

MARKUS STOFFELS

Gesetzlich
nicht geregelte
Schuldverträge

Jus Privatum

59

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 59



Markus Stoffels

Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge

Rechtsfindung und Inhaltskontrolle

Mohr Siebeck

Markus Stoffels, geboren 1963; 1984–1990 Studium der Rechtswissenschaften in Bonn; 1990–92 wissenschaftliche Hilfskraft am Forschungsinstitut für Sozialrecht an der Universität zu Köln; 1993 Promotion; 1994 zweites juristisches Staatsexamen; 1995–2001 wissenschaftlicher Assistent an der Fernuniversität Hagen; 2001 Habilitation; Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft an der Fernuniversität Hagen gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Stoffels, Markus:

Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge : Rechtsfindung und
Inhaltskontrolle / Markus Stoffels. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2001

(Jus privatum ; 59) 978-3-16-157915-8 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019
ISBN 3-16-147654-9

© 2001 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0940-9610

für Michaela

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung versteht sich als ein Beitrag zur Bewältigung der Rechtsprobleme gesetzlich nicht geregelter Schuldverträge, wozu insbesondere die sogenannten „modernen Vertragstypen“ zählen. Es geht darum, ein methodisches Konzept zu erarbeiten, das die spezifischen Probleme solcher Verträge im Bereich der Rechtsfindung und der Inhaltskontrolle einer befriedigenden Lösung näherbringt.

Die Arbeit hat dem Fachbereich Rechtswissenschaft der FernUniversität Hagen als Habilitationsschrift im Wintersemester 2000/2001 vorgelegen. Für die Veröffentlichung ist sie auf den Stand Januar 2001 gebracht worden. Erste Stellungnahmen zu dem vom Bundesminister der Justiz veröffentlichten Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes konnten noch berücksichtigt werden, spätere hingegen nur noch sporadisch.

Der Verfasser dankt allen voran seinen verehrten Lehrern, den Herren Professoren Eisenhardt und Preis, für die ihm zuteil gewordene Förderung. Beide haben gleichermaßen maßgeblichen Anteil an der Vollendung der vorliegenden Arbeit.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft schuldet der Verfasser Dank für die Unterstützung der Drucklegung in Form eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Bonn, im Frühjahr 2001

Markus Stoffels

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
---------------	-----

Erstes Kapitel: Grundbegriffe und Grundlagen

§ 1 Einführung	1
§ 2 Rechtsmethodische Erfassung der normativen Schuldvertragsordnung	20
§ 3 Historische Grundlagen des Verhältnisses der gesetzlichen Vertragstypenordnung und privatautonomer Regelung	50
§ 4 Die heutige Bedeutung der normativen Vertragstypenordnung	103

Zweites Kapitel: Inhaltsbestimmung

§ 5 Rechtsfindungsmethoden der Rechtsprechung	121
§ 6 Kritik der im Schrifttum vertretenen Entwürfe	153
§ 7 Grundpfeiler eines methodengerechten Rechtsfindungskonzepts ..	172

Drittes Kapitel: Inhaltskontrolle

§ 8 Typenfreiheit und Rechtsordnung	357
§ 9 Das Leitbild eines nicht kodifizierten Vertrages	415

Viertes Kapitel: Ausblick

§ 10 Kodifikationsdiskussion im Rahmen der Reform des Schuldrechts .	542
§ 11 Internationale Rechtsvereinheitlichung	585
§ 12 Zusammenfassende Schlußthesen	628
Schrifttumsverzeichnis	647
Sachregister	688

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
---------------	-----

Erstes Kapitel: Grundbegriffe und Grundlagen

§ 1 Einführung	1
I. Die gesetzliche Schuldvertragsordnung und die Vertragswirklichkeit	1
1. Bestehen und Entstehen nicht kodifizierter Vertragstypen als Ausdruck eines offenen und dynamischen Vertragswesens	1
2. Vom Individualvertrag zum standardisierten Massenvertrag	2
3. Offene Fragen	3
II. Problemaufriß	5
1. Erschwerte Justitiabilität	6
a) Normenmangel: das Dilemma der Rechtsfindung und der Inhaltskontrolle	6
b) Weitere Ursachen der erschwerten Justitiabilität	7
(1) Schwierigkeiten der Integration anglo-amerikanisch beeinflusster Vertragsformen	7
(2) Problematik langfristiger Beziehungsverträge	8
(3) Problematik mehrgliedriger Vertragssysteme	9
2. Die Kodifikationsfrage	11
III. Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes	11
1. Begriff des gesetzlich nicht geregelten (Schuld-)Vertrages	11
a) Fehlen einer vertragstypprägenden Regelung im Gesetz	12
b) Gemischte und typenfremde Verträge als Unterfälle	13
2. Abgrenzungen	14
a) Atypische und verkehrstypische Verträge	14
b) Sonderstellung moderner Vertragstypen?	16
IV. Gang der Untersuchung	17
§ 2 Rechtsmethodische Erfassung der normativen Schuldvertragsordnung	20
I. Begriffliche oder typologische Struktur?	20
1. Zum Stand der Diskussion	21
a) Der überkommene begrifflich-kategoriale Ansatz	21
b) Der Siegeszug der Typuskonzeptionen	22
c) Kritik der Typologik	23

2. Eigener Standpunkt	25
a) Der überschätzte Abstand des qualitativen Gehalts beider Rechtsanwendungsstile	25
b) Das Zwei-Schichten-Modell	27
(1) Die Ebene der Deskription	28
(2) Die Ebene der Rechtsgewinnung	29
3. Typenzwang und Typenfreiheit	31
II. Systematisierungsbemühungen der Schuldrechtsdogmatik	33
1. Gemischte Verträge	35
a) Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts	35
b) Abgrenzung zu sonstigen Vertragsgebilden	36
(1) Vertragsverbindungen	36
(2) Zusammengesetzte Verträge	38
c) Typenkombinationsverträge	39
d) Verträge mit anderstypischer Nebenleistung	41
e) Verträge mit anderstypischer Gegenleistung	42
f) Typenverschmelzungsverträge	42
2. Typenfremde Verträge	43
a) Abgrenzung zu bloßen Modifikationen gesetzestypischer Verträge ..	44
b) Singularität typenfremder Verträge	45
c) Beispiele typenfremder Verträge	47
§ 3 Historische Grundlagen des Verhältnisses der gesetzlichen Vertrags- typenordnung zur privatautonomen Regelung	50
I. Die Vertragstypenordnung des römischen Rechts	50
1. Ausbildung einer strikten Vertragstypenordnung vor dem Hintergrund des Aktionensystems	50
2. Allmähliche Auflockerungen bis zu den Innominatkontrakten der nachklassischen Zeit	51
II. Überwindung des starren Typenzwangs durch das Prinzip der Vertragsfreiheit im ausgehenden Mittelalter	55
1. Der Einfluß kanonischen Rechtsdenkens	55
2. Naturrechtliche Vertragslehre	58
III. Vertragstypen in den großen Naturrechtskodifikationen	61
1. Der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756	62
2. Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794	63
3. Der französische Code civil von 1804	65
4. Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811	67
5. Gesamtwürdigung	68
IV. Frühe Kodifizierung handelsrechtlicher Vertragstypen	69
1. Vertragstypen im Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von 1861	69
2. Die Diskussion um das dispositive Gesetzesrecht im handelsrechtlichen Schrifttum des 19. Jahrhunderts	71
V. Die Diskussion in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts	72

1. Primat selbstbestimmter Gestaltung der Rechtsverhältnisse bei <i>von Savigny</i>	72
2. Die Pandektistik nach <i>von Savigny</i>	73
3. Verbindliche Kraft und Ordnungsfunktion auch des nicht zwingenden Rechts	76
VI. Die Vertragstypenordnung des Bürgerlichen Gesetzbuches	78
1. Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863	78
2. Dresdener Entwurf von 1866	79
3. Der Erste Entwurf von 1887	80
a) Vorlagen, Text des Entwurfs und Motive	80
b) Stellungnahmen	83
4. Der Zweite Entwurf von 1895 – Protokolle	84
5. Die Gesetz gewordene Fassung von 1896	85
a) Anerkennung der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit in § 305 BGB ..	85
b) Fehlen grundsätzlicher Aussagen zur Bedeutung der Vertragstypenordnung und zur Behandlung gemischter Verträge ..	87
c) Funktion des dispositiven Gesetzesrechts nach <i>Ehrlich</i>	88
VII. Weiterungen des Disputs um die Bedeutung des dispositiven Gesetzesrechts	89
1. Dispositives Gesetzesrecht und ergänzende Vertragsauslegung	89
2. Dispositives Gesetzesrecht und ergänzende Verkehrssitten	91
VIII. Entwicklung des Leitbildgedankens	93
1. Erste Ansätze im Schrifttum	93
2. Ordnungsvorstellungen der nationalsozialistisch beeinflussten Rechtserneuerer	94
3. Rechtsprechung und Literatur vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes ...	98
4. Die Generalklausel des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG	99
IX. Resümee: Vertragstypenfreiheit und Typenkatalog	101
1. Das historische Spannungsverhältnis	101
2. Die Anlage des Bürgerlichen Gesetzbuches – ein Anlaß zur methodischen Neubesinnung	101
§ 4 Die heutige Bedeutung der normativen Vertragstypenordnung	103
I. Die Vertragstypenordnung als notwendiges Korrelat zur Privatautonomie	103
II. Funktionen der gesetzlichen Vertragstypen	105
1. Rechtsfindungshilfe	105
a) Verkehrserleichterndes Angebot	106
b) Gewährleistung gleicher und vorhersehbarer Rechtsfolgenableitungen	107
2. Maßstabsfunktion im Rahmen der Inhaltskontrolle	108
3. Wertungshilfe bei nicht kodifizierten Vertragstypen	110
III. Eingeschränkte Rationalität des Kreises der normierten Vertragstypen ...	111
1. Gründe für die Normierung einzelner Vertragstypen	112
2. Aleatorische Züge und fragmentarischer Charakter der normativen Vertragstypenordnung	113

3. Verengung des Funktionsbereichs der gesetzlichen Regelungsmodelle durch Ausrichtung an bestimmten Lebenssachverhalten	113
IV. Überlagerung der traditionellen Vertragsmuster durch engere Wertungszusammenhänge	115
V. Fazit	116

Zweites Kapitel: Inhaltsbestimmung

§ 5 Rechtsfindungsmethoden der Rechtsprechung	120
I. Verzicht auf eine methodische Festlegung	120
II. Die Bedeutung des vertraglich Vereinbarten im Rechtsfindungsprozeß ...	122
1. Bezeichnung des Vertrages durch die Parteien	123
2. Qualifikation des Vertrages durch die Parteien	125
a) Allgemeine Stellungnahmen zur Beachtlichkeit einer Selbstqualifikation	125
b) Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zur Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom freien Dienstverhältnis	127
c) Die Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht	130
d) Zusammenfassung	133
III. Qualifizierung als normativ-typischer Vertrag	133
1. Beispielsfälle aus der Rechtsprechung	134
2. Das Beispiel Finanzierungsleasing – der mietrechtliche Ansatz der Rechtsprechung	136
IV. Probleme der Normenkonkurrenz	140
1. Die Stellung des Vertrages im Begriffssystem der normativen Typenordnung	141
2. Methodische Bewältigung einzelner Problembereiche	142
a) Kombinationslösungen im Bereich der Gewährleistungshaftung ...	142
b) Einheitslösungen bei der Anwendung zwingenden Rechts sowie von Kündigungs- und Widerrufsbestimmungen	143
V. Probleme des Fehlens gesetzlicher Lösungen	146
1. Orientierung am problemnächsten gesetzlichen Vertragstypenrecht ...	147
a) Übernahme des jeweiligen Vertragstypenrechts in toto	147
b) Übertragung gesetzlicher Einzelwertungen	148
2. Rückgriff auf das allgemeine Schuldrecht	149
3. Entwicklung ungeschriebener Normen	150
VI. Zusammenfassende Bewertung	151
§ 6 Kritik der im Schrifttum vertretenen Entwürfe	153
I. Stellungnahme zum Theorienstreit um die Behandlung gemischter Verträge	153
1. Absorptionstheorie	154
2. Kombinationstheorie	155
3. Theorie der analogen Rechtsanwendung	156

4. Pragmatisch differenzierende Methoden der herrschenden Lehre	157
5. Zusammenfassende Bewertung	159
II. Die Rechtsfindung bei typenfremden Verträgen	161
1. Gesetzesorientierte Zugangsweise	162
2. Vorrangstellung der (ergänzenden) Vertragsauslegung	162
3. Zusammenfassende Bewertung	163
III. Übergreifende Rechtsfindungskonzepte	164
1. Diskurstheorie	165
2. Typologische Zuordnungsverfahren	165
a) Gesamtbildvergleich	165
b) Isolierende Typenvergleichsmethode	167
3. Zusammenfassende Bewertung	169
§ 7 Grundpfeiler eines methodengerechten Rechtsfindungskonzepts ..	172
I. Zu den Anforderungen an ein Rechtsfindungskonzept	172
1. Umsetzung des von den Parteien Gewollten	173
2. Vorhersehbarkeit der Inhalt Konkretisierung	174
3. Rechtsdogmatische Stimmigkeit	175
a) Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge als Gegenstand eines Systems aufeinander abgestimmter rechtlicher Aussagen	175
b) Verbindung der induktiven, vertragsauslegenden mit der deduktiven, normapplizierenden Zugangsweise	176
II. Kritik der herrschenden, primär normorientierten Rechtsfindungsmethode	177
1. Die zu konstatierende Hypertrophierung der gesetzlichen Vertragstypen	177
2. Gefahren einer vorschnellen Einordnung	179
a) Mißachtung des Grundsatzes der Privatautonomie	179
(1) Sachmängelhaftung und Wegfall der Geschäftsgrundlage beim Finanzierungsleasing	180
(2) Anwendung des § 557 BGB auf Finanzierungsleasingverträge ..	184
b) Ausblendung alternativer Lösungen	187
c) Zerstörung der Sinneinheit mehrgliedriger Vertragswerke durch Reduktion auf bipolare BGB-Verträge	188
3. Verkennung der Leistungsfähigkeit der normativen Vertragstypenordnung	191
III. Vorrangige Ausschöpfung des vertraglich Vereinbarten	192
1. Qualifikationshoheit der Parteien oder Rechtsformzwang?	193
a) Grundsatz der Qualifikationshoheit als Ausfluß der Privatautonomie	193
b) Grenzen der Qualifikationshoheit	201
c) Konsequenzen für die praktische Rechtsanwendung	202
(1) Würdigung einer Selbstqualifikation im Rahmen der Vertragsauslegung	203
(a) Die Bedeutung des Wortlautes – aufgezeigt am Beispiel des Akquisitionsvertrages zwischen Kreditkartenausgeber und Vertragsunternehmen	203

(b) Der Anwendungsbereich der Regel „falsa demonstratio non nocet“	209
(c) Auflösung von Widersprüchen	210
(2) Kontrolle und Korrektur einer Selbstqualifikation	213
(a) Der Geltungsanspruch des zwingenden Gesetzesrechts	214
(b) Angemessenheitskontrolle einer Selbstqualifikation nach §§ 9 bis 11 AGBG	217
(c) Rechtsfolgen einer Rechtsformverfehlung und der Nichtbeachtung einzelner unabdingbarer Vorschriften	222
d) Folgerungen für die rechtliche Behandlung nicht kodifizierter Verträge	223
2. Die Auslegung gesetzlich nicht geregelter Schuldverträge	224
a) Feststellung des objektiven Erklärungswertes	225
b) AGB-spezifische Modifikationen	226
(1) Grundsatz der objektiven Auslegung	226
(2) Unklarheitenregel und Restriktionsprinzip	227
c) Auslegungsrelevante Begleitumstände	231
(1) Die wirtschaftliche Zwecksetzung	231
(a) Beispielfälle aus der Rechtsprechung	233
(b) Steuerrechtliche Aspekte	235
(c) Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts	239
(2) Das zeitliche Moment	248
(a) Typische Interessenstruktur bei langfristigen Vertragsbeziehungen	248
(b) Lehre vom Dauerschuldverhältnis	250
(c) Lehre von den Relationalverträgen und den komplexen Langzeitverträgen	253
(d) Dynamische Elemente des vertragsrechtlichen Instrumentariums	258
(3) Mehrgliedrigkeit neuerer Vertragswerke	262
(a) Beachtung der Sinneinheit eines Vertragssystems	262
(b) Lehre von den Vertragsverbindungen, den trilateral-synallagmatischen Leistungsverknüpfungen und den Netzverträgen	266
IV. Die ergänzende Vertragsauslegung und der Übergang zur deduktiv-normgeleiteten Rechtsfindung	270
1. Ergänzende Vertragsauslegung	270
a) Vorrangstellung der ergänzenden Vertragsauslegung bei atypischen Gestaltungen	272
b) Der hypothetische Parteiwille – wissenschaftlich wertlose Fiktion oder geeigneter Maßstab der Vertragsergänzung?	275
(1) Kritik: Begründung ersetzende Interpolation materialer Gerechtigkeitsgehalte	276
(2) Konsequenz: Korrektur und Präzisierung des Ergänzungsmaßstabs	276
(a) Der hypothetische Parteiwille	277
(b) Objektiv-generalisierender Maßstab im Falle der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen	279

(3) Die ergänzende Vertragsauslegung zwischen autonomer und heteronomer Wertung	282
c) Zur Methode der Vertragsergänzung im einzelnen	283
(1) Feststellung einer Vertragslücke	284
(2) Zuendedenken des Vertrages aus seinem eigenen Zweckzusammenhang	287
(a) Analoge Anwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen?	287
(b) Berücksichtigung steuer- und bilanzrechtlicher Aspekte am Beispiel der Verteilung des Restwerts im Falle der ordentlichen Kündigung eines Finanzierungsleasingvertrages	287
(3) Berücksichtigung normativer Wertungen	289
(a) Subsidiäre Funktionen der gesetzlichen Regelung	289
(aa) Maßstab für eine wertungsmäßige Kontrolle	289
(bb) Analogiebasis für Zweifelsfälle	291
(b) Bemerkungen zur Einbindung normativer Wertungen – Beispiele	292
(aa) Wertende Zuordnung auf der Stufe gesetzlicher Einzelanordnungen	292
(bb) Annäherung an gesetzliches Vertragstypenrecht bei gemischten Verträgen	296
(4) Beachtlichkeit einer verbreiteten und gleichförmigen Vertragspraxis	299
(a) Anwendungsbeispiele und Meinungsstand	299
(b) Stellungnahme	301
(aa) Grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit in Parallele zu den Verkehrssitten	301
(bb) Gefahr einseitiger Bevorzugung der Interessen der Verwenderseite?	306
d) Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage	308
(1) Eigenständiger Anwendungsbereich der Geschäftsgrundlagenlehre?	309
(2) Leistungsfähigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung	311
2. Richterliche Vertragsrechtsfortbildung	317
a) Einordnung der in richterlicher Rechtsfortbildung geschaffenen Rechtssätze	318
b) Das Verhältnis der richterlichen Vertragsrechtsfortbildung zur ergänzenden Vertragsauslegung	320
(1) Funktionales Näheverhältnis	320
(2) Praxis und Theorie der Abgrenzung	321
(a) Die Verfahrensweise der Rechtsprechung	322
(b) Kritik der bisher unterbreiteten Abgrenzungsvorschläge (<i>Sandrock</i> und <i>Canaris</i>)	323
(3) Eigener Vorschlag zur Lokalisierung der Regelungslücke bei nicht kodifizierten Verträgen	325
(a) Ergänzende Vertragsauslegung zur Lösung ungeregelter, vertragstypenspezifischer Sachfragen	326

(b) Entwicklung ungeschriebener Normen zur Lösung ungeregelter, vertragstypübergreifender Sachfragen	330
(c) Bewertung der gefundenen Lösung	332
3. Typische Vertragsbildungen kraft Gewohnheitsrechts?	334
a) Zuerkennung gewohnheitsrechtlicher Geltung durch Teile der Literatur	334
b) Kritik	335
(1) Bedenken gegen die Erhebung von Richterrecht in den Rang von Gewohnheitsrecht	336
(2) Die – meist nicht erfüllten – tatbestandlichen Voraussetzungen für die Entstehung von Gewohnheitsrecht	338
(3) Fazit: Gewohnheitsrechtliche Verfestigung nicht kodifizierter Vertragstypen als höchst singuläres Phänomen	340
4. Die Regeln des allgemeinen Schuldrechts	340
a) Anwendung der dispositiven Bestimmungen des allgemeinen Schuldrechts	340
(1) Exklusivitätsanspruch des allgemeinen Schuldrechts?	341
(2) Das allgemeine Schuldrecht und die Spezifika des gesetzesfremden Vertrages	342
b) Exkurs: Die Anwendung zwingender Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts	344
V. Typische Lösungsmuster innerhalb verschiedener Vertragskategorien? ..	347
1. Grundanliegen der Klassifizierungsvorschläge und allgemeine Bedenken	347
2. Schlüsse aus der Einordnung in das klassische Ordnungssystem der Schuldverträge	350
3. Inhalt der Leistung als Klassifizierungskriterium	351
4. Das Grundformen-Paradigma	354

Drittes Kapitel: Inhaltskontrolle

§8 Typenfreiheit und Rechtsordnung	357
I. Gefahren einer extensiven Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit – zur Kehrseite des modernen Vertragsrechts .	357
1. Der Ausfall der Gerechtigkeitsgewähr des dispositiven Gesetzesrechts	358
2. Teilhabe an den spezifischen Gefahren der AGB-Verwendung	359
3. Kautelarjuristische Instrumentalität	360
4. Fazit	363
II. Schranken der Inhaltskontrolle gesetzlich nicht geregelter Verträge	363
1. Problemstellung – Fallbeispiele	365
a) Abräumklausel im Automatenaufstellungsvertrag	366
b) Freigabeklausel im Sicherungsvertrag	367
2. Bestimmung der Reichweite des §8 AGBG	367
a) Überblick über den Streitstand	368
(1) Begrenzung des kontrollfreien Bereichs auf preis- und leistungsbestimmende sowie rechtsdeklaratorische Klauseln ...	368

(2) Kontrollfreiheit wegen Fehlens rechtsnormativer Vorgaben	370
b) Eigener Interpretationsvorschlag	371
(1) Wortsinn des § 8 AGBG	371
(2) Argumente aus dem Bedeutungszusammenhang	372
(a) Systematik der Inhaltskontrollvorschriften	372
(b) Rückschlüsse aus der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen	374
(3) Zur ratio legis des § 8 AGBG	376
(4) Entstehungsgeschichtliche Argumente	378
(5) Ergebnis	379
3. Präzisierung des kontrollfreien Bereichs im Hinblick auf nicht kodifizierte Verträge	380
a) Rechtsdeklaratorische Klauseln	380
(1) Erfordernis eines Rechtslagenvergleichs	380
(2) Konkretisierung des rechtlichen Vergleichsmaßstabs	381
b) Preis- und leistungsbestimmende Klauseln	385
(1) Vorrang von Markt und Wettbewerb	386
(2) Transparenzkontrolle	387
(a) Transparenz als Vorbedingung der Kontrollfreiheit	387
(b) Kritik der Rechtsprechung – Urteil zur Herstellergarantie	388
(3) Materielle Inhaltskontrolle im Leistungsbereich	390
(a) Teilnahme an den Kontrollmechanismen von Markt und Wettbewerb	390
(b) Rückschlüsse aus den Klauselverboten der §§ 10 und 11 AGBG	394
(c) Anwendungsbeispiele	398
(aa) Entgelt für Auslandseinsatz von Kreditkarten	398
(bb) Abschlußzahlung beim kündbaren Teilamortisations-Leasingvertrag	400
c) Ergebnis	402
III. Ungeschriebene, der Rechtsordnung immanente Anforderungen an Zweck und Inhalt eines nicht kodifizierten Vertrages?	403
1. Verfolgung gesellschaftlich bedeutsamer und berechtigter Verkehrsinteressen	404
a) Die Auffassung eines Teils des älteren Schrifttums	404
b) Stellungnahme: stat pro ratione voluntas	405
2. Formulierung abgeschwächter Rechtfertigungslasten	407
a) Erfordernis eines sachlichen Grundes	408
b) Verkehrstypik	409
c) Stellungnahme	409
(1) Nicht kodifizierte Individualverträge	409
(2) Nicht kodifizierte AGB-Verträge	411
§ 9 Das Leitbild eines nicht kodifizierten Vertrages	415
I. Rechtskontrolle trotz fehlender gesetzlicher Ausgestaltung?	415
1. Inhaltskontrolle als Rechtsanwendung	416

2. Inhaltskontrolle als Wirksamkeitskontrolle	417
3. Rechtskontrolle auf der Grundlage von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG	418
II. Leitbilder als Maßstab der Inhaltskontrolle	420
1. Die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts als zentrales Denkmodell der heutigen Schuldrechtsdogmatik	420
2. Grenzen des Leitbilddenkens im Rahmen der Inhaltskontrolle	421
a) Dynamik der Vertragspraxis versus statische Gesetzesleitbilder	421
b) Gefahr einer übermäßigen Verkürzung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit – dargestellt am Beispiel von Nichtlieferungs- und Verspätungsklauseln in Leasingverträgen	423
3. Vorschlag einer modifizierten Leitbildkonzeption	425
a) Unentbehrlichkeit eines normativ geprägten Vergleichsmaßstabs ..	426
b) Übergang zu differenzierteren und engeren typenspezifischen Leitbildern	428
c) Strukturierung des Gangs der Leitbildkontrolle	430
III. Abgrenzung der Funktionsbereiche des § 9 AGBG	432
1. Die in § 9 Abs. 2 AGBG genannten Fälle unangemessener Benachteiligung	433
a) Einordnung als in sich abgeschlossene Sondertatbestände der Inhaltskontrolle	433
b) Das Verhältnis der Sondertatbestände zueinander	436
(1) Vorrang legislatorischer Wertentscheidungen (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG)	438
(2) Schwerpunkt des Aushöhlungsverbots im Bereich der nicht kodifizierten Verträge (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG)	439
2. Der verbleibende Anwendungsbereich des § 9 Abs. 1 AGBG	441
IV. Unvereinbarkeit mit einem gesetzlichen Leitbild	444
1. „Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ als Vergleichsmaßstab für vorformulierte Bestimmungen in nicht kodifizierten Verträgen? ...	444
a) „Wesentliche Grundgedanken“ der gesetzlichen Regelung	444
b) Das Merkmal der „gesetzlichen Regelung“	446
(1) Gesetze im formellen und materiellen Sinne	446
(a) Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts – Beispiel: Verwendungsrisiko beim Fitneß-Studio-Verträgen	447
(b) Analog anwendbare Vorschriften des gesetzlichen Vertragstypenrechts – Beispiel: Entziehung von Wahlleistungen in den Allgemeinen Vertragsbedingungen für Krankenhäuser	450
(2) Ungeschriebene Rechtsgrundsätze und Richterrecht	455
(a) Grenzen der Einbeziehung ungeschriebenen Rechts	455
(b) Beispiel: das haftungsrechtliche Verschuldensprinzip	459
(c) Beispiel: das Äquivalenzprinzip	462
(3) Vertragstypenspezifische Grundgedanken?	464
2. Die Merkmale des „Abweichens“ und der „Unvereinbarkeit“	466
a) Feststellung einer für den Vertragspartner nachteiligen Rechtslagendivergenz	466
b) Die Unvereinbarkeitsprüfung als abschließende Wertungsstation ..	468

V. Verstoß gegen wesentliche Rechte und Pflichten aus der Natur des Vertrages	471
1. Kritik der bekannten Konkretisierungsvorschläge	471
a) Beschränkung auf Kontrolle der inneren Stimmigkeit	472
b) Das Denkmodell der ergänzenden Vertragsauslegung	474
c) Vertragsnatur – konkretisiert anhand der gemeinrechtlichen Lehre von den naturalia negotii	476
2. Konkretisierung typischer Erwartungshorizonte auf der Grundlage des Verbots widersprüchlichen Verhaltens	479
a) Das Aushöhlungsverbot als Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens	479
(1) Das Verhältnis von § 9 AGBG zum Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB)	479
(2) Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens und seine Korrekturfunktion auf dem Gebiet der Inhaltskontrolle	481
b) Konsequenzen für die Interpretation des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG – Voraussetzungen und Anwendungsbeispiele	486
(1) Wesentliche Rechte oder Pflichten aus der Natur des Vertrages – Schaffung eines schützenswerten Vertrauenstatbestandes – zentrale Leistungs- und Schutzerwartungen	486
(a) Ausgangspunkt: das privatautonom gestaltete Pflichtenarrangement	489
(b) Typische Erwartungen der beteiligten Verkehrskreise	489
(aa) Typisierende und generalisierende Betrachtungsweise	490
(bb) Außervertragliche Einflußfaktoren und normativ begründete Gerechtigkeitserwartungen	491
(2) Einschränkung – Enttäuschung des geweckten Vertrauens	501
(3) Vertragszweckgefährdung	501
(4) Fallbeispiel: der Heizöllieferungsvertrag	503
VI. Einzelaspekte der Inhaltskontrolle	507
1. Verschiebung des Kontrollmaßstabs bei Verbraucherverträgen?	507
a) Autonome Auslegung des Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie?	507
b) Kombinationslösung nach § 24a Nr. 3 AGBG	513
2. Anerkennung eines gesetzefreien Günstigkeitsraums? – dargestellt am Beispiel der Herstellergarantie	514
a) Ausschluß der Inhaltskontrolle nach § 8 AGBG?	515
b) Beurteilung kundengünstiger Klauseln im Rahmen des § 9 AGBG ..	518
3. Die Folgen der Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Bestand und Inhalt des nicht kodifizierten Vertrags	523
a) Inhalt des wirksam gebliebenen Vertrags	524
(1) Ersatzloser Wegfall einzelner AGB-Bestimmungen	524
(2) Dispositives Recht als Regellersatzordnung	525
(3) Lückenfüllung im Wege ergänzender Vertragsauslegung	526
(a) Grundsätzliche Zulässigkeit	527
(b) Voraussetzungen, Maßstab und Grenzen	529
b) Gesamtnirksamkeit bei Vielzahl unwirksamer Klauseln?	535

(1) Rechtsprechung zur Gesamtwirksamkeit von Automatenaufstellverträgen	536
(2) Stellungnahme	537

Viertes Kapitel: Ausblick

§ 10 Kodifikationsdiskussion im Rahmen der Reform des Schuldrechts	542
I. Die Überarbeitung des Schuldrechts als gesetzgeberische Aufgabe	542
1. Punktuelle gesetzgeberische Initiativen im Schuldvertragsrecht	542
2. Die Arbeiten der vom Bundesminister der Justiz beauftragten Gutachter	544
3. Der Abschlußbericht der Schuldrechtskommission	548
4. Der Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ..	550
II. Das Für und Wider einer Kodifikation gesetzlich bislang nicht geregelter Vertragstypen	551
1. Skeptische Stimmen im Schrifttum	551
2. Stellungnahme: Plädoyer für eine maßvolle Fortentwicklung der gesetzlichen Vertragstypenordnung	554
III. Aufgreifkriterien für den Gesetzgeber	559
1. Hinreichender Reifegrad	560
2. Homogenes Erscheinungsbild	563
3. Hoher Verbreitungsgrad im Wirtschaftsleben	564
4. Beseitigung diagnostizierter Gerechtigkeitsdefizite	566
5. Rechtstypologische Eigenständigkeit	569
IV. Leitlinien künftiger gesetzlicher Regelungen	572
1. Regelungsort	572
a) Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder zivilrechtliches Sondergesetz?	572
b) Vorrang vertragstypübergreifender Regelungen im allgemeinen Schuldrecht	575
c) Kodifikation im besonderen Schuldvertragsrecht	579
2. Regelungstiefe und Regelungsstil	579
a) Beschränkung auf die Vorgabe eines rechtlichen Rahmens und Beibehaltung des abstrakten Regelungsstils	579
b) Grad der Verbindlichkeit	582
§ 11 Internationale Rechtsvereinheitlichung	585
I. Fortschreitende Europäisierung des Vertragsrechts	586
1. Bisherige pointillistisch angelegte Vertragsrechtsharmonisierung in der Gemeinschaft	588
a) Verbraucherschutzrechtlich begründete Richtlinien	589
b) Wirtschaftspolitisch motivierte Regeln für kartellierende Schuldverträge	594
c) Fazit	598

2. Vertragstypenrecht in einer künftigen europäischen Zivilrechtskodifikation	599
a) „Grundregeln des europäischen Vertragsrechts“ der Lando-Kommission	601
b) Die wissenschaftliche Diskussion – „Towards a European Civil Code“	603
II. Internationales Einheitsrecht auf dem Gebiet des Vertragsrechts	607
1. Ausstrahlungen des internationalen Kauf- und Transportrechts	609
a) Wiener UN-Kaufrecht (CISG)	609
b) Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR)	613
2. Rechtsvereinheitlichende Modellregeln internationaler Organisationen	614
a) Internationales Institut zur Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT)	614
b) Kommission für internationales Handelsrecht (UNCITRAL)	619
c) Würdigung	619
III. Internationale Standardisierungselemente ohne eigene Rechtsqualität	620
IV. Konsequenzen für den nationalen Gesetzgeber	622
1. Zurückhaltende Kodifikationspolitik zwecks Vermeidung von Inkompatibilitäten	622
2. Binnenharmonisierung und Schuldrechtsreform	625
§ 12 Zusammenfassende Schlußthesen	628
Schrifttumsverzeichnis	647
Sachregister	689

„Die Zahl der einzelnen Obligationsfälle ist so unbeschränkt und ungeschlossen, als die Bedürfnisse und Gestaltungen des Verkehrs selbst, aus denen ihre Mehrheit und Verschiedenheit sich herschreibt, jeder Augenblick kann in den wechselnden Richtungen und der wachsenden Mannigfaltigkeit des Verkehrs neue Obligationsarten hervorbringen, welche unter die gegenwärtigen Formen sich nicht schlechthin subsumiren lassen, die aber unter den Gesetzen der Obligation überhaupt stehen, und in diesen, mit Hinzunahme der den besonderen Obligationsfall bestimmenden Intentionen, und der etwaigen Analogien in den bestehenden einzelnen Obligationen, ihre rechtliche Norm finden. (...)“

Nicht selten hat das falsche Bestreben, jedes entstehende Obligationsverhältniß in eine der durch das römische Recht gegebenen Formen zu pressen, zu einer widernatürlichen Beurtheilung solcher Obligationen verleitet.“

Georg Friedrich Puchta
(*Pandekten*, 12. Aufl., Leipzig 1877, S. 333f.)

Erstes Kapitel

Grundbegriffe und Grundlagen

§1 Einführung

I. Die gesetzliche Schuldvertragsordnung und die Vertragswirklichkeit

1. Bestehen und Entstehen nicht kodifizierter Vertragstypen als Ausdruck eines offenen und dynamischen Vertragswesens

„Das Auseinanderfallen von kodifiziertem und lebendem Recht ist im Wirtschaftsleben seit langem zu beobachten. In vielen Bereichen orientiert sich der Wirtschaftsverkehr nicht an den vom Gesetzgeber geprägten Vertragstypen, sondern formt seine Rechtsbeziehungen nach den eigenen Zwecken und Bedürfnissen“. ¹ Diese Beobachtung *Peter Ulmers* aus dem Jahre 1969 hat auch in der heutigen Zeit ihre Aktualität nicht eingebüßt. Im Gegenteil – man ist sogar geneigt zu sagen: sie gilt heute mehr denn je. Die Zahl der nicht kodifizierten, praktisch jedoch äußerst bedeutsamen, Vertragstypen ist heute Legion. Gerade in den letzten dreißig Jahren sind so wichtige Vertragsformen wie das Leasing, das Franchising und das Kreditkartengeschäft hinzugekommen. ² Die Kluft

¹ *Ulmer*, Vertragshändler, S. V.

² Zur Dynamik des modernen Vertragswesens *Kramer*, in: *Neue Vertragsformen*, S. 23f.; in

zwischen den im Bürgerlichen Gesetzbuch, dem Handelsgesetzbuch und einigen Nebengesetzen geregelten Vertragstypen und der Vertragswirklichkeit ist schon jetzt sehr groß und wächst aller Voraussicht nach weiter an. Selbst mittlerweile alltäglich gewordene empirisch-reale Vertragsformen wie das Leasing finden keine normativ-ideale Entsprechung in den Gesetzbüchern. Der Gesetzgeber agiert wenig ambitiös. Impulse vermittelt ihm offenbar nur noch die Rechtssetzungstätigkeit der Organe der Europäischen Union.³ Selbst historische Regelungslücken, wie die Sicherungsvereinbarung, werden nicht geschlossen.⁴ Mit der Feststellung, daß der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Schuldvertragsrechts mit der zunehmenden sozio-ökonomischen Differenzierung nicht Schritt gehalten hat, ist freilich noch keine Aussage über das Funktionieren des modernen Wirtschaftslebens verbunden. Denn das Vertragswesen ist von seiner rechtlichen Grundanlage her offen für Neu- und Fortentwicklungen durch die Praxis. Die Akteure des Wirtschaftslebens sind in der Lage, sich ihr Recht selbst zu schaffen und auf diese Weise gesetzgeberische Inaktivität zu kompensieren. Dabei setzen sie – quasi modo legislatoris – ebenfalls auf abstrakt-generelle Regelungen, zumeist in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

2. Vom Individualvertrag zum standardisierten Massenvertrag

Im Vordergrund steht heute mehr denn je der standardisierte, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeformte Massenvertrag.⁵ Weite Bereiche des modernen Wirtschaftslebens sind durch kautelarjuristisch ausgefeilte, formularmäßig für sämtliche anfallenden Geschäfte zu verwendende Bedingungswerke geprägt. Dieses Phänomen betrifft in ganz besonderer Weise die neueren Vertragstypen und -systeme, die sich in den letzten Jahrzehnten in der Wirtschaftspraxis etabliert haben.⁶ Dabei handelt es sich typischerweise um Massenge-

bezug auf Innominatverträge spricht er anschaulich von „lebendem Recht“ (S. 26); ferner *Sefrin*, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 37ff.

³ Zuletzt das Teilzeit-Wohnrechtegesetz vom 20. 12. 1996 (BGBl. I S. 2154) in Umsetzung der EG-Richtlinie 94/47/EG vom 26. 10. 1994 und das Überweisungs-gesetz vom 21. 7. 1999 (BGBl. I, S. 1642), durch das in Umsetzung der Richtlinie 97/5/EG über grenzüberschreitende Überweisungen vom 27. 1. 1997 (ABl. EG L 43, S. 25ff.; abgedruckt auch in WM 1997, 844ff.) und der Richtlinie 98/26/EG über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und abrechnungssystemen vom 19. 5. 1998 (ABl. EG L 166, S. 45ff.) die §§ 676a bis 676g in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt worden sind.

⁴ Grundlegende Fragen müssen noch heute durch die Rechtsprechung geklärt werden, vgl. zuletzt BGH GS NJW 1998, 671 betreffend Freigabeanspruch bei revolvingierenden Globalsicherungen.

⁵ *Vekas*, Erneuern und Bewahren in der Privatrechtsdogmatik, S. 19ff.; *W. Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, S. 96ff.; *Berner Kommentar-Kramer*, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 29.

⁶ *Rehbinder*, in: FS für E.E. Hirsch, S. 155f.; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 III 2, S. 5; *Sefrin*, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 47; *W. Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, S. 96ff.; *Becker*, Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, S. 174.

schäfte, die auf eine effiziente,⁷ das bedeutet typisierte, Abwicklung angewiesen sind. Mangels einer zur Verfügung stehenden gesetzlichen Begleitregelung kann die Herausbildung solcher bislang nicht bekannter Vertragsformen nur auf der Grundlage Allgemeiner Geschäftsbedingungen erfolgen.⁸ Sie geben dem neuen Vertragsgebilde sein charakteristisches Gepräge und übernehmen insoweit die Typisierungsfunktion des dispositiven Gesetzesrechts.⁹ Man denke nur an Leasing-, Automatenaufstellungs-, Kreditkarten-, Factoring- oder Franchiseverträge.¹⁰ Aber auch auf dem Gebiete der seit langem bekannten, gleichwohl aber gesetzlich nicht geregelten Verträge, werden Allgemeine Geschäftsbedingungen eingesetzt. Beispielhaft sei hier auf vorformulierte Unterlassungsverpflichtungen, Garantiebedingungen und Treuhandverträge verwiesen. Allgemeine Geschäftsbedingungen dominieren nicht nur im Bereich der massenhaft getätigten Geschäfte. Sie prägen beispielsweise auch die Rechtsbeziehungen zwischen dem Endhersteller und dem Zulieferer im Rahmen von Just-in-time-Kooperationen (unter Einschluß der Qualitätssicherungsvereinbarungen).¹¹ Dem Endhersteller ist daran gelegen, mit allen Zulieferern gleichförmige Verträge abzuschließen, um das System des Fremdbezugs effizient, einheitlich und kompatibel zu gestalten. Damit soll nicht gesagt werden, daß es im Bereich der nicht kodifizierten Verträge nicht auch im einzelnen ausgehandelte Vertragswerke gibt (z.B. Joint-Venture- oder Poolverträge).¹² Doch ist dies der Ausnahmefall.

3. Offene Fragen

Schon diese kurze Beschreibung des status quo wirft komplexe Fragen auf, denen im Rahmen dieser Untersuchung nachgegangen werden soll. Die Zunahme der praeter legal entstandenen Vertragstypen lenkt zunächst den Blick auf das methodische Instrumentarium des mit ihnen befaßten Rechtsanwenders, insbesondere des Richters. Welchen Regeln unterstehen diese Verträge? Auf wel-

⁷ Die ökonomische Analyse des Rechts stellt die gegenüber individualvertraglicher Aushandlung zu erzielenden Transaktionskostensparnisse heraus. Vgl. hierzu *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 394; *Posner*, Economic Analysis of Law, S. 102f.

⁸ *Joost*, ZIP 1996, 1685; für den Leasingvertrag *Lieb*, DB 1988, 946f. und *ders.*, DB 1988, 2495 Fn. 5.

⁹ *Locher*, Recht der AGB, S. 6f.; *Joost*, ZIP 1996, 1685; *H. Roth*, AcP 190 (1990), S. 294; zur Rolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei der Entwicklung neuer Vertragstypen vgl. auch *Wolff/Horn/Lindacher*, AGBG, Einl. Rdnr. 2; *Großmann-Doerth* (Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht) hatte bereits 1933 von „selbstgeschaffenem Recht der Wirtschaft“ gesprochen.

¹⁰ *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 III 2, S. 5; *Jauernig-Vollkommer*, § 305 BGB Rdnr. 23. Bekannt ist die Formulierung von *Reich* (in: Vertragsschuldverhältnisse, S. 51) Leasingrecht sei „Formularrecht par excellence“. Den regelmäßigen AGB-Charakter von Leasingverträgen betont auch BGH NJW 1985, 1539 (1541).

¹¹ Vgl. statt vieler *Martinek*, Moderne Vertragstypen III, § 28 III 1, S. 308f. und *Windbichler*, AcP 198 (1998), S. 276.

¹² *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 III 2, S. 5.

chem methodischen Weg läßt sich ihr Inhalt feststellen und wo verlaufen in diesen Fällen die Grenzen privatautonomer Gestaltung? Diese Fragen sind es wert, stets aufs neue bedacht zu werden, zumal vor dem Hintergrund der nunmehr fast 25jährigen Geltung des AGB-Gesetzes.¹³

Von der Kautelarjurisprudenz darf eine die übergeordneten Zusammenhänge wahrende Aufstellung ihrer Regelwerke von vornherein nicht erwartet werden. Ihr geht es einzig und allein um eine optimale Umsetzung der in der Regel von ihrer Klientel vorgegebenen Sachziele. Die Rechtsprechung ist zwar zur rechtlichen Würdigung der auf diese Weise entstehenden Vertragswerke berufen. Von den an sie herangetragenen Einzelfragen aus läßt sich jedoch nur sehr schwer ein mit den sonstigen allgemeinen Regeln und gesetzlichen Vertragstypen des bürgerlichen Rechts abgestimmtes Konzept entwickeln. Es wird daher künftig in noch stärkerem Maße die Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, den zentrifugalen Entwicklungen entgegenzuwirken. Dies kann jedoch nicht bedeuten, höhere Anforderungen an die rechtliche Anerkennung dem Gesetz nicht bekannter Vertragsformen zu stellen. Die Vielgestaltigkeit unserer modernen Wirtschaftspraxis und die differenzierten Bedürfnisse der Teilnehmer am geschäftlichen Leben müssen vielmehr vom Recht akzeptiert und aufgegriffen werden. Derzeit gleicht die rechtswissenschaftliche Literatur noch einem Spiegel der kautelarjuristischen Ausdifferenzierung. An monographischen Darstellungen zahlreicher praxisrelevanter Vertragstypen herrscht wahrlich kein Mangel.¹⁴ Übergreifende rechtsdogmatische Überlegungen werden weithin – jedoch zu Unrecht – offenbar nicht der Mühe wert gehalten.¹⁵

Von daher ist es im Ansatz begrüßenswert, wenn *Martinek* einer „Vision eines allgemeinen Teils der modernen Vertragstypen“ das Wort redet und seinen Einzeldarstellungen entsprechende Überlegungen voranstellt.¹⁶ Die ehrgeizige Zielvorstellung eines „allgemeinen Teils der modernen Vertragstypen“ wirft jedoch auch Fragen auf. Abgesehen von der zweifelhaften Beschränkung dieses

¹³ So findet sich in den Schlußbemerkungen der vortrefflichen Arbeit von *Dellios* zur Präzisierung der Rechtsfindungsmethode bei gemischten Verträgen (Rechtsfindungsmethode, S. 283f.) die einschränkende Aussage: „Freilich bezog sich unsere Untersuchung auf die Beurteilung von Individualverträgen. In Anbetracht des jüngst erlassenen AGB-Gesetzes wird man aber künftig zu fragen haben, ob und inwieweit die Regeln dieses Gesetzes auch auf gemischttypische Formularverträge anzuwenden sind.“ *Dellios* hat es hierbei belassen und meinte, Einzelheiten zu dieser Problematik erforderten einen eigenen Beitrag. Diese am Individualvertrag ausgerichtete Sichtweise entspricht heutzutage noch weit weniger der vertragsrechtlichen Wirklichkeit als damals.

¹⁴ Dies konstatiert auch *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rdnr. 327; vgl. im übrigen allein die den Darstellungen der einzelnen Vertragstypen jeweils vorangestellten Literaturübersichten bei *Martinek*, Moderne Vertragstypen Bd. 1 – 3.

¹⁵ Hervorhebenswerte Ausnahmen der letzten Zeit *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag; *Rohe*, Netzverträge; *Oetker*, Dauerschuldverhältnis; *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand; *Heermann*, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte.

¹⁶ *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1, S. 1ff. (insbes. S. 12), III, § 30, S. 363ff.; ähnlich auch *Tercier*, in: Festgabe für Schlupe, S. 58 („partie générale de la partie spéciale“).

Unterfangens auf „moderne“ Vertragstypen¹⁷ bedürfte es wohl zunächst des Nachweises, daß der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, das allgemeine Schuldrecht und das AGB-Gesetz allein nicht in der Lage sind, die Rechtsprobleme der dem Gesetz nicht bekannten Vertragstypen zu lösen. Dieser Nachweis dürfte kaum zu erbringen sein; die vorhandenen rechtlichen Instrumentarien samt ihrer richterrechtlichen Verfeinerung haben in der Vergangenheit ihre Leistungs- und Anpassungsfähigkeit durchaus eindrucksvoll unter Beweis gestellt. Solange die Notwendigkeit eines „allgemeinen Teils“ der „modernen“ – oder besser: der „gesetzlich nicht geregelten“ – Vertragstypen nicht dargetan ist, kann es demnach nur darum gehen, aufzuzeigen, wie das überkommene Instrumentarium im Falle nicht kodifizierter Verträge zu handhaben ist. Die Wissenschaft ist auf dem Gebiet der nicht kodifizierten Verträge vor allem dazu aufgerufen, sich um ein dogmatisches Grundgerüst zu bemühen, von dem aus eine überzeugendere Bewältigung der zahlreichen Detailprobleme gelingen könnte. Dabei gilt es, den Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen und mögliche Wertungswidersprüche aufzudecken. Auch ließe sich darüber nachdenken, ob nicht manches Spezialproblem eines nicht kodifizierten Vertrages auf allgemein anerkannte Grundsätze des Bürgerlichen Rechts zurückgeführt werden kann. Dieser mühevollen Aufgabe der Koordination und Systematisierung, dem Ringen um ein einheitliches methodisches Konzept darf sich die Rechtswissenschaft nicht verschließen. Das Ziel ist mithin bescheidener wie folgt zu formulieren: Es gilt die Probleme, mit denen der Rechtsanwender bei der Findung des Rechts und der Inhaltskontrolle gesetzlich nicht geregelter Schuldverträge typischerweise konfrontiert wird, zu erfassen und aufbauend auf dem überkommenen Fundament positiver Rechtsregeln und bewährter Rechtsgrundsätze einen Kanon einheitlicher methodischer Grundaussagen zu erarbeiten.

II. Problemaufriß

Versucht man die im Zusammenhang mit dem Phänomen der nicht kodifizierten Verträge diskutierten Probleme zu bündeln, so wird man zwei zentrale Diskussionsebenen auseinanderhalten müssen. Aus der Sicht des mit nicht kodifizierten Verträgen befaßten Rechtsanwenders ergeben sich zahlreiche methodische Fragen, die allesamt in der Kernfrage münden, auf welchem Wege das zwischen den Parteien eines solchen Vertrages rechtswirksam vereinbarte Recht gefunden werden kann. Die zweite Problemschicht ist im Bereich der Rechtspolitik anzusiedeln. Hier gilt es darüber nachzudenken, ob und in welcher Weise eine Fortentwicklung der gesetzlichen Vertragstypenordnung de lege ferenda geboten ist. Auch insoweit ist die Rechtswissenschaft aufgerufen, ihren Beitrag zu leisten.

¹⁷ Vgl. hierzu die Kritik unter III. 2. b).

1. Erschwerte Justitiabilität

Wendet man sich zunächst der Rechtsanwendungsebene auf der Basis der geltenden Vertragsrechtsordnung zu, so wird man den spezifischen Problemgehalt nicht kodifizierter Verträge schlagwortartig mit ihrer erschwerten Justitiabilität beschreiben können.

a) Normenmangel: das Dilemma der Rechtsfindung und der Inhaltskontrolle

Das bereits in der Namensgebung zum Ausdruck kommende Charakteristikum der gesetzlich nicht geregelten Schuldverträge bezeichnet zugleich das zentrale Rechtsanwendungsproblem, nämlich den weitgehenden Ausfall des Gesetzesrechts.¹⁸ Vorweg ist freilich zu betonen, daß gesetzlich unregelte Verträge nicht an einem allgemeinen, sondern gerade an einem spezifischen Normmangel leiden.¹⁹ Denn immerhin gelten für sie – wie für alle anderen Verträge auch – die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts. Nur läßt sich vielfach weder aus dem abstrakten Konzentrat des allgemeinen Schuldrechts und noch weniger aus dem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine rechtlich begründete Lösung für ein speziell gelagertes Problem eines legislativ nicht strukturierten Vertrages ableiten. Das Dilemma der mit Streitigkeiten aus einem gesetzlich nicht geregelten Vertrag befaßten Rechtsprechung liegt nun darin begründet, daß sie sich trotz des diagnostizierten Normdefizits den Parteien nicht verweigern darf, also zu einer normativ begründeten Streitsentscheidung finden muß.²⁰

Freilich ist das Gesetz bei Vertragsstreitigkeiten nicht die einzige und auch nicht die primäre Quelle, aus der der Richter schöpft. An erster Stelle steht der konkret abgeschlossene Vertrag. Das Rechtsgeschäft und seine wichtigste Erscheinungsform, der Vertrag, sind rechtlich anerkannte Mittel, mit Hilfe deren die Parteien ihre Rechtsverhältnisse entsprechend ihrem Willen verbindlich gestalten. Das Normdefizit macht sich im Vertragsrecht auf der der Inhaltskontrolle vorgelagerten Ebene der Rechtsfindung daher erst dann bemerkbar, wenn die Parteien ihre Vertragsbeziehungen nicht in allen Richtungen vollständig geregelt haben oder nur die Hauptpflichten verbindlich festgelegt haben, etwa weil die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen an §2 AGBG

¹⁸ *Kramer*, in: *Neue Vertragsformen*, S. 30ff.; *Berner Kommentar-Kramer*, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 67; *Sefrin*, *Kodifikationsreihe des Finanzierungsleasingvertrages*, S. 54ff.; speziell zum Leasing unter diesem Gesichtspunkt *Bernstein*, *Finanzierungsleasingvertrag*, S. 43 und 291.

¹⁹ *Schluep*, in: *Schweizerisches Privatrecht VII/2*, S. 780.

²⁰ Es gilt das Verbot der Rechtsverweigerung; vgl. statt vieler *Enneccerus/Nipperdey*, *Allgemeiner Teil I*, S. 274. Von „Entscheidungsnot“ und „Überforderung“ spricht beispielsweise *Lieb* (DB 1988, 946) mit Blick auf die Rechtsprechung zum Leasing.

gescheitert ist.²¹ Die Ergänzung des Vertrages läßt sich erfahrungsgemäß nicht allein unter Rückgriff auf den „hypothetischen Parteiwillen“ bewerkstelligen; es bedarf hier, will man nicht mit Fiktionen und Unterstellungen arbeiten, der Hinzuziehung heteronomer, daß heißt normativ fundierter, Wertungen. Die Schwierigkeit, vertragsadäquate normative Deutungs- und Ergänzungsmaßstäbe zu entwickeln, beschreibt freilich ein allgemeines, in der Anerkennung privatautonomer Rechtssetzungsbefugnis gründendes Problem, das sich auch bei gesetzlich geregelten Verträgen regelmäßig stellt. Denn auch hier beschränkt sich der Gesetzgeber auf eine doch meist recht grob geschnittene Rahmenordnung, die viele Detailfragen offenläßt. Wohl aber läßt sich feststellen, daß die Problematik bei den legislativ nicht strukturierten Verträgen in zugespitzter Form zutage tritt.

Die Komplikationen infolge des Normausfalls setzen sich sodann auf der Stufe der Inhaltskontrolle fort.²² Eine Rechtskontrolle, um die es sich bei der Kontrolle des Inhalts eines Vertrages unzweifelhaft handelt, setzt zwingend einen normativ vorgegebenen Kontrollmaßstab voraus. Auf dem Gebiete des Vertragsrechts bietet sich insoweit in besonderem Maße die gesetzliche Regelung des jeweiligen Vertragstyps an. Offenbleibt hingegen, nach welchen Kriterien Verträge kontrolliert werden sollen, die keine Entsprechung auf der Gesetzesebene finden. Hier macht sich das Fehlen dispositiven Vertragsrechts, oder – in der Sprache des AGB-Rechts (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz) – eines gesetzlichen Leitbilds, mit Hilfe dessen nicht kodifizierte Verträge zur Ordnung gerufen werden könnten, besonders schmerzlich bemerkbar.

b) Weitere Ursachen der erschwerten Justitiabilität

Die rechtliche Bewältigung gesetzlich nicht geregelter Schuldverträge, insbesondere durch die mit ihnen befaßten Gerichte, erweist sich daneben aber aus anderen Gründen als ungewöhnlich kompliziert.

(1) Schwierigkeiten der Integration anglo-amerikanisch beeinflusster Vertragsformen

Bereits die verkehrsgebräuchlichen Bezeichnungen vieler neuer Vertragsformen, die in den letzten Jahrzehnten ihren Platz im bundesdeutschen und im benachbarten europäischen Ausland erobert haben, deuten auf einen US-amerikanischen Ursprung hin. In der Tat hat die Entwicklung der Leasing-, Factoring- und Franchiseverträge sowie in neuester Zeit der Time-sharingverträge – um nur die bekanntesten zu nennen – ihren Ausgang in den Vereinigten Staaten ge-

²¹ Von solchen Fällen handeln etwa AGB-Klauselwerke-Pfeiffer, Kreditkartenvertrag, Rdnr. 17 und LG Frankfurt NJW 1991, 2842.

²² Kramer, in: Neue Vertragsformen, S. 33f.; Berner Kommentar-Kramer, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 67.

nommen.²³ Auch manche sprachlich eingedeutschte Vertragsform wie z.B. der Kreditkartenvertrag ist von transatlantischer Provenienz.²⁴ Aus der Sicht der deutschen Rechtsordnung zeichnen sich die dem common-law-Rechtskreis entspringenden Verträge vor allem durch die Schwierigkeiten aus, die ihre Integration in das römisch-rechtlich geprägte Vertragssystem des Bürgerlichen Gesetzbuches bereitet.²⁵ Aufs Ganze gesehen stellen sie freilich nur einen Ausschnitt aus dem Kreise der in die Hunderte gehenden nicht kodifizierten Verträge dar. Von daher wird man übergreifende methodische Grundaussagen zur rechtlichen Bewältigung nicht kodifizierter Verträge nicht an dieser Sondergruppe ausrichten können. Das bedeutet auf der anderen Seite aber nicht, daß der Verwurzelung eines bestimmten Vertragstyps im anglo-amerikanischen Rechtskreis nicht Beachtung geschenkt werden sollte. In methodischer Hinsicht ist es denkbar, daß der pragmatische, an keiner gesetzlichen Vertragstypenordnung orientierte Zugriff auf die konkreten Rechtsprobleme auch die in der kontinentaleuropäischen Kodifikationstradition stehende deutsche Zivilrechtswissenschaft zu befördern vermag.²⁶ Nicht schaden kann ferner ein punktuell rechtsvergleichender Seitenblick auf die Ergebnisse der schon länger mit Problemen der jeweiligen Vertragsart befaßten Rechtspraxis in den Vereinigten Staaten.²⁷ Trotz tiefgreifender rechtskultureller Unterschiede²⁸ steht hier wie dort das Streben nach einem beide Seiten befriedigenden, also interessengemäßen, sowie in Abgrenzung zu anderen Konstellationen konsistenten Vertragsausgleich im Vordergrund. Von daher erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, eine bestimmte in der US-amerikanischen Rechtspraxis bewährte Lösung z.B. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in deutsches Recht einfließen zu lassen.²⁹

(2) Problematik langfristiger Beziehungsverträge

Die Rechtsfolgenbestimmung und damit auch die integrative Rechtsinstitutionalisierung dem Gesetz nicht bekannter Verträge wirft nicht selten auch Probleme auf, die in der besonderen zeitlichen Dimension solcher Verträge begrün-

²³ Zum anglo-amerikanischen Hintergrund vieler moderner Vertragstypen, *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 III, S. 8f. und am Beginn der jeweiligen Einzeldarstellung in den Bänden I-III.

²⁴ *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 III, S. 4.

²⁵ *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 III, S. 8f.

²⁶ So zutreffend *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 III, S. 9.

²⁷ Skeptisch insoweit jedoch *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 III, S. 8.

²⁸ Vgl. hierzu *Martinek*, JuS 1984, 92ff.; zu den grundsätzlichen Unterschieden der anglo-amerikanischen und der deutschen Vertragsgestaltung und den daraus erwachsenden Problemen *Döser*, NJW 2000, 1451ff.; instruktiv zur Rechtsfindung im common law *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 18, S. 250ff. und *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, S. 65ff.

²⁹ Ähnlich *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 III, S. 9; zweifelnd hingegen *Sefrin*, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 56.

det liegen. Die Entwicklung zur postindustriellen Dienstleistungs- und Informationsgesellschaft ist auf der Ebene des Vertragsrechts durch eine Zunahme komplexer und langfristiger Kooperationsverhältnisse gekennzeichnet. Die Vertragsabwicklung erschöpft sich immer häufiger nicht mehr nur in einer einmaligen kurzfristigen Leistungstransaktion, sondern nimmt eine geraume Zeitspanne in Anspruch. Gegenstand des Vertrages ist ein Leistungsbündel, in der Dienstleistungsgesellschaft oftmals eine umfassende Betreuungsleistung über einen längeren Zeitraum. Diese Tendenz beherrscht das gesamte Vertragsrecht,³⁰ äußert sich jedoch in besonderem Maße auf dem Gebiete der modernen, legislativ zumeist nicht vorgeformten Verträge.³¹ Franchising-, Leasing-, Joint-Venture-, Just-in-time-Zulieferverträge und Time-sharingverträge, um nur einige wenige Beispiele zu nennen, sind typischerweise auf eine langfristige und mehr oder weniger komplexe Kooperation angelegt. Von der gesetzlichen Schuldvertragsordnung ist das Phänomen komplexer langfristiger Vertragsbeziehungen hingegen vernachlässigt worden.³² Das gesetzliche Schuldrecht, vor allem das Leistungsstörungenrecht, ist am punktuellen Leistungsaustausch ausgerichtet. Die spezifischen Probleme langfristiger Verträge, etwa die Anpassungsmechanismen im Hinblick auf Störungen oder Veränderungen der Rahmenbedingungen, das Verfahren der Konfliktbereinigung, etwaige Neuverhandlungspflichten und das verdichtete Geflecht leistungsbegleitender Nebenpflichten geraten somit nur sehr begrenzt in den Blick des Gesetzes. Auf wichtige Fragen, wie etwa diejenige nach den Folgen der Nichtigkeit des Vertrages für ein in Vollzug gesetztes Dauerschuldverhältnis oder nach der Bedeutung einer segmental begrenzten Störung für den Gesamtvertrag, gibt das Gesetz keine Antwort. Entscheidende Hilfestellungen oder gar eine normative Anleitung kann der Rechtsanwender hier vom Gesetz offenbar nicht erwarten. Seine Herangehensweise ist schon aus diesem Grunde tendenziell weniger normapplikativ und stärker vertragsanalytisch geprägt. Die Aufgabe besteht darin, ggf. unter Modifikation nicht passender Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts Lösungen zu erarbeiten, die den besonderen Problemlagen langfristiger Beziehungsverträge gerecht werden.

(3) Problematik mehrgliedriger Vertragssysteme

Die rechtliche Bewältigung normativ nicht vorgeformter Verträge führt schließlich dann zu Schwierigkeiten, wenn der zu beurteilende Vertrag in ein mehrgliedriges Vertragssystem eingebettet ist. Gerade die kautelarjuristischen

³⁰ Schmid, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, S. 113; Martinek, Moderne Vertragstypen III, § 30 II, S. 367; Sefrin, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 53.

³¹ Martinek, Moderne Vertragstypen III, § 30 II, S. 369.

³² v. Gierke, JherJb 64 (1914), S. 406ff.; Schanze, in: Franchising and the Law (hrsg. von Joerges), S. 77ff.; Nicklisch, JZ 1984, 757f.; ders., in: Der komplexe Langzeitvertrag (hrsg. von Nicklisch), S. 21; Kern, JuS 1992, 14; Palandt-Heinrichs, Einl. v. § 241 BGB Rdnr. 21; Martinek, Moderne Vertragstypen III, § 30 II, S. 383.

Entwicklungen der neueren Zeit streben in diese Richtung.³³ Den Erfordernissen der sozio-ökonomischen Differenzierungen unserer Wirtschaftsgesellschaft wird der bilateral zweigliedrige Vertrag immer häufiger nicht mehr gerecht. An seine Stelle treten mehrpolige Vertragskonstruktionen, bestehend aus mehreren aufeinander abgestimmten Einzelverträgen. Dies kann sich etwa in einem Systemverbund niederschlagen, wie er für das Franchising charakteristisch ist. Die verschiedenen gleichförmigen Verträge mit den Franchisenehmern werden durch die Systemzentrale gleichsam zu einem vertraglichen Netzwerk zusammengeführt, das ein einheitliches Auftreten nach außen ermöglicht.³⁴ Charakteristisch für die Neuschöpfungen der Gegenwart ist die Erweiterung der herkömmlichen zweigliedrigen Schuldner-Gläubiger-Beziehung durch die Zwischenschaltung einer dritten Instanz.³⁵ Typisches Beispiel eines solchen, durch einen wirtschaftlichen Zusammenhang verzahnten, Dreiecksverhältnisses ist das Finanzierungsleasing. Dort schiebt sich der Leasinggeber als Financier in das Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem an der Nutzung der Sache interessierten Kunden, indem er Verträge mit dem Verkäufer und dem Kunden schließt und auf diese Weise ein zumindest wirtschaftliches Dreiecksverhältnis schafft. Gleiches gilt für das Factoring- und das Universalkreditkartengeschäft; ähnlich sind auch die Vertragsverhältnisse bei Consulting-, Management-, Pool- und Joint-Venture-Verträgen strukturiert.³⁶ Hieraus läßt sich eine Tendenz zu mehrgliedrigen Vertragsverbindungen herauslesen. Auf diese Entwicklung ist das Bürgerliche Gesetzbuch nur unzureichend vorbereitet. Der historische Gesetzgeber hat sein Schuldvertragsmodell bis auf wenige Ausnahmen³⁷ am vertraglichen Zweipersonenverhältnis ausgerichtet.³⁸ Erhellend ist folgende grundsätzliche Bemerkung der Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches:³⁹

„Außer Zweifel steht, daß durch das Schuldverhältnis nur persönliche Rechtsbeziehungen zwischen den in demselben stehenden Personen begründet werden, der persönliche Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf die Leistung, die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners zur Bewirkung der Leistung ... Über die Personen des Gläubigers und Schuldners greift die Wirkung des Schuldverhältnisses an sich nicht hinaus.“

³³ *Michalski*, AcP 198 (1998), S.254 diagnostiziert ein „rasantes Anwachsen multipolarer Schuldverhältnisse“. Freilich lassen sich auch seit langem bekannte mehrgliedrige Innominatverträge anführen, so z.B. der Schiedsrichtervertrag, der Schuldbeitritt, dessen Tragweite sich erst aus der schon bestehenden Schuld des Altschuldners erschließt, sowie je nach Vertragsgestaltung auch der Vergleich (z.B. im Haftungsprozeß mehrerer Beteiligten) und der Lizenzvertrag (hierzu auch *Pfister*, JZ 1971, 286).

³⁴ *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 III, S.6.

³⁵ *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 III, S.6; *Sefrin*, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S.50.

³⁶ *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 III, S.6.

³⁷ Z.B. den Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB).

³⁸ *Gernhuber*, in: FS für Larenz, S.455; *ders.*, Schuldverhältnis, § 31 I, S.711; *Sefrin*, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S.50; *Pfister*, JZ 1971, 284.

³⁹ Motive II, S.2.

Der Komplexität und dem Sinnzusammenhang eines mehrgliedrigen Vertragssystems kann in diesen Kategorien – wenn überhaupt – nur unter erheblichen Anstrengungen Rechnung getragen werden. Festhalten läßt sich jedenfalls, daß die schon bestehenden Justitiabilitätsprobleme auf den Ebenen der Rechtsfindung und der Inhaltskontrolle infolge der zu beobachtenden Ablösung des bipolaren Austauschverhältnisses durch komplexere, mehrgliedrigere Vertragssysteme noch erheblich verschärft werden.

2. Die Kodifikationsfrage

Ebenfalls vom Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung umfaßt ist die rechtspolitische Fragestellung, ob der Gesetzgeber auf dem Gebiete des Schuldvertragsrechts wieder initiativ werden sollte und bejahendenfalls, welches die ihn hierbei leitenden Kriterien sein sollten. Die methodische Grundlegung könnte sich für diese abschließenden Überlegungen de lege ferenda zumindest als hilfreich erweisen. In diesem Zusammenhang wird auch dem Umstand Rechnung zu tragen sein, daß die Diskussion um die Fortentwicklung der gesetzlichen Schuldvertragsordnung in zunehmenden Maße durch die vielfältigen Rechtsvereinheitlichungs- und Rechtsangleichungsbestrebungen auf der internationalen, insbesondere der gemeinschaftsrechtlichen Ebene beeinflußt wird.

III. Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes

Ist die Zielsetzung dieser Schrift somit annähernd umrissen, gilt es noch den Gegenstand der Überlegungen näher zu bezeichnen.

1. Begriff des gesetzlich nicht geregelten (Schuld-)Vertrages

Was genau verbirgt sich nun hinter der Redeweise vom „nicht kodifizierten“ oder „gesetzlich nicht geregelten Vertrag“ oder „Vertragstyp“? Vorangestellt sei zunächst der Hinweis, daß mit diesen Bezeichnungen meist – und so auch hier – nur Schuldverträge, also Verträge, durch die sich die Parteien zu Leistungen verpflichten, charakterisiert werden. Nicht kodifizierte Verträge können streng genommen auch verfügenden Charakter haben, man denke etwa an die Sicherungsübereignung,⁴⁰ die Vertragsübernahme⁴¹ oder die Aufrechnungsvereinbarung⁴². Freilich teilen diese Verträge die spezifischen Probleme nicht kodifizier-

⁴⁰ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 57 Rdnr. 1 ff.

⁴¹ Zu ihr zuletzt BGH NJW 1999, 2664.

⁴² Ausführlich Berger, Aufrechnungsvertrag, passim; ferner Palandt-Heinrichs, § 387 BGB Rdnr. 19 ff.

ter Verpflichtungsverträge auf dem Gebiete des Schuldrechts (hier kurz Schuldverträge) nur bedingt. Das Arsenal möglicher methodischer Grundaussagen würde jedenfalls erheblich reduziert, wenn der Untersuchungsgegenstand um diese verfügenden Verträge erweitert würde. Sie bleiben daher außen vor. Im übrigen läßt sich sagen, daß es sich um gelegentlich im Schrifttum anzutreffende Termini handelt, die dort zwar regelmäßig nicht eigens definiert, wohl aber ersichtlich einheitlich verstanden werden.⁴³

a) Fehlen einer vertragstypprägenden Regelung im Gesetz

Unter „gesetzlich nicht geregelten Verträgen“ oder – gleichbedeutend verwandt – unter „nicht kodifizierten Verträgen“ sollen hier in Übereinstimmung mit den genannten literarischen Äußerungen solche schuldrechtlichen Verträge verstanden werden, die weder im Bürgerlichen Gesetzbuch noch in einem Sondergesetz (z.B. Handelsgesetzbuch) eine vertragstypprägende Regelung erfahren haben. Ihre sämtlichen oder einzelnen Tatbestandsmerkmale werden m.a.W. überhaupt nicht oder doch nicht in der spezifischen Zusammensetzung vom Gesetz geordnet.⁴⁴ Zu den nicht kodifizierten Verträgen rechnen mithin nicht nur dem Gesetz gänzlich unbekannte Neuschöpfungen wie z.B. der Automatenaufstellungs-, der Franchising- oder der Factoringvertrag, sondern auch vom Gesetzgeber bloß „angesprochene“ Vertragsformen. Stellvertretend für die letztgenannte Gruppe sei hier der Patenlizenzvertrag angeführt, der in § 15 PatG als vertragliche Verwertungsmöglichkeit des Patentinhabers zwar anerkannt, inhaltlich aber nicht näher geordnet wird. Ebenso verhält es sich mit dem Finanzierungsleasingvertrag im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Nr. 1 VerbrKrG.⁴⁵ Und auch den Time-sharingvertrag wird man trotz des Inkrafttretens des Teilzeit-Wohnrechtgesetzes weiterhin zu den nicht kodifizierten Verträgen rechnen müssen, ist diese moderne Vertragsform doch nur in Umsetzung einiger punktueller verbraucherschutzorientierter Vorgaben der Europäischen Union⁴⁶ ins Visier des Gesetzgebers geraten. Diese relativ enge Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes soll einem prüfenden Seitenblick auf Vertragsformen nicht entgegenstehen, die zwar im Gesetz verankert sind, dort jedoch nur eine rudimentäre Regelung erfahren haben. Die nachfolgende Betrachtung wird daher beispielsweise des öfteren einige geschäftsbesorgungsrechtlich geprägte Vertragsverhältnisse wie z.B. den Kreditkartenvertrag oder den Treuhandver-

⁴³ Z.B. bei *Martinek*, *Moderne Vertragstypen I*, § 1 II, S. 3; *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht II/2*, § 63, S. 41ff.; *Becker*, *Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz*, S. 166ff.

⁴⁴ So die Umschreibung von *Meier-Hayoz*, *SJK* Nr. 1134, S. 1.

⁴⁵ Der BGH (NJW 1996, 2033, 2034) stellte unlängst fest, der Typus „Finanzierungsleasingvertrag“ sei damit nicht erschöpfend geregelt. Zu den Konsequenzen der Erfassung des Finanzierungsleasingvertrages im Verbraucherkreditgesetz vgl. im übrigen *Canaris*, *ZIP* 1993, 401.

⁴⁶ Richtlinie 94/47/EG „zum Schutze der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilnutzungsrechten“ an Immobilien (ABl. EG Nr. L 280 v. 29.10.1994, S. 83).

trag miteinbeziehen. Denn auch hier stellt sich das Grundproblem der nicht kodifizierten Verträge, der spezifische Normenmangel, in vergleichbarer Weise.

Im schweizerischen Schrifttum, das der hier zu behandelnden Thematik gerade in allgemein-methodischer Hinsicht traditionell deutlich mehr Beachtung schenkt als die sich ganz überwiegend auf das Problem der gemischten Verträge kaprizierende Literatur zum deutschen bürgerlichen Recht, hat sich im Laufe der Zeit der Oberbegriff „Innominatvertrag“ durchgesetzt.⁴⁷ Mitunter ist dort auch von „unbenannten Verträgen“ die Rede.⁴⁸ Inhaltlich decken sich diese Begriffe mit dem des „gesetzlich nicht geregelten Vertrages“ im zuvor beschriebenen Sinn. Gleichwohl empfiehlt es sich nicht, die schweizerische Terminologie zu übernehmen, da es gerade nicht darauf ankommt, ob der Gesetzgeber einem Vertrag einen Namen gibt, sondern daß er sich seiner materiell regelnd annimmt.⁴⁹ Da dies auch im schweizerischen Schrifttum nicht anders gesehen wird, sieht man sich zu unglücklichen Begriffsbildungen, wie der eines „benannten Innominatvertrages“ veranlaßt.⁵⁰ Das eigentlich Gemeinte wird durch den Terminus „gesetzlich nicht geregelter Vertrag“ entschieden besser ausgedrückt.

b) Gemischte und typenfremde Verträge als Unterfälle

Überwiegend pflegt man die gesetzlich nicht geregelten Verträge (nicht kodifizierte Verträge, Innominatverträge, unbenannte Verträge) in zwei Untergruppen einzuteilen, nämlich in die sog. gemischten und typenfremden Verträge.⁵¹ Auch dem schweizerischen Schrifttum ist diese Gegenüberstellung geläufig. Allerdings wird dort zumeist statt von „typenfremden Verträgen“ von „Verträgen

⁴⁷ *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 765–814 („Innominatverträge – Allgemeiner Teil“); *Kramer*, in: Neue Vertragsformen, S. 23 ff.; *ders.*, in: Berner Kommentar Bd. VI/1, Einl. OR Rdnr. 154 und Art. 19–20 Rdnr. 56 sowie die zahlreichen Beiträge in der mit „Innominatverträge“ betitelten Festgabe für *Schluep* (hrsg. von Forstmoser et al., Zürich 1988). Auch *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1, S. 3 ff. spricht mitunter von „Innominatverträgen“.

⁴⁸ *Meier-Hayoz*, SJK Nr. 1134, S. 1; *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 770. Ebenso bisweilen das ältere deutsche Schrifttum z.B. *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 80, 5, S. 245 und *Jung*, JherJb 69 (1920), 78; *ders.*, in: Das gesamte Deutsche Recht, § 142, S. 787. Heute noch *Erman-Battes*, Einl. § 305 BGB Rdnr. 14.

⁴⁹ Zurückhaltend auch *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 IV 1, S. 152 Fn. 98; gegen eine Übernahme wegen der damit verbundenen Gefahr von Mißverständnissen mit den spezifischen rechtlichen Wirkungen sog. Innominatkontrakte im nachklassischen römischen Recht auch *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, S. 19 Fn. 4.

⁵⁰ *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 770.

⁵¹ Z.B. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63, S. 41 ff.; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 2 II, S. 20 f.; *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 585 ff.; Berner Kommentar-*Kramer*, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 56. Abw. nur *Jung*, JherJb 69 (1920), S. 79, der die gemischten Verträge nicht zu den unbenannten rechnen will. Legt man nicht die jeweils engste Definition zugrunde, so ist auch ein Schnittbereich beider Gruppen denkbar. Für eine solche Doppelseinordnung etwa *Meier-Hayoz*, SJK Nr. 1134, S. 2. Ausführlich zu den verschiedenen Abstufungen der Definitionsweite *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 771 ff. und 776.

sui generis“ gesprochen.⁵² Die gemischten Verträge zeichnen sich dadurch aus, daß die stipulierten Vertragsleistungen essentialia verschiedener gesetzlich geregelter Vertragstypen aufweisen und erst in ihrer Gesamtheit eine nach dem Parteiwillen sinnvolle Vertragseinheit ergeben. Die typenfremden Verträge sind demgegenüber dadurch charakterisiert, daß sie gänzlich neue, nicht aus Einzellelementen gesetzlicher Vertragstypen zusammengesetzte Schöpfungen der vertragsschließenden Parteien darstellen.

2. Abgrenzungen

Der „gesetzlich nicht geregelte Vertrag“ in dem soeben erläuterten Sinne ist von einigen ebenfalls verbreiteten, aber nur teilweise dasselbe ausdrückenden Begriffen abzugrenzen.

a) *Atypische und verkehrstypische Verträge*

So stößt man in der Diskussion um die nicht kodifizierten Verträge des öfteren auf die Termini „atypischer“ und „verkehrstypischer“ Vertrag. Mit diesen Begriffen soll die Stellung eines konkreten Vertrages zum einen im Koordinatensystem der normativen Vertragstypenordnung und zum anderen in der realen Vertragspraxis beschrieben werden.

Mit der Bezeichnung eines Vertrages als „atypisch“ soll zum Ausdruck gebracht werden, daß er sich einer Einordnung in den Katalog der gesetzlichen Vertragstypen entzieht, sich mithin aus normativer Sicht als Sonderfall erweist.⁵³ Meist werden die atypischen Verträge mit den nicht kodifizierten gleichgesetzt, also als Vertragsverhältnisse definiert, die unter keinen der Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches oder eines Sondergesetzes passen.⁵⁴ Andere wollen darunter Vertragsgestaltungen verstehen, die von den in den §§ 433 ff. BGB geregelten Verträgen abweichen.⁵⁵ Hier wären wohl auch bloße Modifikationen eines gesetzlichen Vertragstyps erfaßt.⁵⁶ Nicht einheitlich beurteilt wird ferner, ob auch gemischte Verträge zu den atypischen Verträgen zu

⁵² Vgl. etwa *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 771; *Kramer*, in: Neue Vertragsformen, S. 23 f.; *Meier-Hayoz*, SJK Nr. 1134, S. 1.

⁵³ Um etwas anderes geht es bei *E. Wolff*, in: FS für Lewald, S. 633 ff. (in diese Richtung gehend auch *U. Huber*, JurA 1970, 789 f.): er erörtert unter der Überschrift „atypische Rechtsgeschäfte“ solche Rechtsgeschäfte, die nicht dem Typus entsprechen, den das Gesetz für einen bestimmten Zweck zur Verfügung stellt.

⁵⁴ *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 99 V, S. 392; *Erman-Battes*, § 305 BGB Rdnr. 14; *Soergel-Wolf*, § 305 BGB Rdnr. 25; dagegen *Berner Kommentar-Kramer*, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 57.

⁵⁵ *MünchKomm-Thode*, § 305 BGB Rdnr. 36.

⁵⁶ *Sefrin*, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 127 bereichert die an begrifflichen Unterscheidungsvorschlägen nicht gerade arme Diskussion insoweit noch um die Kategorie der „untypischen Verträge“.

rechnen sind.⁵⁷ Verneinte man dies, so ginge die Übereinstimmung mit den nicht kodifizierten Verträgen verloren; der atypische Vertrag würde dann die typenfremden und je nach Weite auch sonstige atypische Modifikationen benannter Typenverträge bezeichnen. Ganz anders definiert *Gernhuber* den atypischen Schuldvertrag als Vertrag, für den Gesetz, Gewohnheitsrecht und Verkehrssübung keine Vertragsordnung bereithalten.⁵⁸ Der Tankstellenstationärvertrag beispielsweise ist daher seiner Meinung nach kein atypischer Vertrag mehr. Einer einheitlichen Begriffsbildung abträglich sind schließlich auch die Versuche mancher Autoren, nach verschiedenen inhaltlichen Kriterien noch zwischen atypischen Verträgen im engeren und weiteren Sinne zu differenzieren.⁵⁹ Insgesamt erscheint der Begriff des atypischen Vertrages mit zu vielen Unsicherheiten belastet, als daß er im Rahmen dieser Arbeit als geeignete Umschreibung des Untersuchungsgegenstandes verwendet werden könnte.

Die „verkehrstypischen Verträge“ sind solche gesetzlich nicht oder nur rudimentär normierten Verträge, die sich im Rechts- und Wirtschaftsverkehr aufgrund eines entsprechenden Verkehrsbedürfnisses als selbständige Vertragstypen herausgebildet haben.⁶⁰ Teils handelt es sich um Neubildungen, teils um Abwandlungen und Vermischungen normierter Vertragstypen. Die inhaltliche Ausgestaltung dieser Vertragsverhältnisse erfolgt meist durch Allgemeine Geschäftsbedingungen. Als Beispiele werden u.a. angeführt: der Automatenaufstellungsvertrag, der Factoringvertrag, der Franchisevertrag, der Garantievertrag, der Kreditkartenvertrag, der Leasingvertrag, der Lizenzvertrag und der Unterrichtsvertrag.⁶¹ Im Schrifttum werden die verkehrstypischen Verträge unter Hinweis auf die Häufigkeit und Gleichförmigkeit ihres Vorkommens und die „kodifikatorischen“ Leistungen der Rechtsprechung auch als „typische Vertragsbildungen kraft Gewohnheitsrechts“ bezeichnet⁶² – eine nicht unbedenkliche und in ihren rechtlichen Konsequenzen wohl noch nicht recht bedachte Ausdrucksweise,⁶³ auf die im Laufe dieser Untersuchung noch zurückzukommen sein wird.

⁵⁷ Dafür etwa *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 44 und *Soergel-Wolf*, § 305 BGB Rdnr. 25; dagegen *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V, S. 157 und wohl auch *Staudinger-Löwisch*, § 305 BGB Rdnr. 23.

⁵⁸ *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V, S. 156.

⁵⁹ Vgl. allein die jeweils unterschiedlichen Klassifikationsvorschläge bei *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 14, *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 648 und *Sefrin*, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 127f.

⁶⁰ *Jauernig-Vollkommer*, § 305 BGB Rdnr. 23; *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 12; *MünchKomm-Thode*, § 305 BGB Rdnr. 37; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 1 II, S. 4.

⁶¹ *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 12f.; *MünchKomm-Thode*, § 305 BGB Rdnr. 37f.; *Jauernig-Vollkommer*, § 305 BGB Rdnr. 23.

⁶² So *Soergel-Wolf*, § 305 BGB Rdnr. 25; *Erman-Battes*, § 305 BGB Rdnr. 14; *Staudinger-Löwisch*, (12. Aufl. 1979), § 305 BGB Rdnr. 22.

⁶³ Kritisch auch *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 IV 5, S. 156.

b) Sonderstellung moderner Vertragstypen?

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird bisweilen noch eine weitere Sammelbezeichnung verwendet. Gemeint ist hier die Kennzeichnung als „moderne Vertragstypen“.⁶⁴ Gebräuchlich sind daneben die Umschreibungen als „neue Vertragsformen der Wirtschaft“⁶⁵ oder als „neue Vertragstypen des Rechtsverkehrs“.⁶⁶ Diese Bezeichnungen werden verwendet, um solche verkehrstypischen Verträge herauszustellen, die sich – zumeist US-amerikanischen Ursprungs – durch ihre Neuartigkeit und zum anderen durch die ihnen zukommende hohe Bedeutung im modernen Wirtschaftsleben auszeichnen. Hierunter sollen u.a. fallen:⁶⁷ der Leasingvertrag, der Factoringvertrag, der Know-how-Vertrag, der Management- und Consultingvertrag, der Computervertrag, der Kreditkartenvertrag, der Poolvertrag, der Joint-Venture-Vertrag, der Turnkeyvertrag, der Time-sharingvertrag und der Just-in-time-Vertrag. Den meisten Schrifttumsvertretern geht es ersichtlich bloß um eine schlagwortartige Zusammenfassung dieser Konstrukte der modernen Vertragspraxis.

Einen weitergehenden Bedeutungsgehalt will hingegen *Martinek*⁶⁸ der Kategorie der „modernen Vertragstypen“ zuerkennen. Die gemeinsamen differentia specifica sämtlicher moderner Vertragstypen, nämlich ihr anglo-amerikanischer Hintergrund und die damit verbundenen Integrationsschwierigkeiten sowie ihre herausragende und prägende Bedeutung im modernen Wirtschaftsleben weisen ihnen nach Ansicht von *Martinek* eine „deutlich herausgehobene Sonderstellung“ innerhalb der verkehrstypischen, aber normativ nicht in ihrer Typizität vom Gesetzgeber aufgegriffenen Verträge zu. Seine Monographie mit dem Titel „Moderne Vertragstypen“ begreift *Martinek* demgemäß auch nicht als beziehungslose Aneinanderreihung von Einzeldarstellungen. Die Sondergruppe der „modernen Vertragstypen“ schwebt ihm vielmehr als Anknüpfungspunkt für gemeinsame rechtliche Grundaussagen, insbesondere im Sinne einer Methodologie der Rechtsinstitutionalisierung, vor. Damit verbindet *Martinek* sogar die Vision eines Allgemeinen Teils des Rechts der „modernen Vertragstypen“, die Wirklichkeit werden zu lassen, ihm – nach eigenem Bekunden – nicht völlig unerreichbar erscheint.⁶⁹

Der auf „moderne Vertragstypen“ fokussierte rechtsmethodische Ansatz *Martineks* ist nicht frei von Bedenken.⁷⁰ Abgesehen davon, daß einige zu den

⁶⁴ So der Titel des dreibändigen Werks von *Martinek*.

⁶⁵ So die Überschrift des in 2. Aufl. vorliegenden, von *Ernst A. Kramer* herausgegebenen Sammelbandes.

⁶⁶ *Larenz*, Schuldrecht II/1, §38, S.3; *Staudinger-Mayer-Maly*, Einl. zu §§433ff. BGB Rdnr.21.

⁶⁷ Vgl. die Inhaltsübersicht bei *Martinek*, Moderne Vertragstypen III, S. IXf.

⁶⁸ *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, §1 III, S. 4ff.; ihm folgend sein Adept *Sefrin*, Kodifikationsreihe des Finanzierungsleasingvertrages, S. 38f.

⁶⁹ *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, §1 V, S. 12 und Moderne Vertragstypen III, §30 III, S. 388.

⁷⁰ Skeptisch auch von *Olshausen*, ZHR 159 (1995), S. 514.

„modernen Vertragstypen“ gerechnete Abreden in Wahrheit gar nicht so neu sind,⁷¹ ist es kaum nachzuvollziehen, weshalb zahlreiche gesetzlich ebenfalls nicht geregelte Vertragstypen allein deshalb nicht in die Betrachtung einbezogen werden sollen, weil sie auf eine längere – nicht anglo-amerikanisch geprägte – Tradition zurückschauen. Auch den Garantie-, Lizenz- oder Altenheimverträgen – um nur einige wenige Beispiele zu nennen – kommt eine immense praktische und gesamtwirtschaftliche Bedeutung zu; das gleiche läßt sich über den Automatenaufstellungsvertrag sagen, dessen noch relativ junge Herausbildung weitgehend frei von US-amerikanischen Vorbildern verlief. Das im Vordergrund stehende gemeinsame Grundproblem besteht allemal im Fehlen unmittelbar einschlägiger normativer Vorgaben. Dies verlangt eine besondere methodische Vorgehensweise bei der Rechtsfindung und – wegen des fehlenden normativen Leitbildes – auch bei der Inhaltskontrolle solcher Verträge. Der entscheidende Schnitt verläuft somit zwischen den gesetzlich geregelten und den ungeregelten Verträgen. Die die angebliche Sonderstellung „moderner Vertragstypen“ nach *Martinek* begründende geographische Herkunft und ihre hohe wirtschaftliche Bedeutung sind methodologisch betrachtet nahezu indifferente Merkmale, die kein auf sie bezogenes, eigenständiges rechtsmethodisches Konzept rechtfertigen. Der spezifischen Eigenart des jeweiligen Vertrages und der wirtschaftlichen Interessenlage der Beteiligten gilt es hier wie dort besondere Beachtung zu schenken. Insgesamt handelt es sich um eine zu schwache Basis für einen auf „moderne Vertragstypen“ zugeschnittenen Allgemeinen Teil oder auch nur für auf sie beschränkte rechtliche Aussagen. Es ist bezeichnend, daß *Martinek* über die bloße Empfehlung entsprechender Schritte nicht hinaus gekommen ist. Zuletzt sei noch angemerkt, daß sich die Verengung des Blickwinkels auf „moderne Vertragstypen“ sogar kontraproduktiv auswirken kann; nämlich dann, wenn sie zugleich das über viele Jahrzehnte angesammelte Erfahrungswissen um die Bewältigung der älteren nicht kodifizierten Verträge ausblenden würde.

Ist somit eine Sonderstellung der „modernen Vertragstypen“ unter den gesetzlich nicht geregelten Schuldverträgen nicht zu rechtfertigen, so bedeutet dies andererseits aber nicht, daß nun auch die Beibehaltung dieser Bezeichnung nicht mehr opportun wäre. Nur sollte man sich darüber im klaren sein, daß es sich um nicht mehr als einen bloßen Sammelnamen für eine höchst heterogene Gruppe neuartiger, wirtschaftlich bedeutender Vertragsformen vornehmlich US-amerikanischer Provenienz handelt.

IV. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung will einen Weg aufzeigen, wie sich für den mit gesetzeshremden Verträgen befaßten Rechtsanwender das Zusammenspiel zwischen der

⁷¹ Staudinger-Mayer-Maly, Einl. zu §§ 433ff. BGB Rdnr. 21; ders., in: FS für Larenz (1973), S. 673ff.

analytisch-induktiven Auseinandersetzung mit der einzelnen Parteivereinbarung (Auslegung) einerseits und der deduktiv orientierten Normapplikation (Subsumtion, typologische Zuordnung, Inhaltskontrolle) andererseits gestaltet. Es geht mit anderen Worten um die ewig junge Frage, wo die Grenze verläuft, bis zu der hin das von den Parteien autonom gesetzte Programm verbindlich ist und von der an ergänzendes und korrigierendes Gesetzesrecht eingreift.⁷² Die einzelnen Stationen des Gedankengangs seien hier nur grob skizziert. Nach einigen kurzen Bemerkungen zum richtigen Verständnis der gesetzlichen Schuldvertragsarten (typologische contra begriffliche Sichtweise) und einem Überblick über die Systematisierungsversuche des Schrifttums (§ 2) soll ein historischer Rückblick die geschichtliche Entwicklung des Verhältnisses der gesetzlichen Vertragstypenordnung zur privatautonomen Regelung beleuchten (§ 3). Auf dieser Grundlage soll dann die heutige Bedeutung der normativen Vertragstypenordnung beschrieben werden (§ 4). Diese Standortbestimmung ist von Bedeutung für die Frage, in welchem Umfang das Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches auch auf gesetzlich nicht geregelte Verträge Anwendung findet und wie weit die Varianzbreite der Rechtsunterworfenen reicht.

Die Abhandlung baut auf einer grundlegenden – heute überwiegend akzeptierten – Trennung zweier Vorgänge auf, nämlich der Ermittlung des von den Parteien intendierten Vertragsinhalts und der sich anschließenden Überprüfung des Vereinbarten auf seine Wirksamkeit anhand der Inhaltskontrollvorschriften des Gesetzesrechts. Auf diese Weise gelingt es besser, die der rechtlichen Beurteilung zugrunde liegenden Wertungen offenzulegen und einer verdeckten Inhaltskontrolle im Gewande der Auslegung vorzubeugen. Auch in methodischer Hinsicht unterscheidet sich die rechtsanwenderische Aufgabe auf beiden Stufen.⁷³ Im ersten Schritt geht es um die Ermittlung des vertraglichen Pflichtenarrangements. Hierzu bedarf es der Auslegung der vertraglichen Vereinbarung, also einer primär analytisch-induktiven Tätigkeit. Sie dominiert auf dieser Ebene, wenngleich auch hier die Rechtsfindung partiell, nämlich zur Lückenfüllung, deduktiv im Wege der Normanwendung verlaufen kann. Auf der zweiten Stufe geht es dann schwerpunktmäßig um die Applikation von außervertraglichen Gerechtigkeitsinhalten, insbesondere durch die Bestimmung der Reichweite normativer Maßstäbe im Hinblick auf den konkreten Fall.

Für die erste Stufe auf dem Wege zum verbindlichen Regelungsprogramm werden hier die Bezeichnungen „Inhaltsbestimmung“, „Rechtsfindung“ und „Vertragsrechtskonkretisierung“ gewählt.⁷⁴ Ihr ist das zweite Kapitel dieser Untersuchung gewidmet. Nach einer Analyse der Rechtsfindungsmethoden der Rechtsprechung (§ 5) und einer kritischen Auseinandersetzung mit den im Schrifttum vertretenen Entwürfen (§ 6) soll der Versuch unternommen werden,

⁷² Unter dieser Fragestellung steht auch die der Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag gewidmete Schrift von *Oechsler* (vgl. dort vor allem S. 128).

⁷³ Ähnlich *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 90f., 114, 128f.

⁷⁴ Zur Terminologie siehe auch *Arth. Kaufmann*, Verfahren der Rechtsgewinnung, S. 12f.

einige Grundpfeiler eines methodengerechten und praxistauglichen Rechtsfindungskonzepts zu beschreiben (§ 7). Ein Entscheidungsbaum, an dessen Ende stets eine zweifelsfreie Lösung steht, kann angesichts der Vielgestaltigkeit der vertraglichen Praxis und des Charakters der Jurisprudenz als Wertungswissenschaft nicht das Ziel dieser Arbeit sein. Ihr wird es daher vor allem um die Klärung wichtiger Ausgangsfragen und die Korrektur zutage getretener Fehlentwicklungen gehen.

Nachdem der Inhalt eines gesetzlich nicht geregelten Vertrages auf diese Weise aufbereitet worden ist, stellt sich die Frage, ob er vor den inhaltlichen Schranken der Rechtsordnung bestehen kann (Drittes Kapitel, §§ 8 und 9). Angesichts des Ausfalls gesetzlicher Leitbilder spitzt sich hier alles auf die Formulierung des Maßstabs zu, an dem nicht kodifizierte Verträge zu messen sind.

Die Untersuchung wird beschlossen durch eine Stellungnahme zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der nationale Gesetzgeber zur Kodifikation gesetzlich bislang nicht geregelter Verträge schreiten soll (§ 10) und welche Entwicklungen in dieser Hinsicht auf internationaler, insbesondere gemeinschaftsrechtlicher Ebene zu gewärtigen sind (§ 11).

§2 Rechtsmethodische Erfassung der normativen Schuldvertragsordnung

Mit den im besonderen Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches normierten Schuldverträgen stellt der Gesetzgeber dem Rechtsverkehr für bestimmte, nämlich für die von der gesetzlichen Beschreibung erfaßten, Geschäftsformen der Vertragswirklichkeit musterhafte Binnenordnungen zur Verfügung. Freilich läßt sich schon an dieser Stelle sagen, daß die gesetzliche Schuldvertragsordnung zugleich auch ein Referenzsystem darstellt, das über seinen ex lege festgelegten unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus Wirkungen entfaltet.¹ Im Hinblick auf die hier erstrebte Auseinandersetzung mit den abweichenden, atypischen Vertragsgestaltungen ist es daher von großem Interesse, diese Ausstrahlungen der normativen Vertragstypenordnung näher zu untersuchen. Schon von daher, aber auch um den Standort der nicht kodifizierten Verträge in der Vertragsrechtsordnung des Bürgerlichen Gesetzbuches näher zu bestimmen, erscheint es angezeigt, sich in einem ersten Schritt mit der Bedeutung und Wirkungsweise der gesetzlichen Schuldvertragsordnung zu befassen. Vor allem geht es um die rechtsmethodische Erfassung der vom Gesetzgeber zugrundegelegten Abgrenzung der Geltungsbereiche der einzelnen Regelungskomplexe.

I. Begriffliche oder typologische Struktur der normativen Schuldvertragsordnung?

Der hierbei zutage getretene Widerstreit zweier entgegengesetzter Konzepte soll im folgenden kurz skizziert und im Hinblick auf die rechtsmethodische Bewältigung nicht kodifizierter Verträge bewertet werden. Im Anschluß hieran soll noch zur Bedeutung einiger wichtiger Grundbegriffe Stellung genommen werden, die allesamt den Wortstamm „Typus“ in sich führen und deren sich die Wissenschaft oftmals zur Beschreibung der Funktionsweise der gesetzlichen Schuldvertragsordnung bedient.

¹ Hierzu näher unter § 7 IV. 1. c) (3).

1. Zum Stand der Diskussion

Die rechtstheoretische Diskussion um die zutreffende methodische Erfassung des im Siebenten Abschnitt des Zweiten Buchs des Bürgerlichen Gesetzbuchs niedergelegten Regelungskatalogs der „einzelnen Schuldverhältnisse“ wird bereits seit geraumer Zeit geführt. Dem überkommenen begrifflichen Verständnis wurde, befruchtet durch entsprechende Arbeiten auf benachbarten Wissenschaftsgebieten,² eine typologisch ausgerichtete Betrachtungsweise entgegengesetzt. Die beiden widerstreitenden Konzeptionen lassen sich unter Außerachtlassung mancher Schattierung und Akzentverlagerung wie folgt skizzieren:

a) Der überkommene begrifflich-kategoriale Ansatz

Die herkömmliche, in den Zeiten der Begriffsjurisprudenz³ verständlicherweise nahezu unangefochtene Grundanschauung strebt im Sinne eines begriff-

² Der Antagonismus der begrifflich-klassenlogischen und der typologischen Denkform war Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Betrachtungen in den verschiedensten Disziplinen. Einige kurze Hinweise zum geistesgeschichtlichen Hintergrund müssen an dieser Stelle genügen: Auf *Max Weber* (vor allem: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, S. 190ff. und *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 9ff.) wird allgemein die Figur des „Idealtypus“, einer modellhaft überzeichneten, logisch idealisierenden Darstellung der Wirklichkeit, zurückgeführt. Er führte sie als Instrument in die sozialwissenschaftliche Analyse ein. *Weber* dürfte freilich seinerseits beeinflusst worden sein durch *Georg Jellinek* (*Allgemeine Staatslehre*, S. 30ff. und 287ff.), der sich schon zuvor des Idealtypus als Denkform und Wertungsmaßstab zur Kennzeichnung von Staatsformen bedient hatte (zur Chronologie und den gegenseitigen Einflüssen *Hans J. Wolff*, in *Studium Generale* V [1952], S. 196 und *Radbruch*, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* XII [1938], S. 48). Grundlegend aus wissenschafts- und erkenntnistheoretischer Sicht ferner: *Hempel/Oppenheim*, *Typusbegriff im Lichte der neuen Logik* (1936), *Heyde*, *Typus*, in: *Studium Generale* V (1952), S. 235ff., *Kretschmer*, *Der Typus als erkenntnistheoretisches Problem*, in: *Studium Generale* IV (1951), S. 399ff. und *von Kempksi*, *Zur Logik der Ordnungsbegriffe*, besonders in den Sozialwissenschaften, in: *Studium Generale* V (1952), S. 205ff.; weiterführende Schriftumshinweise in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Stichworte: *Typus* und *Typologie* (bearbeitet von *Strenge* und *Lessing*). Wichtig für die Rechtswissenschaft vor allem: *Radbruch*, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* XII (1938), S. 46ff.; *Hans J. Wolff*, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft*, in *Studium Generale* Bd. V (1952), S. 195ff., *Engisch*, *Idee der Konkretisierung*, 2. Aufl. 1968, S. 237ff. (dort auch zahlreiche weiterführende Schriftumsnachweise), *Larenz*, *Methodenlehre*, S. 461ff. (zu seiner Konzeption jüngst instruktiv *Kokert*, *Begriff des Typus bei Karl Larenz*, 1995), *Strache*, *Denken in Standards*, 1968, *Kuhlen*, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, 1977, *Schluep*, in: *Festgabe für Obrecht*, S. 9ff. und *Rode*, JR 1968, 401ff.; zum Strafrecht: *Hassemer*, *Tatbestand und Typus*; zum Gesellschaftsrecht: *Koller*, *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*, 1967, *H.P. Westermann*, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, 1970 und kritisch *Ott*, *Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht*, 1972; zum Bürgerlichen Recht: *Leenen*, *Typus und Rechtsfindung*, 1971.

³ Zu diesem zeitgeistlichen Zusammenhang auch *H.J. Wolff*, *Studium Generale* Bd. V (1952), S. 199 und *Dellios*, *Rechtsfindungsmethode*, S. 49.

lich-kategorialen Syllogismus nach einer klaren klassifikatorischen Einordnung einer Parteivereinbarung in das vorhandene Begriffsschema.⁴ Das sie kennzeichnende Verfahren ist das der Subsumtion unter eine als gesetzliche Definition verstandene Norm des besonderen Vertragsrechts. Dabei handelt es sich meist um die den Regelungskomplex einleitende Gesetzesvorschrift (z.B. §§ 433, 631 BGB). Die Definition setzt sich aus Merkmalen zusammen, die im Falle additiver Verknüpfung (Konjunktion) sämtlich erfüllt sein müssen, damit die jeweiligen Rechtsfolgen eintreten können. Das Erkenntnisinteresse ist schon vom Ansatz her auf ein „entweder“ (ja = vom Normenbestand einer bestimmten gesetzlich geregelten Kontraktform erfaßt) „oder“ (nein = nicht erfaßt) beschränkt. Dieser Denkform, die den Normensystemen des besonderen Vertragsrechts eine „aut-aut-Struktur“ zuerkennt, ist denn auch vorgehalten worden, sie sei nicht in der Lage, das Phänomen der gemischten oder dem Gesetz gar völlig fremden Verträge in sich aufzunehmen und zur rechtlichen Bewältigung solcher Verträge beizutragen.⁵

b) Der Siegeszug der Typuskonzeptionen

Unter anderem einen besseren Aufschluß über mögliche Näheverhältnisse zu den gesetzlich geregelten Vertragsformen verspricht sich die heute vorherrschende Meinung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum von einem typologisch fundierten Verständnis der gesetzlichen Schuldvertragsordnung.⁶ In den

⁴ Vgl. etwa *Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, S. 9; typisch für das ältere Schrifttum auch die Überschrift von *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, zu §§ 101 und 120 (Begriff und Abschluß des Kaufes bzw. der Schenkung). Die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches gingen nachweislich noch von dem begrifflichen Charakter der von ihnen geschaffenen Ordnung der Schuldverträge aus; vgl. *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 122f. mit Hinweis auf die die Pandektistik beherrschende und als Ausdruck begrifflichen Denkens zu wertende Lehre von den *essentialia negotii*; ebenso *Staudinger-Mayer-Maly*, Einl. zu §§ 433 BGB Rdnr. 5 und *Schlupe*, in: *Schweizerisches Privatrecht VII/2*, S. 792. In gewissem Kontrast hierzu steht allerdings der Befund, daß der historische Gesetzgeber in nicht wenigen Fällen bewußt davon absah, der geregelten Vertragsform eine gesetzliche Umschreibung beizugeben, also auf eine typologische (?) Konkretisierung durch Praxis und Wissenschaft vertraute (vgl. z.B. Motive II, S. 306 für das Darlehen und Motive II, S. 643 für die Glücksverträge und Motive II, S. 636 für den Leibrentenvertrag).

⁵ *Larenz*, Methodenlehre, S. 303; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 133f.

⁶ *Larenz*, Methodenlehre, S. 302ff. und 465ff.; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 118ff.; *Engisch*, Konkretisierung, S. 267ff.; *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 95ff.; *Dellios*, Rechtsfindungsmethode, S. 48ff., *Schwark*, Rechtslehre Bd. 9 (1978), S. 85ff.; *Staudinger-Mayer-Maly*, Einl. zu §§ 433 BGB Rdnr. 5; *Becker*, Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, S. 92ff.; *Sannwald*, Finanzierungsleasingvertrag, S. 79; *Papapostolou*, Risikoverteilung beim Finanzierungsleasingvertrag, S. 33ff.; *Huffer*, Das partiarische Geschäft als Rechtstypus, passim; für typologische Erfassung der Geschäftsbesorgung insbesondere *Staudinger-Martinek*, § 675 BGB Rdnr. A 22; typologisches Denken soll auch die Arbeitsweise der Kautelarjurisprudenz kennzeichnen, vgl. *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rdnr. 40ff. Nachweise zum schweizerischen Schrifttum bei *Schlupe*, in: *Schweizerisches Privatrecht VII/2*, S. 790f.; auch das *Bundesarbeitsgericht* will die unselbständige von der selbständigen Arbeit und damit den Anwendungsbe-

Legalumschreibungen der die einzelnen Regelungskomplexe einleitenden Gesetzesbestimmungen sieht diese Meinung verkürzte Typenbeschreibungen.⁷ Die dort geregelten Vertragsformen werden als „rechtliche Strukturtypen“⁸ charakterisiert. Der Grundgedanke des typologischen Ansatzes ist nun der, daß komplexe Lebenserscheinungen oder Sinnzusammenhänge, wie sie etwa in Gestalt der durch Verträge koordinierten mannigfaltigen Interessenkonstellationen einer modernen Wirtschaftsgesellschaft anzutreffen sind, in ihrer Fülle auf rein begrifflicher Ebene nicht zureichend erfaßt werden können. Sachgerechter sei es, die zu erfassende Gestalt, hier also den gesetzlich geregelten Schuldvertrag, als durch typische Züge gekennzeichnet zu begreifen. Diese sollen ein „elastisches Merkmalsgefüge“⁹ bilden, soll heißen, daß sie in unterschiedlichen Intensitätsstufen vorliegen und sich bis zu einem gewissen Grad auch wechselseitig vertreten können. Je für sich genommen kommt ihnen hiernach nur indizielle Bedeutung zu. Für entscheidend wird ihre Verbindung, Intensität und die Häufigkeit des Auftretens im konkreten Einzelfall gehalten, wobei es auf das letztlich intuitiv zu erfassende Gesamtbild ankomme. Hervorgehoben wird schließlich, daß sich der Typus als adäquate Denkform vor allem für frühe Phasen der Rechtsbildung empfehle, in denen eine von noch nicht abgeklärten Wertungen geleitete tastende Tatbestandsbildung erfolge.¹⁰ Dem Subsumtionsverfahren scheint damit in methodischer Hinsicht ein flexibleres, wohl aber auch ein normativ schwächer determiniertes Zuordnungsverfahren entgegengesetzt zu werden.

c) Kritik der Typologie

Die zu konstatierende Hinwendung zu typologischen Denkformen im Recht allgemein und im zivilen Vertragsrecht im besonderen¹¹ ist freilich nicht ohne Widerspruch geblieben. Gerade in den letzten Jahrzehnten hat sich eine kritische Gegenbewegung formiert, die sich teils gegen den Grundansatz der Typustheorie und teils gegen die Funktion als Arbeitsmethode wendet.¹² Den Typus-

reich der §§ 611ff. BGB typologisch abgrenzen (vgl. BAG AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit; zuvor schon *Herschel*, in: Festgabe für Kunze, S. 237; ebenso BSG EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 40); ferner hat sich das *Bundesverfassungsgericht* (2. Kammer des Ersten Senats, NJW 1996, 2644) ausdrücklich für eine typologische Konkretisierung der Legalumschreibung der versicherungspflichtigen Beschäftigung als „nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“ ausgesprochen.

⁷ Schon *Schreiber* (JherJb 60 [1912], S. 210) notierte, es müsse „Klarheit darüber herrschen, daß diese Bezeichnungen lediglich Abkürzungen sind, daß sie keineswegs eine Definition enthalten“. Ferner *Larenz*, Methodenlehre, S. 302; *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 106.

⁸ *Larenz*, Methodenlehre, S. 302 und 466.

⁹ *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 34.

¹⁰ *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 65.

¹¹ *Engisch*, Konkretisierung, S. 237 formuliert, der Typus sei in neuerer Zeit zum „Modebegriff“ avanciert.

¹² Grundlegend *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, passim; ferner *Reisinger*, in: Rechtsphilosophie

theoretikern ist insbesondere vorgehalten worden, sie ignorierten die Erkenntnisse der modernen Begriffsformenlehre, die Begriffsformen – wie etwa den komparativen Begriff – zur Verfügung stelle, mit denen sich die verschieden starken Ausprägungen, in denen eine Eigenschaft vorkommen könne, ausdrücken ließen. Der Vorwurf der mangelnden Leistungsfähigkeit des Klassenbegriffs sei mithin überholt. Das Deduktivitätspostulat für juristische Begründungen brauche nicht partiell aufgegeben zu werden, sondern könne auch in Bezug auf die Regelungskomplexe des besonderen Schuldrechts in vollem Umfang aufrechterhalten werden. Die Konsequenzen der klassischen Typuslehre, nämlich das „Aufgehenlassen“ des Zuordnungsverfahrens in einer Ganzheitsbetrachtung ohne die Art und Weise der Verknüpfung der einzelnen Merkmale im vorhinein näher konkretisiert zu haben, seien für eine durchschaubare und kontrollierbare juristische Methode unbrauchbar.¹³ Um einen weiteren, speziell auf die Methode der typologischen Zuordnung im Bereich des besonderen Vertragsrechts gemünzten Kritikpunkt hat zuletzt *Oechsler* die Diskussion bereichert.¹⁴ Seiner Ansicht nach erweist sich die typologische Zuordnung im methodischen Vergleich zur Analogie unter denklologischen Gesichtspunkten als umweghaft. Denn mit der Feststellung einer überwiegenden Ähnlichkeit eines konkreten Vertrages mit einem gesetzlichen Normstrukturtypus und einer entsprechenden Qualifizierung des Vertrages sei noch nicht die Anwendbarkeit des jeweils zu applizierenden einzelnen Rechtssatzes dargetan. Denn immerhin müsse in Rechnung gestellt werden, daß die Teilunähnlichkeit eine punktuelle Abweichung von der gesetzlichen Regel verlange bzw. insoweit eine Unterstellung unter das Rechtsregime eines anderen Normstrukturtypus erfordere. Der abstrakte Typenvergleich müsse daher unter den Vorbehalt eines konkreten Ähnlichkeitsvergleichs gestellt werden, aufgrund dessen im Einzelfall maßgeblich darüber entschieden werde, ob eine einzelne, dem Normstrukturtypus zugehörige Norm anwendbar sei oder nicht. Dieser letzte konkrete Vergleich entspreche der Ähnlichkeitsprüfung bei der Einzelanalogie, die sich von daher als der direktere Weg zum Ziel darstelle.

und Gesetzgebung, S. 148ff.; *Kindhäuser*, Rechtstheorie 12 (1981), S. 226ff.; *Wiethölter*, NJW 1973, 273 („wortreiche Sprachlosigkeit“ ohne „theoretisches Fundament“); *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 73ff.; *Wank*, Juristische Begriffsbildung, S. 123ff.; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 298ff.; zurückhaltend auch *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 307ff.; *ders.*, Entartetes Recht, S. 204ff., *ders.*, Rechtstheorie, Rdnr. 934, der angesichts der Nähe zum „konkret-allgemeinen Begriff“ auf Mißbrauchsgefahren hinweist und die Begriffe „Typus“ und „Typenreihe“ nur als Darstellungs- und Ordnungsbegriffe, nicht hingegen als Ableitungsgrundlage für Rechtsgebote, akzeptiert.

¹³ So das abschließende Verdikt von *Kuhlen*, Typuskonzeptionen, S. 169.

¹⁴ *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 298ff.

2. Eigener Standpunkt

a) Der überschätzte Abstand des qualitativen Gehalts beider Rechtsanwendungsstile

Eine nähere Auseinandersetzung mit den literarischen Stellungnahmen unter Berücksichtigung der durch ein spezifisches Spannungsfeld (Privatautonomie versus Orientierungs- bzw. Ordnungsfunktion des Gesetzesrechts) geprägten normativen Schuldvertragsordnung nährt den Verdacht, daß sich die Polarität beider Denkformen keineswegs als so ausgeprägt darstellt, wie dies gemeinhin im Schrifttum behauptet wird.¹⁵ Zu einer Relativierung des Gegensatzes tragen verschiedene, an beiden Polen ansetzende Überlegungen bei.

Zunächst ist hervorzuheben, daß auch dem begrifflichen Verfahren ein Zug zur Öffnung innewohnt.¹⁶ Dies folgt bereits daraus, daß auch Rechtsbegriffe häufig – abgesehen von metrisierenden Begriffen – neben einem festen Begriffskern einen Begriffshof mit unscharfen Randzonen aufweisen, also ähnlich wie die Typusbegriffe normativ schwächer determiniert sind. Ebenso wie diese bedürfen auch sie der Verdeutlichung ihres Sinngehalts und Anwendungsbereichs. *Zippelius* hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß sich auch Begriffe nicht nur mit der Anwendungsregel strenger Identifikation, sondern ebenso gut mit derjenigen vergleichend-zuordnenden Denkens verknüpfen ließen.¹⁷ Ob sich solche vagen Rechtsbegriffe in qualitativer Hinsicht noch in nennenswerter Weise von Typusbegriffen unterscheiden, ist umstritten, kann hier aber unentschieden bleiben.¹⁸ Wichtiger ist die Feststellung, daß auch begriffliches Denken stets mit der Konkretisierung unbestimmter gesetzlicher Vorgaben konfrontiert wird, sich insoweit in der mangelnden Festgelegtheit der Ergebnisfindung ein gemeinsamer Grundzug erkennen läßt. Ferner gilt es an die These *Engischs* zu erinnern, wonach sich das Anliegen der Bewahrung von der Wirklichkeit immanenten Universalien um so eher ein Asyl außerhalb der eigentlichen Begriffslehre, nämlich eben der Lehre vom Typus, sucht, je mehr sich eine streng logische oder gar logistische Begriffslehre formalisiert und entsubstantialisiert.¹⁹ Umgekehrt müßte dann gelten, daß eine betont wertbezogene teleologische Auslegung der Gesetzesbegriffe das Streben nach einer Alternati-

¹⁵ Wie hier *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 810ff. Auch *Bydlinski* (Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 545) spricht von einer „theoretische(n) Übertreibung eines Gegensatzes zwischen Begriff und Typus“; ebenso *Sefrin*, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 3; ferner *Strache*, Denken in Standards, S. 85: „Die sogenannte ‚freie richterliche Rechtsfindung‘ im Bereich der Standards und der übrigen Wertbegriffe ist ihrer logischen Struktur nach ein typologisches Verfahren.“

¹⁶ *Zippelius*, in: FS für Engisch, S. 230f.; *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 811.

¹⁷ *Zippelius*, in: FS für Engisch, S. 231.

¹⁸ Einen Unterschied zwischen der Offenheit des Typus und der Deutungsbedürftigkeit des geschlossenen Begriffs meint etwa *Leenen*, Rechtsfindung und Typus, S. 34ff. nachweisen zu können. Hiergegen jedoch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 545.

¹⁹ *Engisch*, Konkretisierung, S. 240.

ve in Form einer typologisch ausgerichteten Methode zu begrenzen geeignet ist bzw. tendenziell eine methodische Angleichung beider Rechtsanwendungsstile zur Folge hat. In der Tat verfügt die moderne juristische Hermeneutik, die der Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes eine hervorragende Bedeutung beimißt²⁰ und sich von begriffsjuristischen Positionen weit entfernt hat, über ein reichhaltiges Instrumentarium, begriffliche Deduktionen im Hinblick auf typgerechte Ergebnisse zu korrigieren, also typologisches Denken zu integrieren.²¹ Einschränkungen des Anwendungsbereichs eines Rechtsbegriffs und damit des über ihn eröffneten Normenkomplexes im Hinblick auf die Atypizität des Sachverhalts finden ihren Platz bei der restriktiven Auslegung und der teleologischen Reduktion. Umgekehrt können Erweiterungen des Anwendungsbereichs wegen typologischer Ähnlichkeit mit den Mitteln der extensiven Auslegung und der Analogie bewerkstelligt werden. Nach heutigem Verständnis muß sich eine teleologisch begründete Auslegung zudem auch der Frage öffnen, ob die in Aussicht genommene Rechtsfolgenverteilung „paßt“, d.h. ob sich die gesetzliche Risikozuweisung als die im konkreten Fall adäquate darstellt.²² Hierfür kommt es vor allem auf die wirtschaftliche Zwecksetzung des Vertrages an. Auch der Aspekt der Folgenorientierung, auf den eine typologische Betrachtungsweise in besonderem Maße achtet, muß also im Rahmen einer teleologischen Rechtsanwendung nicht unberücksichtigt bleiben. Stellt man in Rechnung, daß auch der begrifflich fundierte Konkretisierungsvorgang anerkanntermaßen unter teleologisch-axiologischen Leitgesichtspunkten steht, der begrifflichen Fixierung Wertgehalte mithin nicht abgesprochen werden können,²³ so muß die Formulierung von der „Sinnentleerung der klassifikatorischen Begriffe“²⁴ jedenfalls für die Rechtsanwendung auf dem Gebiete des besonderen Schuldrechts als Übersteigerung zurückgewiesen werden.

Eine Annäherung der scheinbar diametral entgegengesetzten Denkformen ist aber auch vom Typusbegriff ausgehend zu beobachten. Der mit den Attributen „offen“, „variabel“ und „graduierbar“ gekennzeichnete Merkmalskranz steht in der Rechtspraxis in einem ständigen Konkretisierungsprozeß. Dabei kommt

²⁰ Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 91; Hassold, in: FS für Larenz II, S. 231; Larenz, Methodenlehre, S. 345; MünchKomm-Säcker, Einl. Rdnr. 128; Palandt-Heinrichs, Einl. Rdnr. 38; aus der Rechtsprechung RGZ 142, 36 (40); BGHZ 17, 266 (275f.); BGH NJW 1967, 343 (348).

²¹ Auf die starken Berührungspunkte der typologischen Betrachtungsweise zur teleologischen Rechtsanwendung weist zutreffend Engisch, Einführung, S. 256 hin; überaus kritisch gegenüber der klassischen Typuskonzeption aus diesem Grunde Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 546: „Was praktisch herauskommt, scheint im wesentlichen eine (eher überflüssige) Wiederholung des Postulats teleologischer Rechtsanwendung zu sein.“

²² Schluep, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 811; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil, § 4 Rdnr. 24f.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 404.

²³ Schluep, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 811.

²⁴ Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl. 1969, S. 419ff.; Kaufmann, Analogie, S. 39; Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 44; H.P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 101f.; Papapostolou, Risikoverteilung beim Finanzierungsleasingvertrag, S. 34.

man nicht umhin, sich Gedanken zu machen, auf welche Merkmale es überhaupt ankommt, welche davon zwingend und welche verzichtbar sind und welche Kombinationen von Merkmalen maßgebend sind.²⁵ Gleich dem anglo-amerikanischen reasoning from case to case wird sich die Rechtsprechung dieser Aufgabe stellen und ein Geflecht von Zuordnungsmustern entwerfen, die dem Typus mit der Zeit immer festere Konturen verleihen und ihn mit zunehmend schärferen Grenzen ausstatten werden. *Schluep* hat hierzu mit Recht bemerkt, der logischen Qualität nach bewege man sich so auf den Allgemeinbegriff in Gestalt des Gattungstypus hin.²⁶

Als Zwischenergebnis läßt sich festhalten, daß die typologische Denkstruktur im Rahmen des Rechtsanwendungsverfahrens eine gewisse Tendenz zur begrifflichen Verfestigung erkennen läßt, während sich umgekehrt das Subsumtionsdenken infolge der Berücksichtigung des Erfordernisses werthafter Sinnbezüge typologischem Denken öffnet.²⁷ Die kontradiktorische Gegenüberstellung beider Denkweisen erscheint mithin in der im Schrifttum postulierten Abstraktheit eher als theoretische Idealisierung, die in der Praxis der Rechtsanwendung in dieser Form keine Entsprechung findet. Damit soll der denktheoretische und bis zu einem gewissen Grade auch rechtspraktische Unterschied nicht in Abrede gestellt werden; nur sollte die praktische Divergenz richtig eingeschätzt und damit auch die Bedeutung der Kontroverse nicht überbewertet werden.

b) Das Zwei-Schichten-Modell

Erweisen sich beide Grundideen mithin nicht als feindliche und unversöhnliche Brüder, so läßt sich auch eine Konzeption vorstellen, die auf eine pragmatische Verbindung von Typus und Begriff auf dem Gebiet der normativen Schuldvertragsordnung hinausläuft. Dieses Modell müßte m.E. zwei Ebenen oder Fragestellungen voneinander unterscheiden, nämlich die Ebene der Deskription und diejenige der Rechtsgewinnung. Eine solche Schichtung der Problemlagen hat bereits *Rüthers* angeregt.²⁸ Seiner Ansicht nach sind die Begriffe „Typus“ und „Typenreihe“ in einer auf Rationalität bedachten Rechtsmethode nur als Darstellungs- und Ordnungsbegriffe verwendbar. Würden sie hingegen im Stil der „Natur der Sache“ zu Gebotsbegriffen umgedacht, aus denen Rechtsnormen abgeleitet würden, so handelte es sich um Scheinbegründungen für Normsetzungen des Rechtsanwenders. Diese Betrachtungsweise verdient auch in der Grundtendenz ihrer Aussagen Zustimmung.

²⁵ *Wank*, Juristische Begriffsbildung, S. 131 hält dies für die entscheidende Frage.

²⁶ *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 809.

²⁷ Ähnlich *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 812.

²⁸ Besonders deutlich *Rüthers* (Entartetes Recht, S. 206ff.) im Sinne einer Konsequenz aus den Erfahrungen mit dem völkischen Rechtsdenken der NS-Zeit; zu letzterem ausführlich *ders.*, Unbegrenzte Auslegung, S. 307ff.

(1) Die Ebene der Deskription

Was zunächst die Ebene der Deskription anbelangt, so besitzt ein typologisches Verständnis der normativen Schuldvertragsordnung den Vorzug der Anschaulichkeit. Es ist darüber hinaus auch didaktisch fruchtbarer.²⁹ Diese Vorteile erweisen sich insbesondere auf dem Gebiet der Innominatkontrakte. Die Wirklichkeit lehrt den Rechtsanwender hier ein ums andere Mal, daß sich die Grenzen nicht scharf abstecken lassen, sondern zahlreiche Zwischen- und Mischformen existieren und die Übergänge vielfach fließend sind. Eine typologisch ausgerichtete Betrachtungsweise des besonderen Schuldvertragsrechts vermag hier aufgrund ihres weiter gesteckten Erkenntnisinteresses zu einer schärferen rechtlichen Erfassung des jeweils zu beurteilenden Ausschnitts der Lebenswirklichkeit, also eines konkreten Vertrags beizutragen. Denn sie muß sich nicht – wie die klassenlogisch-begriffliche Methode – mit einer nur zwei Antwortvarianten zulassenden Abgrenzung begnügen, sondern ist darüber hinaus auch in der Lage, Auskunft über die Stellung des jeweiligen Vertrages im Koordinatensystem der Schuldvertragsordnung zu geben, also Näheverhältnisse zu den gesetzlich geregelten Schuldverträgen zu beschreiben.³⁰ Eine zusätzliche Möglichkeit, den Standort eines konkreten Vertrages innerhalb – aber auch außerhalb – der Schuldvertragsordnung zu präzisieren, stellt die Bildung von Typenreihen dar.³¹ Solche Typenreihen lassen sich nach verschiedenen Kriterien aufstellen. Denkbar ist beispielsweise, daß man sich bestimmte Vertragstypen als in einer auf- oder absteigenden Linie stehend vorstellt³² oder Schuldverhältnisse nach der Intensität der Pflichtenbindung ordnet. So könnte man sich beispielsweise eine von der einseitigen Leistungsbeziehung (z.B. Wechsel) ausgehende Typenreihe vorstellen, die über normale Austauschgeschäfte (Kauf, Werkvertrag) bis hin zu Dauerschuldverhältnissen reicht, wobei letztere wiederum noch entsprechend dem Grad der persönlichen Bindungen in ein Stufenverhältnis gesetzt werden könnten (z.B. Arbeitsverhältnis und Gesellschaft gegenüber der insoweit weniger pflichtenintensiven Miete).³³ Der Wert solcher Reihenbildungen liegt nun darin, daß die Verortung eines bestimmten – problematischen – Vertrages (z.B. eines partiarischen Pachtvertrags mit gesellschaftlichen Zügen) in einer solchen Typenreihe zum Vergleich, zur Beschreibung von Unterschieden und Gemeinsamkeiten nötigt und auf diese Weise zugleich die charakteristischen Züge des einzuordnenden Vertrages deutlicher hervortreten läßt. Darin ist ein Beitrag zur Schärfung des Analyseinstrumentariums zu er-

²⁹ Wie hier *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 812.

³⁰ So zutreffend *Larenz*, Methodenlehre, S. 303; ferner *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rdnr. 46 („Orientierungshilfe im Zwischenbereich“).

³¹ Hierzu vor allem *Larenz*, Methodenlehre, S. 469ff.

³² Beispiel einer vom Werkvertrag zum Kaufvertrag verlaufenden Stufenreihe bei *Huffer*, Das partiarische Geschäft als Rechtstypus, S. 14f. Eine Typenreihe der Absatzmittlungsverträge stellt *Martinek* (Moderne Vertragstypen II, § 14 III 2, S. 53), eine vom Kaufvertrag zum Bauträgervertrag verlaufende *Langenfeld* (Vertragsgestaltung, Rdnr. 45) auf.

³³ Vgl. wiederum *Larenz*, Methodenlehre, S. 472.

blicken, der sich von einer Interpretation der gesetzlich geregelten Schuldverträge im Sinne scharf gegeneinander abgegrenzter Gebilde kaum erhoffen läßt. Im Hinblick auf das eigentliche Rechtsgewinnungsverfahren läßt sich dem typologischen Entwurf zumindest ein gewisser propädeutischer Wert bescheinigen. Nach allem erscheint es auch gerechtfertigt, den Regelungskatalog des besonderen Schuldrechts als Typenordnung und die dort geregelten Vertragsformen als Vertragstypen zu bezeichnen.

(2) Die Ebene der Rechtsgewinnung

Eine Festlegung hinsichtlich der methodischen Grundausrichtung der Rechtsgewinnung sollte hiermit freilich nicht zwangsläufig verbunden sein. Die Bestimmung der Rechtsfolgen, die die Rechtsordnung an das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts, etwa eines konkreten Vertrages, knüpft, wird durch eine dezidiert typologische Vorgehensweise nach allen bisherigen Erfahrungen nicht entscheidend befördert.³⁴ Ernüchternd fällt beispielsweise die Bilanz zur Rechtsnaturbestimmung des Finanzierungsleasingvertrages aus. *Kokert* ist hier nach Auswertung des umfänglichen Schrifttums zu folgendem Ergebnis gelangt: „Die Meinungsvielfalt geht demgegenüber nicht auf die Denkform des Typus zurück. Zwar bedienen sich seit 1969 zahlreiche Diskussionsteilnehmer dieser flexiblen Methode, jedoch wurden bis auf die Einordnung als Darlehen bereits zuvor alle Einordnungsvorschläge im Wege der abstrakt-begrifflichen Methode vertreten. Dies zeigt, daß beide Denkart die gleiche Leistungsfähigkeit besitzen.“³⁵ Als gescheitert wird man ferner den Versuch des *Bundesarbeitsgerichts* betrachten dürfen, unselbständige Arbeit typologisch abzugrenzen.³⁶ Das Gericht ist in seiner Rechtsprechung hierzu nicht über den Satz hinausgekommen, daß der Arbeitnehmerbegriff durch eine Reihe von Merkmalen bestimmt werde, die jedoch nicht sämtlich vorzuliegen bräuchten und allesamt auch bei freien Mitarbeitern erfüllt sein könnten. Solange keine Aussagen getroffen werden, nach welchen normativen Kriterien es sich richtet, welche Merkmale sich gegenseitig vertreten können, welche unverzichtbar sind und welche Merkmalskombinationen maßgeblich sind, kann in der Typusbetrachtung des *Bundesarbeitsgerichts* kein Erkenntnisfortschritt gesehen werden.³⁷ Nun ließe sich einwenden, die typologische Methode könne nicht dadurch als diskreditiert angesehen werden, daß sie in der Hand einiger – eventuell nicht souverän agierender – Rechtsanwender unbefriedigende Ergebnisse zeitigt. Auf der anderen Seite wird man die Begründungslast doch derjenigen Seite zuweisen müssen, die sich für die Abkehr von einer tradierten Methode und für einen

³⁴ *Kramer*, in: *Neue Vertragsformen*, S. 41; *Wank*, *Juristische Begriffsbildung*, S. 123.

³⁵ *Kokert*, *Begriff des Typus* bei Karl Larenz, S. 264.

³⁶ Insbesondere BAG AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit; weitere Nachweise bei *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rdnr. 65f.

³⁷ Wie hier *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rdnr. 66; *MünchArbR-Richardi*, § 23 Rdnr. 42 („Muster ohne Wert“); *Rüthers*, RdA 1985, 131; *Wank*, *Arbeitnehmer und Selbständige*, S. 23ff.

Wechsel des methodischen Konzepts ausspricht. Der schmale Ertrag dürfte derzeit wohl kaum eine Hinwendung zum Typus oder – was näher läge, jedoch theoretisch und praktisch erhebliche Schwierigkeiten bereiten würde – eine Zweigleisigkeit von Begriff und Typus innerhalb eines Rechtssystems legitimieren.³⁸ Ist es mithin bislang nicht gelungen, die Überlegenheit der typologischen Rechtsanwendungsmethode nachzuweisen, so sollte versucht werden, die herkömmliche Methode zu verbessern. Diese bietet – wie gezeigt – durchaus Ansatzpunkte, typologische Zuordnungsgesichtspunkte in sich aufzunehmen. Die Möglichkeiten einer auf einem Subsumtionsschluß aufbauenden, teleologisch-axiologisch ausgerichteten Methode sind mit anderen Worten noch nicht ausgereizt.

Unabhängig hiervon gilt es, einen befruchtenden Impuls der Typusdiskussion festzuhalten. Der Rechtsanwender sollte sich aufgefordert fühlen, sich der Gefahr einer zu mechanisch objektiven Qualifikation atypischer Verträge aufgrund undifferenziert begrifflicher Auslegung des besonderen Teils des Vertragsrechts bewußt zu werden und ihr nach Möglichkeit entgegenzusteuern. Wenn beispielsweise verschiedene Autoren den Finanzierungsleasingvertrag als Mietvertrag im Sinne der §§ 535ff. BGB begreifen wollen und hierzu anführen, daß wesentlicher Inhalt des Leasingvertrages die entgeltliche Gebrauchsüberlassung des Leasinggegenstandes und nicht die Erlangung der Substanz sei,³⁹ so greift diese Begründung zumindest zu kurz.⁴⁰ Sie übergeht, daß sich der Leasinggeber gewöhnlich von der für einen Mietvertrag charakteristischen Eigenhaftung gegen Abtretung der Ansprüche gegen den Lieferanten freizeichnet. Auch darf in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben, daß es der leasingtypischen Vertragsgestaltung entspricht, die Sach- und Preisgefahr dem Leasingnehmer aufzulegen, was ebenfalls mit der Grundwertung der §§ 535ff. BGB nicht im Einklang steht. Schließlich wird man nicht daran vorbeigehen dürfen, daß die Gebrauchsverschaffungspflicht nur eine von mehreren vertragscharakteristischen Verpflichtungen ist und der Finanzierungsleasingvertrag – wie seine Bezeichnung bereits andeutet – zumindest auch eine Finanzierungsfunktion zu erfüllen hat. Das Beispiel zeigt, daß der Appell an den Rechtsanwender noch um die Aufforderung ergänzt werden muß, den Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung in erster Linie und soweit wie irgend möglich durch Auslegung der Parteiabreden zu bestimmen. Beiden hier behandelten methodischen Grundausrichtungen eignet die Tendenz, den Blick sogleich auf die nor-

³⁸ Zum letztgenannten Aspekt siehe auch *Frommel*, Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, S. 141f. Typologisch ausgerichtete Methoden zur Bestimmung der Rechtsfolgen eines nicht kodifizierten Vertrages werden im übrigen noch unter § 6 III. 2. und 3. vorgestellt und gewürdigt.

³⁹ *Flume*, DB 1972, 3ff.; *Koch*, Störungen beim Finanzierungs-Leasing, S. 90ff.; *Blomeyer*, NJW 1978, 973ff.; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rdnr. 1521; *Ermann-Jendrek*, Anh. § 536 BGB Rdnr. 15.

⁴⁰ Vgl. zum folgenden *Graf von Westphalen*, Leasingvertrag (4. Aufl. 1992), Rdnr. 56, der zwar ebenfalls für die weitgehende Anwendung von Mietrecht plädiert, dieses Ergebnis jedoch nicht im Wege strenger begrifflicher Deduktion begründet.

mative Schuldvertragsordnung zu richten und die Rechtsnaturbestimmung an die erste Stelle zu setzen, sei es im Wege begrifflicher Subsumtion, sei es im Wege typologischer Zuordnung. Eine solche Sichtweise verkennt, daß es die Parteien selbst sind, die über die inhaltliche Ausgestaltung ihrer Vertragsbeziehungen entscheiden. Die gesetzliche Vertragstypenordnung soll – wie noch zu zeigen sein wird – diese rechtsgestalterische Tätigkeit stützen, die Partei jedoch nicht bevormunden. Aus diesem Grunde ist es beispielsweise nicht unbedenklich, wenn ein ausgewiesener Vertreter der Typenlehre zum Phänomen der Typenvermischung bemerkt, man gewinne durch die Einsicht in die Grundtypen einige neue und erweiterte Erkenntnisse auch der zusammengesetzten Typen, da diese aus jenen ihr eigenes Wesen ableiteten.⁴¹ Dies mag in manchen Fällen tatsächlich so sein, kann sich aber auch als nicht gerechtfertigte, weil den Parteiwillen verbiegende, Unterstellung erweisen. Denn die Mischung gesetzlicher Grundtypen kann auch zur Folge haben, daß eine neuartige Sinneinheit entsteht. Diese muß dann in erster Linie aus sich heraus unter Berücksichtigung des Regelungsanliegens der Parteien und der wirtschaftlichen Zwecksetzung begriffen werden. Normative Wertungen dürfen hier nur sehr zurückhaltend und möglichst auf der Stufe der gesetzlichen Einzelanordnung in den Rechtsgewinnungsprozeß eingebracht werden.⁴²

3. Typenzwang und Typenfreiheit

Die Regelungskomplexe des normativen Vertragstypenrechts werden stets von den Parteien in Geltung gesetzt. Sie sind es, die durch ihre rechtsgeschäftliche Tätigkeit den Anknüpfungspunkt für das Eingreifen des gesetzlichen Vertragsrechts schaffen. Insofern lassen sich die gesetzlichen Vertragstypen als gewillkürte Normenkomplexe bezeichnen.⁴³ Diese Charakterisierung trifft auf alle historisch nachweisbaren Ausgestaltungen des Rechts der Schuldverträge zu, ist jedoch nicht sehr inhaltsreich. Wichtiger, aber schwieriger zu beantworten, ist demgegenüber die Frage, mit welchem Verbindlichkeitsgrad der Gesetzgeber die Normenkomplexe des besonderen Vertragsrechts ausstatten wollte. Zu einer ersten, noch groben Beschreibung der denkbaren Ordnungsmodelle bedient sich die Rechtswissenschaft verschiedener Fachtermini, die auch im Rahmen dieser Arbeit Verwendung finden sollen. Ihr Bedeutungsgehalt soll zur Vermeidung von Mißverständnissen vorab klargestellt werden.

Eine der privaten Willensbetätigung nur sehr schmalen Raum lassende Ordnung verbindet sich mit dem Begriff des „*Typenzwangs*“. Gemeint ist hiermit die zwingende Ausgestaltung der gesetzlich vorgeformten Ordnungstypen.⁴⁴

⁴¹ Sauer, Juristische Methodenlehre, S. 164.

⁴² In letzterem Sinne nachdrücklich Bucher, ZSR II (1983), S. 321.

⁴³ Laufke, Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht, S. 2f.; H.P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 42.

⁴⁴ Teichmann, Parteiautonomie, Typenmischung und Typenzwang, S. 50; Sefrin, Kodifika-

Eine Vermischung, Abänderung oder inhaltliche Erweiterung der zur Verfügung gestellten Vertragstypen ist unzulässig, führt zur Unwirksamkeit oder nimmt den aus einem solchen Vertrag resultierenden Ansprüchen zumindest ihre Klagbarkeit. Dieses gesetzgeberische Prinzip läßt sich im allgemeinen nur stringent verwirklichen, wenn auch die Anzahl der zugelassenen Geschäftsformen begrenzt ist, den Parteien mithin nicht das Recht eingeräumt wird, neue, dem Gesetz bislang nicht bekannte, Vertragsformen zu kreieren (*numerus clausus der Vertragstypen*).⁴⁵

Der Gegenpol wird üblicherweise mit dem Begriff der *Typenfreiheit* bezeichnet. Mit ihm wird zum Ausdruck gebracht, daß die Vertragspartner nicht nur berechtigt sind, die gesetzlich vorgegebenen Typen entsprechend ihren Bedürfnissen zu modifizieren und auf diese Weise inhaltliche Gestaltungsfreiheit in Anspruch zu nehmen, sondern daß sie darüber hinaus bei der Gestaltung ihrer Beziehungen von der Beobachtung der vorhandenen Typenschemata frei und autorisiert sind, neue Regelungskomplexe zu erfinden.⁴⁶ In dieser Weise wird gemeinhin die geltende Vertragsrechtsordnung charakterisiert. Ob diese Beschreibung den status quo gerade auf dem Gebiet der nicht kodifizierten Verträge tatsächlich zutreffend wiedergibt, soll im Rahmen dieser Abhandlung noch untersucht werden. Geradezu zum Leitmotiv avanciert hierbei die Frage, ob Typenfreiheit nicht auch bedeuten muß, daß der Vertragsschließende erwarten darf, daß der von ihm im Grenzbereich verschiedener Kontrakttypen geschlossene Vertrag mit all seinen Eigentümlichkeiten akzeptiert und nicht dem Zwang einer Qualifizierung im Sinne der gesetzlichen Typen unterworfen wird.⁴⁷

tionsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 99; Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, S. 134ff.; Paulick, Eingetragene Genossenschaft, S. 21ff.; Berner Kommentar-Kramer, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 52.

⁴⁵ Denklogisch können Typenzwang und *numerus clausus* der Vertragstypen freilich auseinanderfallen, so zutreffend Schluep, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 779, Berner Kommentar-Kramer, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 53 und H.P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 115ff. Mit Bezug auf das ältere und klassische römische Obligationenrecht, das durch Typenzwang und einen *numerus clausus* der Obligationen gekennzeichnet war, wird bisweilen auch vom „Grundsatz der Typengebundenheit“ gesprochen, vgl. etwa Kaser, Römisches Privatrecht, § 33 I 2, S. 154 und Meier-Hayoz, SJK Nr. 1134, S. 3; gemeint ist offenbar die Verbindung beider Maximen. Näher zum römischen Recht noch unter § 3 I. 1.

⁴⁶ Dilcher, NJW 1960, 1040ff.; H.P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 97; Berner Kommentar-Kramer, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 49 mit dem Hinweis, es handle sich um einen Unteraspekt der Gestaltungsfreiheit; Sigulla, Vertragstypologie und Gesetzesleitbilder, S. 94; Meier-Hayoz, SJK Nr. 1134, S. 3; Sefrin, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 100. Insbesondere im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum hat es immer wieder Überlegungen gegeben, ob sich Innenschranken der Vertragsfreiheit und damit auch der Typenfreiheit bestimmen lassen; vgl. nur H.P. Westermann (Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit), der diese Frage unter dem Topos „Typengesetzlichkeit“ erörtert.

⁴⁷ Bejahend Bucher, ZSR II (1983), S. 319.

II. Systematisierungsbemühungen der Schuldrechtsdogmatik

Die Bemühungen der Zivilrechtswissenschaft, die sich von den gesetzlichen Typenmodellen mehr oder weniger weit entfernenden, im modernen Wirtschaftsleben jedoch in überreicher Vielfalt anzutreffenden Vertragsgestaltungen, in einem nach arttypischen Merkmalen geordneten System einzufangen, stehen in einer langen Tradition. Vor allem *Hoeniger* beschäftigte sich bald nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches intensiv mit dem Problem der gemischten Verträge und maß ihrer Einteilung in „wenige, einfache Grundformen“ wichtige Bedeutung für die „rechtliche Beurteilung im praktischen Einzelfalle“ bei.⁴⁸ Diesem Grundanliegen fühlen sich auch viele der neueren Studien zum Vertragsrecht verpflichtet.⁴⁹ Es geht dabei nach wie vor um den Versuch, bestimmte im Rechtsverkehr zu beobachtende Grundtypen gesetzlich nicht geregelter Verträge, insbesondere der gemischten Verträge, zu beschreiben. Ihm liegt – auch wenn dies nur selten ausgesprochen wird –⁵⁰ eine dem Typusdenken verbundene Systematisierungsidee zugrunde.⁵¹ Dies zeigt sich sehr deutlich an der allseits hervorgehobenen Unmöglichkeit, die Grenzen der jeweiligen Vertragskategorie trennscharf abzustecken. Vielmehr wird gerade betont, daß sowohl die Übergänge von den typischen zu den atypischen Verträgen, als auch die Übergänge innerhalb der verschiedenen Gruppen der gemischten Verträge weitgehend fließend seien und vor allem Kombinationen der Gruppen jederzeit möglich seien.⁵²

Der Versuch einer solchen Einteilung der außerhalb der gesetzlichen Obligationenordnung stehenden Schuldverträge ist entgegen einer mitunter zu vernehmenden Kritik⁵³ durchaus verdienstvoll. Der Vorteil einer solchen struktu-

⁴⁸ *Hoeniger*, Grundformen, passim. Aus früher Zeit sind ferner zu nennen: *Enneccerus*, Recht der Schuldverhältnisse, I 2, 4/5. Aufl. (1910), S. 266ff., *Schreiber*, JherJb 60 (1912), S. 217ff. und *Siber*, Schuldrecht, S. 185f.

⁴⁹ Vgl. aus der modernen Kommentar- und Lehrbuchliteratur zum Schuldrecht etwa die Darstellungen bei *Staudinger-Löwisch*, § 305 BGB Rdnr. 27ff.; *Soergel-Wolf*, § 305 BGB Rdnr. 24ff.; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V 3, S. 160ff.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63, S. 41ff.; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/1, § 12 II, S. 213ff.; *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 587ff.; *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 649ff.

⁵⁰ Meist ist sogar von „begrifflicher Einteilung“ (vgl. z. B. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63 I, S. 42) die Rede.

⁵¹ Wie hier offenbar *Sefrin*, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 128.

⁵² *H. P. Westermann/Bydlinski*, BGB-Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Rdnr. 2/6; *Sefrin*, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 128; *Dellios*, Rechtsfindungsmethode, S. 54ff.; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V 3, S. 162; *Neumann-Duesberg*, SAE 1970, 50; *Berner Kommentar-Kramer*, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 59. Zum Phänomen der fließenden Grenzen als Charakteristikum des Typusdenkens vgl. statt vieler *Larenz*, Methodenlehre, S. 468 und *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 133ff.

⁵³ *Kohlrausch*, Problem der gemischten Verträge, S. 66ff.; *Tillmann*, Behandlung des gemischten Vertrages, S. 57 und jüngst *MünchKomm-Thode*, § 305 BGB Rdnr. 45 („wenig hilfreich“); *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rdnr. 111 („Unterscheidung ... ist vom Standpunkt der kautelejuristischen Vertragslehre her weitgehend unbrauchbar.“).

rellen Analyse besteht darin, die Zusammensetzung einer geschäftlichen Vereinbarung aus Elementen bestimmter, gesetzlich geregelter Vertragstypen oder die Nähe zu ihnen aufzuzeigen. Damit treten dann auch die in Betracht zu ziehenden gesetzlichen Regelungsmuster hervor. Hier zeigen sich mithin die bereits beschriebenen Vorzüge des typologischen Denkens auf der Ebene der Ordnung und der Deskription. An der prinzipiellen Zweckmäßigkeit des Einteilungsschemas ändert auch die mangelnde begriffliche Festgelegtheit nichts.⁵⁴ Im Gegenteil: die typologische Betrachtung hilft den Blick für die allgegenwärtigen Übergangsformen zu schärfen.

Auf der anderen Seite sollte der Nutzen des sogleich vorzustellenden Einteilungsschemas auch nicht überschätzt werden. Denn das angebotene Raster ist zu grob, um exakte, den differenzierten Interessenlagen der Vertragsschließenden Rechnung tragende Ableitungen zu ermöglichen.⁵⁵ Abgesehen davon nimmt dieses Ordnungssystem das dualistische Obligationenkonzept des Bürgerlichen Gesetzbuches auf, vermag mithin mehrpolige Rechtsverhältnisse (z.B. Kreditkartensysteme) nicht adäquat zu erfassen. Angesichts dessen sollen hier zunächst nur die die Einteilung tragenden Grundformen vorgestellt werden. Die Frage, welche rechtlichen Schlußfolgerungen sich aus der Einordnung eines Vertrages ziehen lassen, bleibt vorerst zurückgestellt. Entsprechende Überlegungen werden im Zusammenhang mit anderen Gesichtspunkten im zweiten Kapitel dieser Untersuchung angestellt.⁵⁶

Verschafft man sich einen Überblick über die Einteilungsversuche der modernen Schuldrechtsdogmatik, so läßt sich trotz einiger Unterschiede im Detail doch eine auch in terminologischer Hinsicht weitgehend übereinstimmende Klassifikation konstatieren.⁵⁷ Allgemein durchgesetzt hat sich zunächst die Unterscheidung zwischen gemischten und fremdtypischen Verträgen.⁵⁸

⁵⁴ So zutreffend *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63 I, S. 43.

⁵⁵ Zurückhaltend auch *Schlupe*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 775, *Berner Kommentar-Kramer*, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 59 und *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V 3, S. 162. Vgl. auch die Mahnung von *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 100 B, S. 394: „Die letzte Entscheidung aber wird stets nur nach der Lage des Einzelfalles, insbesondere nach Maßgabe des wirtschaftlichen Zwecks und der berechtigten Interessen der Parteien durch richterliches Ermessen erfolgen können.“

⁵⁶ § 7 V. 2.

⁵⁷ Eine eigene Gruppenbildung hat in jüngerer Zeit noch *Neumann-Duesberg*, SAE 1970, 50 entwickelt. Die *Larenz'sche* (Schuldrecht II, 12. Aufl., § 62 II d) Einteilung weicht insofern ab, als sie in den partiarischen Verträgen eine eigene Kategorie erblickt; ebenso wohl *Dellios*, Rechtsfindungsmethode, S. 54ff. und 155ff.; dagegen zutreffend *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V 3, S. 161.

⁵⁸ *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 585ff.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63, S. 41ff.; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 2 II, S. 20f.; *Berner Kommentar-Kramer*, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 56. Freilich sind auch Verträge denkbar, die an der Nahtstelle zwischen einem fremdtypischen und einem gemischten Vertrag stehen. *Berner Kommentar-Kramer*, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 58 verweist in diesem Zusammenhang auf den Factoring- und den Alleinvertretungsvertrag.

1. Gemischte Verträge

Bei den gemischten oder typengemischten Verträgen handelt es sich um einheitliche Schuldverträge, die teilweise oder ausschließlich Elemente verschiedener – zwei oder mehr – gesetzlicher Vertragstypen aufweisen.⁵⁹ Ausgegrenzt werden können damit von vornherein solche Verträge, die Elemente verschiedener Untertypen ein und desselben Vertragstyps aufweisen, also z.B. Mischmietverhältnis (teils als Wohnraum, teils gewerblich genutzt)⁶⁰ oder Beförderungsverträge im multimodalen Verkehr,⁶¹ wenngleich sich Parallelen zu den gemischten Verträgen in der Art und Weise der methodischen Bewältigung aufdrängen.

Bevor nachfolgend unter c) bis f) einige Unterarten der gemischten Verträge vorgestellt werden – der Text macht sich insoweit die allgemein verbreitete Verteilung zu eigen – soll unter a) und b) das Definitionsmerkmal der Einheitlichkeit des Vertrages weiter entfaltet werden.

a) Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts

Das die gemischten Verträge kennzeichnende Merkmal der Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts liegt nach einer in der Rechtsprechung vielfach verwendeten Formel vor, wenn die Vereinbarungen nach den Vorstellungen der Vertragsschließenden nicht für sich allein gelten, sondern gemeinsam miteinander „stehen und fallen“, somit kraft ihrer rechtlichen und nicht nur wirtschaftlichen Verbindung Teile eines Gesamtgeschäfts bilden sollen.⁶² Ausschlaggebend sei

⁵⁹ In diesem Sinne *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/1, § 12 II. 2., S. 215; *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 100 B, S. 395; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V 1, S. 157f.; *Delios*, Rechtsfindungsmethode, S. 54; *Eick*, Problem der gemischten Verträge, S. 10; *Gitter*, Gebrauchsüberlassungsverträge, S. 172; *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 19; *RGRK-Ballhaus*, Vor § 305 BGB Rdnr. 35; *Soergel-Wolf*, § 305 BGB Rdnr. 27; *Sefrin*, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 127f.

Die Bezeichnung „gemischter Vertrag“ hat sich heute allgemein durchgesetzt; vgl. auch den mit „Rechtsfolgen der Kündigung bei gemischten Verträgen“ überschriebenen § 6 Fernunterrichtsschutzgesetz. Zur mitunter uneinheitlichen Terminologie kurz nach Inkrafttreten des BGB, *Hoeninge*, Grundformen, S. 5ff.; *ders.*, Vorstudien, S. 47ff. Klassisch die Formulierung *Schreibers* in: JherJb 60 (1912) S. 111, wonach sich gemischte Verträge dadurch auszeichnen, daß sie die gesetzlich aufgestellten Vertragstypen ganz oder teilweise enthalten, ohne sich doch mit ihnen zu decken.

Aus schweizerischer Sicht eingehend *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 772f.

⁶⁰ Hierzu existiert eine umfängliche Rechtsprechung; aus neuerer Zeit etwa BGH WM 1986, 912; OLG Schleswig NJW 1983, 49; OLG Hamburg NJW-RR 1997, 458.

⁶¹ Hierzu zuletzt BGH NJW 1988, 640.

⁶² BGH, MDR 1966, 749; BGHZ 50, 8 (13); BGH, WM 1970, 392 (393); NJW 1976, 1931 (1932); BGHZ 78, 346; BGH, NJW 1983, 985; 1984, 869 (870); 1990, 1473 (1474); 1997, 3304 (3306). Wenig hilfreich sind die im Urteil AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gemischter Vertrag vom BAG aufgestellten Hilfskriterien: gleichzeitiger Vertragsabschluß, einheitlicher Inhalt der verschiedenen Vereinbarungen, ihre gleiche rechtliche Behandlung und ihre gegenseitige Abhängigkeit voneinander; zu Recht kritisch insoweit *Heckelmann*, Anm. AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gemischter

der Verknüpfungswille der Parteien.⁶³ Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts sei ggf. im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.⁶⁴ Mehrere Vereinbarungen seien dabei auch dann als einheitliches Geschäft anzusehen, wenn nur der eine Vertragspartner einen solchen Einheitlichkeitswillen habe, dieser aber dem anderen Partner erkennbar gewesen und von ihm gebilligt oder mindestens hingenommen worden sei.⁶⁵ Zur Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts sei es nicht notwendig, daß zwischen den mehreren Akten ein rechtlicher Zusammenhang bereits durch rechtsgeschäftliche Bedingungen hergestellt werde.⁶⁶ Ebenso wenig bräuchten die mehreren Vereinbarungen demselben rechtlichen Geschäftstypus anzugehören, sie könnten durchaus wesensgleich sein.⁶⁷ Bei Zusammenfassung der Teile in einer Urkunde soll eine Vermutung für die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts streiten,⁶⁸ wie umgekehrt die Niederlegung in verschiedenen Urkunden die Vermutung begründe, daß die Verträge nicht in einen rechtlichen Zusammenhang gestellt werden sollten.⁶⁹

b) Abgrenzung zu sonstigen Vertragsgebilden

(1) Vertragsverbindungen

Der von der Einheitlichkeit des Vertrages ersichtlich ausgeschlossene Gegenbegriff ist derjenige der Vertragsmehrheit. Schließen dieselben Parteien mehrere Verträge, so sind diese in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle voneinander unabhängig und rechtlich selbständig, und zwar auch dann, wenn zwischen ihnen ein gewisser tatsächlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang besteht.⁷⁰ Eine Vertragsmehrheit, die durch einen solchen Konnex gekennzeichnet ist, bezeichnet man als Vertragsverbindung. *Gernhuber* spricht präzisierend von einer „Mehrheit aufeinander bezogener Schuldverhältnisse mit bilateraler oder multilateraler Parteienkonstellation, deren Verknüpfung unmittelbar eintretende

Vertrag. Aus dem Schrifttum im übrigen: *Soergel-Wolf*, § 305 BGB Rdnr. 36; *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 649; *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 16; *RGRK-Ballhaus*, Vor § 305 BGB Rdnr. 28; *Staudinger-Mayer-Maly*, Einl. zu §§ 433ff. BGB Rdnr. 24; *MünchKomm-Thode*, § 305 BGB Rdnr. 41.

⁶³ BGHZ 76, 43 (49); 78, 346 (349); BGH NJW-RR 1988, 348 (351). Ausführlich zum Einheitlichkeitswillen *Eisenhardt*, JZ 1991, 273f. mit zahlreichen Nachweisen. Beachte in diesem Zusammenhang Mot. I, S. 223: „Die Bedeutung, die der Verbindung von mehreren, zusammenhängenden Willenserklärungen zukommt, kann lediglich dem Willen der Beteiligten entnommen werden.“ BGH NJW 1997, 3304 (3306).

⁶⁴ BGHZ 50, 13; BGH NJW 1976, 1932; BGHZ 78, 348; *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 16; *MünchKomm-Thode*, § 305 BGB Rdnr. 41 m.w.N.

⁶⁵ BGH NJW 1976, 1931 (1932); BGHZ 78, 346 (349); 101, 393 (396).

⁶⁶ BGH MDR 1966, 749; NJW 1976, 1932.

⁶⁷ RGZ 78, 41 (43); BGH DB 1955, 508; MDR 1966, 749; NJW 1976, 1931 (1932). Ebenso *Flume*, Rechtsgeschäft, § 32, 2, S. 571.

⁶⁸ BGHZ 54, 71 (72); BGH NJW 1976, 1931 (1932).

⁶⁹ BGHZ 78, 346 (349); *AK-Dubischar*, vor §§ 305ff. BGB Rdnr. 21.

⁷⁰ RGZ 97, 439; *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 16; *Erman-Battes*, Einl. § 305 BGB Rdnr. 17.

Einwirkungen (genetischer, funktioneller oder konditioneller Art) zur Folge hat, mag nun lediglich ein Schuldverhältnis Einwirkungen auf ein anderes (oder andere) zeitigen, mögen auch wechselseitige Einwirkungen festzustellen sein.⁷¹ Die Bezogenheit der Schuldverhältnisse muß nicht korrespondierend angelegt sein (wie z.B. beim finanzierten Abzahlungskauf in Form des sog. B-Geschäfts). Es genügt auch die einseitige Ausgerichtetheit auf ein anderes Schuldverhältnis (wie z.B. im Falle des Schuldbeitritts).⁷² Als Beispiel einer unverbundenen Mehrheit von Vertragsverhältnissen, die einen solchen qualifizierten Zusammenhang nicht vorweisen kann, lassen sich die zahlreichen Werkverträge nennen, die anlässlich der Errichtung eines Gebäudes geschlossen zu werden pflegen.⁷³

Die Abgrenzung der Vertragsverbindung zu den einheitlichen Rechtsgeschäften bereitet keine Schwierigkeiten, wenn inhaltlich weitgehend voneinander unabhängige Verträge nur durch die Vertragsschließung verbunden sind.⁷⁴ Eine solche rein äußerliche Vertragsverbindung liegt z.B. auch vor, wenn jemand sein Auto zur Reparatur gibt und für die Dauer der Reparatur beim Werkstattinhaber ein Ersatzauto mietet.⁷⁵ Rechtlich grundsätzlich unabhängige Verträge liegen des weiteren vor, wenn die Vereinbarungen zwischen jeweils verschiedenen Personen getroffen werden und zwar auch dann, wenn sie wirtschaftlich aufeinander bezogen sind.⁷⁶ Rechtlich voneinander zu unterscheidende Verträge liegen etwa vor, wenn die Parteien eines Schiedsvertrages mit einem Dritten einen Schiedsrichtervertrag schließen. Die rechtliche Bewertung ändert sich hier selbst dann nicht, wenn beide Verträge in einer Urkunde zusammengefaßt sind.⁷⁷ Als weiteres Beispiel sei der fremdfinanzierte Abzahlungskauf angeführt. Die Terminologie des § 9 VerbrKrG („verbundene Geschäfte“) erhellt hier, daß es sich abgesehen vom Einwendungsdurchgriff um rechtlich selbständige Verträge handelt.⁷⁸ Ebenso liegt der Fall beim drittfinanzierten Erwerb eines Teilnutzungsrechts an Wohngebäuden (vgl. jetzt § 6 TzWrG). Auf der anderen Seite geht die Rechtsprechung nicht so weit, eine Geschäftseinheit für von vornherein ausgeschlossen zu erachten, wenn an den mehreren Rechtsgeschäften nicht durchweg dieselben Personen teilgenommen haben.⁷⁹

Um eine Verbindung einzelner Verträge handelt es sich auch bei der verschiedentlich im Schrifttum hervorgehobenen Gruppe der „zusammenhängenden

⁷¹ *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 31 I, S. 710.

⁷² *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 31 I, S. 710.

⁷³ *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 31 I, S. 710.

⁷⁴ *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 100 A, S. 394.

⁷⁵ *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 649; *Dellios*, Rechtsfindungsmethode, S. 62.

⁷⁶ *Dellios*, Rechtsfindungsmethode, S. 62; *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 586.

⁷⁷ BGH LM Nr. 5 zu § 1025 ZPO.

⁷⁸ Eingehende Studien zu den Konsequenzen dieser Vertragsverbindung vor Erlass des Verbraucherkreditgesetzes stammen von *Gernhuber*, in: FS für Larenz, S. 455ff. und *Esser*, in: FS für Kern, S. 87ff.

⁷⁹ BGH MDR 1966, 749; DB 1955, 508; NJW 1976, 1931 (1932); BGHZ 78, 346 (349); 101, 393 (396); a.A. *Flume*, Rechtsgeschäft, § 32, 2, S. 572.

Verträge“.⁸⁰ Sie sind durch ein Abhängigkeitsverhältnis gekennzeichnet, so daß Mängel und Störungen des einen Vertrages auf den anderen durchschlagen können, beispielsweise über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Als Beispiel wird in Anlehnung an eine BGH-Entscheidung⁸¹ häufig die Verknüpfung eines Mietvertrages über Geschäftsräume mit der Anstellung des Vermieters als Verkaufsstellenleiter in den Mieträumen angeführt.⁸²

Der Unterschied zwischen den vorstehend behandelten Vertragsverbindungen und den gemischten Verträgen läßt sich plakativ wie folgt zusammenfassen: Der gemischte Vertrag ist ein Vertrag, der mehrere Vertragstypen zu einer Einheit verbindet, während die Vertragsverbindung nur zu einer Verbindung mehrerer Verträge führt.⁸³

(2) Zusammengesetzte Verträge

Gleichsam auf einer Zwischenstufe stehen die sog. zusammengesetzten Verträge, deren Teile zwar jeweils einen selbständigen Inhalt aufweisen, jedoch nach dem Parteiwillen in einem engen funktionalen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen.⁸⁴ Sie stellen mithin schon ein einheitliches Rechtsgeschäft dar. Wie soeben dargelegt wurde, charakterisiert der Einheitlichkeitswille der Parteien freilich auch die gemischten Verträge. Es stellt sich daher die Frage, was die gemischten Verträge von den zusammengesetzten unterscheidet. Dieses Abgrenzungsproblem ist bislang kaum thematisiert worden. Der Grund hierfür dürfte darin zu sehen sein, daß zumeist die Frage im Vordergrund stand, ob das Vertragsgebilde einer rechtlich einheitlichen Beurteilung sub specie §§ 139, 313, 325, 326 BGB unterliegt. Eine Frage, die aber sowohl für den zusammengesetzten als auch für den gemischten Vertrag bejaht werden kann.⁸⁵ Gleichwohl sollte man sich um eine Abgrenzung bemühen, schon um in Zweifelsfällen entscheiden zu können, welche ergänzenden Normen Anwendung finden und welche Vereinbarungen durch zwingende Normen ausgeschlossen werden.⁸⁶ Allgemein läßt sich sagen, daß es sich beim zusammengesetzten Vertrag um äußerlich selbständige Verträge mit jeweils eigener Gegenleistung handelt, die durch den Parteiwillen zu einer (bloßen) Entstehungs- und Fortbestandseinheit verbunden sind, während der gemischte Vertrag die typenverschiedenen Elemente zu

⁸⁰ RGRK-Ballhaus, Vor § 305 BGB Rdnr. 33f.; Dellios, Rechtsfindungsmethode, S. 62f.

⁸¹ BGH MDR 1959, 483 mit Anm. Bettermann MDR 1959, 836; weiteres Beispiel: BGHZ 54, 145.

⁸² RGRK-Ballhaus, Vor § 305 BGB Rdnr. 33f. mit weiteren Beispielen; Dellios, Rechtsfindungsmethode, S. 63.

⁸³ Dellios, Rechtsfindungsmethode, S. 61.

⁸⁴ Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 6 A., S. 172; Jauernig-Vollkommer, § 305 BGB Rdnr. 27; Soergel-Wolf, § 305 BGB Rdnr. 36; Staudinger-Löwisch, § 305 BGB Rdnr. 44; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 7 V. 2., S. 159f.; Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 16.

⁸⁵ Staudinger-Löwisch, (12. Aufl. 1979) § 305 BGB Rdnr. 32f.

⁸⁶ Staudinger-Löwisch, (12. Aufl. 1979), § 305 BGB Rdnr. 32f.

einer ungeschiedenen Einheit vereinigt.⁸⁷ Ausgangspunkt der mitunter in Betracht der fließenden Übergänge⁸⁸ schwierigen Abgrenzung muß auch hier der in den Erklärungen zum Ausdruck gelangte Wille der Vertragsparteien sein.⁸⁹ Dabei ist vor allem die zugrundeliegende Interessenlage in den Blick zu nehmen. Hat der Gläubiger beispielsweise erkennbar Verwendung nur für die Gesamtheit der Leistungen, spricht viel für einen einheitlichen gemischten Vertrag. Denn nur dieser schützt ihn wirksam vor unerwünschten Teilleistungen seines Schuldners.⁹⁰ Die Teilbarkeit des Gesamtgeschäfts mag eher gegen das Vorliegen eines gemischten Vertrages sprechen, ist aber allein kein hinreichendes Unterscheidungskriterium.⁹¹ So ist gerade bei der sogleich zu behandelnden ersten Untergruppe der gemischten Verträge, den Typenkombinationsverträgen, eine gedankliche Aufspaltung des Leistungsprogramms nicht von vornherein ausgeschlossen. Auch im Fall mehrerer zwischen verschiedenen Personen getätigter Rechtsgeschäfte kann ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegen, so daß die Ausübung eines Rücktrittsrechts die gesamte Vertragseinheit zu Fall bringt.⁹²

c) Typenkombinationsverträge

Die Typenkombination ist dadurch gekennzeichnet, daß sich die einer Partei kraft des Vertrages obliegenden, im wesentlichen gleichrangigen Leistungspflichten verschiedenen Schuldvertragstypen zuordnen lassen.⁹³ Gleichbedeutend spricht man auch von Verträgen mit mehrfachtypischer Leistung. Als Beispiel wird oft die zeitlich begrenzte, entgeltliche Überlassung einer Maschine

⁸⁷ Gernhuber, Schuldverhältnis, § 7 V. 2., S. 159; Soergel-Wolf, § 305 BGB Rdnr. 36.

⁸⁸ Dellios, Rechtsfindungsmethode, S. 62; Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 19; Erman-Battes, Einl. § 305 BGB Rdnr. 20; Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 6 A., S. 172; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/1, § 12 II. 2., S. 215; Staudinger-Wufka, § 313 BGB Rdnr. 158.

⁸⁹ Gernhuber, Schuldverhältnis, § 7 V. 2., S. 159; Medicus, Schuldrecht II, Rdnr. 586; Schluep, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 773.

⁹⁰ Medicus, Schuldrecht II, Rdnr. 586; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 7 V. 2., S. 160.

⁹¹ Gernhuber, Schuldverhältnis, § 7 V. 2., S. 159: „Indiz“.

⁹² BGH NJW 1976, 1932 (rechtliche Einheit von Grundstückskaufvertrag und mit einem Dritten abgeschlossenen Aufbau- und Baubetreuungsvertrag).

⁹³ Manche Autoren ordnen unter der Rubrik „Typenkombination“ auch Verträge mit anderstypischer Nebenleistung (z.B. Esser/Schmidt, Schuldrecht I/1, § 12 II. 2. a), S. 215) oder solche Verträge ein, die durch eine anderstypische Gegenleistung charakterisiert sind (z.B. Larenz/Cannaris, Schuldrecht II/2, § 63 I. 1. b), S. 42; Martinek, Moderne Vertragstypen I, § 2 II, S. 20). Wie hier für eigene Kategorien die h.M., vgl. etwa Esser/Schmidt, Schuldrecht I/1, § 12 II. 2., S. 215; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 7 V 3, S. 160f.; Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 19ff.; Staudinger-Mayer-Maly, Einl. zu §§ 433ff. BGB Rdnr. 26; RGRK-Ballhaus, Vor § 305 BGB Rdnr. 35ff.; Soergel-Wolf, § 305 BGB Rdnr. 27ff.; Staudinger-Löwisch, § 305 BGB Rdnr. 33ff.; Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 100 B, S. 395ff.; Berner Kommentar-Kramer, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 60; Fikentscher, Schuldrecht, Rdnr. 650ff., der im übrigen vorschlägt, den Ausdruck „Typenkombinationsvertrag“ durch „Typenverbindungsvertrag“ zu ersetzen.

Für das schweizerische Recht Schluep, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 775.

samt des qualifizierten Bedienungspersonals genannt, die zu einer Kombination miet- und dienstverschaffungsvertraglicher Elemente führt.⁹⁴ Ferner gehört hierher der so alltägliche Speiserestaurantvertrag, der hinsichtlich der dargebotenen Speisen kaufrechtliche Elemente, hinsichtlich der Überlassung des Platzes mietrechtliche und im Hinblick auf die Bedienung dienstrechtliche Züge aufweist.⁹⁵ Auch der Factoring-Rahmenvertrag wird von der h.M. als Typenkombination qualifiziert, da er sowohl kauf- bzw. darlehensvertragliche als auch geschäftsbesorgungs- und versicherungsrechtliche Elemente in einem funktional aufeinander bezogenen einheitlichen Gefüge zusammenfasse.⁹⁶ Ebenso wird von vielen der sich aus Elementen des Dienstvertrages, des Lizenzvertrages und der Geschäftsbesorgung zusammensetzende Franchisevertrag als Typenkombination angesehen.⁹⁷

Bisweilen wird eine solche Typenkombination auch vom Gesetzgeber aufgegriffen und einer Regelung zugeführt; so geschehen beispielsweise beim Reisevertrag (vgl. §§ 651a ff. BGB).⁹⁸ Mitunter greift der Gesetzgeber auch nur bestimmte Aspekte einer bestimmten vertraglichen Beziehung auf. So ist er beispielsweise mit dem sogenannten Heimvertrag verfahren, einem dem Privatrecht unterstehenden,⁹⁹ typengemischten Vertrag, der sich aus Elementen der Miete (Überlassung von Wohnraum), des Kaufs (Verpflegung), des Dienstvertrages (Betreuung und Pflege) und des Werkvertrages (Reinigung des Zimmers) zusammensetzt.¹⁰⁰ Eine Teilkodifikation – beschränkt auf bestimmte besonders problematische Fragen – ist hier durch das Heimgesetz erfolgt.¹⁰¹ Nur punktuell, nämlich allein im Hinblick auf die Haftungsfrage, werden in §§ 701 ff. BGB die Rechtsbeziehungen zwischen dem Gastwirt und dem Gast behandelt. Die vertragliche Grundlage bildet hier der sogenannte Beherbergungsvertrag, der ebenfalls Elemente verschiedener Vertragstypen kombiniert.¹⁰² Dieser wird

⁹⁴ Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 21; RGZ 48, 89, 56, 360 und 69, 127 jeweils für die Vermietung eines Schiffes mit dazugehöriger Mannschaft (*locatio navis et operarum magistris et nauticorum*).

⁹⁵ Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 63 I 1 a), S. 41; Canaris, JuS 1970, 219.

⁹⁶ Klaas, NJW 1968, 1506; Serick, BB 1976, 431; Martinek, Moderne Vertragstypen I, § 10 II, S. 254 mit Nachweisen auch der abweichenden Ansichten.

⁹⁷ Soergel-Wolf, § 305 BGB Rdnr. 29; Martinek, Franchising, S. 385; Giesler, ZIP 2000, 2098.

⁹⁸ Vgl. hierzu BGH NJW 1987, 1931 (1933).

⁹⁹ Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 8 G I, S. 215f.

¹⁰⁰ BGH NJW 1981, 341 (342); OLG Nürnberg NJW-RR 1998, 780 (781); für gemischten Vertrag in Form eines Typenverschmelzungsvertrags Kunz/Ruf/Wiedemann, § 4 HeimG Rdnr. 6. Der Stärkegrad der genannten Vertragselemente hängt entscheidend vom Zuschnitt des jeweiligen Heims ab (z.B. Altenwohnheim, Altenheim oder Altenpflegeheim).

¹⁰¹ Heimgesetz i.d.F. vom 23. 4. 1990 (BGBl. I, S. 763, ber. S. 1069), zuletzt geändert durch 2. Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes vom 3. 2. 1997 (BGBl. I, S. 158ff.).

¹⁰² Im einzelnen zumeist: Überlassung der Unterkunft (mietvertragliches Element), Aufräumen und Reinigen des Zimmers (dienstvertragliches Element), Beköstigung des Gastes (werkvertragliches Element). Weitere Leistungen (z.B. Abholung vom Bahnhof, Verwahrung von Wertsachen) können hinzutreten. Vgl. im einzelnen Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 7 A II, S. 176.

freilich entgegen der irreführenden Einordnung der Vorschriften der §§ 701 ff. BGB im Vertragsrecht von der gesetzlichen Regelung nicht berührt. Den Ansprüchen aus dem Vertrag wird vielmehr lediglich eine verschuldensunabhängige gesetzliche Einstandspflicht des Gastwirts zur Seite gestellt.¹⁰³ Sie kann sich sogar unabhängig von der rechtlichen Existenz eines Beherbergungsvertrages aktualisieren.¹⁰⁴ Der Beherbergungsvertrag bleibt damit ungeachtet des Dreizehnten Titels des Siebenten Abschnitts im Recht der Schuldverhältnisse ein gesetzlich nicht geregelter (typengemischter) Vertrag.

d) Verträge mit anderstypischer Nebenleistung

Ferner kann es so liegen, daß die Parteien in einem Vertrag eine Nebenleistung vereinbaren, die der typischen Hauptleistung in dienender oder ergänzender Funktion zugeordnet ist, für sich betrachtet jedoch einem anderen Vertragstyp zugehörig erscheint. Solche Verträge werden ganz überwiegend ebenfalls als gemischte Verträge qualifiziert.¹⁰⁵ Man begegnet ihnen im täglichen Leben recht häufig. Als Beispiele lassen sich anführen: die Miete eines Zimmers mit Bedienung¹⁰⁶, der Vertrag über zahnprothetische Heilbehandlung¹⁰⁷ sowie der (totale) Krankenhausaufnahmevertrag¹⁰⁸. Die Grenze zur Typenkombination ist fließend; so liegt beim Kauf einer Maschine mit der Verpflichtung des Verkäufers die Montage zu übernehmen je nach Umfang und Bedeutung der Montageverpflichtung eine Typenkombination oder ein Vertrag mit einer anderstypischen Nebenleistung vor.¹⁰⁹

¹⁰³ *Larenz*, Schuldrecht II/1, § 59, S. 462.

¹⁰⁴ *Erman-H. P. Westermann*, Vor § 701 BGB Rdnr. 2; *Jauernig-Vollkommer*, § 701 BGB Rdnr. 1; *Larenz*, Schuldrecht II/1, § 59, S. 462.

¹⁰⁵ *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 100 B, S. 396 f. (in Abgrenzung von früheren Auflagen); *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/1, § 12 II. 2, S. 215; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V 3, S. 160; *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 651; *Dellios*, Rechtsfindungsmethode, S. 54; *Staudinger-Mayer-Maly*, Einl. zu §§ 433 ff. BGB Rdnr. 26; *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 20; *RGRK-Ballhaus*, Vor § 305 BGB Rdnr. 35; *Erman-Battes*, Einl. § 305 BGB Rdnr. 23; *Soergel-Wolf*, § 305 BGB Rdnr. 28, der von „einseitiger Typenkumulation“ spricht; *Staudinger-Löwisch*, § 305 BGB Rdnr. 38, der die Bezeichnung „gemischter Vertrag mit aneinandergereihten Typen und Überwiegen des einen Typus“ verwendet; *Siber*, Schuldrecht, S. 185, der von „Artverträgen mit Beimischung“ spricht. *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 2 II, S. 20 hingegen sieht in ihnen bloße Modifikationen gesetzestypischer Verträge; ähnlich wohl auch *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 773 f.

¹⁰⁶ *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 100 B, S. 396; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/1, § 12 II. 2., S. 215; *Dellios*, Rechtsfindungsmethode, S. 54; *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 20

¹⁰⁷ *RGRK-Ballhaus*, Vor § 305 BGB Rdnr. 36 mit Hinweis auf BGH, NJW 1975, 305.

¹⁰⁸ *RGRK-Ballhaus*, Vor § 305 BGB Rdnr. 36; BGHZ 2, 94 (96); für Typenverschmelzung jedoch *Staudinger-Richardi*, Vorbem. zu §§ 611 ff. BGB Rdnr. 1255.

¹⁰⁹ So zutreffend *RGRK-Ballhaus*, Vor § 305 BGB Rdnr. 36; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V 3, S. 161 Fn. 127; *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 20; BGH NJW 1998, 3197 (3198); OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 564; OLG Stuttgart BB 1971, 239; OLG Köln BB 2000, 15.

e) Verträge mit anderstypischer Gegenleistung

Eine weitere Untergruppe der gemischten Verträge bilden die Verträge mit anderstypischer Gegenleistung,¹¹⁰ auch gekoppelte Verträge,¹¹¹ doppeltypische Verträge,¹¹² zweiseitige Typenkumulation¹¹³ oder – sehr plastisch – Zwitterverträge¹¹⁴ genannt. Sie zeichnen sich dadurch aus, daß das vertragliche Programm den Austausch von Leistungen vorsieht, die jeweils unterschiedlichen Vertragstypen entstammen. Solche Verknüpfungen zielen zumeist auf die Ausschaltung des Geldfaktors.¹¹⁵ Sie stellen sich damit als Tauschgeschäfte im weiteren Sinne dar. Musterbeispiel ist insoweit der Hausmeistervertrag, bei dem freies Wohnen gegen Erbringung von Hausmeisterdiensten versprochen wird, mithin miet- und dienstvertragliche Leistungspflichten in ein Austauschverhältnis gebracht werden.¹¹⁶

f) Typenverschmelzungsverträge

Bei den Typenverschmelzungsverträgen – auch Typenvermischungsverträge¹¹⁷ und gemischte Verträge im engeren Sinne¹¹⁸ genannt – vereinigen sich ausschließlich Elemente verschiedener gesetzlicher Vertragstypen in einer einzigen, einheitlichen Leistungspflicht.¹¹⁹ Diese untrennbare Verbindung macht

Ausführlich zum Liefervertrag mit Montageverpflichtung Graue, AcP 163 (1963), S. 401 ff. und Droste, Der Liefervertrag mit Montageverpflichtung.

¹¹⁰ *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 594; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 2 II, S. 20; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/1, § 12 II. 2., S. 215; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63 I, S. 42; *Jauernig-Vollkommer*, § 305 BGB Rdnr. 29; *Dellios*, Rechtsfindungsmethode, S. 56.

¹¹¹ *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 22; *Gitter*, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 6 A, S. 172.

¹¹² *Kress*, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, S. 75; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V 3, S. 161; *Staudinger-Mayer-Maly*, Einl. zu §§ 433 ff. BGB Rdnr. 26; *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 775; *Berner Kommentar-Kramer*, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 62.

¹¹³ *Soergel-Wolf*, § 305 BGB Rdnr. 34.

¹¹⁴ *Siber*, Schuldrecht, S. 185; *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 100 B, S. 400; *Oertmann*, Vorbem. vor §§ 433 ff. BGB Anm. 4 c); *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 653.

¹¹⁵ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/1, § 12 II. 2., S. 215.

¹¹⁶ Statt vieler *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 594 f.; *RGRK-Ballhaus*, Vor § 305 BGB Rdnr. 38. Zum Hausmeistervertrag auch BAG, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gemischter Vertrag mit Anm. *Söllner* und *Schelp*, in: FS für Herschel, S. 98 f. Züge eines Vertrages mit anderstypischer Gegenleistung trägt auch der Vertrag über eine Werkdienstwohnung; *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 22 und umfänglich hierzu *Gaßner*, AcP 186 (1986), S. 323 ff.; hierzu auch die Sondervorschrift des § 565e BGB.

¹¹⁷ *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 100 B, S. 401 f.; *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 654.

¹¹⁸ *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 100 B, S. 401 f.

¹¹⁹ *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 591; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63 I, S. 42; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/1, § 12 II. 2., S. 215; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V 3, S. 161; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 2 II, S. 20; *Dellios*, Rechtsfindungsmethode, S. 54; *Palandt-Heinrichs*, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 23; *Jauernig-Vollkommer*, § 305 BGB Rdnr. 30; *RGRK-Ballhaus*, Vor § 305 BGB Rdnr. 39; *Soergel-Wolf*, § 305 BGB Rdnr. 32; *Staudinger-Löwisch*, § 305

den Unterschied zur Typenkombination aus, bei der es sich um eine bloße – durch die wirtschaftliche Zwecksetzung der Parteien zusammengefaßte – Aneinanderreihung typenverschiedener Leistungen handelt. Der Hauptfall ist die sog. gemischte Schenkung.¹²⁰ Hierbei wird ein Gegenstand bewußt weit unter Wert, mithin teilweise unentgeltlich, veräußert. Ein solches Geschäft steht gleichsam zwischen Kauf und Schenkung. Als weitere Beispiele lassen sich nennen, der Kaufvertrag im Rahmen eines Vergleichs¹²¹ und das Abonnement eines Börsendienstes, bei dem der Kauf und die Übernahme entgeltlicher Beratungspflichten untrennbar miteinander verbunden sind.¹²² Ob auch der Theatervertrag, der Sanatoriumsvertrag und der Vertrag über eine Schiffspassage hierher zu zählen sind, wird im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet. Mitunter werden diese Verträge auch der Typenkombination zugeschlagen.¹²³

Hinzuweisen ist noch auf einen gesetzlich geregelten Fall eines Typenverschmelzungsvertrages, nämlich den auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Dienst- oder Werkvertrag (§ 675 BGB).¹²⁴

2. Typenfremde Verträge

Die den Privatrechtssubjekten eingeräumte inhaltliche Gestaltungsfreiheit umfaßt sogar die Befugnis, dem Gesetz bislang ganz unbekannte Schuldverträge auszuhandeln. Solche neu „erfundenen“ Verträge, die sich keinem gesetzlich geregelten Typus zuordnen lassen und sich auch nicht als Modifikation eines solchen oder als Mischung verschiedener derartiger Typen qualifizieren lassen, werden gewöhnlich typenfremde¹²⁵ oder synonym atypische Verträge im engeren Sinne¹²⁶ genannt.

BGB Rdnr. 40; Staudinger-Mayer-Maly, Einl. zu §§ 433 ff. BGB Rdnr. 26; *Schluep*, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, S. 775 f.; Berner Kommentar-Kramer, Bd. VI/1, Art. 19–20 Rdnr. 63.

¹²⁰ *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 591; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63 I, S. 42; *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 654.

¹²¹ Soergel-Wolf, § 305 BGB Rdnr. 32; vgl. hierzu auch OGHZ 3, 20.

¹²² *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/1, § 12 II 2, S. 215 Fn 41; Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 23; Soergel-Wolf, § 305 BGB Rdnr. 32; für Typenkombination hingegen *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 652; vgl. hierzu auch BGHZ 70, 356.

¹²³ Für Typenverschmelzung: *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/1, § 12 II 2, S. 215; Soergel-Wolf, § 305 BGB Rdnr. 32; Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 23; für Typenkombination: *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 588 und *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 2 II, S. 20 jeweils für den Theatervertrag; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, § 7 V 3, S. 161 (Fn. 128) für den Heim- und Sanatoriumsvertrag. Zur Einordnung des Theatervertrages *Faude*, JuS 1969, 434 f.; zur Einordnung des Konzertbesuchervertrages als typengemischten Vertrag AG Herne-Wanne, NJW 1998, 3651, in der Einordnungsfrage zustimmend *H. Roth*, JuS 1999, 220.

¹²⁴ *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 591; *Dellios*, Rechtsfindungsmethode, S. 55 Fn. 10 weist ferner auf die §§ 651, 700 BGB hin.

¹²⁵ *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63 IV, S. 60; *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 596.

¹²⁶ *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 648; Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 305 BGB Rdnr. 14.

Weniger glücklich ist hingegen die Bezeichnung als Verträge sui generis (z.B. bei *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 2 II, S. 20; Berner Kommentar-Kramer, Bd. VI/1, Art. 19–20

a) Abgrenzung zu bloßen Modifikationen gesetzestypischer Verträge

Abzuschichten sind hiervon bloße Modifikationen der gesetzestypischen Verträge, also Abweichungen von einzelnen dispositiven Gesetzesregeln. Lassen diese die *essentialia negotii* des jeweiligen Vertragstyps im Kern unangetastet, so liegt kein typenfremder Vertrag, sondern ein modifizierter oder variiert-ter BGB-Vertrag vor.

Ist die Abweichung zwar von einigem Gewicht, hält sie sich aber im Rahmen des Abänderbarkeitsspektrums des gesetzlichen Vertragstyps, so spricht man auch von atypischen Kauf-, Werk- oder Mietverträgen etc.¹²⁷ Beispielsweise ist der Kauf typischerweise ein Umsatzgeschäft, das darauf zielt, den Kaufgegenstand endgültig in das Vermögen des Käufers übergehen zu lassen. Begriffsnotwendig ist diese Zweckbestimmung jedoch nicht. Die Rechtsfigur des Kaufs kann daher durchaus auch – atypisch – zu Sicherungszwecken eingesetzt werden, wie es etwa in den Fällen des Wertpapierpensionsgeschäfts oder des Sicherungskaufs geschieht.¹²⁸

Eine scharfe Grenze, die exakt den Übergang vom noch den Grundtypus wahren- den Vertrag zum typenfremden beschreiben könnte, gibt es auch hier nicht.¹²⁹ Denn wiederum handelt es sich um eine durch eine mehr oder weniger an Übereinstimmung gekennzeichnete Typenreihe, die bruchlos vom gesetzlichen Vertragstypus zum Vollbild eines typenfremden Vertrages reicht. So verwundert es auch nicht, daß in nicht wenigen Fällen unterschiedliche Meinungen darüber bestehen, ob ein bestimmter Vertrag noch von der gesetzlichen Vertragstypenordnung erfaßt wird. Paradigmatisch ist insoweit die Einordnungskontroverse im Hinblick auf Finanzierungsleasingverträge. Während die herrschende Meinung, zumal die Rechtsprechung, den Finanzierungsleasingvertrag als atypischen Mietvertrag einstuft,¹³⁰ betonen andere den sui-generis-Charakter dieser modernen Vertragsform.¹³¹ Vertragsgestaltungen, die sich noch dem

Rdnr. 65), da sich auch gemischte Verträge bisweilen weit von der gesetzlichen Typenordnung entfernen und nach eigenen Regeln beurteilt werden müssen, wie hier *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63 IV. 1. a), S. 60.

¹²⁷ *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 2 II, S. 20.

¹²⁸ *Soergel-Huber*, § 433 BGB Rdnr. 20 m.w.N.

¹²⁹ *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 596; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63 IV. 1. b), S. 61; *Kramer*, in: Neue Vertragsformen, S. 40 Fn. 96.

¹³⁰ Z.B. BGH NJW 1990, 1113 (1114) m.w.N.; *Wolf/Eckert*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, Rdnr. 1791ff.; *Koch*, Störungen beim Finanzierungs-Leasing, S. 99ff.; *Sannwald*, Finanzierungsleasingvertrag, S. 87ff.; *Erman-Jendrek*, Anh. § 536 BGB Rdnr. 15; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rdnr. 1514ff.; *Graf von Westphalen*, Leasingvertrag, Rdnr. 90ff. und 133 mit dem Zusatz, daß beim Teilamortisationsleasingvertrag für die Zeit nach seinem Ablauf ein garantievertragliches Element hinzutritt (insoweit ausdrücklich zustimmend *Martinek*, ZHR 1999, 596; ablehnend hingegen *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 66 II, S. 105).

¹³¹ Vgl. etwa *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 648; *Staudinger-Martinek*, § 675 BGB Rdnr. B 226ff.; *ders.*, Moderne Vertragstypen I, S. 88ff. m.w.N.; *Ziganke*, BB 1982, 710; *Lieb*, DB 1988, 949; *H. Roth*, AcP 190 (1990), 312; *Becker*, Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, S. 97; *Ulmer/Schmidt*, DB 1983, 2565.

Strukturmodell eines gesetzlichen Schuldvertrages zuordnen lassen, stehen, auch wenn sie am äußersten Rand des Normbereichs anzusiedeln sind, per definitionem außerhalb des Blickfeldes dieser Untersuchung. Zwei Gesichtspunkte lassen es jedoch angezeigt erscheinen, solche Verträge aus den Überlegungen zur Rechtsfindung und Inhaltskontrolle nicht völlig auszuklammern; zum einen die soeben angesprochene unscharfe und zu arbiträren Distinktionen verleitende Grenze und zum anderen die Problemverwandtschaft in methodischer Hinsicht. Denn auch modifizierte gesetzestypische Verträge, wie z.B. der Vertrag zwischen einem Kreditkartenaussteller und dem Karteninhaber im Dreiparteiensystem¹³² und der Software-Kaufvertrag¹³³ sind durch einen weitgehenden Ausfall des gesetzlichen Referenzsystems und eine starke Eigengesetzlichkeit gekennzeichnet.¹³⁴ Auch wenn hier im Rahmen der Rechtsanwendung der deduktiv-normapplizierende Gehalt tendenziell größer ist, lassen sich doch viele der in dieser Abhandlung zu erarbeitenden methodischen Grundaussagen auf solche Verträge übertragen.

b) Singularität typenfremder Verträge

Typenfremde Verträge im oben skizzierten Sinne sind eher seltene Ausnahmereischeinungen. Denn immerhin offeriert schon das Bürgerliche Gesetzbuch eine reiche Palette verschiedenster Vertragstypen, die nahezu allen praktischen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs genügen dürfte.¹³⁵ Mit dem in § 675 BGB angesprochenen Geschäftsbesorgungsvertrag steht zudem ein Auffangbecken für solche Vertragsverhältnisse bereit, bei denen es im Kern um eine entgeltliche selbständige Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen geht.¹³⁶ Die gesetzestechnische Konzeption, diese Vorschrift dem Auftragsrecht als bloßen Annex anzugliedern, sowie ihr dünner Regelungsgehalt,¹³⁷ der noch dazu nur ergänzenden Charakter für einen begrenzten Kreis von Dienst- und Werkverträgen zu haben scheint, stehen in krassem Gegensatz zu der immensen prakti-

¹³² Die h.M. geht von einem Geschäftsbesorgungsvertrag aus; vgl. statt vieler BGHZ 125, 343 (349) und Palandt-Sprau, § 676h BGB Rdnr. 3. Bestätigt wird diese Einordnung durch die jüngst in das Geschäftsbesorgungsrecht (§ 676h BGB) eingestellte Vorschrift zu den Rechtsfolgen der mißbräuchlichen Verwendung einer Zahlungskarte.

¹³³ Hierzu vor allem Oechsler, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, S. 281 ff.

¹³⁴ Dies veranlaßt den BGH beispielsweise zu der Feststellung, ein gesetzlich geregeltes Leitbild des Kreditkartenvertrages gäbe es nicht; vgl. BGH NJW 1991, 1886 (1887); 1998, 383.

¹³⁵ Larenz/Canaris, *Schuldrecht II/2*, § 63 IV. 1. a), S. 60; Medicus, *Schuldrecht II*, Rdnr. 596; Kress, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, S. 72; Martinek, *Moderne Vertragstypen I*, § 2 II, S. 22.

¹³⁶ So die Typenbeschreibung der h.M.; vgl. etwa Larenz, *Schuldrecht II/1*, § 56 V, S. 422; ähnlich BGHZ 45, 223 (229). Musielak, *Entgeltliche Geschäftsbesorgung*, S. 1231 ff.; Staudinger-Martinek, § 675 BGB Rdnr. A 21f.; Erman-Ehmann, § 675 BGB Rdnr. 1.

¹³⁷ So schon Planck, *BGB-Kommentar* (1./2. Aufl. 1902), § 675 BGB Anm. 2. Als „gesetzestechnischen Geburtsfehler“ bezeichnet die Regelung des Geschäftsbesorgungsvertrages zu Recht K. Schmidt, *Zukunft der Kodifikationsidee*, S. 25. Überlegungen de lege ferenda bei Musielak, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge II*, S. 1209 ff.

schen und theoretischen Bedeutung des Geschäftsbesorgungsrechts. § 675 BGB markiert heute – wie *Martinek*¹³⁸ treffend herausstellt – eine sowohl dem Auftrags- wie dem Dienstvertragsrecht gegenüber systematisch eigenständige vertragsrechtliche Kategorie. Unter die eingangs formulierte Typenbeschreibung fallen zahlreiche, teils überkommene, teils erst in jüngerer Zeit aufgekommene Vertragsformen mit erheblichem gesamtwirtschaftlichen Gewicht. Vor allem die starke Expansion des Dienstleistungssektors hat die Bedeutung des Geschäftsbesorgungsrechts nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erheblich gesteigert.¹³⁹ Bereits wenige Beispiele genügen, um sich eine Vorstellung von der Weite und der Bedeutung dieser Grundfigur zu machen. Als Geschäftsbesorgungsverträge werden u.a. angesehen: der Bankvertrag mit seinen zahlreichen Unterformen¹⁴⁰, Baubetreuungsverträge¹⁴¹, Rechtsanwalts-, Wirtschaftsprüfer- und Steuerberatungsverträge¹⁴², Treuhänder- und Verwaltungsverträge¹⁴³, Kreditkartenverträge im Dreiparteiensystem¹⁴⁴ und zuletzt die Rechtsbeziehungen zwischen der Systemzentrale und eines Teilnehmers bei Tauschhandelsgeschäften im Rahmen eines sog. „Barter-Systems“¹⁴⁵. Neben solchermaßen „reinen“ Geschäftsbesorgungsverträgen kennt die Praxis auch Verträge mit geschäftsbesorgungsrechtlichem Einschlag. Es handelt sich dann zumeist um gemischt-vertragliche Gestaltungen, die ebenfalls nicht den typenfremden Verträgen zugerechnet werden können (z.B. Franchising-¹⁴⁶ Vertragshändler-¹⁴⁷, und Factoringverträge¹⁴⁸). Alles in allem zeigt sich, daß der Gesetzgeber mit § 675 BGB der Rechtspraxis eine zwar nur schwach konturierte, dafür aber aufgrund ihres weiten Anwendungsbereichs in hohem Maße integrationsfördernd

¹³⁸ Staudinger-*Martinek*, § 675 BGB Rdnr. A 1.

¹³⁹ Staudinger-*Martinek*, § 675 BGB Rdnr. A 3.

¹⁴⁰ Z.B. der Girovertrag, vgl. BGH NJW 1997, 2042 sowie *Canaris*, Bankvertragsrecht I, Rdnr. 315; vgl. jetzt die §§ 676a ff. BGB

¹⁴¹ Jauernig-*Vollkommer*, § 675 BGB Rdnr. 12.

¹⁴² Für Rechtsanwaltsverträge BGHZ 71, 380 (381), BGH NJW 1985, 2642, *Erman-Hanau*, § 611 BGB Rdnr. 35; AGB-Klauselwerke-*Schäfer*, Rechtsanwölte Rdnr. 2; *Rombach*, Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Dienstverträgen, S. 50ff.; für Steuerberaterverträge BGHZ 54, 106 (107), BGH VersR 1980, 264; Staudinger-*Richardi*, Vorbem. zu §§ 611 ff. BGB Rdnr. 1688; AGB-Klauselwerke-*Schäfer*, Steuerberater Rdnr. 1; *Rombach*, Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Dienstverträgen, S. 102ff.; für Wirtschaftsprüferverträge *Ulmer/Brandner/Hensen*, Anh. §§ 9–11 AGBG Rdnr. 951; AGB-Klauselwerke-*Schäfer*, Wirtschaftsprüfer Rdnr. 1; *Rombach*, Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Dienstverträgen, S. 120ff.

¹⁴³ Für Treuhandvertrag BGHZ 76, 127 (131); BGH NJW 1987, 2071; für Verwaltervertrag BGH WM 1965, 1181 (1182); skeptisch gegenüber einer derart pauschalen Einordnung offenbar *Gernhuber*, JuS 1988, 358. Neueste Gesamtdarstellung des Treuhandvertrags bei *Grundmann*, Treuhandvertrag.

¹⁴⁴ BGHZ 91, 221 (223); *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 1628; *Custodis*, Kreditkartenverfahren, S. 44ff.; AGB-Klauselwerke-*Pfeiffer*, Kreditkartenvertrag Rdnr. 22.

¹⁴⁵ BGH NJW 1999, 635 (636); hierzu *Benedict*, NJW 2000, 190ff.

¹⁴⁶ Palandt-*Putzo*, Einf. v. § 581 Rdnr. 23; *Soergel-Wolf*, § 305 BGB Rdnr. 29; für Dominanz der Geschäftsbesorgung *Martinek*, Franchising, S. 265f.

¹⁴⁷ *Ulmer*, Vertragshändler, S. 264ff.

¹⁴⁸ Staudinger-*Martinek*, § 675 BGB Rdnr. B 119 u. 159 m.w.N.

wirkende Vorschrift zur Verfügung gestellt hat. Nimmt man die Typisierung besonderer Vertragsverhältnisse in den zahlreichen Nebengesetzen hinzu – beispielhaft seien hier nur das Handelsgesetzbuch, das Versicherungsvertragsgesetz und das Verlagsgesetz genannt –, so wird deutlich, daß der Raum, den die geltende gesetzliche Vertragsordnung für echte Neuschöpfungen läßt, schmal bemessen ist.

c) Beispiele typenfremder Verträge

Gleichwohl lassen sich doch einige auch praktisch bedeutsame Schuldvertragsarten nennen, die sich einer Einordnung in das System der gesetzlichen Typenordnung widersetzen. Dabei handelt es sich keineswegs ausschließlich um sog. moderne Vertragstypen.

Auf eine lange Tradition kann beispielsweise der Garantievertrag zurückblicken.¹⁴⁹ Er ist dadurch gekennzeichnet, daß der Garant eine unbedingte Verpflichtung zur Schadloshaltung übernimmt, falls der garantierte Erfolg nicht eintritt.¹⁵⁰ Da sich der Garantievertrag damit nicht als akzessorische Hilfsschuld darstellt, kann er auch nicht als bloße Abwandlung des Grundtypus der Bürgschaft qualifiziert werden. Es fehlt damit an einer gesetzlichen Normierung dieser in so vielfältigen Unterformen auftretenden Vertragsgestaltung. Ähnlich verhält es sich mit der sog. kumulativen Schuldübernahme,¹⁵¹ bei der jemand kraft vertraglicher Vereinbarung als weiterer Schuldner in den Haftungsverband eintritt. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt in den §§ 414 ff. lediglich die sog. privative Schuldübernahme, die zu einem Schuldnerwechsel führt. Auch die vertragliche Unterlassungsverpflichtung, die insbesondere im Wettbewerbsrecht eine lange Tradition aufweist, ermangelt einer gesetzlichen Regelung und kann je nach Ausgestaltung durchaus als eigenständiger typenfremder Vertrag angesehen werden.¹⁵² Das Gegenstück hierzu bildet gleichsam der Gestattungsvertrag, z.B. über den Gebrauch des eigenen Namens.¹⁵³ Historische Normierungslücken füllen schließlich auch der Vertrag zwischen Schiedsrich-

¹⁴⁹ Vgl. dazu schon *Stammler*, AcP 69 (1886), S. 1 ff. Aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung etwa RGZ 61, 157. Zu den typenfremden Verträgen rechnen den Garantievertrag heute beispielsweise *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 99, S. 392; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63 IV. 2., S. 61; *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 648; *Medicus*, Schuldrecht II, Rdnr. 596; *Martinek*, Moderne Vertragstypen I, § 2 II, S. 20; *Coester-Waltjen*, JR 1989, 195; ferner BGH NJW 1988, 1726 (1727): Herstellergarantie begründe ein „selbständiges Vertragsverhältnis eigener Art“. Ausführlich zum Garantievertrag *Hadding, Häuser, Welter*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge III, S. 682 ff. und zuletzt *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 364 ff.

¹⁵⁰ BGH NJW 1996, 2569 (2570); 1999, 1542 (1543); *Staudinger-Horn*, Vorb. §§ 765 ff. BGB Rdnr. 194; *Palandt-Sprau*, Einf. v. § 765 BGB Rdnr. 16.

¹⁵¹ *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 99, S. 392; *Heck*, Schuldrecht, S. 245; *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 648; *Palandt-Heinrichs*, Überbl. v. § 414 BGB Rdnr. 2; *Kothe*, JZ 1990, 997 ff.; RGZ 71, 113; BGH NJW 2000, 575.

¹⁵² Näher *Köhler*, AcP 190 (1990), S. 496 und BGH NJW 1995, 2788 (2789).

¹⁵³ Vgl. hierzu jüngst OLG Stuttgart NJW-RR 1997, 603.

ter und den Parteien (sog. Schiedsrichtervertrag),¹⁵⁴ der Vorvertrag,¹⁵⁵ sowie der das Innenverhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer regelnde Sicherungsvertrag.¹⁵⁶

Daneben treten einige dem modernen Wirtschaftsverkehr entspringende Vertragskonstrukte. Als Beispiel läßt sich die Gruppe der an einen Betrieb angelehnten Gestattungsverträge anführen.¹⁵⁷ Darunter fällt nicht nur der Automatenaufstellungsvertrag, sondern auch die vertragliche Erlaubnis zum Betreiben einer Buchhandlung in einem Bahnhof oder zur Aufstellung eines Fotokopiergerätes in einer Bibliothek.¹⁵⁸ Als Vertrag eigener Art, der keinem gesetzlichen Leitbild entspreche, hat der BGH auch den Kreditkartenvertrag im Zweipersonenverhältnis bezeichnet;¹⁵⁹ desgleichen den Patentlizenzvertrag,¹⁶⁰ den Filmherstellungs- und Verwertungsvertrag¹⁶¹ sowie den Belegarztvertrag.¹⁶² Welche Vertragsgebilde fernerhin hierher zu rechnen sind, ist im Schrifttum umstritten. Von nicht wenigen wird beispielsweise – wie bereits erwähnt – auch der Leasingvertrag als eigenständiger Vertragstyp *sui generis*¹⁶³ charakterisiert.

Hinzu kommen schließlich Verträge, die Ausdruck eines sehr individuellen und eigengearteten Regelungsbedürfnisses sind und sich in ihrer konkreten Ausgestaltung als eine „Erfindung“ gerade dieser Vertragsparteien darstellen. Jüngstes Beispiel ist eine „Topfvereinbarung“ zwischen Pkw-Verkäufern unterschiedlicher Sparten eines Autohauses. Diese hatte das *Bundesarbeitsgericht* als Abrede *sui generis* eingestuft.¹⁶⁴ Als eine solche wird man auch die Absprache zwischen einem bildenden Künstler und einer Gemeinde zu bewerten haben, derzufolge der Künstler von ihm geschaffene Werke der Gemeinde zwecks

¹⁵⁴ *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, § 99, S. 392; *Heck*, Schuldrecht, S. 245; *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 648; RGZ 94, 210; BGH LM Nr. 5 zu § 1025 ZPO; NJW 1986, 3077.

¹⁵⁵ Hierzu schon RGZ 66, 116; aus neuerer Zeit BGH NJW 1988, 1261; vgl. ferner grundlegend *Henrich*, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag.

¹⁵⁶ *U. Huber*, Sicherungsgrundschuld, S. 84 bezeichnet den Sicherungsvertrag als „festumrisenen und eigenständigen schuldrechtlichen Vertragstypus“; zustimmend *Friedel*, Übersicherung und Teilfreigabe von Sicherheiten, S. 77 sowie *Canaris*, ZIP 1996, 1117; ferner *Fikentscher*, Schuldrecht, Rdnr. 44; zur Auslegung des Sicherungsvertrages jüngst BGH GS NJW 1998, 671 ff.

¹⁵⁷ Der BGH spricht von „Gestattungsverträgen“; BGHZ 47, 202 (205), BGH NJW 1978, 1155 (1156) und 1983, 159 (160), während *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63 IV. 2., S. 61 von „Betriebsanlehungsverträgen“ sprechen.

¹⁵⁸ *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63 IV. 2., S. 61 f.

¹⁵⁹ BGHZ 114, 238 (241); zust. AGB-Klauselwerke-Pfeiffer, Kreditkartenvertrag Rdnr. 6.

¹⁶⁰ BGHZ 105, 374 (378); Benkard-Ullmann, § 15 PatG Rdnr. 49; *Schulte*, § 15 PatG Rdnr. 15; *Martinek*, Moderne Vertragstypen II, § 14 II, S. 47; Erman-Jendrek, Vor § 581 BGB Rdnr. 7; für analoge Anwendung der Vorschriften über die Pacht *Stumpf/Groß*, Lizenzvertrag, Rdnr. 20 ff.

¹⁶¹ BGHZ 2, 331.

¹⁶² BGH NJW 1972, 1128.

¹⁶³ Auch die 1988 verabschiedete „UNIDROIT CONVENTION on International Financial Leasing“ für grenzüberschreitende Leasinggeschäfte geht übrigens von einem Vertrag *sui generis* aus (vgl. hierzu *Koblitz*, Mobilien-Finanzierungsleasing und Crédit-bail, S. 64 sowie *Sefrin*, Kodifikationsreife des Finanzierungsleasingvertrages, S. 89).

¹⁶⁴ BAG NZA 1999, 306 (307).