpfeiler (6. Aufl. 2018), L. Rn. 4; Lehmann, GPR 2011, 218; Reich, EuZW 2011, 736; Reich, ZfRV 2011, 196.

und die dem Verordnungsentwurf der Kommission zu einem *Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht*<sup>181</sup> zugrunde liegen, zeigen indes, dass eine einseitige, in ihrer Radikalität bisweilen befremdende Betonung formaler Vertragsfreiheit, die auf jedwede Korrektur des freien Spiels der Kräfte gleichsam reflexhaft reagiert und dabei die materiellen Voraussetzungen rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit der Parteien nahezu vollständig ausblendet, dogmatisch nicht haltbar ist. Die Vertragsfreiheit ist als Ausdruck der in Freiheit und Würde gegründeten Privatautonomie des Menschen und als Mittel der rechtsgeschäftlichen Entfaltung seiner Persönlichkeit eine der tragenden Säulen der europäischen Rechtsstradition. Sie ist jedoch nicht ihr alleinbestimmendes Merkmal, sondern tritt neben die übrigen Prinzipien, wie etwa das der Gerechtigkeit, welche die Rechtsordnung gleichermaßen prägen und die Vertragsfreiheit wiederum begrenzen. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht nicht darin, der (formal verstandenen) Vertragsfreiheit als einem von mehreren die Rechtsordnung prägenden Prinzipien allein zu größtmöglicher Geltung zu verhelfen, sondern vielmehr darin, die Rechtsordnung so zu gestalten, dass die sie prägenden Prinzipien zu einem ihrer Bedeutung entsprechenden, angemessenen Ausgleich gelangen. Dabei muss auch das Verständnis der Vertragsfreiheit vor dem Hintergrund der ihm eigentlich zukommenden Funktion – nämlich dem Einzelnen die eigenverantwortliche rechtsgeschäftliche Gestaltung seiner Lebensverhältnisse zu ermöglichen – immer wieder neu auf den Prüfstand gestellt werden.

Insofern war es unausweichlich, den Blick auf die *tatsächlichen*, materiellen Voraussetzungen rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit der Parteien zu richten und gerade dadurch der den Parteien zustehenden Vertragsfreiheit zu tatsächlicher Geltung zu verhelfen. Aus der Perspektive des Unionsprivatrechts dient die verbraucherschützende Gesetzgebung gerade dem Schutz der (materiellen) Vertragsfreiheit der Parteien. Hat bereits die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland den Blick von der *formalen* hin zur *materiellen* Dimension der Vertragsfreiheit geweitet<sup>182</sup>, so ist das *umfassende Verständnis der Vertragsfreiheit* in seiner formalen und materiellen Dimension auf europarechtlicher Ebene mit seiner Kodifizierung im Rahmen des gemeinsamen Europäischen Vertragsrechts nun endgültig zum Durchbruch gelangt. Bemerkenswert ist dabei, dass die Anerkennung des Schutzes materieller Vertragsfreiheit keineswegs zulasten formaler Vertragsfreiheit erfolgt. Das aus den Erfordernissen der Rechtssicherheit erwachsende Primat formaler Vertragsfreiheit wird nicht in Frage gestellt.<sup>183</sup> *Zusammenfassend* ergibt sich der Befund, dass die aktuellen Entwicklungen des Unionsprivatrechts nicht nur in rechtlicher, sondern auch in dogmatischer Hinsicht zu einem entscheidenden Motor auf dem Weg zu einem *umfassenden* Verständnis der Vertragsfreiheit insbesondere in ihrer Beziehung zur *Vertragsgerechtigkeit* ge-

<sup>181</sup> Hierzu eingehend unten S. 806 ff.

<sup>182</sup> Zur verfassungsrechtlichen Judikatur eingehend unten S. 374 ff.

<sup>183</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009), S. 62 f.

worden sind.<sup>184</sup> Dabei bleibt zu untersuchen, inwieweit dem europäischen Modell auch für das deutsche Privatrecht systembildende Funktion zukommt.

### c) Gewährleistung der Vertragsfreiheit im BGB

Wie schon auf der Ebene der Verfassungsordnung und des europäischen Unionsrechts ist die Vertragsfreiheit als „privatautonomes Funktionsprinzip“ auch auf der einfachrechtlichen Ebene des bürgerlichen Rechts nicht ausdrücklich geregelt. Durch die Gewährleistung ihrer Ausübungsformen wird sie indes als das die gesamte Privatrechtsordnung durchziehende und sie konstituierende Rechtsprinzip vom bürgerlichen Recht als selbstverständlich vorausgesetzt.<sup>185</sup> So ist die Vertragsfreiheit im deutschen Privatrecht in den Vorschriften der §§ 241 Abs. 1, 311 Abs. 1 BGB verankert, während ihre Außenschranken vor allem durch die §§ 134, 138, 242 BGB sowie im Bereich des AGB-Rechts durch die §§ 305 ff. BGB geregelt werden. Die das *Ob* der vertraglichen Bindung regelnde *Abschlussfreiheit* einschließlich ihrer speziellen Ausübungsformen (Vertragsbegründungs-, Abänderungs- und Beendigungsfreiheit) wird durch § 311 Abs. 1 BGB, die das *Wie* der vertraglichen Bindung regelnde *Inhalts-* bzw. *Gestaltungsfreiheit* durch § 241 Abs. 1 BGB näher konkretisiert. Die Gewährleistung der Formfreiheit ergibt sich *e contrario* aus § 125 BGB.

Entsprechend seiner Grundkonzeption geht das BGB aus Gründen der Rechtssicherheit vom *Vorrang formaler Vertragsfreiheit* aus, die jedoch vielfältigen materiellen Schranken unterliegt. Dabei sind insbesondere im Zuge der Bürgerschaftsrechtsprechung des BGH und des BVerfG in zunehmendem Maße die tatsächlichen Voraussetzungen rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit und damit Fragen des Schutzes der materiellen Vertragsfreiheit in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gerückt. *De lege lata* ergibt sich damit für das geltende deutsche Privatrecht der Befund, dass die Vertragsfreiheit nicht lediglich in ihrer *formalen*, sondern darüber hinausgehend auch in ihrer *materiellen* Dimension durch die Privatrechtsordnung gewährleistet wird. Im Hinblick auf ihren Umfang und ihre positiv-rechtliche Konkretisierung scheint dabei der Schutz der *materiellen Vertragsfreiheit* vor dem Hintergrund der verbraucherschützenden europäischen Gesetzgebung und der Spezialregelungen, die die – freilich rechtlich unverbindlichen – Vorarbeiten für ein gemeinsames europäisches Vertragsrecht vorsehen, ein wenig hinter dem europarechtlichen Schutzniveau zurückzustehen. Ist mit diesem holzschnittartigen Überblick der Rahmen der einfachgesetzlichen Gewährleistung der Vertragsfreiheit im bürgerlichen Recht in seinen Grundzügen umrissen, so soll nun die *Funktion* der Vertragsfreiheit näher in den Blick genommen werden.

---

<sup>184</sup> Zur Bewertung speziell aus AGB-rechtlicher Perspektive näher unten S. 810f.

<sup>185</sup> So auch *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999), S. 64.

## II. Funktion: Vertragsfreiheit als Grunddeterminante der Privatrechtsordnung

Der Vertragsfreiheit kommt als Ausfluss der Privatautonomie im Gefüge der Privatrechtsordnung eine diese selbst *konstituierende*, tragende Bedeutung zu.<sup>186</sup> Sie ist Basis und Grunddeterminante einer jeder liberalen Rechtsordnung und *conditio sine qua non* einer auf marktwirtschaftlichen Strukturen beruhenden Wirtschaftsverfassung.<sup>187</sup> Ohne Vertragsfreiheit wäre die selbstbestimmte Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen nur Makulatur, wäre ein effektiver Güter- und Leistungsaustausch kaum denkbar, wäre das Recht seiner schöpferischen Innovationskraft beraubt. Die Vertragsfreiheit erfüllt daher nicht nur für das Privatrecht, sondern auch für die Gesellschafts-, Wirtschafts- und Verfassungsordnung unabdingbar notwendige *Funktionen*. Daher muss die Bestimmung des *Inhalts* und der *Grenzen* der Vertragsfreiheit notwendig auch eine Perspektive auf jene Funktionen mit einschließen, die der Vertragsfreiheit im Gefüge der Rechtsordnung im Einzelnen zukommen.

Eine Betrachtung der funktionalen Dimension der Vertragsfreiheit erlaubt es darüber hinaus, den *Motiven* und *Wertvorstellungen* nachzuspüren, die dem die bestehende Privatrechtsordnung prägenden Verständnis der Vertragsfreiheit und ihrer Grenzen zugrunde liegen. Freilich ist damit bereits ein erstes methodisches Problem einer funktionalen Untersuchung aufgeworfen: Ist die Funktion, die der Vertragsfreiheit zugewiesen wird, stets mit einer bestimmten „ideologischen“ Grundhaltung verknüpft, so scheint ihre *objektive* Bestimmung nur schwer möglich. Und in der Tat ist die Frage nach der Funktion regelmäßig eine wertende, die nicht in erster Linie darauf gerichtet ist, welche Funktion die Vertragsfreiheit im Gefüge der Rechts-, Wirtschafts- und Staatsordnung tatsächlich *erfüllt*, sondern die vielmehr darauf abzielt, welche Funktion sie sinnvollerweise *erfüllen sollte*. Der entsprechende Untersuchungsgegenstand ist daher nur begrenzt objektivierbar. Allerdings lässt sich jedenfalls im Hinblick auf einige zentrale Funktionen vertraglicher Privatautonomie – wie etwa das Selbstbestimmungsrecht sowie die innovationsfördernde und rechtsfortbildende Funktion – ein weitgehend objektivierbarer Kernbereich funktionaler Zwecke eingrenzen, über den Einigkeit besteht und der kaum ernsthaft bestritten wird. Ist damit der Untersuchungsgegenstand in seinen Grundzügen umrissen, sollen nun die funktionalen Dimensionen der Vertragsfreiheit im Einzelnen näher betrachtet werden.

<sup>186</sup> Vgl. hierzu eingehend oben S. 16 ff., 21 ff.

<sup>187</sup> Zum Zusammenhang zwischen *Vertragsfreiheit*, *Marktwirtschaft* und *Wettbewerb* Wolf/Neuner, BGB AT (11. Aufl. 2016), S. 2; Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HBSr VII (3. Aufl. 2009), S. 150, 208 („Privatautonomie ist das rechtliche Fundament der Marktwirtschaft ...“); Canaris, FS Lerche (1993), S. 874, 876, 881; Fastrich, Inhaltskontrolle (1992), S. 74; Rittner, JZ 1990, 838, 839 f., 845 sowie aus europäischer Perspektive Leistner, Richtiger Vertrag (2007), S. 347; v. Vogel, Verbrauchervertragsrecht (2006), S. 260 f.; Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl. 2006), Rn. 131; Remien, Zwingendes Vertragsrecht (2003), S. 178.

### 1. Individuelle Funktionen der Vertragsfreiheit

Die Vertragsfreiheit entfaltet ihre Wirkung zunächst im unmittelbaren Bereich der Parteien als Urheber der vertraglichen Vereinbarung und als Regelungsadressaten. Dem entspricht ihre primäre verfassungsrechtliche Stellung als individualschützendes, *subjektives Abwehrrecht*. Die Vertragsfreiheit wird nicht in erster Linie aus Gründen der Staatsräson, sondern zugunsten des Einzelnen als Individuum gewährt.<sup>188</sup> Alle überindividuellen Funktionen, die der Vertragsfreiheit als verfassungsrechtlich geschützter Institutsgarantie zukommen, sind damit Reflexe und Folgen ihrer individualrechtsschützenden Bestimmung.

#### a) Selbstbestimmungsfunktion: Instrument rechtlicher Persönlichkeitsentfaltung

Die zentrale Funktion der Vertragsfreiheit liegt ohne Zweifel in der rechtlichen Effektivierung der *Selbstbestimmung* des Einzelnen als Ausdruck seines in *Freiheit* und *Würde* gründenden Anspruchs auf freie *Entfaltung seiner Persönlichkeit*.<sup>189</sup> Die Vertragsfreiheit ist von ihrem Wesen und ihrem Zweck her in erster Linie darauf gerichtet, dem Einzelnen durch die Eröffnung eines entsprechenden Freiheitsraumes die selbstbestimmte Gestaltung der Rechtsverhältnisse nach seinem Willen zu ermöglichen.<sup>190</sup> Sie lässt sich daher nicht auf die Gewährleistung eines rein technischen Mechanismus des Vertragsschlusses reduzieren, sondern ist vielmehr Instrument der Persönlichkeitsentfaltung. Aufgrund des damit verbundenen engen Bezuges zu Freiheit und Würde des Einzelnen kommt der Selbstbestimmungsfunktion der Vertragsfreiheit auch im Gefüge der Privatrechtsordnung sowie im Vergleich mit anderen Funktionen ein besonderes Gewicht zu. Weil die Vertragsfreiheit zunächst die Selbstbestimmung des Einzelnen schützt, bedürfen staatliche Eingriffe der besonderen Rechtfertigung. Weil die Vertragsfreiheit die Selbstbestimmung des Einzelnen schützt, sind staatliche Eingriffe jedoch zugleich zwingend erforderlich. Das Paradoxon der Beschränkung zum Zweck ihrer Effektivierung ist der Vertragsfreiheit immanent und prägt auch die gegenwärtige Reformdiskussion.<sup>191</sup> Angesichts der Bedeutung der Selbstbestimmungsfunktion bewegt sich die Vertragsfreiheit somit im *Spannungsfeld*

<sup>188</sup> Zur Verknüpfung der Vertragsfreiheit mit der *Menschenwürde* vgl. oben S. 16 ff., 23 ff., 56 f., 59 ff. sowie zur *verfassungsrechtlichen Dimension* unten S. 409 ff. Hierzu grundlegend BVerwGE 8, 274, 328; BVerfGE 74, 129, 152; 12, 87, 91.

<sup>189</sup> *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HBStR VII* (3. Aufl. 2009), S. 150, 233 f., 242.

<sup>190</sup> Zur begrifflichen Bestimmung und zum Inhalt der Vertragsfreiheit vgl. *Heinrich*, *Formale Freiheit* (2000), S. 43; *Lorenz*, *Schutz* (1997), S. 17; *Enderlein*, *Rechtspaternalismus* (1996), S. 71 ff.; *Hönn*, *Vertragsparität* (1982), S. 298; *Flume*, *BGB AT II* (3. Aufl. 1979), S. 12; *Wolf*, *Entscheidungsfreiheit* (1970), S. 19; *Dilcher*, *NJW* 1960, 1040 sowie oben S. 13 ff.

<sup>191</sup> Vgl. hierzu *Staudinger/Wendland*, *Eckpfeiler des Zivilrechts* (6. Aufl. 2018), Rn. 25, 25a, 25c sowie unten S. 713 ff. mwN.

zwischen gebotener *Zurückhaltung* des Staates mit Blick auf mögliche Eingriffe und staatlichen *Schutzpflichten*.

Da die Vertragsfreiheit als Instrument der Persönlichkeitsentfaltung vor allem der Effektivierung individueller Selbstbestimmung dient, ist ihre *materielle* Dimension von besonderer Bedeutung. Ein ausschließlich formales Verständnis der Vertragsfreiheit, das sich auf den ersten Blick zunächst zu Recht auf die Selbstbestimmung des Einzelnen zu berufen vermag, ist angesichts der Tatsache, dass wahre Selbstbestimmung die *tatsächliche* rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit der Beteiligten erfordert, im Grunde mit ihrer Selbstbestimmungsfunktion unvereinbar. Insofern hat die *Selbstbestimmungsfunktion* der Vertragsfreiheit sowohl im Zuge der Bürgschaftsrechtsprechung des BVerfG<sup>192</sup> und des daraufhin einsetzenden intensiveren Schutzes der *tatsächlichen* Entscheidungsfreiheit<sup>193</sup> strukturell schwächerer Parteien als auch infolge der *verbraucherschützenden Gesetzgebung* auf europäischer Ebene<sup>194</sup> und der Vorarbeiten für ein gemeinsames *Europäisches Vertragsrecht*<sup>195</sup> (DCFR, GEK) eine deutliche Effektivierung erfahren. Sie steht daher im Zentrum der Diskussion um Reichweite und Grenzen der Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr<sup>196</sup>.

#### b) Gerechtigkeitsfunktion: Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus

Über die Effektivierung der rechtlichen Selbstbestimmung des Einzelnen hinaus kommt der Vertragsfreiheit unter der Bedingung der durch annähernde Vertragsparität vermittelten tatsächlichen rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit regelmäßig auch eine *gerechtigkeitsstiftende Funktion* zu. Das Verständnis, dass durch den Mechanismus des freien Aushandelns der Vertragsbedingungen in der Regel ein angemessener und damit gerechter Ausgleich der gegenseitigen Interessen der Parteien gewährleistet wird, lag im Ansatz bereits der liberalistischen Grundkonzeption des BGB zugrunde, freilich ohne die Notwendigkeit des Bestehens eines *tatsächlichen* Verhandlungsgleichgewichts und damit die materiellen Voraussetzungen rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit in den Blick zu nehmen.

Diese Lücke wurde erst später, insbesondere durch die Arbeit *Schmidt-Rimpfers* und seine *Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus*<sup>197</sup> geschlossen. Danach kommt dem Vertrag, weil er von den Beteiligten gleicher-

<sup>192</sup> Grundlegend BVerfGE 89, 214, 234 = NJW 1994, 36, 39 (Bürgschaft I). Hierzu eingehend unten S. 382 ff. Vgl. auch BVerfG NJW 1996, 2021 (Bürgschaft III); BVerfG NJW 1994, 2749 (Bürgschaft II), hierzu unten S. 387 ff.

<sup>193</sup> Zum Wandel des Privatrechts von einer *liberalen Freiheitsethik* in eine *materiale Ethik der sozialen Verantwortung* eingehend unten S. 172 ff. mwN.

<sup>194</sup> Hierzu unten S. 790 ff.

<sup>195</sup> Hierzu unten S. 796 ff.

<sup>196</sup> Zur Diskussion unten S. 695 ff., 713 ff., 747 ff.

<sup>197</sup> *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 151 ff. sowie eingehend unten S. 208 ff. und zur Kritik unten S. 221 ff.

maßen gewollt ist und damit ein objektiv unrichtiger Wille durch die jeweils entgegengesetzten Interessen der anderen Partei korrigiert wird, eine jedenfalls näherungsweise Gewähr der objektiven Richtigkeit zu.<sup>198</sup> Der dieser Lehre zugrunde liegende Gedanke, dass der rationale Interessenausgleich jedenfalls in der Tendenz regelmäßig zu objektiv gerechten Ergebnissen im Sinne einer fairen Güterverteilung führt, ist zu Recht auf breite Zustimmung gestoßen und bildet die Grundlage der nach wie vor wirkungsmächtigsten Theorie zum Verständnis der Vertragsgerechtigkeit.<sup>199</sup> Da die Parteien an der möglichst weitgehenden Verwirklichung ihrer jeweiligen Interessen interessiert sind und regelmäßig keiner für sie benachteiligenden und ungerechten Einigung zustimmen werden, gewährleistet das Verhandlungsverfahren unter den Bedingungen *rationaler Entscheidung*, *hinreichender Information* und *annähernder Verhandlungspartitität* in der Regel einen angemessenen Interessenausgleich. Das egoistisch bedingte ungerechte Wollen beider Parteien wird durch die hierfür notwendige Zustimmung des jeweils anderen Vertragspartners einer Art „Inhaltskontrolle“ und damit einer materiellen Korrektur unterworfen und auf diese Weise neutralisiert. Das Verhandlungsergebnis ist somit nicht *per se* gerecht, weil die Parteien es so wollen<sup>200</sup>, sondern weil sich die Parteien aufgrund der Tatsache, dass ihr jeweiliger Verhandlungspartner dem Einigungsvorschlag zustimmen muss, regelmäßig auf ein Ergebnis einigen, das jedenfalls im Grundsatz die Gewähr dafür bietet, dass es den Kriterien objektiver Gerechtigkeit entspricht.<sup>201</sup>

Die Tatsache, dass jedes Vertragsangebot von der jeweils anderen Partei einer Prüfung im Hinblick auf ihre Zustimmungsfähigkeit unterzogen wird, setzt einen generalpräventiv wirkenden *Verhaltensanreiz* zu materiell ausgewogenen Einigungsvorschlägen, der die Parteien dazu motiviert, die Interessen ihres jeweiligen Vertragspartners bei der Formulierung ihres Angebotes mit zu berücksichtigen.<sup>202</sup> Indem die regelmäßig nur einseitig ausgeprägten Erwartungen im Blick auf ein – freilich jeweils für sich selbst – gerechtes Ergebnis für eine den gesamten Vertrag umfassende materielle Gerechtigkeitskontrolle in Dienst genommen werden, wird eine Neutralisierung der jeweiligen „Egoismen“ der Parteien durch gegenseitiges Abschleifen möglich.<sup>203</sup> Die wechselseitige Kontrolle der Par-

<sup>198</sup> Dazu *Fastrich*, Inhaltskontrolle (1992), S. 51 f.

<sup>199</sup> So *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 284.

<sup>200</sup> So aber *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 6; *Flume*, FS 100 Jahre DJT (1960), S. 135, 141, 143. Eingehend hierzu unten S. 181 ff. sowie zur Kritik 183 ff.

<sup>201</sup> Diese Sichtweise ist freilich nur unter der Voraussetzung möglich, dass man überhaupt die – indes in Rechtsprechung wie in der Rechtstradition seit jeher im Grundsatz vorausgesetzte – Existenz objektiver Gerechtigkeitskriterien anerkennt.

<sup>202</sup> Zur entsprechenden Rechtspflicht des Verwenders vgl. in st. Rspr. BGH VersR 2013, 197, 198; NJW 2012, 2501, 2502; NJW 1981, 1211, 1211.

<sup>203</sup> Vgl. hierzu *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 162 Fn.41. Parallel verwendete *Schmidt-Rimpler* das Bild des *Paralysierens* der gegenseitigen Ansprüche vgl. *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser (1974), S. 3, 5; *Schmidt-Rimpler*, FS Nipperdey (1955), S. 1, 28; *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 155.

teien im Sinne einer *peer review* und die Annahme, dass die Parteien einer für sie ungerechten Einigung in der Regel ihre Zustimmung versagen, bieten so eine objektive Richtigkeitsgewähr, die nicht nur dem Willen und den Interessen der Parteien, sondern regelmäßig auch den Gerechtigkeitsanforderungen der Rechtsordnung an eine angemessene Güterverteilung entspricht.<sup>204</sup>

## 2. Überindividuelle Funktionen der Vertragsfreiheit

Die Funktion der Vertragsfreiheit bleibt indes nicht auf den unmittelbaren Bereich der Parteien beschränkt, sondern wirkt auf die Rechtsordnung, die sie als *Korrelat* erfordert, in die sie *eingebettet* ist und durch die sie erst *konstituiert* wird, auf vielfältige Weise zurück.

### a) Ordnungsfunktion: Gerechte Güterverteilung durch Vertrag

So kommt dem Vertrag eine über die Beziehung zwischen den Parteien hinausgehende *objektive Ordnungsfunktion* zu, die sich letztlich aus der Einbettung der Privatautonomie in das Gefüge der *Rechtsordnung* ergibt. Weil sich die Interessenverwirklichung der Parteien nicht im beziehungslosen Raum eines ideal gedachten Urzustandes, sondern vielmehr vor dem Hintergrund des Geflechts einer konkreten Sozialordnung vollzieht, in der die einzelnen Individuen aufeinander angewiesen und aufeinander hin ausgerichtet sind, kann sich die Funktion der Privatautonomie als Rechtsinstitut nicht in der unterschiedslosen Anerkennung der Parteivereinbarung erschöpfen. Privatautonomie als Form *sozialer Ordnung* ist zwar als Ausdruck der in Freiheit und Würde verwurzelten Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen gegenüber hoheitlicher Steuerung grundsätzlich vorzugswürdig. Sie muss jedoch auf die Verwirklichung materieller *Gerechtigkeit* als grundlegendem Strukturprinzip einer jeden Privatrechtsordnung gerichtet sein und hat – jedenfalls im Grundsatz und unter Außerachtlassung der Rechtssicherheit – nur insoweit, als sie die Verwirklichung der Gerechtigkeit im Blick hat, Anspruch auf Anerkennung durch das Recht.<sup>205</sup>

In dieser Verknüpfung zwischen *Freiheit* und *Gerechtigkeit*, zwischen *subjektiver Selbstbestimmungs-* und *objektiver Ordnungsfunktion* sieht auch *Schmidt-Rimpler* den Kern seiner Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus, wenn er darauf hinweist, dass er zwar „die Freiheit der Persönlichkeit als eine Grundlage des Vertrages“<sup>206</sup> ansieht, „aber nicht als die alleinige, sondern,

<sup>204</sup> Vgl. zum Vertragsmechanismus *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser (1974), S. 3, 5 ff.; *Schmidt-Rimpler*, FS Nipperdey (1955), S. 1, 6 ff.; *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 151 ff. sowie eingehend unten S. 208 ff., zur Kritik unten S. 221 ff.

<sup>205</sup> Vgl. hierzu oben S. 3, 26 ff. Zur Bindung der Vertragsfreiheit an die Vertragsgerechtigkeit oben S. 9 sowie eingehend unten S. 128 ff., 179 ff., 241 ff., 262 ff., 269 ff.

<sup>206</sup> *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser (1974), S. 3, 10.

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.“<sup>207</sup> Der Zweck des Vertrages besteht nach *Schmidt-Rimpler* nicht darin, der Willkür, der Willensherrschaft der Parteien durch „Ermächtigung zur Selbstrechtsetzung“<sup>208</sup> unbesehen Geltung zu verschaffen, sondern vielmehr darin, auf privatautonomen Weg, ohne hoheitliches Eingreifen, materiell richtige Regelungen herbeizuführen und so staatliche Intervention zu vermeiden. Gesellschaftliche *Steuerung durch Privatautonomie* bei gleichzeitiger Bindung an die *objektive Rechtsordnung*: Mit dieser Kurzformel lässt sich die auf die materielle Gerechtigkeit des Vereinbarten gegründete Ordnungsfunktion der Vertragsfreiheit zusammenfassen. In Anerkennung der Freiheit und Würde des Einzelnen soll die größere *Sachnähe, Kreativität* und *Eigenverantwortung* der Parteien für das Ziel der gesellschaftlichen Ordnung in Dienst genommen werden.<sup>209</sup>

Dies setzt freilich die vorherige Läuterung des zunächst egoistischen Willens und die Mobilisierung des gleichwohl vorhandenen, jedoch durch den Egoismus einseitig verdunkelten *Gerechtigkeitsempfindens* der Parteien voraus, das durch die Überprüfung des Verhandlungsergebnisses darauf, ob es für die betroffene Partei selbst gerecht ist, aktiviert und für die Vertragskontrolle nutzbar gemacht wird.<sup>210</sup> Insoweit soll im Vergleich zur hoheitlichen Regelung das gleiche Ergebnis, jedoch auf privatautonome und damit im Hinblick auf die *Freiheit* und *Würde* des Einzelnen *angemessenere*, aufgrund der größeren Sachnähe und Kreativität der Parteien *effektivere* und qualitativ *bessere* Art und Weise herbeigeführt werden.<sup>211</sup>

Mit einer solchen *Ordnungsfunktion des Privatrechts* geht zugleich eine erhebliche *Entlastung des Staates* von einer flächendeckenden Regelung der Güterverteilung einher, die ohnehin weder möglich noch wünschenswert ist. Die ordnungspolitische Dimension der Vertragsfreiheit ist dabei zugleich *Legitimation* und *Begrenzung* der auf sie gegründeten Inhaltskontrolle: Ebenso wie die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus ein richtiges Ergebnis nicht in jedem Einzelfall, sondern nur über die *Gesamtheit* aller Verträge hinweg gesehen

<sup>207</sup> *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser (1974), S. 3, 10.

<sup>208</sup> *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 156.

<sup>209</sup> Hier klingen bereits Parallelen zu *Lon L. Fullers* Lehre von den Verfahren gesellschaftlicher Steuerung (*processes of social order*) an, zu denen neben hoheitlicher Intervention vor allem der Vertrag als Instrument eigenverantwortlicher Selbstbestimmung gehört. Vgl. hierzu *Fuller*, in: Fuller/Winston (Hrsg.), *The Principles of Social Order* (1981), S. 169, 170 ff.; *Winston*, in: Fuller/Winston (Hrsg.), *The Principles of Social Order* (1981), S. 11, 27 sowie eingehend unten S. 236 f.

<sup>210</sup> Zu dieser Problematik eingehend auf der Grundlage der *regula aurea* unten S. 111 ff., 244 ff.

<sup>211</sup> Zur Bedeutung der Verhaltensökonomik und interdisziplinären Verhandlungsforschung für das Vertragsmodell eingehend unten S. 144 ff., 244 ff.

zu gewährleisten vermag, so indiziert ein Versagen des Vertragsmechanismus ein staatliches Eingreifen aus ordnungspolitischer Sicht nicht bereits dann, wenn ein richtiges Ergebnis im Einzelfall verfehlt wird, sondern erst dann, wenn die Ordnungsfunktion des Vertrages insgesamt beeinträchtigt ist.<sup>212</sup> Die Dominanz der Ordnungs- gegenüber der Gerechtigkeitsfunktion ist im deutschen Privatrecht der maßgebliche Grund dafür, dass – anders als in anderen Jurisdiktionen – etwa eine richterliche Inhaltskontrolle auf AGB beschränkt bleibt und Individualvereinbarungen über die allgemeinen Grenzen der §§ 134, 138, 242 BGB hinaus keiner besonderen materiellen Vertragskontrolle unterworfen werden.

Einen anderen Weg ging insoweit der Verordnungsentwurf für ein *Gemeinsames Europäische Kaufrecht* mit seinem Tatbestand der *unfairen Ausnutzung* nach Art. 51 GEK-E. Weil hier nicht nur die Ordnungs-, sondern mit dem Schutz der schwächeren Vertragspartei auch die Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages im Mittelpunkt steht, wurde folgerichtig die Inhaltskontrolle über den Bereich der vorformulierten Vertragsbedingungen hinaus auf Individualverträge ausgedehnt. Dass der damit bewirkte Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit der schwächeren Vertragspartei zugleich der *Selbstbestimmung* dient, macht deutlich, dass die Selbstbestimmungs-, Gerechtigkeits- und Ordnungsfunktion des Vertrages auf das Engste miteinander verknüpft sind. Wahre, tatsächliche Selbstbestimmung der Parteien führt aufgrund der durch den Vertragsmechanismus bewirkten gegenseitigen „Inhaltskontrolle“ durch die Vertragspartner regelmäßig auch zu materiell gerechten Ergebnissen und damit über den Einzelfall hinaus über die Gesamtheit der Verträge gesehen zu einer insgesamt gerechten Ordnung im Sinne einer angemessenen Güterverteilung. Der Vertragsfreiheit kommt daher eine für die Rechtsordnung zentrale, überindividuelle Dimension zu, die in ihrer individuellen, auf Selbstbestimmung und Gerechtigkeit ausgerichteten Funktion Grund gelegt ist.

#### b) *Ökonomische Funktion: Effizienter Gütertausch durch Vertrag*

Eng verknüpft mit ihrer Bedeutung als Ordnungsfaktor ist die *ökonomische Funktion* der Vertragsfreiheit im Gefüge des Gesellschafts- und Wirtschaftssystems. Die Vertragsfreiheit ermöglicht interessengerechte, individuelle Entscheidungen im Hinblick auf den Gütertausch und damit ein System von Angebot und Nachfrage, das durch Angebotsvielfalt, Wahlfreiheit und wettbewerbliche Strukturen gekennzeichnet ist.<sup>213</sup> Sie ist daher die Grundlage einer jeden auf

<sup>212</sup> Entsprechend hatte auch Schmidt-Rimpler hoheitliche Eingriffe nur in Fällen in Fällen typischer Unrichtigkeit gefordert, nicht dagegen, wenn die Unrichtigkeit Ausnahme bleibt. Vgl. *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser (1974), S. 3, 23; *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 166f., 171. Näher hierzu unten S. 216f.

<sup>213</sup> *Denkinger*, Verbraucherbegriff (2007), S. 26f.; MünchKomm/*Busche*, BGB (7. Aufl. 2015), Vor §§ 145ff. Rn. 5.

Wettbewerb basierenden, marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung.<sup>214</sup> Ein solches Wettbewerbssystem ermöglicht eine effiziente Verteilung von Ressourcen, eine effiziente Produktionsstruktur sowie die Realisierung pareto-optimaler Kooperationsgewinne und somit die Erhöhung des gemeinsamen Nutzens.<sup>215</sup>

Die Vertragsfreiheit ist dabei auch aus ökonomischer Perspektive eng mit der Vertragsgerechtigkeit verknüpft: So erhöhen gerechte, faire Verträge bei einem rationalen Verhalten der Parteien den beiderseitigen Nutzen, durchbrechen die Logik des Wertschöpfungen behindernden Verständnisses des Vertrages als Nullsummen-Spiel<sup>216</sup> und fördern so den materiellen Wohlstand der Gesellschaft.<sup>217</sup> Vertragsfreiheit führt im Idealfall in der Folge zu einem gesamtgesellschaftlichen Zustand, in dem niemand besser gestellt werden kann, ohne dass ein anderer schlechter gestellt wird (Pareto-Effizienz), jedermann besser steht, als in einer Wirtschaft ohne Vertragsfreiheit und keine Koalition von Individuen existiert, die in diesem Zustand durch eine Veränderung des Handelns untereinander ihre Lage verbessern könnte.<sup>218</sup> Die gesamtwirtschaftlichen Vorteile der Vertragsfreiheit – etwa im Vergleich zu den merkantilistischen Planwirtschaften des Feudalismus – sind durch die geschichtliche Entwicklung überzeugend belegt. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Vertragsfreiheit als zentrale, unabdingbare *Grundlage der Marktwirtschaft*.

Zugleich wird durch die *ökonomische Funktion* der *Vertragsfreiheit* die überindividuelle Bedeutung der *Vertragsgerechtigkeit* deutlich, die schon im Kontext der ordnungspolitischen Funktion der Vertragsfreiheit aufgeschieden ist: Wenn faire Verträge zugleich Ausdruck einer effizienten Güterallokation im Sinne einer pareto-optimalen Verteilung von Ressourcen durch Wettbewerb sind, dann gewinnt die Vertragsgerechtigkeit über ihre rechtliche, ethische und individual-schützende Bedeutung für den Einzelnen hinaus eine ökonomische, auf den Wohlstand einer Gesellschaft gerichtete Dimension. Der ökonomische Nutzen für die Gesellschaft ist damit umso größer, je gerechter die Verteilung der zur Verfügung stehenden Ressourcen durch Vertrag erfolgt. Dabei kommt dem *Kooperationsprinzip*, das mit der Gerechtigkeitsfrage eng verknüpft ist, eine zentrale Bedeutung zu. So hat insbesondere die internationale *Verhandlungsforschung* nachgewiesen, dass durch die Ausrichtung der Parteien aufeinander hin, die Wie-

<sup>214</sup> *Ebenda*, S. 27.

<sup>215</sup> S. 365 ff.

<sup>216</sup> Zur Problematik des Nullsummenspiels *Duwe/Eidenmüller/Hacke*, *Mediation* (2. Aufl. 2011), S. 49 f., 59; *Bühning-Uhle/Eidenmüller/Nelle*, *Verhandlungsmanagement* (2009), S. 6 f.; *Schelling*, *The Strategy of Conflict* (1980), S. 83 ff.; *Breidenbach*, *Mediation* (1995), S. 71 ff. Zum empirischen Nachweis des Nullsummenmythos (*zero sum bias*) in Verhandlungssituationen *Thompson*, 59 *J. Pers. Soc. Psychol.* 82, 87 (1990); *Thompson/Hastie*, 47 *Organ. Behav. Hum. Dec. Proc.* 98, 102, 116 ff. (1990).

<sup>217</sup> *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse* (5. Aufl. 2012), S. 365.

<sup>218</sup> Vgl. hierzu eingehend auch *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse* (4. Aufl. 2005), S. 367; *Sen*, in: *Sen* (Hrsg.), *Choice, Welfare and Measurement* (1982), S. 86.

derherstellung ihrer Beziehung zueinander und die dadurch mögliche problem-lösungsorientierte Kooperation beiderseits interessengerechte, objektiv faire und pareto-optimale Verhandlungslösungen entwickelt werden können, die eine wertschöpfende Vergrößerung des überhaupt in der Vertragsverhandlung zu ver-teilenden Wertes ermöglichen.<sup>219</sup>

c) *Soziale Funktion: Der Vertrag als Institut einer gerechten Sozialordnung*

Die aus der Perspektive der ökonomischen Funktion des Vertrages vorausgesetz-ten Verhandlungsbedingungen eines annähernden Machtgleichgewichtes sowie umfassender Information bilden in der realen Wirtschaftspraxis indes die Aus-nahme. Die Realität des Wirtschaftslebens wird stattdessen von deutlichen *Ver-handlungsimparitäten* sowie regelmäßigen *Informationsasymmetrien* gekenn-zeichnet.<sup>220</sup> Das Idealbild der freien, selbstverantwortlichen und umfassend informierten Persönlichkeit, das – der Euphorie der Gründerjahre entsprechend – dem formal-liberalistischen Grundmodell des BGB zugrunde liegt, beruht weitgehend auf einer Fiktion, die mit der realen Lebenswirklichkeit kaum in Einklang zu bringen ist.<sup>221</sup> Rechts-, Wirtschafts- und Sozialbeziehungen sind stattdessen von einer Vielzahl *struktureller Abhängigkeitsverhältnisse*, einer *un-gleichen Verteilung von Ressourcen* sowie erheblichen *Informationsdefziten* ge-kennzeichnet. Zugleich hat sich mit dem Einfluss des Massenverkehrs der Cha-akter vertraglicher Vereinbarungen grundlegend verändert.<sup>222</sup> An die Stelle des individuell ausgehandelten Vertrages sind weitgehend vorformulierte Vertrags-bedingungen getreten. Das *Aushandeln* wurde durch die bloße Möglichkeit, die angebotenen Bedingungen anzunehmen oder abzulehnen, ersetzt und die *Ver-tragsgestaltungsfreiheit* damit jedenfalls im Massenverkehr, aber auch für weite Teile des unternehmerischen Geschäftsverkehrs auf ein Minimum, wenn nicht sogar auf Null reduziert.<sup>223</sup> War die Vertragsfreiheit von ihrer Entstehungs-geschichte her im Zuge der Entwicklung *from status to contract* zunächst Ab-wehrrecht gegenüber einem merkantilen Eingriffsstaat, so wendet sich heute „der

<sup>219</sup> Grundlegend *Fisher/Ury/Patton*, Getting to Yes (1991), S. 81 ff. Vgl. auch *Duwe/Eiden-müller/Hacke*, Mediation (2. Aufl. 2011), S. 41 ff., 167 ff., 187 ff.; *Bühning-Uhle/Eidenmüller/Nelle*, Verhandlungsmanagement (2009), S. 11 ff., 54 ff., 131 ff.; *Patton*, in: *Moffitt/Bordone* (Hrsg.), The Handbook of Dispute Resolution (2005), S. 279, 288 ff. Vgl. hierzu näher *Wend-land*, Mediation und Zivilprozess (2017), S. 149 ff., 299 ff.

<sup>220</sup> Vgl. nur BVerfGE 89, 214, 233 = NJW 1994, 36, 38 f.; *Singer*, Selbstbestimmung (1995), S. 10; *Hönn*, Vertragsparität (1982), S. 298. Grundlegend zur Bedeutung der Vertragsparität *Hönn*, Vertragsparität (1982), S. 9 ff., 88 ff., 134 ff.

<sup>221</sup> Hierzu eingehend unten S. 144 ff., 170 ff., 248 ff., 555 ff.

<sup>222</sup> Zur massenhafte Verwendung von AGB *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht (12. Aufl. 2016), Einl. Rn. 6 f.; *Wolf/Neuner*, BGB AT (11. Aufl. 2016), S. 552; „); *Bork*, BGB AT (4. Aufl. 2016), Rn. 1743 f.; *Medicus/Petersen*, BGB AT (11. Aufl. 2016), Rn. 398; *Stoffels*, AGB-Recht (3. Aufl. 2015), Rn. 1; *Kötz*, Gutachten (1974), S. A 9, S. A 12 ff.; *Eberstein*, Ausgestaltung von AGB (1974), S. 17 f. Näher hierzu unten S. 286 ff.

<sup>223</sup> Vgl. hierzu eingehend unten S. 568 ff.

von anonymen Mächten abhängig gewordene Bürger ... nicht mehr gegen den Staat, sondern ruft ihn zu Hilfe.“<sup>224</sup>

Vor diesem Hintergrund sieht die *Theorie der sozialen Vertragsfunktion* im Vertrag das *Institut einer gerechten Sozialordnung*, der in seinem Zweck auf die Herstellung gerechter Sozial- und Wirtschaftsverhältnisse hin ausgerichtet ist. Ausgangspunkt dieser von *Ludwig Raiser* begründeten Lehre ist dabei der Gedanke, dass subjektive Rechte und damit auch die Vertragsfreiheit durch die *soziale Funktion* begrenzt werden, die ihnen im Gefüge der Sozialordnung zukommt.<sup>225</sup> Da das Recht in seinem Zweck letztlich auf die Verwirklichung einer *gerechten Sozialordnung*, auf eine *angemessene Güterverteilung* und damit auf *materielle Gerechtigkeit* hin ausgerichtet ist, so muss auch der Vertrag als zentrales Strukturelement der Privatrechtsordnung<sup>226</sup> diesem Zweck des Rechts dienen und in ihm naturgemäß seine Grenzen finden. Das Verständnis, dass die Vertragsfreiheit ihre Grenzen in der Rechtsordnung findet, die sie überhaupt erst konstituiert und der sie als Korrelat bedarf, ist nicht neu und entspricht insoweit der gängigen Dogmatik.<sup>227</sup> Indem die Frage nach dem Schutz des sozial schwächeren Verhandlungspartners in den Mittelpunkt rückt und in ihm eine zentrale Aufgabe der Privatrechtsordnung aufscheint, gewinnt die Gerechtigkeitsfrage indes eine neue Dimension.

Zur Bestimmung des konkreten Inhalts der Vertragsfreiheit geht *Raiser* von einem *dualen Verhandlungsmodell* aus, in dem die *Vertragsfreiheit* als in Art. 2 Abs. 1 GG verankertes freiheitliches Element einerseits und die *Gerechtigkeit* als im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG verankertes ordnungspolitisches Element andererseits in einem dialektischen Prozess von *These* und *Antithese* zu einem Ausgleich gebracht werden sollen.<sup>228</sup> Zwar bildet die eigenverantwortliche Selbstbestimmung der Parteien die Grundlage eines jeden freiheitlichen Rechtssystems. Dennoch muss das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte „vom Recht gestützt, eingegrenzt und gegen Missbrauch gesichert werden, um leistungsfähig zu bleiben“<sup>229</sup>, da sich die Vertragsfreiheit sonst in ihr Gegenteil verkehrt, wenn sich eine Partei dem Wettbewerb entzieht. Daher ist „Verträgen die Anerkennung zu versagen, die nach der Art ihres Zustandekommens oder nach ihrem Inhalt den von der Rechtsordnung geschützten Werten zuwiderlaufen.“<sup>230</sup> Aufgrund des tiefgreifenden Strukturwandels der Wirtschaftsordnung ist

<sup>224</sup> *Raiser*, JZ 1958, 1, 3.

<sup>225</sup> *Raiser*, *Zukunft des Privatrechts* (1971), S. 13 ff.; *Raiser*, in: *Summum ius, summa iniuria* (1963), S. 145 ff.; *Raiser*, FS 100 Jahre DJT (1960), S. 101 ff.; *Raiser*, JZ 1958, 1 ff.

<sup>226</sup> *Raiser*, JZ 1958, 1, 1.

<sup>227</sup> *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Aufl. 2004), S. 642; *Lorenz*, *Schutz* (1997), S. 15 f.; *Singer*, *Selbstbestimmung* (1995), S. 6 ff.; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 217 ff.; *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 1 ff. Vgl. hierzu auch oben S. 18 f.

<sup>228</sup> *Raiser*, JZ 1958, 1, 5 f.

<sup>229</sup> *Raiser*, JZ 1958, 1, 3.

<sup>230</sup> *Ebenda*.

die Begrenzung der Vertragsfreiheit durch die soziale Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages keine vorübergehende Ausnahme vom Grundsatz der Privatautonomie der Parteien, sondern Ausdruck einer permanenten Schranke, die sich aus ihrem Zweck ergibt. Die im freien Spiel der Kräfte ausgehandelten Verträge stehen damit vor ihrer Anerkennung durch die Rechtsordnung unter dem Vorbehalt einer grundsätzlichen inhaltlichen Vertragskontrolle, in deren Rahmen sie danach beurteilt werden, ob sie Ausdruck eines gerechten Ausgleichs zwischen den Parteien oder lediglich Ergebnis einseitiger Fremdbestimmung sind. Die Vertragsfreiheit wird damit durch den sozialen Zweck des Vertrages als Instrument zur Herstellung einer gerechten Sozialordnung begrenzt: Seine Geltung steht unter dem Vorbehalt der Kongruenz mit den Grundsätzen materieller Gerechtigkeit und den zentralen, von der Rechtsordnung geschützten Werten.

Eine rechtliche Ausformung hat die *soziale Funktion* des Vertrages im brasilianischen Zivilgesetzbuch in Art. 421 CC/2002<sup>231</sup> gefunden. Die – soweit ersichtlich – weltweit einzigartige Vorschrift stellt die Vertragsfreiheit unter einen grundsätzlichen Vorbehalt der *sozialen Funktion des Vertrages*, die indes der näheren Konkretisierung durch die Rechtsprechung bedarf: „Die Freiheit zu kontrahieren kann aufgrund und in den Grenzen der sozialen Funktion des Vertrages ausgeübt werden.“<sup>232</sup> Die Vorschrift ist im brasilianischen Schrifttum auf stark divergierende Reaktionen gestoßen – von begeisterter Zustimmung bis hin zu vehementer Ablehnung.<sup>233</sup> Ihr *materieller Gehalt*, ihre *dogmatische Bedeutung* sowie ihre *normative Wirkung* sind trotz intensiver und im Ergebnis durchaus fruchtbringender Bemühungen vonseiten der Rechtswissenschaft um eine „Domestizierung“ noch nicht endgültig geklärt. Sind Gesetzesmaterialien wie Entstehungsgeschichte für eine Klärung der materiellen Bedeutung der Vorschrift weitgehend unergiebig, so wird die Regelung doch vor allem mit den Arbeiten *Rudolf von Jherings*, *Léon Duguits*, *Enrico Cimbali* und insbesondere *Emilio Bettis* in Zusammenhang gebracht.<sup>234</sup>

Mit dem Werk *von Jherings*, weil dieser Ende des 19. Jh. die soziale Dimension des Rechts des Vertrages als Zweck des Rechts wieder verstärkt in den Mittelpunkt gerückt und zum Maßstab der teleologischen Interpretation der großen Zivilrechtskodifikationen gemacht hat.<sup>235</sup> Mit dem Denken *Duguits*, weil dieser die Perspektive des Vertragsrechts von der Befriedigung der egoistischen Interessen des Einzelnen auf die Verantwortung für die soziale Solidarität hin

<sup>231</sup> *Código Civil Brasileiro* (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

<sup>232</sup> Übersetzung nach *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), S. 471. Art. 421 CC/2002: „A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato.“ Hervorhebungen durch den Verfasser.

<sup>233</sup> Vgl. zur Diskussion eingehend *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), S. 477 mwN.

<sup>234</sup> Vgl. hierzu eingehend *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), S. 473 f.

<sup>235</sup> *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), S. 473.

geweitet hat.<sup>236</sup> Und mit den Schriften *Cimbalis*, weil dieser mit der Unterscheidung zwischen der *wirtschaftlichen* und der *juristischen* Funktion des Vertrages die Grundlage für eine dogmatische Klärung des bislang weitgehend diffus gebliebenen Begriffs der „sozialen Dimension“ gelegt hat.<sup>237</sup> Entscheidender Einfluss auf die Vorschrift wird indes *Emilio Bettis* „Lehre von der wirtschaftlich-sozialen Funktion des Rechtsgeschäfts“<sup>238</sup> zugeschrieben, die von der Prämisse ausgeht, dass Akte der wirtschaftlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse, um rechtliche Wirksamkeit zu entfalten, eines sozial bedeutsamen Verkehrszwecks, einer wirtschaftlich-sozialen Funktion im Sinne einer *sozialen Nützlichkeit* als *causa* bedürfen.<sup>239</sup> Entsprechend unterliegen Rechtsgeschäfte der Inhaltskontrolle nicht nur im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den Anforderungen der Generalklauseln der *öffentlichen Ordnung* sowie der *guten Sitten*, sondern darüber hinaus auch im Hinblick auf die Frage, ob sie von ihrer Zweckrichtung her von einer sozialen Bedeutung sind, die es rechtfertigt, ihnen rechtliche Wirksamkeit zu verleihen.<sup>240</sup>

Die mit der Weite einer solchen Prüfung auf „soziale Nützlichkeit“ eines Vertrages verbundene *Rechtsunsicherheit* wie auch die Risiken für die *Selbstbestimmung* der Parteien sind offenkundig, so dass die Vorschrift von einem Teil des brasilianischen Schrifttums, unter anderem mit Verweis auf ein nationalistisches, totalitäres oder gar faschistisches Vertragsverständnis, entschieden abgelehnt wird.<sup>241</sup> Insofern überrascht es kaum, dass der Entwurf der Vorschrift auf die Zeit der brasilianischen Militärdiktatur zurückgeht und eine erstaunliche Parallele in den nationalsozialistischen Versuchen einer Neudefinition des Vertragsbegriffs findet, wonach die Wirksamkeit des Vertrages seine Rechtfertigung nicht ausschließlich dem *Willen* der Parteien, sondern als Instrument zur Verwirklichung von *Unionszielen* darüber hinaus auch in der „Ordnung des Volksganzen“<sup>242</sup> finden sollte.<sup>243</sup> Und es waren bezeichnenderweise insbesondere die Arbeiten *Schmidt-Rimplers*, die diesen Angriff auf die Vertragsfreiheit gerade durch die Indienstnahme der *Selbstbestimmung* zum Zweck der *Gerechtigkeit* abzuwehren versuchten: Nicht dadurch, dass der Vertrag um seiner selbst und der „Selbstherrlichkeit“<sup>244</sup> der

<sup>236</sup> *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), S. 473 f.

<sup>237</sup> *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), S. 474.

<sup>238</sup> Hierzu *Betti*, FS Wenger I (1944), S. 249 ff., 279 f. sowie *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), S. 474 ff.

<sup>239</sup> *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), S. 474 f.

<sup>240</sup> *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), S. 475.

<sup>241</sup> Vgl. hierzu die bei *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), S. 477 genannten Nachweise.

<sup>242</sup> *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), S. 478.

<sup>243</sup> *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien (2009), S. 478 mit Verweis auf *Larenz*, Vertrag und Unrecht (1936), S. 33. Vgl. hierzu und zur überpositiven Begründung der Privatautonomie oben S. 18 ff.

<sup>244</sup> So *Flume*, BGB AT II (3. Aufl. 1979), S. 6 ff. Kritisch *Busche*, Privatautonomie (1999), S. 101 f. mwN. eingehend zur *Selbstbestimmungstheorie* *Flumes* unten S. 181 ff.