

MATTHIAS WENDLAND

Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit

Jus Privatum

232

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 232



Matthias Wendland

Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit

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

Mohr Siebeck

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

orcid.org/0000-0002-1834-9361

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

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

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

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

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

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Printed in Germany.

Vorwort

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

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

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

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

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

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

München, im Januar 2019

Matthias Wendland

Inhaltsübersicht

| | |
|-----------------------------|--------|
| Vorwort | V |
| Inhaltsverzeichnis | XIII |
| Abkürzungsverzeichnis | XXXIII |

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

Allgemeiner Teil

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

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

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

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

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

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

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-----------------------------|--------|
| Vorwort | V |
| Inhaltsübersicht | VII |
| Abkürzungsverzeichnis | XXXIII |

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

Allgemeiner Teil

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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