Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

77

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann

Oliver Remien

Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages

Mohr Siebeck

Oliver Remien, geboren 1957, Studium in Hamburg und Genf, Tätigkeiten in Paris und Brüssel, Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 1990 Promotion, 1999/2000 Habilitation, seit 2001 Ordinarius an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

ISBN 3-16-147434-1 / eISBN 978-3-16-160329-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2022
ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2003 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Bembo-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meiner Mutter

Vorwort

Wir wissen immer mehr von immer weniger,
vielleicht einmal alles von nichts und nichts von allem.
Kegel S. V.

Dies ist meine Habilitationsschrift, die dem gerade wiedervereinigten Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im Jahr 1999/2000 vorgelegen hat. Sie ist während meiner Zeit als wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg entstanden. Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Ulrich Drobnig, der schon meine Doktorarbeit betreut hat, hat sie interessiert und liberal gefördert. Dafür danke ich ihm herzlich. Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. Reinhard Bork für das zivilrechtliche Zweitgutachten und Herrn Prof. Dr. Meinhard Hilf für das europarechtliche Gutachten.

Die Zeit seit Abschluß des Habilitationsverfahrens Anfang 2000 und meiner Berufung nach Würzburg im Jahr 2001 war europa- wie privatrechtlich ereignisreich. Die neue Numerierung der Artikel des EG-Vertrages, die Verwirklichung diverser Richtlinienvorhaben und schließlich die deutsche Schuldrechtsmodernisierung waren daher für die Veröffentlichung nachzutragen. Dabei konnten allerdings nur die wichtigsten Entwicklungen der Gesetzgebung und Rechtsprechung in die im Jahr 1999 eingereichte Arbeit eingefügt werden, ein Eingehen auf die vielfältigen neuen Äußerungen der Literatur war nicht möglich. Da die Aufmerksamkeit für Fragen des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft eher noch gestiegen ist, hoffe ich, daß auch dieser Beitrag Interesse findet. Bei der Durchführung der Aktualisierung waren mir meine Würzburger Mitarbeiter behilflich, in technischer Hinsicht vor allem meine Sekretärin Ilse Hahn. Verbliebene Unvollkommenheiten gehen zu meinen Lasten.

Dieses Buch nun ist in Liebe und Dankbarkeit meiner Mutter gewidmet.

Würzburg, im Jahr 2003 — Oliver Remien

Inhaltsübersicht

1. Teil: Grundlagen 1

§ 1 Vertragsrecht in systematischer Sicht 2
§ 2 Vertrag und Wirtschaftsordnung 10
§ 3 Vertragsfreiheit und Vertragsrecht 24
§ 4 Vertragsrecht in Deutschland im Überblick 48
§ 5 Europäische Entwicklungen im Vertragsrecht 66
§ 6 Zwingende Bestimmungen im deutschen und europäischen Vertragsrecht 147

2. Teil: Höherrangige Vorgaben 155

§ 7 Grundrechte und Vertragsrecht 156
§ 8 Grundfreiheiten des EG-Vertrages und Vertragsrecht 178
§ 9 Europäische Wettbewerbsregeln und Vertragsrecht 221

3. Teil: Vertragsrechtliche Probleme 225

§ 10 Ausgangslage: Maßstäbe für das Vertragsrecht 226
§ 11 Gruppenspezifische Vertragsrechte? 229
§ 12 Vertragsanbahnung 270
§ 13 Abschluß des Vertrages 297
§ 14 Pacta sunt servanda 311
§ 15 Widerrufsrechte 322
§ 16 Verbotene, unvollkommene und zwangsfreie Verträge 342
§ 17 Preis 390
§ 18 Vertragsdauer 417
§ 19 Vertragsinhalt: Gestaltungsfreiheit 461
§ 20 Geschäftsgrundlage, Gnadenfristen und Haftungsbefreiung wegen sozialer Härte (social force majeure) 499
§ 21 Haftung 515
§ 22 Ausschluß und Einbeziehung Dritter 540

4. Teil: Ertrag 565

§ 23 Thesen 566
§ 24 Epilog: Ausblick in die Zukunft des europäischen Vertragsrechts 578

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII
Inhaltsübersicht IX
Abkürzungsverzeichnis XXV

1. Teil: Grundlagen 1

§ 1 Vertragsrecht in systematischer Sicht 2

I. Vertragsrecht und Schuldrecht 2
II. Konzentration auf Vertragsrecht: Nachteile und Vorteile 4
III. Vertragsrecht im Lichte der Transformationserfahrungen 8

§ 2 Vertrag und Wirtschaftsordnung 10

I. Vertrag als Bauelement der Marktwirtschaft 10
II. Kontrast: Vertrag in der Zentralverwaltungswirtschaft 12
III. Vertragsrecht und wirtschaftliche Transformation 20
IV. Zusammenfassung 22

§ 3 Vertragsfreiheit und Vertragsrecht 24

I. Staatsaufgaben und Vertragsrecht 24
1. Staatsaufgabe 24
a) Vertragsrecht, Politik und Verfassung 24
b) Privatrechtssetzung als „service public" und Herstellung eines öffentlichen Gutes 27
c) Kein Monopol 28
2. Europa 29
3. Internationale Ebene 29
4. Privatisierung und lex mercatoria 31
5. Spannungsverhältnis zur Vertragsfreiheit 33
II. Vertragsfreiheit heute 34
III. Zwei Dimensionen: National und europäisch 39
1. Bidimensionalität 39
2. Ungenügendes Zusammenwirken der beiden Dimensionen 41
3. Wissenschaftliche Notwendigkeit der europäischen Sicht 43

IV. Vertrag ... 44
1. Nationale Definitionen ... 44
2. Beitrag der europäischen Rechtsetzung? ... 45
3. Europäische Rechtsprechung: Freiwillig eingegangene Verpflichtung 46
V. Zusammenfassung ... 47

§ 4 Vertragsrecht in Deutschland im Überblick ... 48

I. Basis BGB ... 48
II. Handelsrecht und verwandte Sondergebiete ... 50
III. Verbraucherrecht? ... 55
1. Streit um Verbraucherrecht ... 55
2. Gesetzgebung verbraucherbezogenen Inhalts ... 57
IV. Vergaberecht: Verdingungsordnungen ... 58
1. Gegenstand und Entwicklung des Vergaberechts ... 58
2. Charakteristika der Verdingungsordnungen ... 61
a) Entstehungsweise ... 61
b) Regelungsbereich ... 62
c) Rechtliche Einordnung ... 63
V. Gesamtschau ... 64

§ 5 Europäische Entwicklungen im Vertragsrecht ... 66

I. Entstehen einer europäischen Dimension ... 66
II. Europäisches Zivilgesetzbuch? ... 68
1. Historische Vorläufer ... 69
a) Französisch-italienisches Obligationenrecht ... 69
b) Deutsch-österreichisch=ungarische Rechtsgemeinschaft ? ... 71
c) Achse Berlin – Rom ... 72
d) Nachkriegszeit ... 72
e) Sozialistische ökonomische Integration ... 73
f) Historische Lehren? ... 74
2. Entschließungen des Europäischen Parlamentes ... 75
3. Entstehung der Entschließung von 1989 ... 76
4. Entschließung von 1994 und weitere Entwicklung ... 77
5. Wissenschaftliche Stellungnahmen und Projekte ... 81
a) EuZGB allgemein: Weitreichende Pläne von Lando und Tilmann ... 81
b) Skeptische Bedenken oder Fundamentalopposition ... 82
aa) Grundphilosophie eines EuZGB? ... 84
bb) Infrastruktur ... 86
cc) Nationale Rechtssicherheit? ... 86
dd) Europäische und nationale Kompetenzverteilung ... 87
c) Maß für Maß: Vertragsrecht für Europa? ... 88
d) Grundregeln des europäischen und internationalen Vertragsrechts in Restatements ... 91
aa) Grundregeln ... 91

bb) Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts der Lando-Gruppe . 91
cc) Grundregeln für internationale Handelsverträge von Unidroit ... 93
dd) Gandolfis Codice europeo dei contratti 95
ee) Perspektiven 96
e) Grenzüberschreitendes europäisches Privatrecht 97
f) Study Group on a European Civil Code 99
6. Vorgehen der Europäischen Kommission 99
7. Ungeschriebenes Gemeinschaftsvertragsrecht? 100
III. Europäisches Handelsrecht 101
1. Rechtsangleichungspolitik und Wettbewerbspolitik als Handelsrechtsquellen 101
2. Richtlinien und Empfehlungen zur Rechtsangleichung 102
a) Europäisches Handelsrecht durch einzelne Rechtsakte 102
aa) Handelsvertreter 102
bb) Zahlungsfristen 103
cc) Überweisungen 105
dd) Kreditkarten 106
ee) Haftung für Produkte, Dienstleistungen, Bauten 107
ff) Versicherung 110
gg) Flugüberbuchung 112
hh) Flugunfälle 113
ii) Urhebervertragsrecht 113
jj) Sonstiges 114
3. Kartellrecht 114
a) Gruppenfreistellungsverordnungen als Vertragsrecht 114
b) Vorgeschriebene Vereinbarungen, insbesondere Kfz.-Vertrieb 117
aa) GVO Kfz.-Vertrieb 117
bb) GVO Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen 119
4. Welthandelsrecht in Europa 120
IV. Europäisches Verbraucherrecht 121
1. Verbrauchervertrags-Richtlinien 123
a) Produkthaftung 123
b) Haustürgeschäfte 124
c) Verbraucherkredit 125
d) Pauschalreise 127
e) Fernabsatz 127
f) Teilzeitnutzungsrechte 129
g) Mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln 130
h) Verbrauchsgütergarantien 133
i) Elektronische Verträge 133
2. Gemeinsame Charakteristika 134
a) Informationsvorschriften 134
b) Widerrufsrecht 134
c) Verbandsklage 135
d) Insolvenzsicherung? 135
3. Mindeststandard 135
4. Summe 137

V. Europäisches Vergaberecht ... 138
1. Verträge der Organe der EG/EU ... 138
2. Vergabe-Richtlinien ... 139
a) Vergaberecht im Binnenmarkt ... 139
b) Umsetzung und Entwicklungsmöglichkeiten ... 142
c) Inhalt: Vertragsschlußrecht ... 144
VI. Gesamtschau: Realität der europäischen Dimension ... 146

§ 6 Zwingende Bestimmungen im deutschen und europäischen Vertragsrecht 147

I. Spannungsverhältnis ... 147
II. Europäische Integration und zwingendes Recht ... 147
III. Wege zur systematischen vergleichenden Untersuchung ... 150
1. Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit ... 150
2. Vergleichsmaterial ... 151

2. Teil: Höherrangige Vorgaben ... 155

§ 7 Grundrechte und Vertragsrecht ... 156

I. Grundgesetz ... 156
1. Vertragsfreiheit als Grundrecht ... 156
a) Allgemeine Aussagen der Verfassungsrechtsprechung ... 156
b) Fälle der Verfassungsrechtsprechung ... 157
aa) Unterschiedliche Bereiche des Vertragsrechts ... 158
bb) Wohnraummiete ... 162
c) Verfassungsrechtsprechung und Privatrechtswissenschaft ... 167
2. Vertragsrecht unter dem Gleichheitssatz ... 169
II. Europarecht und EMRK ... 170
1. Europarecht ... 171
2. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ... 172
III. Summe ... 177

§ 8 Grundfreiheiten des EG-Vertrages und Vertragsrecht ... 178

I. Vertragsfreiheit als Fundament des Binnenmarktes ... 178
II. Grundfreiheiten und nationales Vertragsrecht in Europa ... 179
1. Problematik ... 179
2. Rechtsprechung des EuGH ... 180
3. Bedeutung des Kollisionsrechts ... 186
a) Rechtswahl ... 186
b) Objektive Anknüpfung mangels Ausübung der Rechtswahlbefugnis ... 190
c) Zwingende Geltung ... 191

4. „Verkaufsmodalitäten“ ... 193
a) Privatrecht und Keck-Rechtsprechung ... 193
b) „Infrastruktur des Binnenmarktes“ ... 196
c) Fundamentalkritik an Keck? ... 197
d) Konkretisierung des Verkaufsmodalitätentests für das Vertragsrecht? ... 198
5. Andere Grundfreiheiten ... 200
a) Dienstleistungsfreiheit ... 200
b) Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit ... 203
6. Nachfragerfreiheiten ... 206
7. Vertragsrecht und Eigentumsordnung nach Art. 295 (bisher 222) EGV ... 208
8. Zusammenfassung ... 212
III. Grundfreiheiten und europäisches Vertragsrecht ... 213
1. Bedeutung ... 213
2. Bewertung ... 214
3. Rechtsprechung ... 217
4. Bindung der Gemeinschaft und Verkaufsmodalitäten-Rechtsprechung ... 220

§ 9 Europäische Wettbewerbsregeln und Vertragsrecht ... 221

I. Unverfälschter Wettbewerb und nationales Vertragsrecht ... 221
1. Unverfälschter Wettbewerb nach Artt. 3 lit. g, 81 (bisher 85) EGV 221
2. Beihilfenverbot der Artt. 87–89 (bisher 92–94) EGV ... 223
II. Unverfälschter Wettbewerb und europäisches Vertragsrecht ... 224

3. Teil: Vertragsrechtliche Probleme ... 225

§ 10 Ausgangslage: Maßstäbe für das Vertragsrecht ... 226

I. Befund der bisherigen Untersuchung ... 226
II. Aufgabe ... 227

§ 11 Gruppenspezifische Vertragsrechte? ... 229

I. Vertrag und Rechtssubjekt ... 229
II. Allgemeine Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit als Vertragsfähigkeit ... 229
1. Grundlagen und historische Modelle ... 229
2. Keine besonderen Rechtsfähigkeiten ... 232
3. Aktuelle Differenzierungen ... 234
III. Abgrenzungen ... 236
1. Person ... 236
2. Kaufmann ... 236

3. Verbraucher ... 238
a) Problem ... 239
b) Gesetzliche Lösungen ... 240
aa) Europäisches Gemeinschaftsrecht ... 240
(a) Primärrecht des EGV ... 240
(b) Europäische Richtlinien ... 241
(aa) Definitionen der Richtlinien ... 241
(bb) Auslegung durch den EuGH ... 243
(cc) Ursprünge der Verbraucherbegriffe ... 245
(dd) Europäische Undeutlichkeiten ... 245
bb) Nationale Rechte ... 246
cc) Summe ... 247
c) Einzelheiten ... 247
aa) Auch juristische Personen? ... 247
bb) Privater Zweck ... 248
cc) Existenzgründer? ... 251
d) „Kleine und mittlere Unternehmen" (KMU)? ... 252
e) Urheber ... 253
f) Abwägung ... 254
aa) Keine originären Verbraucherverträge ... 254
bb) Vielfältige Schutzbedürfnisse ... 255
cc) Klassifizierung und Starrheit ... 256
4. Öffentliche Auftraggeber ... 257
IV. Gesamtschau und Wirkung der Grundfreiheiten ... 259
1. Ein beunruhigendes Bild ... 259
2. Relativität der Unterlegenenstellung ... 260
3. Wandelbarkeit der Marktstellung ... 261
4. Auswege ... 262
a) Schutzverzicht ... 262
b) Konkrete Schutzbedürfnisprüfung ... 262
c) Situativer Schutz ... 263
d) Gesichtspunkte zur Abwägung ... 263
aa) „Verbraucher" als Besitzer von Konsummöglichkeiten ... 263
bb) Umverteilung durch Vertragsrecht? ... 264
cc) Situationsbezogenheit ... 265
dd) Summe ... 266
5. Grundfreiheiten ... 267
a) Problemaufriß ... 267
b) Grundfreiheiten und vertragsrechtlicher Schutz ... 267
c) Zwang zur konkreten Betrachtungsweise? ... 267
d) Eignung des Verbraucherbegriffs? ... 269
V. Zusammenfassung ... 269

§ 12 Vertragsanbahnung ... 270

I. Information als Grundlage von Vertragsanbahnung und Vertrag ... 270
II. Vorvertragliche Aufklärungspflichten und Information für Verbraucher ... 273

III. Vergabeverfahren ... 276
1. Allgemeines ... 276
2. Typen der Vergabeverfahren ... 277
a) Öffentliche oder beschränkte Ausschreibung und freihändige Vergabe in Deutschland und anderen Ländern ... 277
b) Europäische Regelungen ... 281
c) Hierarchisierung: Vorrang bestimmter Vergabeverfahren? ... 281
3. Nachverhandlungsverbot ... 283
4. Nachprüfung ... 285
IV. Wirkung der Grundfreiheiten ... 287
1. Grundsatz der Abschlußfreiheit ... 287
2. Aufklärungspflichten ... 288
3. Vergabeverfahren ... 289
a) Anwendungsbereich ... 290
b) Hierarchisierung der Vergabeverfahren ... 292
aa) Hierarchisierung in europäischen Vergaberichtlinien ... 292
bb) Hierarchisierung in nationalen Vergaberegelungen ... 292
cc) Mangelnde Hierarchisierung in europäischen und nationalen Vergaberegelungen ... 293
4. Nachverhandlungsverbot ... 294
5. Nachprüfung ... 294
6. Zusammenfassung ... 296

§ 13 Abschluß des Vertrages ... 297

I. Abschlußfreiheit, Abschlußpflicht, Zuschlagskriterien ... 297
1. Grundsätzliches ... 297
2. Ausnahmen ... 299
a) Spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang ... 299
b) Kartellrechtliche Abschlußpflicht ... 300
c) Vergabekriterien ... 301
aa) Vergaberecht ... 301
bb) Ausdehnung oder Verallgemeinerung? ... 301
d) Diskriminierungsschutz ... 303
e) Gute Sitten ... 304
f) Culpa in contrahendo: Abbruch von Vertragsverhandlungen? ... 304
II. Wirkung der Grundfreiheiten ... 305
1. Spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang ... 306
2. Kartellrechtliche Abschlußpflicht ... 307
3. Vergabekriterien ... 308
4. Diskriminierungsschutz ... 308
5. Gute Sitten ... 309
6. Culpa in contrahendo ... 309
III. Summe ... 310

§ 14 Pacta sunt servanda 311

I. Bindung 311
1. Grundsätzliches 311
a) Bedeutung und Geltung 311
b) Freiheit zur Bindung oder von Bindung? 314
2. Änderungsrechte im Vergabewesen 315
3. Efficient breach of contract? 316
II. Selbsthilfeverbot und Erzwingung der Erfüllung 317
III. Wirkung der Grundfreiheiten 319
1. Bindung 319
2. Änderungsrechte im Vergabewesen 319
3. Efficient breach of contract? 320
4. Selbsthilfeverbot und Erfüllungszwang 320
IV. Summe 321

§ 15 Widerrufsrechte 322

I. Widerrufsrecht für Verbraucher 323
1. Gesetzliche Regelungen 323
2. Widerrufsrecht und Vertragsfreiheit 327
3. Formzwang und Naturalobligation als Alternativen zum Widerrufsrecht 328
II. Widerrufsrechte im Vergabewesen? 330
III. Gesamtschau und Wirkung der Grundfreiheiten 334
1. Problem 334
2. Beispiele 334
3. Systematisierungsversuche 336
4. Grundfreiheiten 337
a) Verkaufsmodalitäten? 337
b) Anwendungsbereich 338
aa) Lücken 339
bb) Weite 340
IV. Summe 341

§ 16 Verbotene, unvollkommene und zwangsfreie Verträge 342

I. Verbote 342
1. Thematische Grenzen der Vertragsfreiheit allgemein 342
2. Freiheitsentäußerung 344
3. Sittenwidrigkeit im besonderen 345
a) Grundfragen 345
b) Zwergenwerfen 347
c) Von Prostitution zu Telefonsex 348

d) „Leihmutterschaftsverträge" und Fortpflanzung ... 354
e) Angehörigenbürgschaft ... 356
4. Wirkung der Grundfreiheiten ... 359
a) Allgemeines ... 359
b) Freiheitsentäußerung ... 360
c) Sittenwidrigkeit ... 360
aa) Der EuGH als europäischer Sittenrichter? ... 361
(1) Auslegung europäischer Normen ... 361
(2) Nationale Sittenwidrigkeit und europäische Grundfreiheiten ... 363
bb) Kontrolle mit Vorbehalt ... 366
d) Sonderfall der Angehörigenbürgschaft ... 366
II. Naturalobligationen ... 367
1. Ursprung und Problematik ... 367
2. Anwendungsfälle ... 369
a) Ehe- und Partnervermittlung ... 369
b) Spiel, Wette und Termingeschäfte ... 371
c) Fluchthilfe ... 377
d) Religiöse Erziehung ... 378
3. Wirkung der Grundfreiheiten ... 379
a) Naturalobligation und Grundrechte sowie Grundfreiheiten ... 379
b) Naturalobligation und zwingende Erwägungen des Allgemeininteresses 381
aa) Spiel und Wette ... 381
bb) Ehe- und Partnervermittlung ... 382
cc) Termingeschäfte ... 383
dd) Fluchthilfe ... 384
ee) Religiöse Kindererziehung ... 384
III. Vollstreckungsausschluß ... 384
1. Bedeutung ... 384
2. Wirkung der Grundfreiheiten ... 385
a) Equitable remedies ... 386
b) Besondere Zwangsversagung ... 388
IV. Gesamtschau zur Wirkung der Grundfreiheiten ... 388

§ 17 Preis ... 390

I. Preisfreiheit, Markt und Geschichte der Preisregulierung ... 390
1. Allgemeines ... 390
2. Von der Bewirtschaftung zur Preisfreiheit ... 392
3. Bestimmter Preis ... 394
4. Vergaberecht ... 394
a) Nationale Regelungen ... 395
b) Europäische Lücken ... 398
c) Preisarten statt Preisbestimmungen ... 398
5. Fazit ... 398
II. Obergrenze und angemessener Preis ... 399
1. „Iustum pretium"? ... 399
a) Grundsatz ... 399

b) Herabsetzung auf angemessenen Preis als Ausnahme 401
c) Preiskontrolle und AGB-Kontrolle 402
d) Spezielle Preisregelungen 403
2. Laesio enormis 403
3. Wucher 404
4. Preisprüfung und Höchstpreisüberschreitung 406
III. Untergrenze 406
1. Wucher durch den Käufer 406
2. Preismißverhältnis im Vergaberecht 408
IV. Wirkung der Grundfreiheiten 411
1. Preis, Preisvorschriften und Europarecht 411
2. Preisvorschriften, Beschränkungsverbot und Allgemeininteresse .. 412
a) Obergrenze 412
b) Untergrenze 413
c) Vergaberecht 414
V. Summe 415

§ 18 Vertragsdauer 417

I. Interessen 417
II. Beschränkungen der Dauer: „Entweichen" aus der Bindung 418
1. Höchstdauer 418
2. Voraussetzungslose Kündigungsrechte 423
a) Vom Gesinde- zum Arbeitsvertrag 423
b) Miete 425
c) Darlehen 425
d) Fernunterricht 427
3. Begründungslastige Kündigungsrechte 428
4. Verwandte Mechanismen 430
III. Sicherung der Dauer: Bestandsschutz 431
1. Mindestdauer 431
2. Befristungsverbot 432
IV. Abfindungsansprüche 435
1. Vertragsende und Folgen 435
2. Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters 436
3. Propriété commerciale 438
V. Wirkung der Grundfreiheiten 440
1. Höchstdauer 441
2. Kündigungsrechte 441
a) Darlehenskündigung, insbesondere § 489 (bisher 609a) BGB 442
b) Andere Kündigungsrechte, etwa § 5 FernUSG 443
3. Mindestdauer 444
4. Befristungsverbot 445
a) Fremdsprachenlektoren und Befristungsverbot 445

b) Befristungsverbot als Grundfreiheitenbeschränkung? ... 446
aa) Modalität oder Produktregelung? ... 447
bb) Art. 295 (bisher 222) EGV? ... 448
5. Abfindungsansprüche ... 450
a) Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters ... 450
aa) Prinzip des Ausgleichsanspruches in der Handelsvertreter-RiL ... 450
bb) Ungleichheiten der Ausgleichsansprüche in harmonisierten europäischen Handelsrechten ... 451
(1) Warenverkehrsfreiheit des Lieferanten ... 453
(2) Niederlassungsfreiheit des Handelsvertreters ... 454
cc) Eigenhändlerproblematik: Ausgleichsanspruch nur für Handelsvertreter? ... 455
b) Propriété commerciale ... 456
aa) Modalität oder Produktregelung? ... 457
bb) Art. 295 (bisher 222) EGV? ... 458
VI. Summe ... 458

§ 19 Vertragsinhalt: Gestaltungsfreiheit ... 461

I. Freiheit und/oder Uniformierte Verträge ... 461
II. Kontrollmodelle ... 463
1. Administrative Kontrolle ... 463
2. Kontrolle durch Beratung? ... 465
3. Muster-AGB ... 465
a) Allgemeine Vorschläge und Lage im Vergabewesen ... 466
b) „Standaardregeling" in den Niederlanden und Verbindlicherklärung in Belgien ... 467
4. Gerichtliche Kontrolle ... 469
a) Grundsatz ... 469
b) Einschränkung in Art. 4.110 (ex 6.110) EuPr ? ... 469
5. Zwingendes Vertragsrecht ... 471
III. Dispositives Vertragsrecht – AGB-Kontrolle – Zwingendes Vertragsrecht ... 471
1. Trias dispositiv – vorformulierungsfest – zwingend ... 471
a) Personeller Schutzbereich ... 472
b) Sachliche Zuordnung ... 473
2. Dispositives Vertragsrecht ... 473
a) Dispositives Vertragsrecht als Reserveordnung ... 473
b) Wertentscheidungen des dispositiven Vertragsrechts ... 476
c) Leitbildfunktion des dispositiven Vertragsrechts für die AGB-Kontrolle 476
3. AGB-Kontrolle ... 477
4. Zwingendes Vertragsrecht ... 477
5. Zwingendes Vertragsrecht oder AGB-Kontrolle? ... 479
a) Vorteile der Privatautonomie ... 479
b) Vorzüge der Kontrolle von AGB oder vorformulierter Klauseln ... 480
c) Gründe für zwingendes Vertragsrecht ... 481

IV. Wirkung der Grundfreiheiten ... 483
1. Grundsatz der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit ... 484
2. Kontrollanliegen ... 484
a) AGB ... 485
b) Vorformulierte Bedingungen ... 486
c) Kontrollauftrag ... 488
3. Muster-AGB: „Standaardregeling" in den Niederlanden und Verbindlicherklärung in Belgien ... 488
4. Gerichtliche AGB-Kontrolle ... 489
a) Produktregelung oder Verkaufsmodalität? ... 489
b) Verbraucherrecht ... 491
c) Handelsrecht ... 492
aa) Beschränkung durch AGB-Kontrolle? ... 492
bb) Anspruch auf AGB-Kontrolle? ... 493
(1) Kollisionsrechtliche Diskriminierung ... 493
(2) Nachfragebeschränkung durch Fehlen von AGB-Kontrolle? ... 494
5. Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit unangemessener Klauseln? ... 495
6. Zwingendes Vertragsrecht ... 496
V. Zusammenfassung ... 498

§ 20 Geschäftsgrundlage, Gnadenfristen und Haftungsbefreiung wegen sozialer Härte (social force majeure) ... 499

I. Allgemeines ... 499
II. Geschäftsgrundlage ... 499
1. Entwicklung und Verbreitung ... 499
2. Sondernormen für spezielle Sachverhalte ... 501
a) „Bestseller-Paragraph" ... 501
b) remissio mercedis ... 503
c) Bedeutung ... 507
III. Gnadenfrist und Haftungsbefreiung wegen sozialer Härte (Social force majeure) ... 508
IV. Wirkung der Grundfreiheiten ... 510
1. Beschränkung der Vertragsfreiheit ... 510
2. Grundfreiheiten ... 511
a) Allgemeines ... 511
b) Remissio mercedis ... 511
c) Bestseller-Paragraph ... 512
d) Délais de grâce und Haftungsbefreiung wegen sozialer Härte (social force majeure) ... 513
V. Summe ... 514

§ 21 Haftung ... 515

I. Vermögenshaftung ... 515

II. Grenzen des Haftungsausschlusses ... 516
1. Grundlagen der Haftung ... 516
2. Regeln über den Haftungsausschluß ... 517
a) Zwingende Haftung für bestimmte Vertrags- oder Leistungsarten ... 517
b) Allgemeine Grenzen des Haftungsausschlusses ... 520
c) Dauer der Haftung ... 521
III. Grenzen vertraglich vereinbarter Haftung und Bestrafung, insbesondere Vertragsstrafen ... 521
IV. Fonds oder Versicherung zur Haftungsgarantie ... 526
V. Wirkung der Grundfreiheiten ... 532
1. Vermögenshaftung ... 532
2. Grenzen des Haftungsausschlusses ... 533
a) Produktbestandteil oder Verkaufsmodalität? ... 533
b) Dauer der Gewährleistung ... 534
3. Grenzen der Vertragsstrafe ... 534
a) Ausschluß der Vertragsstrafe ... 534
b) Herabsetzung von Vertragsstrafen ... 536
4. Haftungsfonds und -versicherungen ... 537
VI. Zusammenfassung ... 539

§ 22 Ausschluß und Einbeziehung Dritter ... 540

I. Vertrag und Dritter ... 540
II. Vertrag zugunsten Dritter – Zulässigkeit oder Verbot? ... 540
III. Unwirksames Abtretungsverbot ... 542
1. Abtretbarkeit von Forderungen und Abtretungsausschluß ... 542
2. Ermöglichung oder Verbot des Abtretungsausschlusses als Beschränkung? ... 544
IV. Action directe ... 546
1. Subunternehmer ... 546
2. Gewährleistung beim Verbraucherkauf ... 548
V. Vertragsübernahme ... 549
VI. Einwendungsdurchgriff ... 551
VII. Wirkung der Grundfreiheiten ... 553
1. Vertrag zugunsten Dritter ... 553
2. Unwirksames Abtretungsverbot ... 554
3. Action directe ... 555
a) Subunternehmer ... 556
b) Verbrauchsgütergarantien ... 556
c) Zusammenfassung ... 557
4. Vertragsübernahme ... 557
5. Einwendungsdurchgriff ... 560
VIII. Zusammenfassung ... 562

4. Teil: Ertrag 565

§ 23 Thesen 566

I. Grundlagen: Vertrag und europäische Marktwirtschaft 566
II. Vertragsrechtliche Probleme und Tragweite der Grundfreiheiten im Vertragsrecht 568
III. Konsequenzen für Grundfreiheitenrechtsprechung und europäische Rechtspolitik 573
1. Abgewogenheit statt „horror iuris" 573
2. Macht und Verantwortung des EuGH 575
3. Systematisierung als Aufgabe europäischer Rechtswissenschaft, Rechtsetzung und Rechtsprechung 576

§ 24 Epilog: Ausblick in die Zukunft des europäischen Vertragsrechts 578

I. Europäische Vertragsrechtskodifikation? 578
II. Grundfreiheitenkonformität europäischen Vertragsrechts 581
III. Die dauernde Aufgabe 582

Literaturverzeichnis 585

Entscheidungsverzeichnis 656

Sachverzeichnis 669

Abkürzungsverzeichnis

A.	Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme/ Publications of the European Court of Human Rights, Série A: Arrêts et décisions/Series A: Judgments and Decisions, Greffe de la Cour/Registry of the Court, Conseil de l'Europe/Council of Europe, Strasbourg
a.	auch
AA	Ars Aequi
a.A.	anderer Ansicht
Aant.	Aantekening
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Act.jur.P.I.	Actualité juridique Propriété Industrielle
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
a.F.	alter Fassung
afd.	afdeeling
AG	Die Aktiengesellschaft
AG	Amtsgericht
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
AK	Astikos Kodix
All ER	All England Law Reports
a.M.	am Main
a.m.Nachw.	auch mit Nachweisen
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Ann.Fac.Dr. Liège	Annales de la Faculté de droit de Liège
Ann.Fac.Dr.Bordeaux	Annales de la Faculté de Droit de Bordeaux
Ann.Lég.Fr.	Annuaire de législation française
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Arbitration International	Arbitration International
ArbG	Arbeitsgericht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Artt.	Artikel [Mehrzahl]
Asia Bus.L.Rev.	Asia Business Law Review
Asia Law	Asia Law

BAG	Bundesarbeitsgericht
Banking&Financial L.Rev.	Banking & Financial Law Review
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB a.F.	BGB in der Fassung vor dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts bzw. der Mietrechtsreform
BGB n.F.	BGB in der Fassung nach dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts bzw. der Mietrechtsreform
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Bau-Koordinierungs-Richtlinie
B.L.D.	Bulletin Législatif Dalloz
BRAK-Mitt.	Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen
B.S.	Belgisch Staatsblad – Moniteur Belge
BT-Drucks.	Deutscher Bundestag, Drucksachen
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la cour de cassation
B.V.	Besloten Vennootschap
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek [z.B. Art. 7:500 = Buch 7 Artikel 500]
c.	chapter
	contre
C.A.	Court of Appeal
Can.Bus.L.Rev.	Canadian Business Law Review
Cc	Code civil
ch.	chapter
	chambre
Chr.	Chronique
CISG	Convention on the International Sale of Goods
civ.	chambre civile
Clunet	Journal du droit international
C.M.L.Rev.	Common Market Law Review
Co.	Company
CoCoCo	Contrats, Concurrence, Consommation
Col.J.Asian L.	Columbia Journal of Asian Law
Columbia J.Eur.L.	Columbia Journal of European Law
com.	chambre commerciale
Contract L.J.	Contract Law Journal
CR	Computer und Recht
D.	Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation
D. Affaires	Dalloz Affaires
DB	Der Betrieb
DBVJ-Mitteilungen	Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristen-Vereinigung
D.C.	District Court
D.H.	Recueil Dalloz (Recueil hebdomadaire de jurisprudence)
DBR	Das Deutsche Bundesrecht (Loseblattsammlung)
DDR	Deutsche Demokratische Republik

DDR-GBl.	Gesetzblatt der DDR
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselben
Dir.com.int.	Diritto dell'commercio internazionale
Dir.com.scambi.int	Diritto communitario e degli scambi internazionali
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DKR	Dienstleistungs-Koordinierungs-Richtlinie
DM	Deutsche Mark
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Doctr.	Doctrine
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richter-Zeitung
Droits	Droits, Revue de théorie juridique
DVBl.	Deutsches Verwaltunggsblatt
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E	Entwurf
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EURATOM)
ecolex	ecolex
Edinburgh L.Rev.	Edinburgh Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
EGKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EP-Dok.	Europäisches Parlament, Dokument
E.R.	English Reports
ERPL	European Review of Private Law/ Revue européenne de droit privé/ Europäische Zeitschrift für Privatrecht
EU	Europäische Union
EuGEI	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechts Zeitschrift
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuPr	Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (Lando-Kommission)
EuR	Europarecht
Eur.Cons.L.J.	European Consumer Law Journal
Eur.J.L.&Econ.	European Journal of Law and Economics
Eur.L.J.	European Law Journal

EurZVerbrR	Europäische Zeitschrift für Verbraucherrecht
EuVergabeR	Europäisches Vergaberecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschafts-gemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
F	Francs
F2d	The Federal Reporter Second Series, Cases Argued and Determined in the Circuit Courts of Appeals and District Courts of the United States, United States Court of Customs and Patent Appeals, Court of Claims of the United States, and Court of Appeals of the District of Columbia with Key-number Annotations
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fasc.	Fascicule
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende (Mehrzahl)
FF	Francs français
Foro.ital.	Il Foro italiano
FS	Festschrift
F.T.Bus.L.Rev.	Financial Times Business Law Review
F.Supp.	Federal Supplement
G	Gesetz Gutachten
GA	Generalanwalt
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
Ger.Hof	Gerechtshof
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
Giur.it.	Giurisprudenza italiana
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Hdb.Quellen	Handbuch der Quellen
H.L.	House of Lords
hfl.	niederländische Gulden
http://www	Hyper Text Transfer Protocol World Wide Web
Human Rights L.J.	Human Rights Law Journal
ibid.	ibidem
ICCLR	International Company and Commercial Law Review
IECL	International Encyclopedia of Comparative Law
INFO-C	
insbes.	insbesondere

Int.Bus.Lawyer	International Business Lawyer
Int.Comp.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
Int.Company&Com.L.Rev.	International company and commercial law review
Int.Construction L.R.	International Construction Law Review
Int.Enc.Comp.L.	International Encyclopedia of Comparative Law
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
I.R.	Informations rapides
Isr.L.Rev	Israel Law Review
IWB	Internationale Wirtschafts-Briefe
J.	Justice
JBl.	Juristische Blätter
J.C.P.	Juris-Classeur Périodique, La semaine juridique
J.C.P. (éd.gén.)	", édition générale
J.C.P. (entr.)	", édition entreprise
J.Cons.Policy	Journal of Consumer Policy
J.Contract L.	Journal of Contract Law
J.Int.L.&Econ.	Journal of International Law and Economics
J.Leg.Stud.	The Journal of Legal Studies
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J.O.	Journal Officiel
J.O.Ass.nat.Déb.parl.	Journal Officiel, Assemblée Nationale, Débats parlementaires
JR	Juristische Rundschau
J.Trib. (Brux.)	Journal des Tribunaux (Bruxelles)
J.Trib.dr.Eur.	Journal des Tribunaux Droit Européen
Jb.Ital.R.	Jahrbuch für italienisches Recht
Jb.NeuePolit.Ökon.	Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie
Jur.	Jurisprudence
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
K.B.	Law Reports, Kings Bench
KG	Kammergericht
K.G.	Kort Geding
KOM	Europäische Kommission, Dokument
krit.	kritisch
KritVjSchr	Kritische Vierteljahresschrift
£	Pfund Sterling
Law Com.	Law Commission
L.C.	Lord Chancellor
LG	Landgericht
lit.	littera
L.J.	Lord Justice
LKR	Liefer-Koordinierungs-Richtlinie
Ls.	Leitsatz
Ltd.	Limited

M	Mark
Maastricht J.	Maastricht Journal of European and International Law
m.Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Mlle.	Mademoiselle
m.Nachw.	mit Nachweisen
Mod.L.Rev.	Modern Law Review
Mon.trav.publ.	Moniteur des travaux publics
N.	(Fuß-)Note
Nachw.	Nachweise
N.B.W.	Nieuw Burgerlijk Wetboek
n.Chr.	nach Christi Geburt
Ned.Jbl.	Nederlands Juristenblad
Ned.Jur.	Nederlandse Jurisprudentie
Ned.T.Eur.R.	Nederlandse Tijdschrift voor Europees Recht
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht
No.	Number, numéro
Nos.	Numbers, numéros
Nr.	Nummer
NSW	New South Wales
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
N.V.	Naamloze Vennootschap
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw.	Nachweise
N.Y.	New York
N.Y.L.Sch.J.Int.&Comp.L.	New York Law School Journal of International and Comparative Law
N.Y.S. 2d	New York Supplement Second Series, Cases Argued and Determined in the Court of Appeals, Appelate Division of the Supreme Court, as well as the Supreme Court and Other Courts
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv
ÖBGBl.	Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG-NL	OLG-Rechtsprechung Neue Länder
OGH	Oberster Gerichtshof
O.J. E.C.	Official Journal of the European Communities
OR	Obligationenrecht
ORDO	ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
ÖRdW	Recht der Wirtschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OVG	Oberverwaltungsgericht
Oxford J.Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies

Panor.	Panorama de jurisprudence
para.	paragraph
paras.	paragraphs
PHI	Produkthaftpflicht International
Quot.jur.	Quotidien juridique
R.	Rückseite
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	(Österreichisches) Recht der Wirtschaft
Rec. Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux, et du Tribunal des conflits, des arrêts des cours administratives d'appel et des jugements des tribunaux administratifs, Collection Lebon, Panhard, Chalvon-Demersay
Rép. Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
Rép.quest.écrite	Réponse question écrite
Rev.arb.	Revue de l'arbitrage
Rev.crit.d.i.p.	Revue critique de droit international privé
Rev.dr.aff.int	Revue de droit des affaires internationales
Rev.dr.immob.	Revue de droit immobilier
Rev.dr.unif.	Revue de droit uniforme
Rev.eur.dr.cons.	Revue européenne du droit de la consommation
Rev.hell.dr.int	Revue hellénique de droit international
Rev.Inst.belge	Revue de droit international et de droit comparé
Rev.int.dr.comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev.Marché Commun	Revue du Marché Commun
Rev.Marché Unique Eur.	Revue du Marché Unique Européen
Rev.trim.dr.civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev.trim.dr.com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev.trim.dr.eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RFDA	Revue française de droit adminstratif
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv.dir.civ.	Rivista di diritto civile
Riv.dir.com.	Rivista di diritto commerciale
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft /Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
RJ	Rechtshistorisches Journal
RMR	Rechtsmittel-Richtlinie
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rs.	Rechtssache
RSFSR	Russische Sozialistische Föderative Sowjetrepublik
R.W.	Rechtskundig Weekblad
Rz.	Randzahl
s.	section siehe
S.	Recueil Sirey Seite

s.a.	siehe auch
S.A.	Société Anonyme
Sarl	Société à responsabilité limitée
SBZ	Sowjetisch besetzte Zone
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
Scots L. Times	Scots Law Times
Seuff.A.	Seufferts Archiv
S.E.W.	Sociaal Economische Wetgeving
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
SKR	Sektoren-Koordinierungs-Richtlinie
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes (Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften)
soc.	chambre sociale société
Sol.J.	The Solicitors' Journal
Somm.	Sommaires
ss.	sections
Stb.	Staatsblad
StuR	Staat und Recht
SZ Rom. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung
T.P.R.	Tijdschrift voor Privaatrecht
TranspR	Transportrecht
Trav.Assoc.H.Capitant	Travaux de l'Association Henri Capitant
Trb.	Tractatenblad
Trib.gr.inst.	Tribunal de grande instance
Trib.inst.	Tribunal d'instance
Tulane J.Int.Comp.L.	Tulane Journal of International and Comparative Law
Tulane L.Rev.	Tulane Law Review
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht
tvvs	Tijdschrift voor venootschappen, verenigingen en stichtingen
u.a.	und andere
–	unter anderem
UA	Unterabsatz
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UPr	Grundregeln für internationale Handelsverträge (Unidroit)
USA	United States of America
U.S.Dist.Ct.	United States District Court
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus, against vom
VergabeR	Vergaberecht
Verh.DJT	Verhandlungen des Deutschen Juristentages
VersR	Versicherungsrecht
VersRdsch.	Die Versicherungsrundschau
Verw.Arch.	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Virginia L.Rev.	Virginia Law Review
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht

V.K.	Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland
vgl.	vergleiche
v°	verbo
VO	Verordnung
vol.	volume
Vorbem.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
W.H.P.C.	Wet Handelspraktijken en Consumentenbescherming
W.L.R.	Weekly Law Reports
WBl.	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WiRO	Wirtschaftsrecht in Osteuropa
WKR	Wiener Kaufrecht
WKSchG	Wohnraumkündigungsschutzgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen
w.N.	weitere Nachweise
WoBl.	Wohnrechtliche Blätter
W.P.N.R.	Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-Ambt en Registratie
WR	Wirtschaftsrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	World Trade Organization
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
z.B.	zum Beispiel
ZfRvgl.	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZgStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [früher: Zeitschrift für Insolvenzpraxis]
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSchweizR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zust.	zustimmend
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

1. Teil

Grundlagen

§ 1 Vertragsrecht in systematischer Sicht

I. Vertragsrecht und Schuldrecht

Dem Vertrag wird heute wieder eine große Zukunft vorausgesagt: „(L)a vie juridique des années à venir sera avant tout une vie contractuelle"[1]. Und schon bisher ist der Vertrag „(e)ines der bedeutsamsten Mittel zur rechtlichen Gestaltung des Wirtschaftslebens"[2]. Vertragsrecht verdient daher Aufmerksamkeit: Viele Fragen vertraglicher Schuldverhältnisse werden in Deutschland tiefgehend und breit behandelt, doch ein umfassender Blick auf das „Vertragsrecht" fehlt vielfach[3]. Auch soweit etwa im Hinblick auf Probleme der Vertragsparität eine zusammenfassende Sicht angestrebt wird und Bausteine für die Systematik des Vertragsrechts, wenngleich natürlich keine „Patentrezepte"[4], geliefert werden[5], fehlt meist ein rechtsvergleichender und europäischer Ansatz. Die relativ geringe Systematisierung des Vertragsrechts könnte damit zusammenhängen, daß es in Deutschland zwischen Allgemeinem Teil des Bürgerlichen Rechts im 1. Buch des BGB, Allgemeinem und Besonderem Schuldrecht im 2. Buch des BGB, einzelnen Vorschriften im HGB und – bis vor kurzem – zahlreichen Sondergesetzen vor allem mit speziellen verbraucherschützenden Regelungen aufgespalten ist[6]. Zudem bestehen für die Beschaffungsverträge des öffentlichen Auftragswesens besondere Normen, die meist in einem „rechtlichen Halbschatten" liegen[7]. Die Quellen des deutschen Vertragsrechts sind also disparat. Gemeinrechtliche Systeme und auch die Artt. 1 ff. des schweizerischen OR stellen dagegen den Vertrag an die Spitze des Obligationenrechts[8].

---

[1] Terneyre, Mélanges Peiser 486.

[2] Dr. Gablers Wirtschaftslexikon, hrsg. von R. Sellien/H. Sellien, VI: V–Z (9. Aufl. 1976) v° Vertrag; s.a. Gabler Lexikon Recht in der Wirtschaft (1998) 1028.

[3] Das „Fehlen einer umfassend verstandenen Vertragsrechtsdogmatik" beklagt Hönn 47.

[4] So Hönn 306.

[5] Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität (1982); Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht (1996).

[6] Krit. Zimmermann 31; Zweigert, FS Rheinstein II 493–504 (496).

[7] So Pietzcker, AöR 107 (1982) 61–100 (61).

[8] Vgl. Zweigert, FS Rheinstein II 493–504 (496). Kritisch zur Systematik des BGB schon Otto von Gierke, Das BGB und der Deutsche Reichstag 55: „Statt der abstrakten Bestimmungen über Rechtsgeschäfte und Verträge, die ja doch auf das Sachen-, Familien- und Erbrecht meist nur wie die Faust aufs Auge passen, wäre eine Regelung der hier behandelten Fragen, soweit sie überall einer gesetzgeberischen Entscheidung bedürfen, innerhalb des Obligationenrechtes ausreichend."

In § 311 Abs. 1, bisher § 305 BGB, wird zwar, der „summa divisio" des *Gaius* folgend[9], wie in manchen europäischen Gesetzbüchern[10] zwischen vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen unterschieden[11]. Die Verbindungslinien zwischen verschiedenen Teilen des Vertragsrechts, zwischen Allgemeinem und Besonderem Schuldvertragsrecht und überdies zwischen verschiedenen Sparten des Besonderen Schuldvertragsrechts, werden aber selten gezogen. Noch mehr fehlt die Einfügung vertragsbezogener Normen der Sonderprivatrechte in das allgemeine Vertragsrecht. In einigen anderen europäischen Ländern werden dagegen in der Rechtsliteratur oftmals das „Law of Contract", „Les contrats", „I Contratti" dargestellt, wenn auch oft nicht in voller Breite; die Ansätze in Europa sind also unterschiedlich[12]. Einen allgemeinen Blick auf das Vertragsrecht findet man heute im anglo-amerikanischen Raum[13]; allerdings wird dies dort durch Ausblendung der Einzelheiten von vielerlei Vertragsarten erkauft, da man sich anders als im 19. Jahrhundert vor allem dem allgemeinen Vertragsrecht widmet[14]. Dabei wird auch der Vertrag überhaupt problematisiert. In Amerika war sogar schon der „Death of Contract" verkündet worden[15], und „The Rise and Fall of Freedom of Contract"[16] haben nicht nur in England Aufmerksamkeit gefunden. Diese Erörterungen sind heute aber durch die kontinentaleuropäischen Erfahrungen der Transformation und durch die Renaissance des Vertrages überholt.

Der außerhalb Deutschlands in Europa verbreitete Ansatz beim Vertragsrecht wird zum Teil praktisch zu erklären sein: Beschrieben werden die rechtlichen Regeln des dem Leistungsaustausch dienenden Phänomens „Vertrag". In der sichtenden und beschreibenden Bündelung der Praxis hat sich so das „Vertragsrecht" entwickelt. Und wenngleich überall vertragliche Haftung ursprünglich aus deliktischer entstanden zu sein scheint[17], wird die Einteilung zum Teil auch auf einem Fehlen der übergreifenden Kategorie des Schuldverhältnisses, der Obliga-

---

[9] Gai III 88: „Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto." Dazu ZIMMERMANN 10f., 14; Text und Übersetzung etwa bei SCHARR 832f.

[10] Art. 1089 Código civil (Spanien), Art. 1173 Codice civile (Italien), § 859 ABGB (Österreich).

[11] So auch schon DERNBURG 20.

[12] Siehe auch BROGGINI, ZfRV 1997, 221–229 (223).

[13] Als erstes systematisches Werk des contract law nennen CHESHIRE/FIFOOT/FURMSTON 12: *John Powell*, Essay upon the Law of Contracts and Agreements (1790); für amerikanische Werke ab Mitte des 19. Jahrhunderts siehe FARNSWORTH, United States Contract Law 44 m.Nachw., auch 53.

[14] Dazu FARNSWORTH, United States Contract Law 54f., auch 44.

[15] GILMORE, The Death of Contract (1974). MACNEIL, The New Social Contract (1980) 71 bemerkt aber schon: „Far from being dead, contract has swept the world – as a pessimist might say – like the plague." Kritisch schon BUCHER, ZSchweizR 1983.2.251 (375).

[16] So der Titel des Werkes von ATIYAH (1979).

[17] ZIMMERMANN 4f., auch 12 N. 68; VÉKÁS, JITE 152 (1996) 40–53 (41).

tion, beruhen[18], oder auf geringer Ausbildung von Regeln für einzelne Arten von Schuldverträgen[19].

Der vertragsrechtliche Ansatz scheint heute im Vordringen: Internationale rechtsvergleichende und europa-privatrechtliche Arbeiten wenden sich öfters zielgerichtet dem „Vertragsrecht" zu. Dies gilt insbesondere für die „Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts" und die Unidroit „Grundregeln für internationale Handelsverträge"[20]. Ein Lehrbuch des Europäischen Vertragsrechts haben *Kötz* und *Flessner* vorgelegt[21]. Die Bedeutung europäischer Rechtsangleichungs-Richtlinien für das Entstehen eines europäischen Vertragsrechtes wird diskutiert[22]. Setzt man so beim Vertragsrecht an und geht von dort aus vor, so ist die Struktur der Erfassung von Rechtsfragen eine andere als für deutsche Juristen von der Systematik des BGB her gewohnt. Die Abstraktionshöhe des BGB hat ihre Vorteile, aber auch ihre Nachteile[23] – ebenso wie der vertragsrechtliche Ansatz.

II. Konzentration auf Vertragsrecht: Nachteile und Vorteile

Ein Blick speziell auf Vertragsrecht und nicht generell auf Schuldrecht hat Nachteile wie Vorteile. Ein Nachteil ist das Übergehen des Umstandes, daß etliche Fragen sich in gleicher oder ähnlicher Weise auch für gesetzliche Schuldverhältnisse stellen. Soll man etwa Fragen des Schadensersatzes getrennt für vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse untersuchen, gar regeln? Fragen der Urteile auf Nichtgeldleistungen vom allgemeinen prozessualen Zusammenhang lösen und in abgeschiedene Bereiche vertraglicher und gesetzlicher Ansprüche aufspalten? Dies begegnet Bedenken. Ein spezifisch vertragsrechtlicher Blick droht also die Zusammengehörigkeit von Fragen, die sich für vertragliche wie gesetzliche Schuldverhältnisse in gleicher Weise stellen, auseinanderzureißen. Allerdings läßt sich diese Zusammengehörigkeit bei der Gesetzgebung durch Brückenbestimmungen wahren, die die Geltung verallgemeinerungsfähiger vertragsrechtlicher Normen auch für außervertragliche Schuldverhältnisse anordnen. So wird etwa im neuen niederländischen Burgerlijk Wetboek mittels sog. Schaltbestimmungen

[18] Dazu GIUSEPPE GANDOLFI, Verso il tramonto del concetto di ‚obbligazione' nella prospettiva di un Codice unico per l'Europa? Riv.dir.civ. 41 (1995) 203–214.

[19] So wohl in Skandinavien.

[20] Näher dazu noch § 5 II 5 d); Text in Deutsch und Englisch auch in IPRax 1997, 205ff..

[21] KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht I; Band II von FLESSNER ist in Vorbereitung.

[22] Etwa VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra ‚Contratti commerciali' e ‚contratti dei consumatori'), Giur.it. 1993.IV.57–73; siehe nunmehr auch SCHULTE-NÖLKE/SCHULZE/BERNARDEAU, Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht.

[23] Dazu auch MARKESINIS, Foreign Law 85f.

(„schakelbepalingen")[24] verfahren, und speziell für das Vertragsrecht auch im israelischen Recht[25].

Ein zusammenfassender Blick auf das Vertragsrecht verspricht andererseits gewichtige Vorteile. Vertragliche Besonderheiten können bei der allgemeinen schuldrechtlichen Betrachtung gelegentlich verlorengehen. So sind die §§ 249 ff. BGB über den Schadensersatz allgemeine Bestimmungen, aber die Darstellung konzentriert sich manches Mal dennoch ganz auf das Deliktsrecht[26]. Der Vorteil der legislativen Verallgemeinerung wird also nicht immer ausgeschöpft. Soweit Spezialregeln für einzelne vertragliche Schuldverhältnisse bestehen, droht hingegen die Gefahr, daß diese isoliert nur für diesen einen Vertragstyp, nicht aber als allgemeines vertragsrechtliches Problem gesehen und erörtert werden und damit ein unreflektiertes Eigenleben entfalten[27]: Landpachtrecht[28], Bauvertragsrecht[29], Kfz.-Händlervertragsrecht[30], Informationsgütervertragsrecht[31], Versicherungsvertragsrecht[32], Heimvertragsrecht[33], gar Detektivvertragsrecht[34] als eigene Rechtsgebiete statt als besondere Ausprägungen des Vertragsrechts? Von einem System des Vertragsrechts sollte man dann nicht sprechen. Systematik aber ist nicht nur ein natürliches Bestreben der Wissenschaft, sondern zugleich ein Sicherungsrahmen

---

[24] Etwa Art. 3:15, 6:216 BW. Innerhalb des Schuldrechts ist allerdings viel vor die Klammer gezogen, da Buch 6 Titel 1 und 2 mit den Artt. 6:1–6:161 den Regelungen über außervertragliche bzw. vertragliche Schuldverhältnisse vorangestellt sind.

[25] Das Contracts (General Part) Law, 5733–1973, bestimmt in s. 61 (b) in englischer Übersetzung, abgedruckt in European Legal Traditions and Israel I 595 ff. (605):

„The provisions of this law shall, as far as appropriate and *mutatis mutandis*, apply also to legal acts other than contracts and to obligations not arising out of a contract."

[26] Vgl. als Beispiel etwa das sonst sehr instruktive Buch von LANGE, Schadensersatz (1990), wo Besonderheiten des vertraglichen Schadensersatzes kaum vorkommen.

[27] So im Hinblick auf zwingende Normen auch ZWEIGERT/KÖTZ 324: „[D]as Recht der ‚regulierten Verträge' führt heute meist ein Eigenleben vor den Toren des allgemeinen Vertragsrechts."

[28] §§ 585 ff. BGB, zur remissio mercedis unten § 19.

[29] Insbes. VOB, unten § 4 IV, auch § 13 I 2 c); zu § 648a BGB unten § 4 II, auch § 21 IV.

[30] Zu den Gruppenfreistellungsverordnungen der EG unten § 5 III 3, zum Ausgleichsanspruch unten § 18 IV 2 und V 5 a).

[31] Vgl. den amerikanischen Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) und zum vorher geplanten neuen Art. 2B des UCC über die Lizenzierung von Informationen und derartigen Problemen KOCHINKE/GÜNTHER, CR 1997, 129–137; siehe auch noch unten § 19 I.

[32] WEYERS 54 f. Rz. 124 bemerkt kritisch: „Obwohl – wie nicht oft genug gesagt werden kann – der Versicherungsvertrag sich in nichts grundlegend von anderen schuldrechtlichen Verträgen unterscheidet, daß es gerechtfertigt wäre, ihn vom übrigen Schuldrecht zu isolieren – denn Besonderheiten in geringerer oder größerer Zahl haben viele Verträge –, obwohl also der Versicherungsvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag wie jeder andere ist, führt die Wissenschaft vom Versicherungsvertrag seit langem ein Eigenleben."

[33] Heimgesetz vom 7.8.1974, BGBl. I 1873, m. Änd. vom 23.4.1990, BGBl. I 763, 1069, vgl. DBR I K 80.7.8.1974; zur Rechtsnatur des Altenheimvertrages in Frankreich Cour de cassation (3e civ.) 1.7.1998 (*Bodini ./. Maison de retraite Fleury*), CoCoCo 1998 Nr. 140.

[34] Vgl. in Belgien die Loi organisant la profession de détective privé/ Wet tot regeling van het beroep van privé-detective vom 19.7.1991, Belgisch Staatsblad 1991, 21604.

für die durch den Gleichheitssatz gebotene Gleichbehandlung wertungsmäßig gleicher Fälle[35]. Besondere Vertragsrechtsnormen sind im Zusammenhang der allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts zu sehen[36].

Zudem ist Vertragsrecht im Unterschied zu dem übrigen Schuldrecht durch das besondere Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und teils zwingender rechtlicher Regelung gekennzeichnet. Gesetzliche Schuldverhältnisse und die mit ihnen gleichzeitig verbundenen Freiheitsbeschränkungen wie Freiheitsgewährleistungen finden die Parteien vor, Verträge ordnen sie im Prinzip selbst – die Frage ist, innerhalb welcher Grenzen? Ein sich weder auf das Allgemeine beschränkender noch im ganz Speziellen verlierender Blick auf dieses Spannungsverhältnis erfordert eine Schau des Vertragsrechts als Einheit, als System. Ohne System fehlt die Wertungskohärenz und droht Ungerechtigkeit. Bei der heutigen Bedeutung des Vertragsrechts wäre dies noch bedenklicher als früher.

Ist einst das Sachenrecht das Recht der bäuerlich-ländlichen Gesellschaft gewesen, so ist das Schuld(vertrags)recht – einstmals nur „Fußnote zum Eigentum"[37] oder Art des Eigentumserwerbs[38] – das Recht der Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft geworden[39]. Sir *Henry Maine* hat schon 1861 erklärt, „the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract*"[40]. Zwischenzeitliche statusbezogene Gesellschafts- und Rechtssysteme wie Nationalsozialismus und real existierender Sozialismus sind im Laufe des 20. Jahrhunderts wieder zugrundegegangen. Der Vertrag triumphiert. Aktuell in der Entwicklung stehende Rechtsgebiete wie Vergabe-, Verbraucher- oder Kapitalmarktrecht bauen auf dem Vertrag auf. Zwar kann der Vertrag in einer wertebejahenden sozialen

[35] Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 14 EMRK; s.a. BVerfG 30.5.1990, BVerfGE 82, 126 (145) zu Kündigungsfristen bei Arbeitnehmern, zur folgenden gesetzlichen Änderung ADOMEIT/THAU, NJW 1994, 11–15; zur unterschiedlichen Berechnung der für die verlängerten Kündigungsfristen maßgeblichen Beschäftigungsdauer schon BVerfG 16.11.1982, BVerfGE 62, 256. Unterscheidend hat zu Art. 3 Abs. 1 GG hinsichtlich § 656 BGB schon BVerfG 20.4.1966, BVerfGE 20, 31 (33) ausgeführt: „Daß der Beruf des Ehemäklers nicht der gleiche ist wie etwa der eines Grundstückmaklers, verkennen die Beschwerdeführerinnen nicht. Der Gleichheitssatz gebietet daher nicht, die entgeltliche Heiratsvermittlung ebenso zu behandeln wie andere Mäklerverträge."

[36] So speziell für das Versicherungsvertragsrecht WEYERS 56 Rz. 128.

[37] „früher [war] das Vertragsrecht gewissermaßen bloß eine Fußnote zum Sachenrecht", heißt es bei BUCHER, ZSchweizR 1983.2.251 (376).

[38] Der französische Code civil handelt im 3. Buch „Des différentes manières dont on acquiert la propriété" und regelt in den ersten beiden Titeln Erbschaften und Schenkungen sowie Testamente, erst danach Verträge im Allgemeinen und andere schuldrechtliche Fragen sowie besondere Vertragsverhältnisse.

[39] Vgl. FIKENTSCHER 8 Rz. 6; KÜBLER, RJ 12, 281 („zunehmende Dominanz des Obligationenrechts"); ferner MACNEIL, The New Social Contract (1980) 71 („The modern technological world is, par excellence, one founded on contract."). Über die geringe Rolle von Vertrag und Obligationenrecht im Feudalismus auch MANFRED WOLF, Entscheidungsfreiheit 9; HÄRTEL/PÓLAY, Römisches Recht und römische Rechtsgeschichte 192; MANFRED WOLF 9; HÖFLING 1. Vgl. ferner VÉKÁS, JITE 152 (1996) 40–53 (44); SCOTT 57; KÖTZ 6.

[40] Ancient Law (1861) 170, hier zitiert nach der 11. Aufl. 1887, ebd. 304 ff. auch „Chapter IX. The Early History of Contract".

menschlichen Gesellschaft[41] nicht das einzige Rechtsinstitut sein, darf man nicht alles im „contract" auflösen und der „Ware-Geld-Beziehung" unterwerfen[42], aber er ist doch von oft zentraler Bedeutung. Vertragsrecht verdient daher eine systematische Betrachtung, die die Spezialität einzelner Vertragsarten mit der Allgemeinheit vieler Regelungsprobleme verbindet.

Dabei kann auch das Vergaberecht des Öffentlichen Auftragswesens miteinbezogen werden. Es handelt sich bei ihm um ein bislang vernachlässigtes besonderes Vertragsrecht, das kaum in Bezug zum allgemeinen Vertragsrecht gesetzt wird, sondern „ein eher exotisch-orchideenhaftes Betätigungsfeld für einige wenige Spezialisten zu sein schien"[43]. Sind diese Verträge wie in Deutschland privatrechtlich, so kann man auch hier von einem Sonderprivatrecht sprechen[44]. Nicht ohne Grund regelt aber etwa das neue russische ZGB in den Artt. 446 ff. den Vertragsabschluß bei „Bieterwettbewerb". Viele Fälle der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit sind eigentlich Fälle des Vergaberechtes. Dies wird in Schiedspraxis und Wissenschaft jedoch kaum beachtet. Paradoxerweise werden diese Rechtsbeziehungen sogar durch Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria-Bestrebungen besonders liberalisiert, obwohl sie doch in den internen Rechten herkömmlicherweise besonders streng reglementiert sind, selbst bei den „government contracts" der USA: „Government statutes and regulations are so detailed that their unique provisions predominate over commercial law in nearly every aspect."[45] Bei einigen vertragsrechtlichen Fragen hatte das Vergaberecht sogar eine Pionierfunktion. So werden in Regelungen des öffentlichen Beschaffungswesens wie u.a. der Güteprüfung des § 13 VOL/B, inzwischen neugefasst im heutigen § 12 VOL/B, Vorläufer für die heute verbreiteten Qualitätssicherungsvereinbarungen gesehen[46]; eine Führungsrolle bei ihrer Entwicklung sei der militärischen Beschaffung zugekommen[47]. Ein systematischer vertragsrechtlicher Blick auf dieses Sonder-

---

[41] Zur objektiven Wertordnung des GG BVerfG 15.1.1958 (*Lüth*), BVerfGE 7, 198 (205); neuestens SCHAPP, Grundrechte als Wertordnung, JZ 1998, 913–918.

[42] Für eine „bewußte() Einstellung der marktwirtschaftlichen Ordnung in eine übergreifende Lebensordnung, welche die notwendigen Korrekturen und Ergänzungen zu dem rein technisch verlaufenden Prozeß der Gütererzeugung vollzieht", schon MÜLLER-ARMACK, Wirtschaftslenkung 93.

[43] So allerdings aus der Sicht des öffentlichen Rechts BRENNER, Der Ausschluß von Wettbewerbern als Sanktion im öffentlichen Auftragswesen vor dem Hintergrund der EG-Richtlinien (1997) 1; vgl. aus rechtshistorischer und -dogmatischer Sicht WERNER SCHUBERT, FS Korbion 389–410 (390 f.). SCHUBERT ebd. 409 f. berichtet auch, daß die VOB ursprünglich das Werk mehr von Baufachleuten als von Juristen gewesen sei; siehe auch RITTNER, EuR 1996 Beiheft 1 S. 7–22 (19).

[44] Vgl. in Italien BANDINI ZANIGNI 4, 7: diritto privato speciale. Sie bemerkt ebd. 12 auch die rechtswissenschaftliche Vernachlässigung der öffentlichen Lieferaufträge: „uno dei settori del diritto maggiormente trascurati."

[45] Government Contract Law 3; KEYES 7 bezeichnet die Federal Acquisition Regulations sogar als „Code"; anders aber MASSENGALE 1, 9.

[46] AXEL MERZ 186 ff.

[47] AXEL MERZ 190 f.

gebiet öffentliches Auftragswesen verspricht Erkenntnisse für die Spezialregelungen wie für allgemeine Problemlagen. Seine Betrachtung ist zudem durch das enorme wirtschaftliche Gewicht gerechtfertigt: 11,5 % des europäischen Bruttoinlandsproduktes machten im Jahre 1994 die öffentlichen Aufträge aus[48]. Sie sind also praktisch wichtige Verträge.

Ein allgemeiner Blick auf das Vertragsrecht ist schließlich zudem durch höherrangiges Recht geboten – in Deutschland und Europa. Die Bedeutung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland für das gesamte Rechtssystem und dabei auch das Privatrecht ist hierzulande bekannt, und ein ausländischer Beobachter bemerkt treffend, das Grundgesetz „innerve le droit civil tout comme les autres branches du droit allemand"[49]. Der Einfluß des EG-Vertrages auf die nationalen Rechtsordnungen ist geradezu ein Kennzeichen der europäischen Integration. Auch das Vertragsrecht ist diesen deutschen wie europäischen Überprüfungen ausgesetzt. Will oder muß man vertragsrechtliche Regeln an höherrangigem Recht messen – ob an Grundrechten des nationalen Verfassungsrechts oder primärem Gemeinschaftsrecht –, so müssen die hinter den einzelnen Regeln stehenden Wertungen erkannt und im Wertungszusammenhang der Privatrechtsordnung gesehen werden. Das setzt ebenfalls ein Streben nach einem umfassenden systematischen Blick voraus. Beiträge dazu zu leisten soll hier versucht werden. Dabei soll nicht die gerade im anglo-amerikanischen Raum intensiv diskutierte allgemeine Vertragstheorie zum Ausgang genommen werden[50], sondern das in Deutschland und Europa bestehende historisch gewachsene Vertragsrecht.

III. Vertragsrecht im Lichte der Transformationserfahrungen

Vertragsrecht in systematischer Sicht zu behandeln, scheint heute noch aus einem weiteren Grunde besonders an der Zeit. Mit der Transformation der zusammengebrochenen realsozialistischen Systeme in der ostwärtigen Hälfte Deutschlands und Europas und der sich vertiefenden Integration unterschiedlich organisierter europäischer Staaten ist der Zusammenhang zwischen Recht und Wirtschaftsordnung klarer hervorgetreten und erfordert für künftige rechtspolitische Entscheidungen stärkere Beachtung. Die Verknüpfung des Privatrechts mit dem politischen und wirtschaftlichen System wird aber oft ausgeblendet[51]. Dies ist gerade in Anbe-

[48] Wirkung und Wirksamkeit 22.

[49] Claude Witz/Françoise Furkel, Chronique de droit civil allemand, janvier 1994 – juin 1995: Rev.trim.dr.civ. 94 (1995) 695–709 (709).

[50] Dazu etwa Lurger, Konflikte um Macht und Wissen als Grundelemente von Vertragstheorie und Verfassungswirkungen, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1995 (1996) 17–42 (21 ff.); aufschlußreich auch Lerch, RJ 11 (1992) 145–163 zu Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine (1991).

[51] Ähnliche Klage bei Rüthers/Stadler, AT § 2 Rz. 3.

tracht des wechselvollen politisch-ideologischen und auch rechtlichen Schicksals Deutschlands und Europas im 20. Jahrhundert schwer verständlich[52] und auch als Flucht in eine ganz ideologiefreie Sachgesetzlichkeit wenig überzeugend, jedenfalls bedauernswert. Es gilt demgegenüber, jedenfalls den Versuch zu machen, aus den überaus vielfältigen, wechselvollen Erfahrungen der vergangenen Jahrzehnte für die Zukunft Erkenntnisse zu gewinnen. Sie stellen europäische und deutsche Geschichte dar, und dabei auch Geschichte des Vertragsrechts. „No legal system can be understood without understanding some of its history", ist für das amerikanische Vertragsrecht bemerkt worden[53]; dasselbe gilt für Deutschland und Europa. Da unser 20. Jahrhundert wohl ein „Zeitalter der Experimente" war[54], hat es auch mit dem Vertragsrecht experimentiert; für die hoffentlich verträglicheren Experimente der Zukunft ist eine Besinnung auf die gemachten Erfahrungen nützlich. Daher ist nun ein Blick auf das Verhältnis zwischen Vertrag und Wirtschaftsordnung zu werfen, auf den Vertrag als Bauelement der Marktwirtschaft und als Kontrast dazu auf den Vertrag in der Zentralverwaltungswirtschaft sowie der Transformation.

[52] So RÜTHERS/STADLER, § 2 Rz. 5ff. mit Hinweis auf den raschen Wechsel von fünf Systemen, unter denen in Deutschland das BGB gegolten hat.

[53] FARNSWORTH, United States Contract Law 13.

[54] Vgl. TUCHTFELDT, Das 20. Jahrhundert als Zeitalter der Experimente, ORDO 40 (1989) 283–301.

§ 2 Vertrag und Wirtschaftsordnung

I. Vertrag als Bauelement der Marktwirtschaft

Vertragsrecht ist als „Rückgrat des Wirtschaftslebens" bezeichnet worden[1]. Verträge sind eines der Mittel oder der „Medien" des Einzelnen und der Wirtschaft[2]. Durch sie werden das Leben und wirtschaftliche Wirklichkeit gestaltet[3], und zwar entsprechend den Zwecken[4] oder Plänen[5] der Handelnden, die sich „jeweils von Fall zu Fall durch Verträge aufeinander abstimmen"[6]. Der Austausch von Eigentum und die Teilung von Arbeit erfolgen durch den Vertrag[7], und die einzelnen Vertragsschlüsse sind in den Markt eingebettet[8].

Wirtschaftlich gibt es zwar oft eine Alternative zwischen unternehmenseigener Produktion und vertraglicher Leistungsbeschaffung, zwischen „firm" und „market"[9]. Der Markt ist dabei in den vergangenen Jahren, wie die Bewegung des „contracting out" zeigt, deutlicher in den Vordergrund gerückt. Zudem ist auch die „firm" für die Vorbereitung ihrer Produktion zum Teil und jedenfalls für den Absatz ihrer Leistungen im wesentlichen auf den Markt, und damit den Vertrag, angewiesen. In einer sozialen Marktwirtschaft kann man daher von „einer mit

---

[1] GAZIS, EP-Dok A2–157/89/PE 118.124/endg., Begründung, Nr. 34 (auf S. 15).

[2] Zu den „Medien" der Wirtschaft TILMANN, Wirtschaftsrecht 39 f., 48 und öfter. KÖHLER 153 bemerkt treffend: „Das rechtliche Mittel zur Koordinierung von (zumeist unterschiedlichen) Einzelinteressen ist der Vertrag ...".

[3] MESTMÄCKER, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, in: Recht und ökonomisches Gesetz 326. Vgl. auch JAN SCHAPP, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre (1986) 4, 50, 60. HÖFLING 28 spricht vom Vertrag als „rechtstechnisches Instrument zur Realisierung grundsätzlich bestehender Lebensgestaltungschancen".

[4] Dazu SCHAPP 50 f., 84, 89, 90.

[5] FRANK MÜNZEL, Die Rolle des Rechts in der deutschen Marktwirtschaft, in: Elemente der sozialen Marktwirtschaft, wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen – Transformationsmöglichkeiten (1991) 103–136 (108).

[6] FRANZ BÖHM, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft: ORDO 22 (1971) 11–27 (15).

[7] „Gesellschaftstheorien, die sowohl dem Eigentum wie der Arbeitsteilung kritisch gegenüberstehen, weil sie in beiden Bastionen der Entfremdung des Menschen sehen, können natürlich auch mit dem Begriff des Vertrages wenig anfangen, weil dieser sich aus diesem Zusammenhang nicht lösen läßt", bemerkt zur Abgrenzung SCHAPP 90.

[8] SCHAPP 92, mit Bezugnahme auf ADAM SMITH. Zu Vertragsfreiheit und Markt auch schon MAX WEBER, Rechtssoziologie 106 f.

[9] Vgl. COASE, The Firm, the Market and the Law (Chicago 1988); dazu auch OLIVER E. WILLIAMSON, The Economic Institutions of Capitalism (1985 paperback edition 1987) 4.

Hilfe von Verträgen dezentral geplanten Wirtschaft"[10] sprechen. Vertrag und Wettbewerb sind miteinander verknüpft[11], eine zentrale Rolle im Recht der Marktwirtschaft hat folglich der Vertrag[12]. Vertragsrecht ist also „die Grundlage des Handels und vieler anderer Rechtsverhältnisse"[13], ist „le droit fondamental des relations économiques"[14]. Konsequenterweise wird es von manchen gar zum Wirtschaftsrecht gezählt[15], wird Vertragsfreiheit sogar als Baustein der Wirtschaftsordnung bezeichnet[16].

Der Begriff „Wirtschaftsrecht" allerdings ist heute – mindestens in Deutschland – schillernd[17]. An unterschiedlichen Konzeptionen und Abgrenzungen fehlt es nicht[18]. Angesichts dieser eher verwirrenden Fülle wird gar die Schlußfolgerung präsentiert, wissenschaftssystematische Abgrenzungsversuche seien überholt, es gehe vielmehr um „ein methodisches Programm", nämlich die rechtswissenschaftliche Nutzung der „Möglichkeiten gesellschaftstheoretischer und sozialempirischer Vergewisserung", insbesondere wohl „die Verknüpfung rechtlicher Argumentation mit Befunden empirischer Wirtschaftsforschung"[19]. Dann allerdings wäre Wirtschaftsrecht nicht mehr Rechtsdisziplin, sondern allein Methode[20].

Diese Zweifelsfragen können hier für die Untersuchung von Vertragsfreiheit und zwingendem Recht offenbleiben. Sie ändern nichts daran, daß Recht und Wirtschaft aufeinander einwirken. Das Recht, auch das Vertragsrecht, gibt dabei wesentliche Grundentscheidungen. Für die wirtschaftsrechtliche Rolle des Vertragsrechts lohnt ein Rückblick auf den Begriff des Wirtschaftsrechts in der ehemaligen DDR, also der in Deutschland nach dem 2. Weltkrieg im Bereich der

---

[10] Mestmäcker ebd. 326. „Contract is a means of private ordering, of organizing and coordinating the process of production and exchange", Scott 57.

[11] Vgl. Rieble 243f. Rz. 828ff.

[12] Vgl. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts 125; Drobnig, in: Dubrovnik lectures 305–333 (311f.); Hönn 16: „Wichtiger Aspekt der empirischen Funktion des Vertrages ist seine für die freiheitliche Wirtschaftsordnung westlicher Prägung schlechthin konstitutive Wirkung"; Münzel 108f., 125; auch Raiser, Zukunft 26; vielleicht auch Zweigert, FS Rheinstein II 493–504 (501); in Frankreich Terneyre, Mélanges Peiser 485.

[13] English Law Commission, First programme, ca. 1965: „The law of contract is the basis of trading and many other legal relationships." Vgl. auch Beale/Bishop/Furmston 6.

[14] Houin 117.

[15] Tilmann, Wirtschaftsrecht 25f., 69f.; dagegen etwa Schwark, Anlegerschutz 53.

[16] Böhm, Ordnung 92; Böhm, Ordnung 90 spricht auch von der Vertragsfreiheit als einem der „wesentliche(n) Bestandteile des gewerblichen Wirtschaftsverfassungsrechts"; s.a. Mestmäcker, Bausteine 3; vgl. ferner Basedow, Vertragsrecht 20.

[17] Klärender Überblick bei Mestmäcker, Wirtschaftsrecht, RabelsZ 54 (1990) 409–430.

[18] Zu den verschiedenen Theorien Tilmann, Wirtschaftsrecht 27–50; übergreifend auch Friedrich Kübler, Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik, Versuch einer wirtschaftshistorischen Bestandsaufnahme, in: Rechtswissenschaft 364–389; ausführlich etwa Schwark, Anlegerschutz 39ff.; knappe Stellungnahme mit vielen Nachweisen bei K. Schmidt, Handelsrecht 13f.

[19] Kübler ebd. 386 und 385; für einen „economic approach to law ... as a heuristic device" auch Ostas/Leete, Acta Jur. Hun. 36 (1994) 189–226 (224).

[20] Treffend K. Schmidt, Handelsrecht 13.

sowjetischen Besatzungszone von 1949 bis 1989/90 errichteten einstigen „Deutschen Demokratischen Republik" (DDR). Sie wollte – was auch immer das heißen mag – den „real existierenden Sozialismus" verwirklichen und bediente sich dazu der zentralen Wirtschaftsplanung. Im radikalen Kontrast läßt diese Erfahrung die Funktionen der Rechtsinstitute deutlich werden; dabei scheint dieser Rückblick angesichts der Ereignisse zwischen 1917/33/45 und 1989/90 zugleich lebensnäher als vertragsrechtliche critical legal studies[21], die eben nur wieder eine Theorie sind. Zugleich ist er auch in europäischer Sicht angebracht, denn Deutschland und Europa waren geteilt und diesen Erfahrungen ausgesetzt.

II. Kontrast: Vertrag in der Zentralverwaltungswirtschaft

Schon die nationalsozialistische Kriegswirtschaft hatte zur Zurückdrängung des Vertrages geführt; selbst der landwirtschaftliche Absatz war von der Vertragsfreiheit der Marktordnung überantwortet worden[22]. Überdies strebte die damalige Rechtswissenschaft eine Überwindung individualistischen Vertragsdenkens und die Einbettung des Vertrages in die „völkische Gesamtordnung" an[23], sah den „Vertrag als Gestaltungsmittel der völkischen Ordnung"[24]. Nach dem Kriege erfolgte in den Westzonen eine Transformation zur Marktwirtschaft[25]. Zur Blüte brachte das Wirtschaftsrecht der Zentralverwaltungswirtschaft aber das System der DDR. Als Gegenstand des Wirtschaftsrechts wurden zu Zeiten des realexistierenden Sozialismus der DDR „sowohl die Leitungsbeziehungen zwischen den wirtschaftsleitenden Staatsorganen und Wirtschaftseinheiten als auch Leistungs- und Austauschbeziehungen der warenproduzierenden Wirtschaftseinheiten untereinander" angesehen[26]. Das DDR-System bediente sich dabei auch des Vertragsbegriffs, indes ohne die zugehörige Freiheit[27].

Austauschbeziehungen in einer staatsmonopolistischen, plangeleiteten Wirtschaft könnten mindestens theoretisch auch ohne den Vertrag organisiert werden. Dies war im russischen Kriegskommunismus[28] und anfänglich in der Sowjetischen

---

[21] Informativ, aber ergebnisoffen LURGER, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1995 (1996) 17–42.

[22] Siehe STOLL/BAUR, Deutsches Bauernrecht (1944) 142; zum Umfeld auch STOLLEIS 176ff.

[23] Dazu mit vielen Nachweisen DEYERLING, Vertragslehre 15–52.

[24] So die Überschrift des § 3 bei LARENZ, Vertrag und Unrecht I (1936) 31ff.

[25] Über die Entwicklung etwa NÖRR, Als die Würfel für die Marktwirtschaft fielen, FS Kroeschell 885–905. Programmatisch damals und noch immer lesenswert MÜLLER-ARMACK, Wirtschaftslenkung.

[26] So nach TENNER, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1990 (1991) 157–166 (158 N. 3) HEUER/PFLICKE/SCHÜSSELER, Wirtschaftsrecht, Berlin 1985, S. 35.

[27] Vgl. auch TENNER 158.

[28] ALFRED MESCHEDE, Das Vertragssystem der sozialistischen Wirtschaft Mitteldeutschlands (Diss. Köln 1962) 13; JAN PETER WAEHLER, RabelsZ 51 (1987) 518.

Besatzungszone auch in Deutschland wohl sogar tatsächlich der Fall[29]: Der Vertrag spielte keine besondere Rolle, die Steuerung der Produktion erfolgte durch „Produktionsbefehle"; die „Zusammenarbeit der Produktions- und Handelsbetriebe bei der Versorgung mit Materialien sowie beim Absatz der Produkte vollzog sich im wesentlichen unmittelbar auf der Grundlage von Verwaltungsakten ohne Abschluß von zivilrechtlichen Verträgen."[30] Rechtswissenschaftlich wurde ein „Lieferverhältnis" konstruiert[31]:

„Das Lieferverhältnis ist begrifflich eine Einheit. Es ist der juristische Ausdruck für das durch die Verfügung der Planungsstelle entstandene Lebensverhältnis zwischen Bedarfsträger und Lieferer, in dem einem Bedarfsträger ein Lieferer zugewiesen wird."[32]

Es sei kein Vertrag[33], doch sei – vor allem bei mangelhafter Lieferung – eine „vorsichtige entsprechende Anwendung" kaufrechtlicher Bestimmungen geboten[34]. Diese Periode wurde in der DDR später rückblickend folgendermaßen beschrieben:

„Durch Produktionsbefehle wurden vor allem die volkswirtschaftlich bedeutsame Produktion von Betrieben sowie die dafür erforderlichen Beziehungen zu anderen Betrieben gesteuert. Die Produktionsbefehle beinhalteten Festlegungen darüber, in welcher Menge ein Betrieb Erzeugnisse eines bestimmten Sortiments zu produzieren hat und an welche Betriebe er diese zu liefern hat. Sie gaben administrativ die jeweiligen Vertragspartner vor."[35]

---

[29] Zu den Instrumentarien HEINZ SUCH, Wirtschaftsplanung und Sachmängelhaftung (Leipzig 1949) (Leipziger Schriften zur Gesellschaftswissenschaft, 2) 38ff.; zur Entwicklung auch BENVENUTO SAMSON, Grundzüge des mitteldeutschen Wirtschaftsrechts (Frankfurt a.M., Berlin 2. Aufl. 1960) 106ff.; MESCHEDE 15ff.

[30] W. RECHT in: Das Schuldrecht der DDR, III: – Wirtschaftsverträge – (1956) (Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft „Walter Ulbricht", Lehrprogramm für das Fernstudium, Nr. 19 – IV. Lehrgang) 13; zu den Produktionsbefehlen auch SPITZNER, StuR 1961, 1687–1703 (1690). Vgl. auch ULRICH DROBNIG, Der Vertrag in einer plangelenkten Staatswirtschaft, Zum Vertragsgesetz der „DDR" vom 11.12.1957: JZ 1960, 233–240 (233); KREVET 12; siehe zur damaligen Lage ferner PFLICKE/SÜSS, in: Die Rechtsordnung der DDR 427–474 (430).

[31] SUCH, Wirtschaftsplanung 63ff. Zu einer Parallele mit den etwa gleichzeitigen Arbeiten des Russen *Aleksandrov* LOEBER 248f.

[32] SUCH, Wirtschaftsplanung 65.

[33] SUCH, Wirtschaftsplanung 66: „Das Lieferverhältnis ist kein Vertrag." ebd. 68f.: „An die Stelle des Kaufvertrages tritt das Rechtsverhältnis, das hier Lieferverhältnis genannt wurde." Jedoch ebd. 69: „Die rechtsgeschäftliche Mitwirkung der Beteiligten ist mitbestimmend und geboten, ihr Fehlen berührt jedoch den Bestand des Lieferverhältnisses nicht, und der objektive Gesamtzusammenhang ist ihr übergeordnet."

[34] SUCH, Wirtschaftsplanung 66 und öfter. Siehe auch OLG Erfurt 7.9.1951, NJ 1952, 234 m.Anm. ARTZT und OLG Halle 24.7.1952, NJ 1952, 583 m.Anm. ZIEGLER. Ablehnend BENVENUTO SAMSON, Planungsrecht und Recht der volkseigenen Betriebe in der sowjetischen Besatzungszone (Frankfurt a.M., Berlin 1953) (Kleine Fachbibliothek für Verwaltung und Recht, V) 89ff.

[35] Ebd.

Es zeigte sich jedoch, daß „es ... in der Praxis kaum möglich ist, alle Details von der Zentrale aus durch Befehl zu lenken"[36]. Der Produktionsbefehl stieß also auf Managementprobleme.

Erst mit der Anfang der fünfziger Jahre erfolgten Einführung des „Vertragssystems" in der DDR „trat der Wirtschaftsvertrag an die Stelle der „Produktionsbefehle""[37]. Verträge spielten nun zunächst vor allem zur Einbeziehung der Privatwirtschaft in die Planwirtschaft eine Rolle[38]; der Übergang zum „Allgemeinen Vertragssystem" folgte dann 1951/52[39]. Betont wurden die Sanktionen für Vertragsverletzungen, mit denen „entscheidend dazu beigetragen (wird), alle schädlichen Auffassungen über den Selbstlauf der Durchführung der Volkswirtschaftspläne zu überwinden"[40]. Im Vertragssystem diente der Wirtschaftsvertrag dazu, „daß die Betriebe mit seiner Hilfe die ihnen übertragenen Aufgaben nach Gegenstand, Qualität und Termin konkretisieren und die Produktions-, Versorgungs- und Absatztätigkeit auf der Grundlage der Planaufgaben zur gemeinsamen Erfüllung des Volkswirtschaftsplanes organisieren und kontrollieren."[41] Vertragsgesetze von 1957[42], 1965[43], und 1982[44] zeugen von der beständigen Arbeit an

---

[36] Dies bemerkt KLEMENS PLEYER, Der Wirtschaftsvertrag in der DDR, Entwicklung, Gegenwartsprobleme, Reform in: Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftspolitik der DDR (Berlin 1984) (Studien zur Deutschlandfrage, Herausgegeben vom Göttinger Arbeitskreis, 8) 125–144 (126). LOEBER 249 meint, *Such* habe „seine Konstruktion offenbar bald aufgegeben."

[37] Kommentar zum Vertragsgesetz, Gesetz vom 25.2.1965 über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft (Von einem Autorenkollektiv unter Leitung von Osmar Spitzner) (Berlin 1967) Einl. unter II. (auf S. 34).

[38] Anordnung über die Regelung der Vertragsbeziehungen zwischen privaten Betrieben und volkseigenen sowie genossenschaftlichen Betrieben und anderen Organisationen vom 18.5.1949, ZVOBl. 1949, 385. Vgl. dazu EBERHARD PFUHL, Das allgemeine Vertragssystem in der volkseigenen Wirtschaft der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands (1952) (Berichte des Osteuropa-Instituts an der Freien Universität Berlin, 4) 10f.; auch PFLICKE/SÜSS, in: Die Rechtsordnung der DDR 427–474 (434).

[39] Verordnung über die Einführung des Allgemeinen Vertragssystems für Warenlieferungen in der volkseigenen und der ihr gleichgestellten Wirtschaft vom 6.12.1951, GBl. DDR 1951, 1141; dazu auch SAMSON, Planungsrecht 96f.; zum Übergang aufschlußreich die Anmerkung von WERNER ARTZT zu OLG Erfurt 7.9.1951, NJ 1952, 234, 235–236; rückblickend PFLICKE/SÜSS, in: Die Rechtsordnung der DDR 427–474 (435f.).

[40] Präambel der Verordnung vom 6.12.1951, 4. Erwägungsgrund, Satz 3.

[41] OSMAR SPITZNER, Wirtschaftsverträge – sozialistische Wirtschaftsleitung, Rolle und Bedeutung der Wirtschaftsverträge im neuen ökonomischen System der Planung und Leitung der Volkswirtschaft (Berlin 1965); ebenso Kommentar zum Vertragsgesetz (1967) Einl. unter I. 2. (auf S. 27).

[42] Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft (Vertragsgesetz) vom 11.12.1957, GBl. DDR 1957 I 627.

[43] Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft (Vertragsgesetz) vom 25.2.1965, GBl. DDR 1965 I 107. Dazu etwa LOEBER 71ff. mit Nachweisen.

[44] Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft (Vertragsgesetz) vom 25.3.1982, GBl. DDR 1982 I 293; dazu die noch 1989 erschienene 2. Aufl. des Kommentar zum Vertragsgesetz, Kommentar zum Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft vom 25.3.1982, hrsg. vom Staatlichen Vertragsgericht beim Ministerrat der DDR, Berlin 1989.

der wirtschaftsrechtlichen Regulierung des Verhältnisses zwischen Plan und Vertrag[45] – während das System der DDR dem der Wiedervereinigung förderlichen Konkurs entgegenging.

Im Zivilrecht, das in der DDR jedenfalls später vom Wirtschaftsrecht unterschieden wurde[46], war in der frühen DDR nach der Babelsberger Konferenz vom 2. und 3.4.1958[47] ein allgemeiner Verzicht auf den Vertrag diskutiert worden. Auf der Konferenz war von *Ulbricht* u.a. ausgeführt worden:

„Wenn man bei uns die Rechtsliteratur liest, sieht man noch immer stark die alten bürgerlichen Tendenzen am Werke, nach denen das Individuum von der Gesellschaft abgetrennt ist, und dann durch zweiseitige Rechtsverhältnisse erst das Verhältnis von Individuum und Gesellschaft wiederhergestellt ist. Es ist heute an der Zeit, daß die sozialistischen Prinzipien der Organisation der Gesellschaft, deren Elemente in der gesellschaftlichen Entwicklung bei uns längst vorhanden sind, wegweisend in unserer Wissenschaft herausgearbeitet und verallgemeinert werden."

Nicht mehr für die Beziehungen zwischen staatseigenen Wirtschaftseinheiten, aber nun für die Versorgungsbeziehungen zwischen staatlichem Handel und Bürgern wurde dann namentlich von *Martin Posch* unter Abgehen vom Vertragsbegriff ein „allgemeines Rechtsverhältnis" postuliert[48], das die „ständige Bezie-

---

[45] Zum Vertragsrecht der DDR JACOBSEN 128ff.; zum Vertragssystem als Teil der Planung eingehend und in Auseinandersetzung mit anderen Autoren SPITZNER, StuR 1961, 1687–1703 (1692). In der Tschechoslowakei wurde 1964 ein spezielles Wirtschaftsgesetz erlassen, vgl. kurz KANDA, WiRO 1997, 441–443 (441).

[46] – anders als wohl überwiegend in der Sowjetunion, dazu WAEHLER, RabelsZ 51 (1987) 515–547; HEUER in: Wirtschaftsrecht Lehrbuch Nr. 1.2.3 S. 52; GÖHRING in: Zivilrecht Lehrbuch I Nr. 1.1.6.3 S. 51f.; einige Informationen über den Gang der Entwicklung finden sich bei KOSEWÄHR, in: Zivilrecht Lehrbuch I Nr. 1.2.2ff. S. 57ff., insbes. 65; im Kommentar zum Vertragsgesetz [1982] heißt es in der 2. Aufl. 1989 Vorbem. S. 31: „In der sozialistischen Rechtstheorie gibt es keine einheitliche Auffassung über die Kriterien für die Einteilung in Rechtszweige. ... Zum Zeitpunkt des Erlasses des VG 1965 stand die Abgrenzung zum Zivilrecht im Vordergrund." Zur „Entwicklung des Wirtschaftsrechts im neuen ökonomischen System" und nach 1968 PFLICKE/SÜSS, in: Die Rechtsordnung der DDR 427–474 (443ff.); von einem „immerwährenden Streit" spricht SOLOTYCH 17.

[47] WALTER ULBRICHT, Die Staatslehre des Marxismus-Leninismus und ihre Anwendung in Deutschland, Vortrag des Ersten Sekretärs des ZK der SED, Walter Ulbricht, auf der staats- und rechtswissenschaftlichen Konferenz am 2. und 3.4.1958 (Auszug), StuR 1958, 325–349: (334), Kritik von „revisionistischen Auffassungen" einiger namentlich genannter Wissenschaftler (336f.), für „Überwindung des Formalismus" (338), gegen „Dogmatismus" (339), gegen „Verwaltungsrecht" (342) usw., Kritik, daß „unsere Weltanschauung des dialektischen und historischen Materialismus nicht genügend in die Rechtsfragen hineingetragen wurde" (344), „Zurückbleiben der Staats- und Rechtswissenschaft" (345), Aufgaben der Parteiorganisationen an den Instituten (347f.); Auszüge auch in NJ 1958, 257–260. Zu der Konferenz heute der Tagungsband von JÖRN ECKERT (Hrsg.), Die Babelsberger Konferenz vom 2./3. April 1958 (1993); vgl. ferner die Dokumente in: DREIER/ECKERT/MOLNAU/ROTTLEUTHNER (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der DDR 1949–1971, Dokumente zur politischen Steuerung im Grundlagenbereich (1996).

[48] MARTIN POSCH, Der Vertrag im Zivilrecht: StuR 1960, 1768–1789 (1781f.); HELMUT OBERLÄNDER, Zur Regelung der Pflichten des sozialistischen Handels im künftigen Zivilgesetzbuch: NJ 1961, 13–16 (14); grundlegend schon MARTIN POSCH, Überwindung privatrechtlicher

hung eines jeden Individuums zur Gesellschaft innerhalb des vom Zivilrecht erfaßten Bereichs" zum Gegenstand haben sollte[49]. „Das Recht auf eine der Leistung entsprechende Versorgung und zur Inanspruchnahme der sozialistischen Versorgungseinrichtungen ist Teil der allgemeinen Rechtsstellung des Bürgers und steht damit im Gegensatz zur bürgerlichen Vorstellung von der Vertragsfreiheit."[50] „Der Kauf umfaßt die Inanspruchnahme und Übereignung von Bedarfsgütern aus den für die individuelle Konsumtion bereitgestellten Fonds gegen Bezahlung. Er ist zunächst Realvorgang innerhalb eines bestehenden Rechtsverhältnisses"[51]. „Ein Vertrag besteht in Wahrheit nur da, wo wirklich Rechte und Pflichten gegenseitig vereinbart werden"[52], wurde also immerhin nicht ganz ausgeschlossen, aber in die Ecke gedrängt[53]. Die Theorie[54] machte leichte Anleihen bei den bekannten öffentlich-rechtlichen Anstaltsbenutzungsverhältnissen[55]. Sie paßt auch zu den rechtswissenschaftlichen Tendenzen des vorangegangenen Regimes. Man wird sie als das rechtswissenschaftliche Aufgreifen der politischen Direktiven der Babelsberger Konferenz zu verstehen haben. Dennoch ist sie, wie schon vor langem im Westen bemerkt wurde, ein „theoretisch hochinteressante(r) Versuch, das Verhältnis des Bürgers zu Versorgungseinrichtungen und dabei den rechtsgeschäftlichen Massenverkehr unter den Gegebenheiten der DDR neu zu konzipieren"[56], ein interessantes Gegenbild[57]. Offenbar folgte sie – verdeckt –

Vorstellungen im Zivilrecht: NJ 1959, 837–841; ferner MARTIN POSCH, Neugestaltung des Kaufrechts, Theorie des Kaufrechts und praktische Vorschläge zu seiner Neuregelung (Berlin 1961) 65, 66, 83ff., 115ff., 128ff., 134, 174f., 180, 186, 192ff., auch 189f.

[49] POSCH, Neugestaltung 65; näher dazu LOEBER 201ff.; INGA MARKOVITS, Sozialistisches und bürgerliches Zivilrechtsdenken in der DDR (1969) (Abhandlungen zum Ostrecht, 7) 88ff.; REINHOLD KREVET, Das Vertragsrecht in der mitteldeutschen Industrie (Köln 1965) (Abhandlungen zum Ostrecht, IV) 9f.; ferner KLEMENS PLEYER, Die Bedeutung von System und Dogmatik für die Rechtsfragen des Massenverkehrs in der DDR: AcP 172 (1972) 155–171 (168–171).

[50] MARTIN POSCH, Die Regelung des Kaufs im künftigen Zivilgesetzbuch: NJ 1961, 351–356 (352).

[51] POSCH, Neugestaltung 174, unter Anfügung der Möglichkeiten vertraglicher Ausgestaltung.

[52] POSCH, Überwindung 840.

[53] Vgl. insbes. POSCH, Vertrag 1783ff.; auch FRITZ JANSEN, Verträge des Alltags: StuR 1960, 1378–1391 (1382f.).

[54] – die zugleich die Gegenüberstellung von vertraglichen und deliktischen Schuldverhältnissen, das Institut der culpa in contrahendo und den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (gesprochen wird hier von Vertrag zugunsten Dritter) entfallen lassen sollte, POSCH, Vertrag 1783; POSCH, Neugestaltung 130, 180f. –

[55] POSCH, Überwindung 839; POSCH, Neugestaltung 134f. N. 180 a.E., 187.

[56] So PLEYER, Bedeutung 168 – allerdings sollte man dabei „Gegebenheiten" eher ideologisch als tatsächlich verstehen. Beeindruckt auch LOEBER 201, 204; „für die realsozialistische Wirklichkeit durchaus ... innere Konsequenz" sieht WESTEN, Versorgung 106.

[57] „Man kann sich eine Ordnung vorstellen, die den einzelnen Menschen nur als Empfänger staatlicher Zuteilungen behandelt. Dann werden Wohnung, Nahrung, Kleidung und Genußmittel auf Grund von Verwaltungsakten erworben. ..." beginnt MEDICUS, AT 74 Rz. 172 seinen § 17 über Rechtsgeschäft und Privatautonomie.

früheren Arbeiten sowjetrussischer Juristen[58], von denen *Stucka* damals Ende der 50er, Anfang der 60er Jahre rehabilitiert wurde[59].

Diese „Babelsberger Vertragskritik"[60] wurde allerdings einige Jahre später wieder verworfen[61]. Ob dies schon ein Vorzeichen der dann in den sechziger Jahren zeitweise angestrebten, nachher wieder verworfenen Wirtschaftsreform durch ein neues ökonomisches System der Planung und Leitung war?[62] Vor allem fand sie in das Zivilgesetzbuch der DDR von 1975[63] kaum Eingang. Dieses regelte „Verträge zur Gestaltung des materiellen und kulturellen Lebens" vielmehr recht ausführlich, wenn auch im engen Rahmen der – wie es in § 6 Abs. 2 ZGB hieß – „sozialistischen gesellschaftlichen Verhältnisse ..., die auf der politischen Macht der Arbeiterklasse, dem sozialistischen Eigentum an den Produktionsmitteln und der Leitung und Planung der Volkswirtschaft durch den sozialistischen Staat beruhen". Das in § 9 ZGB DDR als „Grundsatzregelung" aufgenommene „Recht auf Mitwirkung" der Bürger u.a. bei „der Versorgung mit Konsumgütern und Dienstleistungen" und dessen spezifische Ausprägungen[64] mag aber insoweit, als es die Pflichten des Handels[65] und die wohl vor allem kollektive Beteiligung der Konsumenten angeht[66], Babelsberger Anklänge enthalten. Was die ganze Theorie und die Versorgungspflichten von Handel und Produktion wert sind, zeigten allerdings die PKW-Bestellungen: der notorisch unzureichenden Autoproduktion der DDR entsprach, daß man der Bestellung eines Autos, die zunächst nur zu langjährigem Warten führte[67], rechtliche Verbindlichkeit abzusprechen suchte[68].

---

[58] Vgl. Loeber 204, auch 221; er nennt ebd. *Pasukanis* und *Stucka*, ferner *Aleksandrov*, deren Lehren er 174 ff., 177 ff., 245 ff. darstellt.

[59] Vgl. Loeber 187 ff.

[60] So Markovits 139. Seine Auffassung läßt *Posch* noch in einem 1986 erstatteten Bericht erkennen, s. Posch, Kontrolle 19.

[61] Dazu Markovits 138 ff.

[62] Interessant zu den Systemfragen der mit eigenen Erfahrungen verbundene Bericht von Uwe-Jens Heuer in Eckert 209 ff., ohne Bezugnahme auf die Vertragsdiskussion.

[63] Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19.6.1975, GBl. DDR 1975 I 465, dazu noch die 1985 erschienene 2. Aufl. des Zivilrecht – Kommentar, Kommentar zum Zivilgesetzbuch der DDR, hrsg. vom Ministerium der Justiz, 2. Aufl. Berlin 1985.

[64] Für den Kauf § 135 „Mitwirkung der Bürger" und § 136 „Kundenbücher", für Dienstleistungen § 163 Abs. 2 und 3, für die Wohnungsmiete § 114 „Abschluß von Verträgen über die Mitwirkung", dazu zusammenfassend Kommentar zum Zivilgesetzbuch der DDR vom 19.6. 1975 (Herausgegeben vom Ministerium der Justiz) (2. Aufl. Berlin 1985), § 9 Anm. 1.

[65] Vgl. auch § 10 ZGB DDR; darüber etwa schon Posch, Neugestaltung 83, 139 ff.; spezifische Ausprägungen der Versorgungspflicht in §§ 95 Abs. 1 Satz 1, 134, 163 Abs. 1, vgl. Kommentar ZGB § 10 Anm. 2.

[66] „Kundenbeiräte, bestehend aus Kunden sowie Vertretern der Nationalen Front, des DFD, örtlicher Staatsorgane usw. haben ihre Tätigkeit aufgenommen," sagt der Kommentar ZGB § 163 Anm. 2 und zeigt damit wohl die kollektive Praxis.

[67] „Die Versorgungsfunktion des Zivilrechts hat er nämlich dort zu spüren bekommen, wo er auf den bestellten Trabi 15 Jahre lang warten mußte" usw., bemerkt Westen, Versorgung 100.

[68] Darüber Göhring, Verdammnis 13 mit Nw. in N. 17; Joachim Göhring/Klauspeter Orth, Der Vorvertrag über die Bestellung eines Pkw und seine Behandlung bei der Vermögens-

Sonst hätten womöglich die Zivilgerichte Klagen auf Belieferung mit einem Trabant oder Wartburg stattgeben müssen! Im ZGB-Kommentar hieß es denn auch: „Aus der allgemeinen Rechtspflicht, das vorgesehene Warensortiment zu führen, kann nicht die Pflicht abgeleitet werden, mit bestimmten Bürgern über einzelne Erzeugnisse, die zum Sortiment gehören, sich aber nicht im Angebot befinden, Kaufverträge abzuschließen oder Bestellungen entgegenzunehmen."[69] Allgemein sagte *Kurzhals* im Lehrbuch Zivilrecht zur als „[i]n der Literatur ... umstritten" bezeichneten Frage einer Abschlußpflicht für nicht vorrätige Waren: „Beim derzeitigen Stand der volkswirtschaftlichen Entwicklung, bei dem noch nicht immer für alle Waren eine Übereinstimmung von Angebot und Nachfrage gewährleistet werden kann, ist diese Frage zu verneinen."[70] Schon bei der Verabschiedung des ZGB war ja auch darauf hingewiesen worden: „Es ist aber nicht möglich, in diesem Gesetzbuch Rechte und Pflichten festzulegen, aus denen Ansprüche hergeleitet werden können, die über den gegenwärtigen Entwicklungsstand unserer Volkswirtschaft hinausgehen."[71] Statt rechtlicher Ansprüche stand wohl eher der politische Weg der „Eingabe" zur Verfügung[72]. Anzunehmen ist ferner, daß manche Bedürfnisse nicht durch entgeltliche Verträge, sondern durch die Inanspruchnahme von „gesellschaftlichen Fonds" gedeckt wurden[73] – ob Kindergarten oder Ferienheim; das machte Vertragsrecht auch weniger relevant.

Sowohl „Produktionsbefehle" als auch „Vertragskritik" zeigen, wie beliebig die Redeweise vom „Vertrag" gegenüber einem allgemeinen staatlichen Monopol ist. Deshalb ist sogar kommentiert worden, in sozialistischen Planwirtschaften sei das

---

teilung im Eheverfahren: NJ 1971, 391–393, und GÖHRING in: Zivilrecht, Lehrbuch I 370 (unter 5.2.2.3. zum „Bestellkauf") nahmen immerhin einen Vorvertrag an; er nützt jedoch zur Durchsetzung der angeblichen Versorgungspflicht von Handel und Produktion nichts. Siehe auch KLINKERT in ECKERT 65.

[69] Kommentar ZGB (2. Aufl. 1985) § 135 Anm. 2; ähnlich zum mietrechtlichen § 95 ZGB ebd. § 95 Anm. 1.2: „Dem Mieter steht daraus kein durchsetzbarer Anspruch auf Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen am Wohngebäude oder in seiner Wohnung zu. Werden seiner Meinung nach die zur Verfügung stehenden Mittel für die Modernisierung nicht oder nicht ausreichend genutzt, kann er jedoch – auch gestützt auf § 95 Abs. 1 – von seinem Recht zur Eingabe Gebrauch machen". Zum Dienstleistungen betreffenden § 163 heißt es hingegen ebd. § 163 Anm. 1, die allgemeinen Versorgungspflichten bestünden „der Gesellschaft und dem Staat gegenüber, zugleich aber auch gegenüber den einzelnen Bürgern."

[70] KURZHALS in: Zivilrecht Lehrbuch I 356f. (unter 5.1.4.3.).

[71] WEICHELT als Berichterstatter in der Volkskammer der DDR am 19.6.1975, abgedruckt in: Das ZGB DDR, als: Anhang 7, S. 948; vgl. auch KLINKERT in ECKERT 65 mit Hinweis auf abgelehnte „Vorschläge() in und gegenüber der Schlußredaktion" des ZGB, einen Rechtsanspruch des Bürgers auf Versorgung einzuführen.

[72] Zu Eingaben wegen Verletzung der Versorgungspflichten POSCH, Kontrolle 23f.; allgemein in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche KLINKERT in ECKERT 67 m.Nachw.

[73] Auf diese „Partizipation an den Erträgnissen" gesellschaftlichen Eigentums weist KLINKERT in ECKERT 64 hin.

Vertragsrecht infolge Verdrängung durch die Wirtschaftsplanung abgestorben[74]. Zumindest war die Bedeutung des Vertrages dadurch verringert oder verfremdet, daß er kaum noch selbst Planung, sondern pflichtgemäßer Vollzug der vorgegebenen Planentscheidung war: „Annex und Technik zur Realisierung anderweit legitimierter Güterbewegungen"[75], „zu vernachlässigende Förmlichkeit"[76], „nur noch Technik"[77], ja ein Mittel, das „nur sekundär oder tertiär als Plan- oder Bilanzvollzug fungiert"[78]. „Das Primat des Wirtschaftsvertrages liegt also nicht bei der dem bürgerlichen Recht als Vertragskriterium eigenen „Willensübereinstimmung der Vertragspartner", sondern vielmehr in der bewußten Zusammenführung der Kraft von sozialistischen Betriebskollektiven zur Erreichung des gemeinsam anzustrebenden Erfolges."[79] „Der Staat benutzt die Form des Vertrages, verneint aber seine Prinzipien und Ideen."[80] Eine der Voraussetzungen der Marktwirtschaft fehlte, die Privatautonomie[81]. Planbindung statt Privatautonomie könnte selbst bei Privateigentum an Produktionsmitteln zur zentralen Planwirtschaft führen[82]. Daraus erhellt zugleich der Funktionszusammenhang von Wettbewerb – und das heißt einer Mehrzahl von anbietenden Wettbewerbern mit Freiheit der Wahl zwischen diesen – und dem die Wahl konkretisierenden echten Vertrag[83]. Andernfalls wird der eine Leistung suchende Kunde zum bloßen Anstaltsbenutzer[84]. Befehl, nicht Vertrag ist das Gestaltungselement der Wirtschaftsbeziehungen im Sozialismus – wie im vertikal integrierten Konzern[85].

---

[74] MESTMÄCKER, Aufklärung 65. „[T]he evolution of the principal civil law institutions, including contract law, had been stagnant for many years", sagt zurückschauend KOMAROV, Rev.dr.unif. 1996, 248.

[75] JÜRGEN KOHLER, Bereicherungsrecht und Vertrag in der Planwirtschaft – zugleich Anmerkung zu einer Entscheidung des BezG Potsdam: OLG-NL 1994, 145–148 (147). „Planned contracts simply served as means of administering the state plan", sagen zu Ungarn zwischen 1949 und 1968 OSTAS/LEETE, Acta Jur. Hun. 36 (1994) 189–226 (192).

[76] Ebd. 148; zum sowjetrussischen Vertragsrecht der zwanziger Jahre ähnlich LOEBER 184.

[77] Ebd.

[78] Ebd. 147; „Instrumente der Wirtschaftslenkung" sagt HOMMELHOFF, Zivilrechtsordnung 74.

[79] SPITZNER, StuR 1961, 1687–1703 (1691).

[80] KREVET 115; vgl. auch SCOTT 58; „The key distinction lay in the „free will" of the parties" sagen zu Ungarn zwischen 1949 und 1968 OSTAS/LEETE, Acta Jur. Hun. 36 (1994) 189–226 (192).

[81] Vgl. FRANZ BÖHM, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft: ORDO 17 (1966) 75–151 (98); siehe auch schon BÖHM, Ordnung 35 f.

[82] MESTMÄCKER, Wirtschaftsrecht, RabelsZ 54 (1990) 409–430 (410).

[83] Vgl. schon BÖHM, Problem 331: „Der Wille aber ist frei, solange er in der Lage ist, sich für das günstigste erreichbare Angebot zu entscheiden." Siehe auch KLEINDIEK 297–310 (302).

[84] Vgl. die von POSCH, Überwindung 839; DERS., Neugestaltung 134 f. N. 180 a.E., 187 gezogene Parallele.

[85] „The inter-office memo, rather than the contract, is the mode of communication", sagt SHAPIRO, Globalization (auf S. 2 des Ausdrucks).

III. Vertragsrecht und wirtschaftliche Transformation

Bestätigt wird die wirtschaftsrechtliche Rolle des Vertrages, wenn man einen kurzen Blick auf den rasch verlaufenen Umbruch in Mittel- und Osteuropa wirft. Dort, in Deutschland in den fünf nordöstlichen Bundesländern des Territoriums der ehemaligen DDR und SBZ, sind mit dem Zusammenbruch des real existierenden Sozialismus Systeme zugrundegegangen, die nicht von der Vertragsfreiheit, sondern von Planung und Leitung ausgegangen sind. Ihre selbst propagierte „Hauptaufgabe"[86] haben sie verfehlt. Die Vertragsfreiheit ist damit als Grundsatz der Marktwirtschaft wieder verstärkt ins Bewußtsein geraten.

Am deutlichsten wird dies dadurch, daß der bahnbrechende Staatsvertrag über die deutsche Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18.5.1990[87] in seinem „Grundsätze" überschriebenen Art. 2 – und entsprechend die nach der Wende angenommenen neuen Verfassungsgrundsätze der DDR[88] – wie schon einst Art. 152 Abs. 1 WRV[89] u.a. eine ausdrückliche Garantie der Vertragsfreiheit enthält. Aber schon vorher war auf dem Wege zur Wiedervereinigung auf die

---

[86] „Unser V. Parteitag hat die ökonomische Hauptaufgabe für den nächsten Abschnitt unseres Weges zu beraten, und ich schlage daher im Auftrag des Zentralkomitees vor, als ökonomische Hauptaufgabe zu beschließen:

Die Volkswirtschaft der Deutschen Demokratischen Republik ist innerhalb weniger Jahre so zu entwickeln, daß die Überlegenheit der sozialistischen Gesellschaftsordnung der DDR gegenüber der Herrschaft der imperialistischen Kräfte im Bonner Staat eindeutig bewiesen wird und infolgedessen der Pro-Kopf-Verbrauch unserer werktätigen Bevölkerung mit allen wichtigen Lebensmitteln und Konsumgütern den Pro-Kopf-Verbrauch der Gesamtbevölkerung in Westdeutschland erreicht und übertrifft. (Lebhafter Beifall)

... Die ökonomische Hauptaufgabe hat einen tiefen politischen Inhalt; ihre Lösung dient der Festigung der Arbeiter- und Bauern-Macht in der DDR und des sozialistischen Lagers überhaupt ...".

So WALTER ULBRICHT, Der Kampf um Frieden, für den Sieg des Sozialismus, für die nationale Wiedergeburt Deutschlands als friedlicher, demokratischer Staat, in: Protokolle der Verhandlungen des V. Parteitages der SED, 10. bis 16.7.1958, Berlin 1959, I 68–71, hier zitiert nach HAASE, Das Wirtschaftssystem der DDR 196–198 (197). Anklänge hieran auch in KOSEWÄHR in: Zivilrecht Lehrbuch I Nr. 1.2.5 S. 67.

[87] Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18.5.1990, BGBl. II 537; dazu und zum Einigungsvertrag allgemein WOLFGANG SCHÄUBLE, Der Vertrag (1991).

[88] Gesetz zur Änderung und Ergänzung der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik (Verfassungsgrundsätze) vom 17.6.1990, GBl. DDR I 299; dort lautet Art. 3:

„Wirtschaftliche Handlungsfreiheit

(1) Jede natürliche und juristische Person hat das Recht, im Rahmen der Gesetze mit anderen Verträge zu schließen und sich insbesondere wirtschaftlich zu betätigen.

(2) Die Außenwirtschaft einschließlich des Außenhandels und der Valutawirtschaft darf gesetzlich geregelt, aber nicht staatlich oder anderweitig monopolisiert werden."

[89] „Art. 152: Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze. Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig."

Zur Entstehung der Vorschrift NÖRR, Die Weimarer Nationalversammlung und das Privatrecht 317–343 (335 f.). Zu entsprechenden Garantien in deutschen Länderverfassungen HÖFLING 4 mit Nachw.

Rolle des Vertragsrechts in der Marktwirtschaft hingewiesen worden: „Frei vereinbarte Verträge der Unternehmen und Verbraucher als Motor einer Marktwirtschaft erfordern erstens Vertragsfreiheit und zweitens ein technisch brauchbares Vertragsrecht"[90]. Dem wurde in den Endmonaten der DDR zunächst durch die Umgestaltung des bis dahin allein für „intersystemare Wirtschaftsbeziehungen", darunter den innerdeutschen Handel, vorgesehenen Gesetzes über internationale Wirtschaftsverträge[91] zum auch internen Gesetz über Wirtschaftsverträge Rechnung getragen[92], schließlich aber mit der staatsrechtlichen Wiedervereinigung am 3.10.1990 durch Wiedereinführung des BGB[93]. Daher ist es mehr als eine These, daß die Entwicklung des Vertragsrechts in einer Gesellschaft davon abhängt, ob die Produktionssteuerung durch den Markt oder die staatliche Hierarchie erfolgt[94]. Es ist in Deutschland und anderen Gebieten Europas gelebte Geschichte. Die sich aus der Planwirtschaft ergebende Versorgungsfunktion des DDR-Zivilrechts wird auch als Grund dafür genannt, daß dieses Zivil- und Vertragsrecht nicht zum gesamtdeutschen Recht gemacht werden konnte[95]. Der Satz: „The larger the role of the ruler of the state, the smaller the domain left to private transactions and the less the need for a full articulation of contract law", findet in Deutschland seine Bestätigung, mag auch in schon früher reformerischen, liberaleren mittel- oder osteuropäischen Staaten wie Ungarn seit 1989 nur geringere Veränderung erforderlich gewesen sein[96]. Mittlerweile wird sogar in China Vertragsfreiheit als „essential to a market economy and international trade" gefeiert[97].

Auch international wird etwa bei ausländischen Investitionen das jeweilige Vertragsrecht für bedeutsam gehalten[98]. Zu Recht also wird die Vertragsfreiheit als

---

[90] Norbert Horn, Die Freiheit fordert ihr Recht: FAZ vom 10.3.1990, Nr. 59 S. 15; s.a. Manfred Hiebe, DDR-Wirtschaft verheddert sich im Wildwuchs der Paragraphen: DIE WELT vom 14.2.1990, Nr. 38 S. 10. Vgl. ferner Rolf Steding, Der deutsche Weg zur Vereinheitlichung des Wirtschaftsrechts – Orientierung für osteuropäische Staaten? Ein Beitrag zur Diskussion: WR 1992, 39–44 (42); auch Buxbaum 132; ferner Kroeschell 21.

[91] Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge vom 5.2.1976, GBl. DDR I 61.

[92] – dazu auch Münzel 125.

[93] Überblick bei Ulrich Magnus, Deutsche Rechtseinheit im Zivilrecht – die Übergangsregelungen: JuS 1992, 456–461; Norbert Horn, Die Rolle des Zivilrechts im Prozeß der Wiedervereinigung Deutschlands, AcP 194 (1994) 177–230; zum Vertragsrecht Maskow, Das Scheitern der Differenzierung des Vertragsrechts in der DDR und die Konsequenzen, WR 1991, 297–301; Westen, Versorgung; Stürner, JZ 1996, 750; Rückschau bei Letzgus, VIZ 1998, 1–9.

[94] So Scott 57: „suggestion".

[95] Westen, Versorgung 102; vgl. auch Horn, AcP 194 (1994) 177–230 (185 f.); zu geringe Entwicklung des Schuld-, Vertrags- und Sachenrechts nennt Stürner, JZ 1996, 750.

[96] „The law of contract needed relatively little change", berichtet Vékás, JITE 152 (1996) 40–53 (50); erhebliche Veränderungen im Zeitraum seit 1948 beschreiben Ostas/Leete, Acta Jur. Hun. 36 (1994) 189–226.

[97] Jiang, Col.J.Asian L. 10 (1996) 245–258 (248). Bericht zur Vertragsrechtsreform in China bei Kronke, FS Drobnig 579–591.

[98] Vgl. etwa anläßlich des neuen vietnamesischen Zivilgesetzbuches Lockwood, Asia Law 1996, 46: „One of the most important aspects for foreign investors are the provisions of the Civil

„Grundprinzip jeder marktwirtschaftlichen Rechtsordnung" bezeichnet[99], und das Verhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Vertragsrecht als eine „Fundamentalfrage"[100] angesehen. Während manche zeitweise die Lebenskraft des Privatrechts bedroht sahen[101], hieß es bei anderen etwas pathetisch: „Privatrecht ist unsterblich"[102]. Ausgegangen wurde dabei davon, daß „das Problem des Privatrechts geradezu das Problem der Freiheit" ist[103], Privatrecht „die juristische Verkörperung des Freiheitsgedankens" darstellt[104] – jedenfalls aber haben Privatrecht und dabei insbesondere Vertragsrecht inzwischen mit dem Umbruch in Mittel- und Osteuropa eine Renaissance erfahren. Voraussetzung für deren Funktionieren ist zwar, daß sich auf dem Markt autonom entscheidende Subjekte bewegen[105], also eine De-Konzernierung der Staatswirtschaft stattfindet[106] – der schon totgesagte Grundsatz der Vertragsfreiheit hat aber überlebt[107]. Er wird heute wieder internationalen und europäischen Einheitsregeln vorangestellt[108].

IV. Zusammenfassung

Der Blick in das glücklich überwundene DDR-System und seine Transformation läßt im Kontrast deutlich werden, welche Bedeutung der jahrhundertealte privatautonome Vertrag hat. Im (sozialistischen oder konsumfixierten) Paradies braucht man sicher keine Verträge – in der bei aller Angebotsfülle doch stets mit der Knappheit der Güter, den Wandlungen der Wünsche und den Vorlieben der Einzelnen konfrontierten irdischen Welt aber ist der Vertrag ein nützliches Instru-

---

Code dealing with the creation of contracts. ...". Besonders wichtig dürften die Schuldbeitreibungsmöglichkeiten sein; mangels entsprechender Sicherheiten soll etwa das Projekt eines Holiday Inn in Bethlehem gescheitert sein, vgl. PATRICIA GOLAN, Bethlehem: From „little town" to boom town? Jerusalem Post 25.12.1997, http://www.jpost.co.il .

[99] MÜNZEL 125.

[100] CANARIS, FS Lerche 873.

[101] RAISER, Zukunft 36.

[102] FRANZ GSCHNITZER, Geschichte des europäischen Zivilrechts im 19. und 20. Jahrhundert, entwickelt am Beispiel des österreichischen ABGB, Vortrag, gehalten am 3.3.1960 an der Universität Warschau, in: Franz Gschnitzer Lesebuch (Wien/Innsbruck 1993) 557–567 (567) = JBl. 1960, 213–216; siehe auch schon HALLSTEIN, Sozialisierung 553.

[103] HALLSTEIN, Wiederherstellung 7.

[104] NÖRR, Böhm 54; für den „Kernbestand des Privatrechts im herkömmlichen Sinne" auch RAISER, Zukunft 8, ferner 24.

[105] Zu den Erfahrungen der postsozialistischen Wirtschaft VÉKÁS, JITE 152 (1996) 40–53 (48 ff.).

[106] „a move from the most vertically integrated, internalized business enterprise of all to a regime of externalized economic enterprise", SHAPIRO, Globalization (auf S. 8 des Ausdrucks).

[107] Vgl. auch VÉKÁS, JITE 152 (1996) 40–53 (52 f.).

[108] Art. 1.1 UPr; Art. 1.102 EuPr; in der 1995 veröffentlichten ersten Fassung der EuPr war auf dieses ausdrückliche Bekenntnis verzichtet worden. Siehe hierzu noch unten § 3 II und zu Art. 1.1 UPr BONELL, UNIDROIT-Prinzipien, ZfRvgl. 37 (1996) 154.

ment für den die Freiheit gestaltenden Menschen. Er kann es zu seinem und seiner Mitmenschen Gedeih einsetzen – wo die Grenzen des Vertrages liegen und wie der Einzelne vor möglichen verderblichen Wirkungen einzelner Vertragsschlüsse durch zwingendes Vertragsrecht zu schützen ist, ist nachher noch zu untersuchen – vor allem in europäischer Sicht. Vielleicht kann man eine Betonung der Bedeutung des Vertrages für ein freiheitlich verfaßtes Gemeinwesen und seine Wirtschaft schon in Art. 1134 Abs. 1 Code civil sehen[109], der den Vertrag neben das Gesetz stellt: „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites." – der Vertrag als das selbst gesetzte Gesetz der Parteien – aber ein Gesetz ohne jegliche Kontrolle?[110]

[109] Vgl. Moncef Kdhir, Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie: mythe ou réalité? D. 1994 Chr. 30–33 (31).

[110] Skeptisch auch Riesenfeld 10 m.Nachw.

§ 3 Vertragsfreiheit und Vertragsrecht

I. Staatsaufgaben und Vertragsrecht

1. Staatsaufgabe

a) Vertragsrecht, Politik und Verfassung

Die freiheitssichernde und wirtschaftsrechtliche Funktion des Vertragsrechts ist bereits herausgestellt worden. Vertragsrecht ist also nicht purer Selbstzweck und in allen Einzelheiten einfach da, ebensowenig wie das übrige Privatrecht. Privatrecht ist vielmehr Kulturerscheinung und Aufgabe[1], hat selbst eine Gestaltungsaufgabe[2] und spielt eine politische Rolle, indem es dem Einzelnen Raum und Wege zur Selbstgestaltung seiner Angelegenheiten bereitstellt, und ihm diesen Freiheitsraum auch durch gewisse Schutznormen erhält[3]. Privatrechtsgesetze wie das BGB sind somit „normativ verfestigte politische Gestaltungsakte des Gesetzgebers"[4]; ob der Normsetzer sich dessen bei jedem Einzelgesetz oder jeder Richtlinie klar ist, ist eine andere Frage.

Privatrecht ist daher einerseits eine staatliche Leistung, indem es die Wege für das rechtliche Handeln des Einzelnen sichert; es ist andererseits auch ein Eingriff, indem es – eben durch Schutznormen – rechtliche Schranken errichtet. Hierbei können namentlich die Grundrechte und die europäischen Grundfreiheiten eine Rolle spielen (unten §§ 7 und 8). Insgesamt schafft das Privatrecht eine Infrastruktur für den Einzelnen und die Wirtschaft[5]. Auch ordoliberale Privatrechtstheorie bestreitet dies nicht[6]: Der Staat ist auch Hilfsorgan der „Privatrechtsgesellschaft"[7]

---

[1] HALLSTEIN, Wiederherstellung 6, 13.

[2] BERNHARD GROSSFELD, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe (1977).

[3] WOLFGANG ZÖLLNER, Die politische Rolle des Privatrechts: JuS 1988, 329–336, speziell zur AGB-Kontrolle 333. Vgl. auch HALLSTEIN, Wiederherstellung. „Zivilrecht ist zutiefst ‚politisches' Recht." sagt RÜTHERS, AT (10.) Vorwort S. V.

[4] RÜTHERS, AT (10.) Vorwort S. V, auch Rz. 13, 16, 20, 24, 31, 40; vgl. auch RÜTHERS/STADLER § 2 Rz. 3.

[5] „geradezu eine Vorbedingung für die Entwicklung von Märkten", eine „konstitutive Voraussetzung" sind gewisse Privatrechtsregeln und dabei das Vertragsrecht nach BASEDOW, Vertragsrecht 21, 22; vgl. auch DERS., Privatrechtsvereinheitlichung 361; allgemeiner Deregulierungskommission 16 Tz. 4, auch 188.

[6] – allerdings hat sie sich wohl mehr mit dem Wettbewerb als den Einzelfragen des Vertrages befaßt, vgl. auch HÖNN 31 ff. –

[7] Vgl. BÖHM, Privatrechtsgesellschaft 86. Gegen Deutung der Industriegesellschaft des Wohlfahrtsstaates als Privatrechtsgesellschaft RAISER, Zukunft 26 mit Fn. 26.

und stellt ihr den Ordnungsrahmen bereit[8]. Sie sieht Privatrecht und Wettbewerb als Institution[9], wirtschaftlich erhebliche Institute des Privatrechts als Bausteine der Wirtschaftsverfassung[10]. „Eine Soziale Marktwirtschaft setzt selbstverständlich den Ausbau eines allen am Wirtschaftsprozeß Beteiligten gerecht werdenden Wirtschaftsrechtes voraus", heißt es bei *Müller-Armack*[11]. Privatrechtssetzung ist daher Staatsaufgabe[12]. Dies wird im Verfassungsrecht mindestens angedeutet. Wenn deutsche föderale Verfassungen „das bürgerliche Recht" als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nennen (Art. 74 Nr. 1 GG, Art. 7 Nr. 1 WRV, zum „Recht der Wirtschaft" zudem Art. 74 Nr. 11 GG), so mag man darin nicht nur eine Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Land, sondern zugleich einen versteckten Ausdruck einer Staatsaufgabe sehen[13]. Eindeutiger war schon vor über 200 Jahren eine verfassungsrechtliche Entschließung der französischen Assemblée constituante vom 2.9.1791: „Il sera fait un Code de lois civiles commun à tout le royaume."[14] Heute bestimmt Art. 34 Abs. 3, 4. Spiegelstrich der französischen Verfassung vom 4.10.1958 immerhin noch: „La loi détermine les principes fondamentaux: – ... – du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales; ....". Einige andere europäische Verfassungen schreiben die Schaffung eines Zivilgesetzbuches vor, so etwa in den Niederlanden[15]. Nicht ohne Grund legen Verfassungen den

---

[8] BÖHM, Privatrechtsgesellschaft 102, auch 104, 121, 138; sehr deutlich auch zu einigen besonderen privatrechtlichen Fragen DERS., Ordnung 92 f., 102, 106, 136; zu Recht als Rahmenordnung auch SCHÄFER, Geld 3; HALLSTEIN, Wiederherstellung 27 = SJZ 1946, 1–7 (5) sagt, „daß selbst die liberalste Ordnung eine von rechtlicher Regelung nicht freie, sondern mit Schranken und Bindungen des Privatrechts durchwobene Ordnung ist." „Der Staat sollte sich ... auf die Bereitstellung des rechtlichen Rahmens für das ‚geordnete Chaos' beschränken", sagt KARTTE, Aspekte 270. Auf die Bedeutung des Wirtschaftsrechts für die soziale Marktwirtschaft weist schon MÜLLER-ARMACK, Wirtschaftsordnung 84 f. hin.

[9] NÖRR, Böhm 63 f.

[10] MESTMÄCKER, Wirtschaftsordnung und Geschichtsgesetz 127; insgesamt BÖHM, Ordnung; ausdrucksvoll sagt BÖHM, Problem 340: „Die Einführung der Gewerbe- und Konkurrenzfreiheit ist vielmehr als ein Ausfluß eben dieses Hoheitsrechts [d.h. zur Ordnung der Wirtschaft] anzusprechen; ihr Inhalt besteht in nichts anderem, als in der Errichtung einer anarchischen Wirtschaftsverfassung." Darüber auch STRAUSS, Gewerbefreiheit. Vgl. auch RÜTHERS/STADLER, AT § 2 Rz. 16.

[11] MÜLLER-ARMACK, Die Wirtschaftsordnung, sozial gesehen, in: Grundtexte 19–34 (30).

[12] Zu den Staatsaufgaben HANS PETER BULL, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz (2. Aufl. 1977); ROMAN HERZOG, Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, § 58 in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof III (Heidelberg 1988); DIETER GRIMM (Hrsg.) unter Mitarbeit von Evelyn Hagenah, Staatsaufgaben (Baden-Baden 1994); ferner PETER SALADIN, Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, (Bern usw. 1995), zum Privatrecht dort 131 f.

[13] Zur Problematik Zuständigkeitsverteilung oder Aufgabenzuweisung vgl. SALADIN 38 f., 52.

[14] SOREL S. XXI.

[15] Art. 107 Abs. 1 der niederländischen Grondwet bestimmt: „De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten."

Grundsätzen des Zivilrechts Bedeutung bei. Darüberhinaus wird in Deutschland zum Teil sogar aus dem Sozialstaatsprinzip gefolgert, daß der Gesetzgeber zu „sozialgerechter" Normsetzung verpflichtet sei, und dazu sind auch vertragsrechtliche Beispiele genannt worden[16]. Allerdings wäre ein solcher Auftrag sehr konkretisierungsbedürftig, denn was heißt „sozialgerecht"? Allgemeiner heißt es: „Der Staat muß einen intersubjektiven schuldvertraglichen Verkehr zulassen und darüber hinaus positiv fördern"[17]. Dem wird man im Lichte der Vertragsfreiheit zustimmen können, doch bleibt auch hier die Frage nach der Konkretisierung des „positiv fördern": Sicher nicht durch Subventionen, aber durch angemessene Vertragsrechtsetzung. Dafür gab schon Art. 152 Abs. 1 WRV einige Hinweise.

Staatliche Vertragsrechtsetzung ist heute eine globale Erscheinung. Wohl jeder Staat gibt sich ein Vertragsrecht, auch wenn es manchmal nur das von früherer Herrschaft übernommene ist[18]. Zwar gibt es Staaten ohne staatliches Familienrecht – denn dies überlassen sie, etwa Israel oder einige arabische Staaten, den Religionsgemeinschaften[19], – aber wohl kaum Staaten ohne staatliches Schuldvertragsrecht. Vertragsrecht ist somit Staatsaufgabe. Auch wenn die Ausformulierung der Staatsaufgaben zum Teil Ergebnis eines politischen Prozesses ist[20] und die Ansätze unterschiedlicher Schulen deutlich verschieden sind[21], zählt doch einiges zum Kernbestand; Grundlagen des Vertragsrechts gehören dazu.

Vertragsrecht auch als Staatsaufgabe zu bezeichnen, bedeutet keineswegs, eine wie auch immer bestimmte umfassende Sozialisierung des Vertragsrechts zu fordern. *Biedenkopf* hat eindrücklich hervorgehoben, daß Ende des 19. Jahrhunderts für weite Bevölkerungskreise Privatautonomie „weitgehend uninteressant" gewesen ist[22]; für jetzige und künftige Gesellschaften, die „vom wirklichen Massenwohlstand gekennzeichnet sind", hat er aber eine gänzlich andere Beschreibung

[16] Vgl. Bull 328f., auch 332. Zum Sozialstaatsprinzip als Grenze der Vertragsfreiheit im Kapitalanlagebereich Hopt, Kapitalanlegerschutz 273f., 285f.

[17] Bull 332.

[18] Zur Ausbreitung von Rechtssystemen durch imperiale Macht allgemein Agostini, Droit comparé (1988) 244ff.

[19] Aber auch dort wird zum Teil über den Umfang der Staatsaufgaben gestritten. So war im *Libanon* im Frühjahr 1998 die Ermöglichung der fakultativen Zivilehe vorgeschlagen worden, doch war das Projekt umstritten und schließlich erfolglos, vgl. ‚Mariage civil facultatif: le „projet Hraoui" approuvé en conseil des ministres', Revue du Liban Nr. 1989 vom 21.–28.3.1998.

[20] So Grimm, Staatsaufgaben – Eine Bilanz, in: Grimm 771–785 (773).

[21] So etwa eine Perspektive eines „liberalen Evolutionismus" bei Bernd Baumann, Offene Gesellschaft, Marktprozeß und Staatsaufgaben, Möglichkeiten und Grenzen ökonomischer Theorien zur Erklärung der Funktionsweise offener Sozialsysteme und zur Legitimation staatlichen Handelns in Offenen Gesellschaften (Baden-Baden 1993) (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, 132) gegenüber einer „umfassenden Verantwortung" des Staates nach Dieter Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: Dieter Grimm (Hrsg.) unter Mitwirkung von Evelyn Hagenah, Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts (Baden-Baden 1990) 291–301 (297).

[22] Kurt H. Biedenkopf, Die Wiederentdeckung des Privatrechts, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, FS Coing (1982) II 21–31 (24).

und Prognose abgegeben[23]. Der Gestaltungsbedarf bei der Staatsaufgabe Vertragsrecht hängt auch von den materiellen und kulturellen gesellschaftlichen Verhältnissen ab. Für den Landarbeiter auf einem mecklenburgischen Gut des 19. Jahrhunderts kam es im wesentlichen nur auf das Gesinderecht an, der DDR-Bürger fragte nicht nach Konsumentenschutzrechten, sondern nach Konsumgütern[24]: es ging zunächst darum, den Trabant – oder Bananen – zu bekommen, erst dann um Qualität oder Produktsicherheit[25]. Eine Untersuchung der Zivilprozesse in der DDR hat belegt, daß Kaufprozesse selten waren und großteils zwischen privaten Parteien geführt wurden, so daß die DDR nicht als Warenverkehrsgesellschaft zu bezeichnen war[26]. Vertragsrecht war bei Knappheit von Waren und somit Vertragsschlußmöglichkeiten wenig interessant. Wer heute in Deutschland oder sonst in der EG/EU lebt, hat hingegen meistens, wenn er nur will, die Möglichkeit, sein Leben in vielfältiger Hinsicht durch Verträge selbst zu gestalten. „Erst heute sind die materiellen Voraussetzungen für eine Privatrechtsgesellschaft der umfassenden Kooperationsbeziehungen gegeben"[27]. Allerdings kann dies den Einzelnen auch überfordern.

b) Privatrechtssetzung als „service public" und Herstellung eines öffentlichen Gutes

In Erfüllung der Staatsaufgabe Setzung von Vertragsrecht und Privatrecht wird ein öffentliches Gut geschaffen. Erhellend, wenngleich zu eng, ist die in Frankreich geläufige Bezeichnung der Rechtsprechung als „service public"[28]. Sie gilt, wie etwa die Verstaatlichung der Justiz unter Abschaffung der Patrimonialgerichtsbarkeit[29] in

---

[23] Ebd. 27ff.; zustimmend und ergänzend MEDICUS AT 75 Rz. 176ff. Zum Wirtschaftswunder der Nachkriegszeit als tragfähiger sozio-ökonomischer Grundlage für das BGB auch SCHULTE-NÖLKE, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996 (1997) 9–21 (20). Einen „Vitalitätsschub ohnegleichen" für die Privatrechtsgesellschaft sieht in der Konsum- und Freizeitgesellschaft CANARIS, FS Lerche 880.

[24] Vgl. auch TENNER 163.

[25] Vgl. etwa die schon oben § 2 II angesprochene Problematik von PKW-Bestellungen, Bestellkauf usw. „Die Märkte, wenn es sie denn überhaupt gab, wiesen ökonomische Kennzeichen von Anbietermärkten auf, die durch monopolistische Strukturen, extreme Knappheit von Gütern und geringe Qualität von Dienstleistungen, nur sekundäre Bedeutung des geldlichen Faktors zur Angebotssteuerung und fehlende Rückbeziehung von Produktion und Handel auf Konsumentenwünsche charakterisiert waren", sagt – wohl nicht nur zu Rußland – REICH, Entwicklung 184.

[26] RAINER SCHRÖDER, Kauf- und Mietprozesse, http://www.forhistiur.de.

[27] HERMANN REICHOLD, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, Historisch-dogmatische Grundlagen von 1848 bis zur Gegenwart (München 1995) (Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, 66) 403ff.

[28] „Le service public de la justice" wird etwa von VINCENT/GUINCHARD/MONTAGNIER/VARINARD, La justice et ses institutions, (3. Aufl. 1991) 27ff. Nr. 28ff. dargestellt.

[29] Speziell dazu SABINE WERTHMANN, Vom Ende der Patrimonialgerichtsbarkeit, Ein Beitrag zur deutschen Justizgeschichte des 19. Jahrhunderts (1995) (Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, 69).

Deutschland im 18. Jahrhundert zeigt[30], nicht nur in Frankreich, sondern trotz allen Privatisierungsdiskussionen[31] allgemein[32]. Sie trifft sogar für das ganze Privatrechtssystem[33]: Rechtsregeln sind in ökonomie-theoretischer Betrachtung sogenannte „öffentliche Güter"[34]; man kann auch von „Gemeinschaftsgütern" sprechen[35]. Sie werden zum Teil von den Gerichten produziert[36], billiger und oft besser aber wohl vom Gesetzgeber. Die Bereitstellung eines billigen und gerechten Privatrechts, und dabei auch Vertragsrechts, ist eine Aufgabe staatlicher Daseinsvorsorge – vielleicht nicht die existentiellste, aber eine, die jedenfalls außerhalb von Zeiten unmittelbarer Not doch Aufmerksamkeit verdient. Das mit Landfrieden und Selbsthilfeverbot einhergehende Monopol der Rechtsschutzgewährung oder jedenfalls der gewaltsamen Durchsetzung bringt auch die Aufgabe der Rechtsetzung mit sich[37]. Diese Sicht ist kein Etatismus. Privatrecht mag eine „gesellschaftliche Hervorbringung" sein[38], aber dessen Instandhaltung ist Staatsaufgabe, wenn nach Etablierung der Grundlagen vielleicht auch – um wiederum mit *Böhm* zu sprechen – „bloß pfleghaft-gärtnerischen Charakters"[39]. Auch der Gärtner muß Auswüchse zurückschneiden.

c) Kein Monopol

Vertragsrecht als Staatsaufgabe zu bezeichnen, bedeutet nicht, ein vertragsrechtsbezogenes Monopol des Staates zu postulieren. Nichts ist grundsätzlich gegen die vielen standardisierten Klauselwerke der unterschiedlichsten Institutionen einzuwenden – ebensowenig wie gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit, deren Anerkennung doch nichts an der Staatsaufgabe Gerichtsbarkeit ändert. Ein „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft" ist daher in den Grenzen des staatlichen Rechts legitim. Vertragsrecht als Staatsaufgabe bedeutet aber doch, daß dem Staat ein Wächteramt obliegt. Dem kommt er unter Wahrung der Freiheiten dadurch nach, daß er im angemessenen Umfang neben dispositivem auch zwingendes Vertragsrecht setzt.

---

[30] Werner Abelshauser, Wirtschaftliche Wechsellagen, Wirtschaftsordnung und Staat: Die deutschen Erfahrungen, in: Grimm 199–232 (206).

[31] Für eine „‚Privatisierung' der Zivilgerichtsbarkeit" Ebbing 213 ff.

[32] Vgl. auch Herzog § 58 Rz. 43 ff.; zur Rechtspflege als Staatsaufgabe knapp etwa Bull 352. Eine „Dienstleistungsaufgabe mit Verfassungsrang" spricht der Justiz der Parlamentarische Staatssekretär beim Bundesminister der Justiz Funke zu, s. Justizentlastung, recht 1996, 77.

[33] Vgl. auch Herzog § 58 Rz. 78, wohl in Ausfüllung des ebd. Rz. 46 gestreiften.

[34] Schäfer, Geld 4.

[35] So im Hinblick auf natürliche Güter Hans F. Zacher, Erhaltung und Verteilung der natürlichen Gemeinschaftsgüter – eine elementare Aufgabe des Rechts, in: FS Lerche 107–118.

[36] Dazu Schäfer, Geld 4 ff., 10.

[37] Zum Selbsthilfeverbot unten § 14 II.

[38] Böhm, ORDO 17 (1966) 75–151 (92).

[39] Vgl. Böhm, ORDO 17 (1966) 75–151 (87).

2. Europa

In europäischer Sicht der Dinge stellt sich heute allerdings die Frage, ob die Staatsaufgabe Privatrecht nicht inzwischen Aufgabe der europäischen Integration, wenn nicht gar der internationalen Staatengemeinschaft ist. Indes ist dies für die EG/EU einerseits eine Frage der Kompetenzverteilung nach dem Verfassungsrecht der Europäischen Union und ändert andererseits am Befund Staatsaufgabe nichts. Die EG/EU wird insoweit – auch wenn sie selbst nur „Staatenverbund" ist[40] – staatengleich tätig, erfüllt also eine Staatsaufgabe. Europäisierung bedeutet nicht Abschied von der Staatsaufgabe, sondern Verlagerung auf die staatsähnlich verfaßte Ebene der europäischen Integration. Es wird sich zeigen, daß das europäische Vertragsrecht sogar Ansätze zu einer stärkeren „staatlichen" Regulierung aufweist als manche nationale Rechtsordnung. Die Alternative zur Staatsaufgabe heißt nicht Europäisierung, sondern Privatisierung. Auf die Frage, wieweit das Privatrecht durch die EG/EU zu europäisieren ist, ist nachher näher einzugehen.

3. Internationale Ebene

Ist Vertragsrecht aber nicht heute eine über Europa hinausgehende internationale, weltweite Aufgabe? Ist seine Pflege nicht in die Hände der internationalen Organisationen der internationalen Staatengemeinschaft zu legen? Die Internationalität des Handels legt dies nahe – doch die Verhältnisse, sie sind nicht so. Die internationale Staatengemeinschaft ist in viel zu rudimentärer Verfassung, als daß sie sich auch noch durchgehend des Privatrechts annehmen könnte. Man kann auf Erfolge des Ausschusses der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht, UNCITRAL, etwa im Bereich des Kaufrechts und des Schiedswesens hinweisen[41]. Diese zeigen in ihrem Charakter als Bruchstücke jedoch zugleich, wie weit man – soweit es um mehr als begrenzte Kooperation gehen soll – von einer Lage entfernt ist, in der Privatrecht als Aufgabe der internationalen Staatengemeinschaft zu betrachten sein könnte. Globalisierung des Rechts zeigt sich nur in einem begrenzten Teilbereich[42]. Zu diesem wird gelegentlich gerade das Vertragsrecht gezählt: „there has been some movement toward a relatively uniform global contract and commercial law"[43]. Damit ist aber die Praxis in den Grenzen der

---

[40] BVerfG 12.10.1993 (*Maastricht*), BVerfGE 89, 155 (155, 183, 184, 185, 186).

[41] Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, Wien 11.4.1980, BGBl. 1989 II 588.

[42] Shapiro, Globalization, Global Legal Studies Journal 1996 (vor I.).

[43] Shapiro, Globalization, (unter I. am Anfang); es heißt dort weiter „For whatever reasons, it is now possible to argue that American business law has become a kind of global jus commune incorporated explicitly or implicitly into transnational contracts and beginning to be incorporated into the case law and even the statutes of many other nations."

staatlichen Vertragsrechte angesprochen. Viele Einzelregelungen dagegen sind international weder bekannt noch gar verglichen – sogar innerhalb Europas werden etwa Wucher[44] oder Geschäftsraummiete[45] ganz unterschiedlich geregelt.

Im übrigen bietet sich dem Betrachter auch sonst ein uneinheitliches Bild. Internationale Differenzierung statt Unifizierung im Vertragsrecht scheint etwa in einigen common law-Ländern zu beobachten zu sein. Israel hat sich eine eigene Rechtsordnung gegeben[46], Palästina wird eines Tages dasselbe tun müssen[47], für Neuseeland wird von einer „Distinctive Contract Legislation" gesprochen[48], für Singapur und Malaysia wird die autochthone Weiterentwicklung des importierten englischen Vertragsrechts propagiert[49]. Indonesien zeigt seit Jahrzehnten verhaltene Bestrebungen zum Aufbau eines eigenen Rechtssystems; ein im Jahre 1961 präsentierter Entwurf eines Vertragsrechts mit 93 Artikeln[50] ist zwar nie Gesetz geworden, zeigt aber doch Skepsis gegenüber dem importierten Recht. Vietnam hat sich jüngst eine neue Zivilrechtsordnung gegeben[51]. Die in einigen Ländern erfolgte oder angestrebte Wiederbelebung islamischer Rechtsvorstellungen ist ohnedies bekannt[52]. Auf der übergeordneten Ebene des internationalen Menschenrechtsschutzes wird sogar vorgebracht, das Recht selbst sei keine universale Erscheinung, sondern spezifisch für westliche Weltanschauung und Geschichte; westlicher Legalismus solle nun aber der ganzen Welt vorgeschrieben werden[53]. Was immer davon zu halten ist, international unterschiedliche Rechtskulturen

[44] Näher dazu unten § 17.

[45] Näher dazu unten § 18 IV 3.

[46] Dazu etwa GOLDSTEIN 147–164.

[47] Über die derzeitige Rechtslage in den palästinensischen Autonomiegebieten mit Rechtstexten aus fünf verschiedenen Quellen – ottomanisch, britisch, jordanisch bzw. ägyptisch, israelisch, palästinensisch – und unterschiedlichem Normenbestand im ehemals jordanischen Westjordanland und im ehemals ägyptischen Gaza-Streifen sowie die Bemühungen um Rechtssammlung (Palestinian Legislative Compilation Project) am Birzeit University Law Center siehe Birzeit University Law Center, Palestine: West Bank bzw. Palestine: Gaza Strip, verfügbar über http://lawcenter.birzeit.edu/overview.html. Zum Recht in Palästina auch SHIHADEH in: KAPLAN (Hrsg.), Israeli Business Law 567–580, dabei zum Vertragsrecht 576f.; ferner BÖRNER, IPRax 1997, 47–52.

[48] CHETWIN 2; auch BURROWS/FINN/TODD S. V.

[49] PHANG 46f.

[50] von WIRJONO, kurz dazu ANTONS 37.

[51] Dazu RAUSCHER/PHAN-HUY, Das vietnamesische Zivilgesetzbuch vom 28.10.1995, ZVglRWiss. 97 (1998) 340–359; ferner BURKE, Vietnam's New Commercial Law, Asia Bus.L.Rev. 1998, no. 21, S. 3–9.

[52] Interessant etwa BOTIVEAU, Loi islamique et droit dans les sociétés arabes; speziell zur Frage der Zinsen und der islamischen Banken PICCINELLI, Dir.com.int. 1996, 35–73. Instruktiver Überblick über eine Vielzahl arabischer Staaten bei KRÜGER, Recht van de Islam 5, 98–168.

[53] SURYA PRAKASH SINHA, Non-Universality of Law, ARSP 1995, 185–214 (209ff.); dort etwa 209: „Our point has been that law itself is parochial to Western civilization. It grew there as a result of the particular historicity of that civilization. Other civilizations have, in their own particular historicity, developed their own fundamental principles of moral life and those principles are not law. Law, therefore, is not universal." Oder 212: „Consequently, it is improper for international law to attempt to transform all civilizations into Western-style legal cultures."

können sich potentiell auch in Unterschieden in Rolle und Gestaltung des Vertragsrechts ausdrücken. Allerdings gibt es auch Fortschritte regionaler Vereinheitlichung. Im frankophonen Afrika wurde jüngst die handelsrechtliche Zusammenarbeit durch einen „Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique" vom 17.10.1993[54] intensiviert[55], und hat bereits zu neuen handelsrechtlichen Einheitsgesetzen geführt[56]. In Australien wird über eine australienweite Vereinheitlichung der Länderrechte diskutiert – auch mit dem altbekannten Stichwort „One nation – one law?"[57].

Würde man Privatrecht voreilig der internationalen Staatengemeinschaft als Aufgabe zuweisen, träfe man also – einmal abgesehen von den praktischen Problemen – eine offenbar nicht von allen gewollte kulturelle und politische Wahl. Auch in anderen rechtlichen Bereichen sind in früher von europäischen Mächten beherrschten Gebieten „Abstoßungsprozesse des früher aufgedrängten Kolonialrechts" beobachtet worden[58]. Eine westlich geprägte Globalisierung trifft in so manchen Bereichen auf Gegenkräfte[59], das Recht macht dabei keine Ausnahme. Vor den Herausforderungen europäischer Harmonisierung hilft eine „Flucht in die globale Dimension" daher nicht[60]. Man kann das Vertragsrecht auf absehbare Zeit nicht pauschal der globalen zwischenstaatlichen Ebene zuweisen.

4. Privatisierung und lex mercatoria

Schließlich mag man jedoch fragen, ob international die Aufgabe Privatrecht nicht in private Hände genommen worden ist: durch Schiedsrichter, internationale Verbände und die vielbeschworene *lex mercatoria*[61].

Die internationale Streitbeilegung durch Handelsschiedsgerichte hat überragende Bedeutung, dies steht außer Zweifel. Ob sie damit Quell' einer eigenen Rechtsordnung ist, ist jedoch sehr fraglich – Gegenstand eines „Glaubenskrieg(es)",

[54] Abgedruckt Rev.dr.aff.int. 1996, 332–340.

[55] Zur „Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires" (OHADA) BOLMIN/BOUILLET-CORDONNIER/MEDJAD, Clunet 121 (1994) 375–392; ferner AGBOYIBOR, Harmonisation. Zur Rechtspolitik der frankophonen afrikanischen Staaten seit ihrer Unabhängigkeit CONAC, Mélanges Peiser 141–161, mit einer Bibliographie.

[56] Überblick bei TAPIN/ÉPESSÉ, D. Affaires 1998, 361–365. Texte mit kurzer Kommentierung nun bei ISSA-SAYEGH/POUGOUÉ/SAWADOGO, OHADA, Traité et Actes uniformes Commentés et annotés, Futuroscope 2002.

[57] ROSE, One nation – one law? Uniformity and the role of alrc: Reform, Summer 1995/96 Issue 68 S. 3–6; in dem gleichen Heft auch weitere Beiträge. „Ein Reich. Ein Volk. Ein Recht" hatte es schon im Jahre 1900 in Deutschland geheißen, siehe SCHULTE-NÖLKE, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996 (1997) 9–21 (11 N. 13).

[58] So der Strafrechtsvergleicher ALBIN ESER in Berlin am 18.10.1996.

[59] Allgemein HEBERER, FAZ v. 10.10.1996 S. 13.

[60] So auch BROGGINI, ZfRV 1997, 221–229 (229).

[61] DE LY, De lex mercatoria (1989); DASSER, Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria (1989); URSULA STEIN, Lex Mercatoria, Realität und Theorie (1995).

und in Wahrheit vielleicht doch nur eines von verschiedenen Beispielen für staatenungebundene internationale Rechtspraxis[62]. Für diese tatsächlichen Vorgänge der Rechtsformung durch private Seite findet sich heute ideologische Unterstützung: Eine Rechtsbildung nicht durch den Staat, sondern durch die internationale Wirtschaft selbst und „from bottom to top", sei vorzuziehen, denn es gelte: „centralized law, like socialism, is not even plausible for a technologically advanced society"[63]. Allerdings ist nicht einmal die Praxis des internationalen Wirtschaftsverkehrs einhellig für eine lex mercatoria, mit der auch erhebliche Unsicherheiten verbunden sind[64]. Bankjuristen sollen gar einen „horror legis mercatoriae" haben[65]. Zudem wäre eine welteinheitliche lex mercatoria zentralistischer als fast jede staatliche Gesetzgebung. „Bottom up" gälte nur bei Anerkennung verschiedener *leges mercatoriae*[66]. Das aber gefährdete die Einheitlichkeit und untergrübe die Rechtsordnungsqualität gänzlich.

Begrüßenswerte internationale Klauselwerke bedeuten letztlich ebensowenig eine Aufgabenverschiebung wie nationale Klauselwerke. Die praktischen Bedürfnisse nach solchen Regelungen sind zwar wegen der Verschiedenheit der nationalen rechtlichen Infrastrukturen im internationalen Raum noch größer als im nationalen. Dies heißt aber nicht, daß auf das staatliche Wächteramt gänzlich verzichtet werden könne; mindestens das international zwingende eigene – und vielleicht auch fremde – Recht muß vorbehalten bleiben[67]. Zwar wird behauptet, daß bei Anwendung der lex mercatoria „an die Stelle staatlichen Rechts wiederum Normen treten, die zwar von nationalen Rechtsvorstellungen abweichende Konzepte vertraglicher Ausgewogenheit umsetzen mögen, die aber nicht weniger als diese dem gerechten Ausgleich widerstreitender Interessen verpflichtet und als spezifische Regeln sogar eher als jene imstande sind, diese Funktion im Rahmen der internationalen Vertragsbeziehungen zu erfüllen"[68]. Damit wird aber zum einen ein umfassendes Regelungsangebot durch die lex mercatoria postuliert, das nicht belegt wird und bisher auch nicht gegeben ist – kennt etwa die lex mercatoria einen Ausgleichsanspuch für Vertragshändler? –; zum anderen wird unterstellt, daß die Regelungsprobleme internationaler Handelsgeschäfte spezifische seien, die von denen bei nationalen Geschäften abwichen – auch dies ist nur für einige Sonderfragen richtig, nicht aber im allgemeinen. Vielmehr gehen von den staatlichen Rechtsordnungen vielfältige Einflüsse auf die lex mercatoria aus[69]. Sie sind die Amme, von der internationale Schiedssprüche wie Restatements inhaltlich

[62] Vgl. Teubner, RJ 15 (1996) 264.
[63] Cooter 342.
[64] Level 32; siehe auch die Nachweise bei Remien, RabelsZ 56 (1992) 300–316 (308 ff.).
[65] So Harries, berichtet bei Remien, RabelsZ 56 (1992) 300–316 (310).
[66] Dazu Dasser 393.
[67] Vgl. schon Remien, RabelsZ 56 (1992) 300–316 (301); vgl. auch Art. 3.1. UPr und den Comment dazu.
[68] Ursula Stein 249.
[69] Lurger, RJ 16 (1997) 705–725 (708).

leben. Auch eine Ergänzung der lex mercatoria durch einen „a-nationalen ordre public" unter Rückgriff auf Codes of Conduct[70] dürfte nicht genug Sicherheit für die Wahrung von Gerechtigkeits- und Staatsinteressen bieten. Eine als Rechtsordnung verstandene lex mercatoria wirft noch immer mehr Fragen auf, als durch diese Qualifizierung gelöst werden[71]. Ob es richtig ist, daß Vertragsrecht durch die nationalen Kodifikationen unter den Zugriff des Staates geraten sei – erst Kodifikation also Vertragsrecht etatisiert habe -[72], scheint zweifelhaft. Schließlich sind schon die ädilizischen Rechtsbehelfe durch den römischen Prätor, also einen Staatsbeamten, geschaffen worden. Jedenfalls ändert es aber nichts am Bedürfnis des staatlichen Wächters. Die internationale Wirtschaft als „bottom" – also unten – und den oder die Staat(en) als „top" – also oben – zu qualifizieren und daraus Folgerungen für die Rechtsstrukturen des internationalen Wirtschaftsverkehrs abzuleiten, ist ohnedies gewagt. „Unten" mag vielfach der Vertragspartner des internationalen Wirtschaftsunternehmens stehen, der oft ein Dritter, nur manchmal ein Staat ist. „Centralized" ist manchmal eher die weltumspannende Wirtschaft als der einzelne Staat, der bestimmte Schutzziele verfolgt. Staatliche Rechtsetzung pauschal in die Nähe des „Soviet style centralized planning" zu rücken[73], droht daher, die Dinge auf den Kopf zu stellen. Auf internationaler Ebene gibt es – anders als auf der europäischen – kein Organ, welches das staatliche Wächteramt übernehmen könnte. Mit der weltweit einheitlichen lex mercatoria als wirklicher Rechtsordnung ist es also nichts.

Bei allen Internationalisierungen und Privatisierungen ist Privatrecht also auch heute noch zuvörderst Staatsaufgabe der Nationalstaaten und von deren Integrationsverbänden wie der EG/EU.

5. Spannungsverhältnis zur Vertragsfreiheit

Die Staatsaufgabe Vertragsrecht steht in einem besonderen Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Vertragsfreiheit. Vertragsfreiheit gibt dem Einfallsreichtum[74] und Willen der Person Entfaltungsspielraum[75]. Sie dient der Individualität und Spontaneität. Die „Entscheidung für das, was er will" fällt der Einzelne in voller

---

[70] Dafür BERGER, Kodifizierung 74 im Anschluß an *Goldmann*.

[71] Vgl. die kritischen Einwände in der Diskussion auf dem Symposium „Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung" in Hamburg am 3. und 4. Mai 1991, berichtet bei REMIEN, RabelsZ 56 (1992) 300–316 (302ff.).

[72] Dies meint ROUHETTE, Droits 24/1996 S. 116.

[73] So anscheinend STEWART zum amerikanischen Umweltrecht und an dieses Zitat (ohne Fundstelle, doch unter Berufung auf *Don Elliott*) allgemein anknüpfend COOTER 341 f.

[74] Ähnlich allgemein zum Privatrecht FRITZ RITTNER, Die wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht, JZ 1990, 838–846 (845).

[75] „Der freien Entfaltung der Einzelperson dient schließlich das Prinzip der Privatautonomie", RAISER, Zukunft 8.

eigener Verantwortung[76]. Schon recht lyrisch ist von *Zitelmann* bemerkt worden: Wie sich der Wille der Person bildet „verschwindet ... in dem geheimnisvollen Inneren des sich bewegenden Subjects, gleich wie der Ursprung eines Gebirgsbachs, dessen Quelle wir suchen, durch den Berg unseren suchenden Augen entzogen wird, aus dessen dunklem Schoss er plötzlich fertig hervorbricht."[77] Die Einzelheiten der individuellen Willensbildung sind rechtlich in der Regel nicht zu hinterfragen. Der „an irgendeiner Stelle ans Tageslicht ... schießen(de)"[78] Wille, wie auch immer frei gebildet, vereinigt sich mit einem anderen entsprechenden Willen zum Vertrag. Durch das Vertragsrecht wird er dann geleitet, gefördert, vielleicht eingedämmt, manchmal gestaut. Die Ausgestaltung des Spannungsverhältnisses von Vertragsfreiheit und Vertragsrecht ist die Aufgabe vertragsrechtlicher System- und Regelbildung. Vertragsfreiheit ist nicht vollständige Freiheit vom Recht, sondern Freiheit im Recht[79]. Vertragsfreiheit kann nicht grenzenlos sein[80], ggf. muß „die Vertragsfreiheit ... gegen die Vertragsfreiheit geschützt werden"[81]. Auch gerade darin liegt die Staatsaufgabe. Natürlich ist es „eine Trivialität, daß die Grundsatzentscheidung für die Vertragsfreiheit zugleich eine Fülle von Ausgestaltungs-, Ergänzungs- und Beschränkungsregeln erforderlich macht"[82]. Doch ist es eine schwierige Frage, welches das rechte Maß für die ‚mehr oder weniger' starke Verwirklichung des Prinzips Privatautonomie ist[83]. Was der eine als Schutz vor Ausbeutung betrachtet, mag für den anderen Paternalismus sein[84]. Das relative Gewicht von Individualismus und Solidarität, so wird gesagt, variiere in den (mindestens) fünfzehn Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten stark[85]. In welche Richtung soll die künftige Entwicklung gehen? Die Suche nach der Antwort fordert eine Entdeckungsreise quer durch das Vertragsrecht.

II. Vertragsfreiheit heute

Die Europäische Kommission hat schon 1984 ihrer Mitteilung über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen eine Bemerkung über die Vertragsfreiheit

---

[76] Koslowski 167.

[77] Ernst Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 35; hierzu Schapp 26 mit N. 50.

[78] Schapp 26.

[79] Hallstein, Wiederherstellung 31.

[80] Schlechtriem Rz. 35.

[81] Rüthers, AT (10.) Rz. 40, auch 43; vgl. auch Rüthers/Stadler § 3 Rz. 6.

[82] Canaris, FS Lerche 886.

[83] Vgl. Franz Bydlinski, ‚Privatrechtsgesellschaft' und Rechtssystem, in: FS Raisch 7–23 (18). Allgemein Franz Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967); Reinhard Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995); Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität (1982); Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich (1970).

[84] Vgl. Gordley 5; zu Paternalismus und Vertragsrecht ausführlich Enderlein (1996).

[85] Caruso unter II 2 (S. 4 von 20).

vorangestellt: „In allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, sei es in den Ländern des Bürgerlichen Rechts oder den „Common-Law"-Ländern, beruht das Vertragsrecht auf dem Grundsatz, daß die Vertragsparteien die Vertragsbedingungen aushandeln können."[86] In einem neuen Dokument wurde die Abschlußfreiheit angesprochen, indem ausgeführt wurde: „Da die Vertragsfreiheit eines der Grundprinzipien des Vertragsrechts ist, liegt die Hauptschwierigkeit ... in der Tatsache begründet, daß das Gemeinschaftsrecht Finanzinstitute nicht zur Akzeptanz in- oder ausländischer Kunden zwingen kann."[87] Oder zu Zahlungsfristen: „Die Kommission ist der Auffassung, daß in allen Maßnahmen die Vertragsfreiheit der Unternehmen gewahrt bleiben sollte."[88] Auch im Zusammenhang mit dem für eine Währungsunion erforderlichen Währungsrecht wird auf die Vertragsfreiheit Bezug genommen[89]. Die Vertragsfreiheit ist heute also als Grundsatz überall innerhalb der EG/EU anerkannt[90], auch wenn eine Tendenz zu ihrer Einschränkung durch zwingende Normen festgestellt wird[91]. Der Grundsatz der Privatautonomie ist auch kürzlich von Generalanwälten des EuGH in ihren Schlußanträgen anerkannt worden, so in der die Handelsvertreter-RiL betreffenden Rechtssache *Kontogeorgas ./. Kartonpak AE*[92] und in dem kartellrechtlichen Fall *Bronner ./. Mediaprint*[93].

Ausdruck findet dieser Grundsatz ferner in den neuen Restatements des internationalen und europäischen Vertragsrechts, den Unidroit-Principles of Internatio-

---

[86] Bull. EG Beil. 1/84 Nr. 1 S. 5. „Bürgerliches Recht" dürfte hier eine mißglückte Übertragung des Terminus Civil Law sein.

[87] Grünbuch Finanzdienstleistungen: Wahrung der Verbraucherinteressen, KOM(96)209 endg. vom 22.5.1996 S. 8.

[88] Bericht über Zahlungsverzug im Handelsverkehr, Mitteilung der Kommission, S. 15/21 unter 4.

[89] Verordnung (EG) 1103/97 vom 17.6.1997 des Rates über bestimmte Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des Euro, ABl. 1997 L 162/1; es heißt dort in Erw. 7 u.a.: „Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist zu gewährleisten"; vgl. auch Art. 3 Satz 2 der Verordnung.

[90] Siehe auch Drobnig, in: Dubrovnik lectures 305–333 (311 f.); van Erp, ontwikkeling 65. Wie Krüger 133 f. berichtet, hat er sich auch in der Türkei sowie inzwischen auch in islamischen Rechten durchgesetzt.

[91] Principles of European Contract Law, Art. 1.102 note 2; ferner M.E. Storme, Validity 160.

[92] Generalanwalt *Cosmas* in seinen Schlußanträgen vom 4.7.1996 zu EuGH 12.12.1996 – Rs. C-104/95 (*Kontogeorgas ./. Kartonpak AE*), Slg. 1996, I-6643 unter Rz. 23: „Da es sich um vertragliche Beziehungen handelt, für die im allgemeinen der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt, ist die Festlegung des Kundenkreises, auf den sich die Vermittlungstätigkeit erstreckt, anhand eines geographischen oder anderen Kriteriums in erster Linie Sache der Vertragspartner. Somit ist in jedem Einzelfall auf den Parteiwillen abzustellen. Die Ermittlung dieses Parteiwillens fällt natürlich in die ausschließliche Zuständigkeit des nationalen Gerichts."

[93] Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlußanträgen vom 28.5.1998 zu EuGH 26.11.1998 – Rs. C-7/97 (*Bronner ./. Mediaprint*), Slg. 1998 I-7791, unter Rz. 53 und 56: „In den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten wird die Kontrahierungsfreiheit im allgemeinen als ein wesentliches Element des freien Handels angesehen. .... Zunächst entspricht das Recht, den Handelspartner auszuwählen und über das Eigentum frei zu verfügen, offenbar allgemein anerkannten Grundsätzen der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in manchen Fällen mit verfassungsrechtlichem Status. Eingriffe in diese Rechte sind sorgfältig zu begründen."

nal Commercial Contracts[94] und den Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts der Lando-Gruppe[95]. Den UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts (UPr) steht in ihrem Art. 1.1 sogar ein ausdrückliches Bekenntnis zur Vertragsfreiheit voran, einer ihrer „most fundamental ideas"[96]: „The parties are free to enter into a contract and to determine its content."[97] Sie ist nun als Art. 1.102 auch in die europäischen Grundregeln (EuPr) integriert. Sowohl Principles of European Contract Law als auch Unidroit-Principles enthalten zudem eine ausdrückliche Regel über die grundsätzliche Abdingbarkeit ihrer Regeln, also über ihren nicht zwingenden Charakter[98]. Art. 1.102 EuPr und Art. 1.5 UPr sind praktisch wortgleich. Gleichermaßen wird betont, daß nur „a few" Ausnahmen oder zwingende Bestimmungen vorlägen[99]. Neben wichtigen allgemeinen Bestimmungen über die Wirksamkeit des Vertrages, für welche die Unidroit-Principles in einem besonderen Art. 3.19 ausdrücklich den zwingenden Charakter statuieren[100], werden als zwingend kaum eine Handvoll[101] an Bestimmungen genannt: das Gebot von Treu und Glauben (Art. 1.106 bzw. Art. 1.7)[102], die Regel über die grob unangemessene Leistungsbestimmung durch eine der Parteien (Art. 2.102 bzw. Art. 5.7 (2)), die Regel über Haftungsbeschränkungs- oder -freizeichnungsklauseln (Art. 3.109 bzw. Art. 7.1.6) sowie die Herabsetzung grob überhöhter Vertragsstrafen (Art. 4.508 (2) bzw. Art. 7.4.13 (2))[103]. Für das Kündigungsrecht bei unbefristeten Verträgen – Art. 6.109 (ex 2.109) EuPr., Art. 5.8 UPr – wird der zwingende Charakter nicht ausgesprochen, doch dürfte dasselbe gelten: „Eternal engagements prohibited" sagt die vergleichende Anmerkung zu Art. 2.109 EuPr[104], der comment zu Art. 5.8 UPr ist dagegen vage[105]. Ein zwingendes Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bei allen, auch befristeten Dauerschuldverhältnissen hat deutscherseits nicht durchgesetzt werden können.

Die im wesentlichen handelsrechtlichen wissenschaftlichen Angleichungsprojekte vermitteln also einen beinahe unbeschränkten Glauben in die Vertrags-

---

[94] Näher dazu unten § 5 II 5 d) bb).

[95] Näher dazu unten § 5 II 5 d) aa).

[96] So BONELL, Restatement 55; s.a. DERS., UNIDROIT-Prinzipien, ZfRvgl. 37 (1996) 154.

[97] UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts (1994) S. 7.

[98] Dazu BONELL, Restatement 57ff.; KESSEDJIAN 658; GIARDINA 550; auch FARNSWORTH, Can.Bus.L.J. 27 (1996) 48–62 (55f.); ROUHETTE, Droits 24/1996 S. 119; LARROUMET, J.C.P. 1997 Doctr. 4011.

[99] EuPr Art. 1.102 comment A; Unidroit Principles Art. 1.6 comment 3.

[100] Vgl. Unidroit-Principles chapter 3, für die EuPr noch nicht veröffentlicht.

[101] „eine Reihe zwingender Vorschriften", meint WICHARD 286.

[102] Absatz 2 lautet jeweils: „The parties may not exclude or limit this duty." Zur Reichweite BONELL, Restatement 89f.; FARNSWORTH, Good Faith, Tulane J.Int.Comp.L 3 (1994/95) 47–63 (62); allgemein HARTKAMP, Concept, Tulane J.Int.Comp.L 3 (1994/95) 65–71.

[103] Vgl. EuPr Art. 1.102 comment B und Unidroit-Principles Art. 1.5 comment 3 sowie die einzelnen Bestimmungen.

[104] EuPr Art. 2.109 note 1.

[105] Unidroit-Principles Art. 5.8 comment: einerseits „gap-filling provision", aber „more generally" (?) auch „widely recognized principle that contracts may not bind the parties eternally".

freiheit. Allerdings sind sie insoweit nicht ganz verläßlich, weil sie neben einer sehr allgemeinen Bestimmung über den Wucher (Art. 3.10 UPr: „gross disparity"; Art. 4.109 (vorher 6.109) EuPr: „Excessive or grossly unfair advantage")[106] und einem Anfechtungsrecht gegen nicht im einzelnen ausgehandelte unangemessene Klauseln in den EuPr (Art. 6.110 EuPr: „Unfair terms which have not been individually negotiated") Fragen der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit expressis verbis ausklammern (Art. 4.101 (vorher 6.101) EuPr, Art. 3.1 lit. c UPr) und damit mindestens einstweilen[107] dem anwendbaren nationalen Recht überlassen[108]. Die dafür gegebene Begründung, die nationalen Regeln seien so sehr unterschiedlich[109], wird allerdings kaum überzeugen. Sie wird für die – im Binnenmarkt allerdings auf den rechtlichen Prüfstand der Grundfreiheiten zu stellenden[110] – mannigfachen einzelnen Verbotsgesetze treffen, nicht aber für die Grundregel der Sittenwidrigkeit und die Vertragsrechtsfolgen von Gesetzesverstößen allgemein. Mindestens theoretisch lassen diese Werke also die Möglichkeit offen, ihre Liberalität nicht nur durch spezielle Eingriffsnormen, sondern auch durch allgemeine Regeln wie Sittenwidrigkeit oder public policy überspielen zu lassen. Mag dies für die lex mercatoria richtig sein, weil sie eben keine wirkliche Rechtsordnung ist, so enttäuscht es doch für Projekte des europäischen Vertragsrechts[111]. Immerhin jedoch ist das Prinzip eindeutig die Vertragsfreiheit.

Aber die Vertragsfreiheit herrscht in Deutschland und Europa doch nicht unangefochten. Vielmehr sind ganz konträre Meinungen vertreten worden: Vertragsfreiheit sei „bei präziser Betrachtung ein Traumschloß, eine Utopie und keine Realität"[112]. Nur zwischen sozial und ökonomisch gleichen Partnern könne sie funktionieren, für „Verträge zwischen Großunternehmen über atypische Gegenstände" und bei Tarifverträgen[113]. Andere sehen hingegen eine funktionierende Vertragsfreiheit durch den Gesetzgeber bedroht. Kürzlich ist gar gefragt worden, ob infolge von Eingriffen nicht ein „Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht" zu konstatieren sei[114], und nach einer Schilderung neuerer deutscher Entwicklungen wurde geschlossen: „Ich halte derart weite und schlecht gezielte Eingriffe in die Privatautonomie für unvertretbar."[115] Wieder andere

[106] Dazu noch unten § 17 II.

[107] „For the moment", sagt der comment zu Art. 4.101 EuPr.

[108] So ausdrücklich der comment zu Art. 3.1 Unidroit a.E.

[109] Vgl. jeweils den comment.

[110] Dazu im einzelnen unten § 15 I mit einigen Beispielen zur Frage der Sittenwidrigkeit.

[111] Krit. auch M.E. Storme, Validity 195. Bea. neuestens Art. 15.101 EuPr.

[112] So Zweigert, FS Rheinstein II 493–504 (503); dagegen Canaris, FS Lerche 882.

[113] Ebd. 503f.

[114] So der Titel einer aus einem Vortrag hervorgegangenen Schrift von Dieter Medicus (1994).

[115] Medicus ebd. 32. S. 35 heißt es noch: „In den letzten Jahrzehnten hat es zahlreiche Eingriffe in die Privatautonomie im Schuldrecht gegeben; weitere, noch schwerer wiegende Eingriffe scheinen bevorzustehen. Es sieht also wirklich so aus, als seien wir im Begriff, die Privatautonomie für wichtige schuldrechtliche Geschäfte zu verabschieden."

sehen manche zwingende Vorschriften mit dem Standpunkt eines liberalen Vertragsrechts versöhnt[116].

Für die Geltung der Vertragsfreiheit kommt es aber nicht nur auf die theoretischen Konzeptionen der Rechtsordnungen an, sondern auch auf die vertragsrechtliche Wirklichkeit. Dies gilt natürlich für die Vertragspraxis allgemein, speziell aber auch für mehrere Personen betreffende Verträge. Auf die Probleme der Standardverträge unter Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist später einzugehen[117], insgesamt ist die gewachsene Bedeutung sogenannter Verbundener Verträge zu vermerken[118]. Bei der privatwirtschaftlichen Projektfinanzierung im Rahmen von Build-Operate-Transfer-Projekten etwa werden die einzelnen netzartig miteinander verknüpften Verträge ihrem sachlichen Inhalt nach auf die Regelungen des Konzessionsvertrages abgestimmt[119]. Vertragshändler- und Subunternehmerverträge sind andere Beispiele von Verträgen, die in ein ganzes System eingebunden sind. Für Versicherungsverträge und öffentliche Aufträge gilt ähnliches seit langem. Der einzelne Vertragsschließende kann dann zwar über den Vertragsschluß entscheiden, ob er auch auf den Inhalt des Vertrages noch Einfluß zu nehmen vermag, ist zweifelhaft. Die tatsächliche Verbreitung von Netzwerkverträgen kann daher die Vertragsfreiheit in ihrer Substanz berühren.

Dann ist es aber angezeigt zu untersuchen, ob und wie der Grundsatz der Vertragsfreiheit heute im einzelnen ausgefüllt wird, auch wie etwaige Eingriffe besser auf ihr Ziel zu richten sind. Dem tut keinen Abbruch, daß man von einer neben dem BGB stehenden zweiten Privatrechtsordnung von sozialschützenden Sonder- und Nebengesetzen sprechen und dieser einen kodifikationsfeindlichen dynamischen Charakter zusprechen können mag[120]. Gerade wenn man die freiheitsbetonte Grundordnung des BGB erhalten und Sondergesetze durchforsten will[121], sind die zu Gesetzen geronnenen dynamischen Entwicklungsresultate zu überprüfen und zu systematisieren.

Die vertragsrechtlichen Normen sind heute aber verstreut, ihr System nicht sofort ersichtlich, ihre Berechtigung manchmal fraglich. Es scheint daher an der Zeit, den Versuch zu machen, die Vertragsfreiheit ausgehend vom nationalen Privatrechtssystem, aber unter steter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und Einwirkungen, umfassend zu untersuchen. Nicht eine neue philosophische Begründung der Vertragsfreiheit ist zu entdecken, sondern die

---

[116] Kötz, FS Mestmäcker, 1037–1047 (1046): „... in vielen Fällen ist der Erlaß zwingender Vorschriften auch vom Standpunkt eines liberalen Vertragsrechts aus nicht nur zulässig, sondern geboten."

[117] – dazu unten § 20 –

[118] Speziell dazu nun Rohe, Netzverträge (1998); Heermann, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte (1998); Oechsler 296ff., 340ff.

[119] Nicklisch, Vertragsstrukturen 738.

[120] So Stürner, JZ 1996, 743. Inzwischen hat die Schuldrechtsreform weithin zu einer Integration in die Kodifikation geführt.

[121] So Stürner, JZ 1996, 743.