

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 429

# Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht

Zugleich ein Beitrag zum Recht  
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Von

Matteo Fornasier



Duncker & Humblot · Berlin

MATTEO FORNASIER

Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 429

# Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht

Zugleich ein Beitrag zum Recht  
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Von

Matteo Fornasier



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung  
des Stifterverbands für die Deutsche Wissenschaft

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München  
hat diese Arbeit im Wintersemester 2011/2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 978-3-428-13852-4 (Print)  
ISBN 978-3-428-53852-2 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-83852-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2011/2012 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Sommer 2010 fertiggestellt. Für die Veröffentlichung wurde es auf den Stand von Juli 2012 gebracht. Bei der Aktualisierung war neben der neueren Rechtsprechung und Literatur vor allem dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die im Herbst 2011 verabschiedete europäische Richtlinie über Verbraucherrechte 2011/83/EU – anders als ursprünglich geplant – keine grundlegende Reform der Klauselrichtlinie 93/13/EWG mit sich geführt hat.

Zur Entstehung dieses Buchs haben viele Personen beigetragen, denen ich zu großem Dank verpflichtet bin: Professor *Claus-Wilhelm Canaris* hat die Arbeit als Doktorvater betreut. Schon viel früher hat er meine Faszination für das Zivilrecht und die Wissenschaft geweckt, als er mir noch während des Studiums die Möglichkeit bot, an seinem Lehrstuhl tätig sein zu dürfen. Professor *Thomas Ackermann* hat das Zweitgutachten erstellt. Professor *Jürgen Basedow* hat mich als Mitarbeiter an das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg geholt, wo ich die Dissertation geschrieben habe. Er hat sich von Anfang an sehr für das Thema der Untersuchung interessiert und auch mein Verständnis für die Wechselwirkungen zwischen Recht und Markt entscheidend gefördert. Professor *Guido Calabresi* von der Yale Law School hat mich mit dem Law and Economics-Ansatz vertraut gemacht und mir gezeigt, dass die ökonomische Perspektive im juristischen Diskurs häufig Zusammenhänge offenbart, die bei einer rein rechtlichen Betrachtung verborgen blieben. Meine Kollegen am Max-Planck-Institut, allen voran *Anatol Dutta* und *Christian Heinze*, haben mir in zahllosen Gesprächen wertvolle Anregungen gegeben und das Blickfeld meiner Forschung erweitert. Der Arbeitskreis Wirtschaft und Recht des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft hat einen großzügigen Druckkostenzuschuss gewährt. Die Esche Schümamm Commichau Stiftung hat die Arbeit mit einem Förderpreis ausgezeichnet.

Besonders möchte ich meiner Frau *Anna* für ihre Unterstützung danken. Sie war die erste Leserin und hat mit zahlreichen Hinweisen und Fragen maßgebend zur Verbesserung der Arbeit beigetragen. Meine Kinder *Federico* und *Tiziana* sind zwar beide zur Welt gekommen, als die Dissertation bereits fertiggestellt war – ohne sie hätte die Vollendung dieses Buchs jedoch sicherlich mehr Zeit in Anspruch genommen. Der größte Dank gilt meinen Eltern und meiner Schwester

*Francesca*, die mich immer auf jede erdenkliche Weise unterstützt haben. A loro dedico questo libro.

Hamburg, im Juli 2012

*Matteo Fornasier*

# Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung .....	15
I. Freier Markt: Die ordnungspolitische Dimension des Vertragsrechts .....	16
II. Zwingendes Vertragsrecht: Begriffsbestimmung und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands .....	19
III. Gang der Untersuchung und methodische Vorbemerkung .....	20

## *1. Teil*

### **Grundlegung** .....

§ 2 Der Markt: Eine ökonomische Perspektive .....	23
I. Der idealtypische Markt .....	23
1. Der Marktprozess als Kombination von Kooperation und Konkurrenz ..	23
2. Wohlfandseffekte .....	25
a) Allokationseffizienz durch Tauschgeschäfte .....	25
aa) Die Produktivität des Tauschs .....	25
bb) Tauschgeschäfte und Pareto-Effizienz .....	27
b) Produktive Effizienz .....	29
c) Dynamische Effizienz .....	30
3. Individuelle Freiheit .....	30
a) Das Prinzip der dezentralen Koordination und die Rolle des Preis- mechanismus .....	31
b) Wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Individuums .....	33
c) Verhältnis zwischen individueller Freiheit und Wohlstand in der Marktwirtschaft .....	35
d) Marktmechanismus als Mittel der Disziplinierung der individuel- len Willkür .....	37
4. Gerechtigkeit .....	37
a) Gerechtigkeit im Verhältnis der Transaktionspartner (iustitia com- mutativa) .....	39
aa) Die sog. „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“ .....	39
bb) Der Wettbewerb als „Entmachtungsinstrument“ .....	41
b) Verteilungsgerechtigkeit auf gesamtgesellschaftlicher Ebene (iustitia distributiva) .....	42
II. Vom Idealtypus zur Realität: Risiken des Marktversagens .....	44

1. Abweichungen der Institutionenökonomik vom neoklassischen Modell perfekter Konkurrenz: Friktionen infolge von beschränkter Rationalität und Transaktionskosten .....	45
2. Folgen aus beschränkter Rationalität und Transaktionskosten .....	47
a) Opportunismus: Bedeutung und Ursache .....	47
aa) Opportunistisches Verhalten ex ante .....	48
bb) Opportunistisches Verhalten ex post: versteckte Handlungen und hold-up .....	48
b) Die Auswirkungen auf den Markt .....	51
aa) Auswirkungen auf der Mikroebene: Gefährdung der „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“ .....	51
bb) Auswirkungen auf der Makroebene: Kooperationsstörungen durch präventive Abwehrstrategien der Marktakteure .....	53
3. Institutionen als Instrument zur Überwindung von Kooperationsstörungen .....	54
III. Zusammenfassung .....	56
§ 3 Markt und Recht .....	57
I. Die Legitimationsfunktion der Rechtsordnung .....	57
1. Normative Wertentscheidungen zugunsten einer marktwirtschaftlich verfassten Gesellschaftsordnung .....	58
2. Grenzen der Marktwirtschaft .....	60
II. Der Schutz der Funktionsbedingungen des Marktes durch das Recht .....	62
III. Zusammenfassung .....	64

## *2. Teil*

<b>Die Funktionen des zwingenden Vertragsrechts</b>	65
§ 4 Marktconstitutives und marktcompensatorisches zwingendes Vertragsrecht ...	65
I. Marktconstitutives zwingendes Vertragsrecht .....	66
1. Zwingendes Vertragsrecht zum Schutz des Konkurrenzelements des Marktes .....	67
a) Anwendungsbeispiele .....	67
b) Bewertung .....	69
2. Zwingendes Vertragsrecht zum Schutz des Kooperationselements des Marktes .....	69
a) Schutz der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit .....	70
aa) Begriff und Bedeutung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit im Marktsystem .....	70
bb) Anwendungsbeispiele .....	73
(1) Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ..	73
(2) Nichtdispositive Haftung gewerblicher Leistungsanbieter ..	73

(3) Zinseszinsverbot, § 248 Abs. 1 BGB .....	74
(4) § 138 BGB bei Ausnutzung der Unerfahrenheit der Vertragspartei .....	75
cc) Zwingende Normen zum Schutz der Entscheidungsfreiheit als Beitrag zur Materialisierung der Vertragsfreiheit .....	77
dd) Das Verhältnis zum Informationsmodell .....	79
ee) Besondere Merkmale des marktkonstitutiven zwingenden Rechts: Subjektive Äquivalenz im Gegensatz zu objektiver Äquivalenz und <i>iustum pretium</i> .....	82
ff) Zusammenfassung .....	86
b) Schutz vor ex-post-opportunistischem Verhalten in längerfristigen Verträgen .....	87
aa) Die Gefahr ex-post-opportunistischen Verhaltens und ihre Ursachen .....	87
bb) Kontrolle einseitiger Anpassungsrechtsklauseln .....	89
(1) Gesetzliche Spezialregelungen zu einseitigen Anpassungsrechtsklauseln .....	89
(2) Die Beurteilung von Anpassungsrechtsklauseln am Maßstab allgemeiner Regeln (§§ 305 ff. BGB) .....	90
(a) Legitimes Interesse an Leistungsanpassung .....	91
(b) Transparenzanforderungen .....	91
(c) Gebot der Äquivalenzwahrung .....	92
(d) Die Rolle alternativer Schutzmechanismen .....	93
cc) Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 BGB .....	98
dd) Exkurs: Opportunistisches Verhalten durch Erschwerung legitimer Vertragsanpassungen .....	99
ee) Inhaltskontrolle von ad-hoc-Anpassungsverträgen? .....	101
(1) „Spontane“ Anpassungsverträge .....	101
(2) Anpassungsverträge infolge von Neuverhandlungspflichten .....	102
(a) Vertragliche Neuverhandlungspflicht .....	103
(b) Gesetzliche Neuverhandlungspflicht .....	104
ff) Zusammenfassung .....	106
3. Marktkonstitutives zwingendes Vertragsrecht zur Verhinderung sonstigen Marktversagens .....	106
a) Schutz vor negativen externen Effekten .....	107
aa) Negative Externalitäten als Form des Marktversagens .....	107
bb) Die Frage der schutzwürdigen Drittinteressen .....	108
(1) Unmittelbar durch den Marktmechanismus vermittelte Externalitäten und „psychologische Effekte“ .....	108
(2) Verträge zulasten Dritter .....	109
(3) Sonstige Beeinträchtigung von Rechtspositionen und Vermögensinteressen Dritter – Abwägungsfälle .....	110

cc)	Der Drittschutz in den „Abwägungsfällen“	111
(1)	Doppelverkauf und rechtsgeschäftliche Haftungsprivilegierung: Der Relativitätsgrundsatz als Kriterium für die Bestimmung des Drittschutzes	111
(2)	Die Grenzen des Relativitätsgrundsatzes	113
(3)	Die maßgebenden Kriterien für die Bestimmung des Drittschutzes: Möglichkeit und Zumutbarkeit des Selbstschutzes	115
(4)	Die Frage der Einschränkung der Vertragsfreiheit zum Schutz sonstiger Gläubiger einer Vertragspartei: der Grundsatz des caveat creditor	116
(5)	Beschränkung der Vertragsfreiheit in Durchbrechung des Grundsatzes des caveat creditor	117
(6)	Speziell: Einschränkung der Vertragsfreiheit bei der Kollision von Sicherungsglobalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt	119
(7)	Materialisierungstendenzen auch im zwingenden Recht zum Schutz Dritter?	120
dd)	Zusammenfassung zum zwingenden Vertragsrecht zum Schutz vor negativen externen Effekten	121
b)	Schutz spezifischer Märkte	121
aa)	Versicherungsvertragliche Regelungen gegen eine „Überversicherung“ als Beispiel	121
bb)	Das Verbot des Insiderhandels als weiteres Beispiel	123
II.	Marktkompensatorisches zwingendes Vertragsrecht	123
1.	Totale Transaktionsverbote	124
2.	Marktergebniskontrolle	126
a)	Allgemeine Merkmale: Distributive Zielsetzung und Prinzip der objektiven Äquivalenz	126
b)	Innervertragliche Gerechtigkeit und gesamtgesellschaftliche Umverteilung	128
c)	Gegenstände der Marktergebniskontrolle	130
aa)	Preisregulierung	130
(1)	Sektorale Preiskontrolle	131
(2)	Allgemeine Preiskontrolle	133
(a)	Die Äquivalenzkontrolle nach § 138 BGB	133
(b)	Die kartellrechtliche Preiskontrolle im Rahmen der Missbrauchsaufsicht	135
bb)	Zwingende Leistungsmerkmale in Ergänzung zur Preiskontrolle	138
(1)	Beispiele aus dem Wohnraummietrecht	138
(2)	Beispiele aus dem Arbeitsrecht	139

cc) Ausbeutungsschutz durch zwingende Leistungsstandards ohne gleichzeitige Preiskontrolle? .....	140
(1) Verteilungseffekte innerhalb des Vertragsverhältnisses ....	141
(2) Verteilungseffekte zwischen den Beteiligten unterschiedlicher Vertragsverhältnisse .....	142
3. Zusammenfassung zum marktkompensatorischen zwingenden Vertragsrecht .....	144

3. Teil

**Anwendungsfälle des marktkonstitutiven zwingenden Vertragsrechts** 145

§ 5 Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	145
I. Ursachen für die gestörte Richtigkeitsgewähr bei der Verwendung von AGB .....	147
1. Wirtschaftliches Machtgefälle .....	148
a) Begründungsansatz .....	148
b) Bewertung und Kritik .....	149
2. Intellektuelle Überlegenheit des Verwenders .....	151
a) Begründungsansatz .....	151
b) Bewertung und Kritik .....	152
3. Fehlendes Aushandeln der Klauselinhalts .....	152
a) Begründungsansatz .....	152
b) Bewertung und Kritik .....	153
4. Informations- und Motivationsgefälle .....	154
a) Ungleiche Verteilung der Transaktionskosten zwischen den Vertragsparteien .....	155
aa) Kontrollbedürfnis nur für Klauseln zur wiederholten Verwendung .....	156
bb) Begrenztes Kontrollbedürfnis hinsichtlich essentialia negotii ..	157
cc) Rationalität des Verwendungsgegners .....	158
b) Folgen des Informations- und Motivationsgefälles .....	159
aa) Folgen für das konkrete Vertragsverhältnis: Beeinträchtigung der materialen Entscheidungsfreiheit des Verwendungsgegners („Vertragsversagen“) .....	160
bb) Folgen auf der überindividuellen Ebene: Ausschluss der AGB vom Konditionenwettbewerb und Wohlfahrtsverluste infolge adverser Selektion .....	161
II. Regelungsansätze der §§ 305 ff. BGB zur Überwindung des Marktversagens bei der Verwendung von AGB .....	163
1. Das Informationsmodell .....	164
a) Gesetzliche Umsetzung .....	164

b)	Die begrenzte Leistungsfähigkeit des Informationsmodells . . . . .	165
c)	Abschluss- oder Abwicklungstransparenz als Ziel des Informationsmodells im AGB-Recht? . . . . .	166
2.	Beschränkung der Gestaltungsfreiheit durch zwingendes Recht . . . . .	169
a)	Gesetzliche Umsetzung . . . . .	169
b)	AGB-rechtliche Inhaltskontrolle als zwingendes Vertragsrecht? . . .	170
c)	Der Beitrag der Inhaltskontrolle zur Überwindung des Marktversagens . . . . .	171
aa)	Schutz im Vertragsverhältnis: Sicherung der Selbstbestimmung . . . . .	172
(1)	Die konkret-individuelle Inhaltskontrolle im Rahmen des Überraschungsverbots gemäß § 305 c Abs. 1 BGB . . . . .	174
(2)	Die abstrakt-generelle Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB . . . . .	175
(a)	Beitrag zum Schutz der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit . . . . .	175
(b)	Die Grenze der Gestaltungsfreiheit . . . . .	176
bb)	Wirkungen auf der überindividuellen Ebene . . . . .	180
(1)	Eindämmung der adversen Selektion durch Gewährleistung eines materiellen Mindeststandards . . . . .	180
(2)	Wettbewerbsfördernde Funktion durch Standardisierung der vertraglichen Nebenbestimmungen . . . . .	181
3.	Prävention durch das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion . . . . .	182
a)	Bedeutung des Grundsatzes vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion . . . . .	182
b)	Rechtfertigung des Grundsatzes . . . . .	184
c)	Ausnahmen vom Grundsatz bei fehlendem Präventionsbedürfnis? . . .	185
III.	Zwischenresümee . . . . .	187
1.	Recht der AGB-Kontrolle als marktkonstitutives Recht . . . . .	187
2.	Anwendung des AGB-Rechts zu anderen Zwecken? . . . . .	188
IV.	Einzelfragen des AGB-Rechts . . . . .	190
1.	Begriff der AGB und Abgrenzung zur Individualvereinbarung . . . . .	190
a)	Die Kontrollfreiheit von Individualvereinbarungen . . . . .	190
b)	Tatbestandsanforderungen für das „Aushandeln im Einzelnen“ . . . .	191
c)	Die „Tarifwahl“ als besondere Form der Individualabrede . . . . .	192
2.	Das „Stellen“ von AGB . . . . .	194
3.	Die Kontrollfreiheit der essentialia negotii und anderer „produktprägender“ Leistungsbestimmungen, die am Konditionenwettbewerb teilnehmen . . . . .	196
a)	Gesetzliche Grundlagen und Gründe für die Kontrollausnahme . . .	197
b)	Umfang des kontrollfreien Bereichs . . . . .	199

aa) Keine Inhaltskontrolle der essentialia negotii auch im Rahmen des § 305c Abs. 1 BGB .....	199
bb) Ausweitung der Kontrollschranken auch auf „produktprägende“ Nebenbestimmungen, die am Konditionenwettbewerb teilnehmen .....	200
c) Transparenz als Voraussetzung für die Kontrollfreiheit .....	203
aa) Inhaltsaufklärung .....	203
bb) Marktvergleich .....	205
d) Anwendungsbeispiel: Die AGB-Kontrolle von Entgeltabreden der Bankwirtschaft .....	208
aa) Die Grundsätze der Rechtsprechung .....	210
bb) Kritik am Lösungsansatz der Rechtsprechung .....	212
cc) Marktkonformer Lösungsansatz zur AGB-Kontrolle von Entgeltklauseln .....	215
(1) Transparenzkontrolle von Entgeltabreden .....	216
(2) Inhaltskontrolle von Entgeltabreden für hypothetische Ereignisse, mit denen der Kunde bei Vertragsschluss nicht rechnet .....	218
(3) Zusammenfassung .....	219
4. Die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr .....	219
a) Die Verteilung der Transaktionskosten als maßgebendes Kriterium .....	220
b) Der Rückgriff auf marktkompensatorische Regeln zum Schutz gegen AGB-unabhängige Ausbeutung .....	223
5. Das Preisargument .....	224
a) Praktische Einwände gegen das Preisargument .....	224
b) Preisargument als Einfallstor für planwidrige objektive Äquivalenzkontrolle des Vertragsinhalts .....	225
c) Erwägungsgründe der Klauselrichtlinie keine Rechtfertigung für das Preisargument .....	226
d) Preisargument und adverse Selektion .....	227
e) Abschließende Bewertung .....	228
6. Die Verwendung unwirksamer AGB und das Lauterkeitsrecht .....	228
a) Verwendung unwirksamer AGB gegenüber Verbrauchern .....	230
aa) Verstoß gegen berufliche Sorgfaltspflicht .....	230
bb) Wesentliche Beeinflussung des Verbraucherverhaltens .....	231
b) Verwendung unwirksamer AGB gegenüber Unternehmern .....	233
§ 6 Zwingende Haftung gewerblicher Leistungsanbieter .....	234
I. Gestörte „Richtigkeitsgewähr“ als Rechtfertigung für das Verbot individualvertraglicher Haftungsausschlüsse? .....	238
1. Ökonomische Analyse privatautonomer Haftungsregelungen .....	239
a) Haftungsvereinbarungen unter Idealbedingungen und in der Realität .....	239

b) Die Gefahr systematischer Risikounterschätzung als Rechtfertigung zwingender Haftungsregeln .....	240
aa) Das Phänomen der systematischen Risikounterschätzung aus traditioneller (neoklassischer) ökonomischer Sicht .....	240
bb) Empirische Erkenntnisse des „Behavioral Law and Economics“-Forschungsansatzes .....	242
2. Folgerungen aus der ökonomischen Analyse für das Vertragsrecht ....	244
a) Die Notwendigkeit einer „Übersetzung“ der ökonomischen Erkenntnisse in vertragsrechtliche Kategorien .....	244
b) Gefährdung der faktischen Selbstbestimmung des Kunden infolge Informationsmängeln .....	245
3. Legitimität des zwingenden Rechts? .....	247
a) Wahrung der Vertragsfreiheit dank Einflussnahmemöglichkeit auf Haftungsvoraussetzungen? .....	247
b) Vergleich mit der Beschränkung der Vertragsfreiheit im Rahmen der AGB-Kontrolle .....	250
c) Die schützende Wirkung AGB-fester dispositiver gesetzlicher Regelungen .....	252
4. Zusammenfassung .....	253
II. Epilog: Zwingende Anbieterhaftung als Zwangsversicherung zugunsten des Kunden? .....	254
<b>Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse</b> .....	257
Ergebnisse zu § 2 .....	257
Ergebnisse zu § 3 .....	258
Ergebnisse zu § 4 .....	259
Ergebnisse zu § 5 .....	261
Ergebnisse zu § 6 .....	264
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	266
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	291

„The so-called paradox of freedom is the well-known idea that freedom in the sense of absence of any restraining control must lead to very great restraint, since it makes the bully free to enslave the meek.“

*Karl Popper, The Open Society and Its Enemies, Bd. 1, S. 226.*

## § 1 Einleitung

Diese Arbeit beschäftigt sich mit einer Paradoxie. Generell gilt die Freiheit als wichtigster Garant für die Funktionsfähigkeit des Marktes.<sup>1</sup> Die Anhänger einer marktwirtschaftlich verfassten Gesellschaftsordnung treten folglich für Deregulierung und Liberalisierung ein, sie fordern eine „Verfassung der Freiheit“<sup>2</sup>, „freedom to choose“<sup>3</sup> oder „Mehr Freiheit wagen“<sup>4</sup>. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist indessen die Frage, inwiefern die Negation der Freiheit – der Zwang und insbesondere das zwingende Vertragsrecht – die Funktionsbedingungen des Marktmechanismus erhalten und verbessern kann.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Formel geprägt, die Beschränkung der Vertragsfreiheit könne in bestimmten Fallgestaltungen zur Kompensation der „strukturellen Unterlegenheit eines Vertragsteils“<sup>5</sup> erforderlich sein. Teilweise spricht es auch vom zwingenden Vertragsrecht als Mittel zur Korrektur „gestörter Vertragsparität“<sup>6</sup>. Die Schwäche dieser Rechtfertigungsansätze liegt in ihrer Unbestimmtheit. Worauf muss sich das Ungleichgewicht zwischen den Parteien beziehen? Kommt es auf wirtschaftliche, intellektuelle oder informationelle Unterlegenheitsmomente an? Ohne eine nähere Präzisierung der Eingriffsvoraussetzungen droht eine maßlose Beschränkung der Vertragsfreiheit. Doch ebenso verfehlt erscheint es, jegliche Form zwingenden Vertragsrechts als paternalistisch und illiberal kategorisch abzulehnen. Unbeschränkte Freiheit – und dies gilt nicht nur für die Vertragsfreiheit – steht in der ständigen Gefahr, sich selbst aufzuhe-

---

<sup>1</sup> Vgl. speziell im Zusammenhang mit der Vertragsfreiheit *Kessler*; FS Wolff, S. 67, 69: „Nur der freie Vertrag, und nicht Tradition oder Zwang, ist der einem solchen [scil. freien und offenen] Wirtschaftssystem für den Warenaustausch adäquate Mechanismus“.

<sup>2</sup> *von Hayek, Die Verfassung der Freiheit.*

<sup>3</sup> *M. Friedman/R. Friedman, Free to choose.*

<sup>4</sup> *Basedow, Mehr Freiheit wagen.*

<sup>5</sup> BVerfGE 89, 214, 234; BVerfG NJW 1994, 2749, 2750; vgl. auch BVerfG NJW 2007, 286, 287 („strukturelles Ungleichgewicht“).

<sup>6</sup> BVerfGE 81, 242; BVerfGE 89, 214, 233; BVerfG NJW 1994, 2749, 2750; BVerfG NJW 1996, 2021; BVerfG NJW 2006, 596, 598. Ähnlich („erheblich ungleiche Verhandlungspositionen“) BVerfGE 103, 89, 101; BVerfGE 114, 1, 34; BVerfGE 114, 73, 90.

ben. Dieses Freiheitsparadoxon<sup>7</sup> scheint in der Diskussion um die Berechtigung zwingenden Vertragsrechts nicht immer hinreichend Beachtung zu finden. Beispielhaft hierfür sind die Reaktionen der letzten Jahre auf europäische Gesetzgebungsinitiativen. Jede neue zwingende Norm löst geradezu reflexartig heftige Proteststürme aus: Vom Ende der Vertragsfreiheit ist dann rasch die Rede, ja vom Ende des liberalen Gesellschaftsmodells insgesamt.<sup>8</sup> Eine differenzierte Auseinandersetzung mit den möglichen sachlichen Gründen für die Beschränkung der vertraglichen Inhaltsfreiheit findet häufig nicht statt.

Die vorliegende Studie wählt eine marktbezogene Perspektive, um die Grenzen der Vertragsfreiheit sachgerecht zu bestimmen. Aus der Berücksichtigung der entmachtenden Wirkung des Wettbewerbs folgt zum einen die Erkenntnis, dass nicht jede Ungleichgewichtslage einen staatlichen Eingriff zum Schutz der unterlegenen Partei erforderlich macht. Ebenso wichtig ist allerdings auf der anderen Seite die Einsicht, dass ohne gewisse Einschränkungen der Vertragsfreiheit die Voraussetzungen für eine funktionsfähige Marktwirtschaft und damit auch für eine freiheitliche Gesellschaftsordnung nicht gewährleistet sind.

## **I. Freier Markt: Die ordnungspolitische Dimension des Vertragsrechts**

Zunächst mag es verwundern, dass das Vertragsrecht mit einem Regelungsziel wie der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Marktes in Verbindung gebracht wird. Der Marktschutz ist eine Aufgabe, die man in erster Linie Disziplinen wie dem Kartell- oder dem Wettbewerbsrecht zuschreiben würde. Tatsächlich ist die Rolle des allgemeinen Zivilrechts für die Marktordnung lange Zeit vernachlässigt worden.<sup>9</sup> Auf der Zivilrechtslehrertagung 2005 stellte *Karsten Schmidt* fest:

---

<sup>7</sup> Siehe grundlegend zum Freiheitsparadoxon – neben dem eingangs zitierten *Popper – Fikentscher*; Die Freiheit und ihr Paradox, der den Gedanken von der Staatstheorie auf das Wirtschaftssystem überträgt.

<sup>8</sup> Vgl. zur Kritik z. B. *H. Roth*, in: Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2011: Verbraucherschutz – Entwicklungen und Grenzen*, S. 5, 41 und 52; *Honsell* ZIP 2008, 621, 623; *Storme* ERPL 2007, 233, 249; *Bruns* JZ 2007, 385, 394; *Adomeit* NJW 2004, 579.

<sup>9</sup> Vgl. allerdings schon vor bzw. unabhängig von der Rezeption des amerikanischen „Law and Economics“-Ansatzes die Beiträge der Freiburger Schule des Ordoliberalismus [dazu näher unten § 2 I. 3. b)] – hier vor allem *Mestmäcker* JZ 1964, 441 – sowie ferner *Reinhardt*, FS Schmidt-Rimpler, S. 115 (speziell zum zwingenden Recht S. 125: „Daneben kennt unsere Privatrechtsordnung Regeln über die Beschränkung persönlicher Freiheit, die dazu dienen, denjenigen Zustand gesellschaftlicher Gegebenheiten aufrechtzuerhalten, der offensichtlich für das Funktionieren eines auf dem Einsatz privater Initiative und privaten Interesses beruhenden Ordnungssystems notwendig ist.“); *Reich*, Markt und Recht; *Rebe*, Privatrecht und Wirtschaftsordnung; *Pflug*, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; *Rittner* AcP 188 (1988), 101; *Canaris*, FS Lerche, S. 873.

„Das andere, hier zu diskutierende Defizit der BGB-Zivilistik betrifft den Markt. Das BGB denkt in den Kategorien individueller Rechtszuweisung (Eigentümer/Nichteigentümer, Berechtigter/Nichtberechtigter) und relativer Beziehungen (Gläubiger/Schuldner). Schon die berühmten Dreiecksverhältnisse – Vertragsübernahme, Vertrag mit Drittwirkung und Drittschadensprobleme eingeschlossen – gelten als Kraftproben, und die überindividuellen Prämissen privatautonomen Handelns liegen gleichsam im Unterbewussten des Gesetzes. Gewiss: Wer die ökonomische Analyse des Rechts auf seine Fahnen schreibt, wird vorweisen können, wie man BGB-Problemen mit Argumenten der Institutionenökonomik zu Leibe rückt. Aber es fällt doch schwer, dem BGB selbst etwas über die wettbewerblichen Voraussetzungen der Privatautonomie oder gar über den Markt als Vertragsgegenstand und als Schutzgut zu entnehmen.“<sup>10</sup>

Das allgemeine Zivilrecht und insbesondere das Vertragsrecht sind für eine funktionierende Marktwirtschaft ebenso wichtig wie das Kartell- und Wettbewerbsrecht. Der Vertrag als freiwillig eingegangenes, rechtlich bindendes Tauschgeschäft bildet den Nukleus des marktwirtschaftlichen Systems.<sup>11</sup> Die Wirtschaftswissenschaften haben die Bedeutung des Vertrags für das reibungslose Funktionieren des Marktmechanismus längst erkannt. Die ältere neoklassische Theorie suchte die Ursachen des Marktversagens noch hauptsächlich in Wettbewerbsbeschränkungen wie etwa Kartellen oder Monopolen.<sup>12</sup> Hingegen richten die zur sogenannten Neuen Institutionenökonomik gehörenden jüngeren Forschungsansätze den Blick auf den Vertrag.<sup>13</sup> Die Umstände, die die Ökonomen als Quellen für Vertragsstörungen ermitteln – Transaktionskosten, Informationsasymmetrien, irrationales Entscheidungsverhalten, Opportunismus etc. –, sind dem Juristen höchstens in der Terminologie unbekannt. In der Sache jedoch handelt es sich dabei um die gleichen Probleme, die die Vertragsrechtsordnung mit ihrem breit gefächerten Instrumentarium an Anfechtungs-, Nichtigkeits-, Schadensersatz- und Rücktrittsregelungen zu lösen sucht.<sup>14</sup> Neu für den Rechtswissenschaftler ist allein die Erkenntnis, dass die ihm geläufigen Vertragsstörungen nicht allein die konkret betroffenen Vertragsparteien berühren, sondern darüber hinaus Auswirkungen auf den Markt insgesamt haben. Um ein einfaches

---

<sup>10</sup> K. Schmidt AcP 206 (2006), 169, 171.

<sup>11</sup> Siehe auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 224.

<sup>12</sup> Vgl. etwa *Coase*, in: Fuchs (Hrsg.), Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization, S. 59, 67, mit seiner Aussage über die neoklassische ökonomische Theorie: „... if an economist finds something – a business practice of one sort or other – that he does not understand, he looks for a monopoly explanation“.

<sup>13</sup> Vgl. bereits *Buchanan* in seinem Plädoyer „A Contractarian Paradigm for Applying Economic Theory“, *American Economic Review* 65 (1975), No. 2, 225, 229: „... economics comes closer to being a ‚science of contract‘ than a ‚science of choice‘ [...]. The unifying principle becomes *gains-from-trade*, not maximization“ (Hervorhebung im Original). Zum Perspektivenwechsel der Neuen Institutionenökonomik s. auch unten § 2 II.

<sup>14</sup> Näher zur Rolle des Vertragsrechts bei der Überwindung von Kooperationsstörungen unten § 2 II. 3., § 3 II.