

Vertragliche Schuldverhältnisse

Inhaltsübersicht

- A. Vertragsrecht als juristisches Kerngebiet
- B. Vertragsrecht und Verlagswesen
 - I. Felder des Zusammenwirkens
 - II. Vertragsrecht in der Wissenschaftsliteratur
 - III. Vertragsrecht in der Ausbildungsliteratur
 - IV. Vertragsrecht in der Praktikerliteratur
- C. Der theoretische und politische Bezugsrahmen des Vertragsrechts
 - I. Von der Freiheitsethik zur Gleichmachungsethik
 - II. Formale Vertragsfreiheit und soziale Abstinenz
 - III. Materielle Krise und Entprivatisierung des Vertragsrechts
 - IV. Verbraucherschutz und Vertragsrecht
 - V. Vertragsrecht und Grundrechte
 - VI. Ökonomische Analyse des Vertragsrechts
 - VII. Verlust und Wiedergewinn von Maß und Ziel
- D. Dogmatische Krisengebiete des Vertragsrechts
 - I. Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen
 - II. Dauerschuldverhältnisse und komplexe Langzeitverträge
 - III. Mehrgliedrige Verträge und Vertragsnetzwerke
 - IV. Typenordnung und atypische Verträge
 - V. Moderne Vertragstypen
 - VI. Schuldrechtsreform
 - VII. Europäisierung des Vertragsrechts
- E. Verlagsarbeit und Vertragsrechtsdynamik

A. Vertragsrecht als juristisches Kerngebiet

Im juristischen Verlagsprogramm des Hauses C.H. Beck nimmt das weit gespannte Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse eine schon quantitativ herausragende Stellung ein und ist in jedem Genre juristischer Literatur bestens vertreten – von metadogmatischen Monographien zur Vertragsrechtstheorie über Lehr- und Lernbücher für unsere Studenten bis hin zu kommentierten Vertragsformularen für die Kautelarjuristen. Dies trifft nicht nur, ausweislich der langen Liste jährlicher Neuerscheinungen und Neuauflagen, in der Gegenwart zu, sondern auch im Rückblick auf die mehr als einhundertjährige Vertragsrechtsentwicklung seit Inkrafttreten des BGB. Verwundern wird dies niemanden: Bei allem Wandel der Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse vom korporativen nationalen Liberalismus des Kaiserreichs vor einhundert Jahren bis zur heutigen europäisch integrierten, sozial-marktwirtschaftlichen, post-modernen Dienstleistungs- und Informationsgesellschaft hat sich der Vertrag als die wichtigste privatrechtliche Institution individueller Selbstbestim-

mung¹ behauptet, auch wenn er daneben zum bloßen Eintrittsticket der anonymen Massenabfertigung oft hilfloser „Verbraucher“ bei der Inanspruchnahme von Gebrauchsgütern oder Dienstleistungen geriet. Der Vertrag genießt nach wie vor als Mittel privater Rechtsgestaltung und Rechtssetzung unter gleichen und freien natürlichen und juristischen Personen – ebenso wie das Eigentum – eine schlechthin unersetzliche Bedeutung für unsere bürgerliche Rechts-, Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung.² Der Vertrag als eine auf zwei übereinstimmenden Willenserklärungen beruhende Sollensordnung der Parteien ist eine Keimzelle des Rechtslebens. Verträge bestimmen das Handeln der Privatrechtssubjekte, die sich ihre Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse planvoll kurz-, mittel- oder langfristig zurechtlegen, und sind zugleich das Ergebnis ihres eigenverantwortlichen Handelns. Verträge binden den Vertragspartner und begründen Macht über ihn; sie führen aber auch eine Selbstbindung und Selbstunterwerfung herbei. Der Vertrag ist Janus-köpfig. Ambivalenz kennzeichnet das Wesen des gegenseitigen Vertrags, der im Einzelfall ebenso selbtherrlicher Ausdruck und gestaltende Umsetzung von individueller und unternehmerischer Selbstbestimmung ist wie er doch zugleich Einbuße und Opfer, Aufwand und Anstrengung, also doch auch partielle, wiewohl autonome Aufgabe von Selbstbestimmung bedeutet; *do ut des – quid pro quo*. Der Vertrag bindet die sich miteinander vertragenden Rechtssubjekte als Vertragspartner aneinander, er berechtigt und verpflichtet jeden von ihnen zugleich und schafft ihnen Regeln und Maßstäbe, die sie sich selbst mit dem Vertragsabschluß als bindendes Recht gesetzt haben: Freiheitsgewinn und Freiheitsverlust im freiwilligen Freiheitstausch.

Gewiß, diese Aura des „freien Vertrags“ hat sich beim modernen Verbrauchervertrag weitgehend verflüchtigt, vor dessen Abschluß den Unternehmer auf der Marktgegenseite zwingende Aufklärungspflichten treffen, von dem sich der Verbraucher innerhalb einer gewissen Frist („cooling-off-period“) selbst nach fehlerfreiem Vertragsabschluß womöglich ohne jede Begründung wieder lösen kann und bei dem der Verbraucher wohl eher durch zwingendes Recht als durch den „strukturell überlegenen“ Vertragspartner bevormundet erscheint. Auch wer den Verbraucher(schutz)vertrag nicht für einen sozialstaatlich degenerierten Rechtskrüppel, sondern für das Insignium des Durchbruchs einer materialen Verantwortungsethik im Vertragsrecht hält, wird angesichts der quantitativen wie qualitativen Vielfalt und Bedeutung des Vertragsrechts von einem juristischen Kerngebiet sprechen und ausrufen: Läßt sich ein faszinierenderes Rechtsinstitut als der Vertrag denken?

In der Tat: Verträge laden nicht zuletzt wegen ihrer Ambivalenz zur Idealisierung und künstlerischen Überhöhung ein: Ausdrucksstark sind die Worte, die *Richard Wagner* dem Riesen Fasolt – zur Durchsetzung seiner Werklohnforderung für den Bau der Burg Walhall – gegenüber einem leistungsunwilligen Wotan in den

¹ Vgl. dazu aus juristischer Sicht *Mayer-Maly*, Der liberale Gedanke und das Recht, FS Merkl, 1970, S. 247 ff.; aus sozialphilosophischer und soziologischer Sicht *Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, S. 484 ff.

² *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 285 nennt den Vertragsabschluß eine „ausgesprochen demokratische Methode der Rechtsschöpfung“.

Mund legt: „Verträgen halte Treu! Was du bist, bist du nur durch Verträge.“³ Gottvater Wotan und die Riesen Fasolt und Fafner begegnen einander auf der Ebene der Gleichordnung. Anstatt sie mit göttlicher Gewalt zu zwingen, wollte Wotan die Riesen vertraglich an sich binden – um den Preis der eigenen Bindung.

Nun ist der Verlag C. H. Beck kein Musik- und Libretto-Verlag. In seinem juristischen Verlagsprogramm geht es vergleichsweise prosaisch zu. Das heißt indes nicht, daß die großen Jahrhundert-Fragen der Vertragsrechtstheorie in den Hunderten seiner Bücher zum Vertragsrecht nicht ebenso vorkämen wie die alltäglichen Subsumtions-Petitessen des anwaltlichen Alltags. Wenn das Vertragsrecht als Kerngebiet des bürgerlichen wie auch des Handelsrechts und der Verlag C. H. Beck mit seinem juristischen Programm seit dem letzten Jahrhundert des vergangenen Jahrtausends zusammen *wirken* und auch *zusammenwirken*, dann ist das Verlagsprogramm unausweichlich zum Spiegel der Geschichte des Vertragsrechts in Theorie und Praxis geworden. Vertragsrechtsgeschichte und Verlagsproduktionsgeschichte, vertragsrechtliche Problemgeschichte und juristische Literaturgeschichte sind miteinander verwoben. Dieser Befund macht einen Beitrag mit der hier gewählten Überschrift, also eine Rekapitulation der Entwicklungslinien des Vertragsrechts in den zurückliegenden Jahrzehnten im Lichte der Produktionen des Beck-Verlags jedenfalls für den Autor zur spannenden Herausforderung – und vielleicht auch für manchen Leser zur anregenden und lohnenden Lektüre.

B. Vertragsrecht und Verlagswesen

I. Felder des Zusammenwirkens

Der beachtliche Entwicklungsstand und Reifegrad unseres Vertragsrechts in Deutschland, dem in vielen unserer Nachbarländer bewundernd nachgeeifert wird, erklärt sich nicht zuletzt durch das Ineinandergreifen unterschiedlicher Anstrengungen und Ausprägungen juristischer Arbeit, die mit dem Begriffspaar „Theorie und Praxis“ nur unzureichend und erläuterungsbedürftig erfaßt werden; ergänzend ist jedenfalls als drittes Arbeitsfeld noch die „Ausbildung“ zwischenzuschieben. Das „Zusammen-Wirken“ von vertragsrechtlicher Entwicklungs- oder Problemgeschichte und literarischer Verlagsproduktionsgeschichte vollzieht sich seit jeher auf den drei Arbeitsfeldern der Wissenschaft, der Ausbildung und der Praxis, denn der Verlag C. H. Beck ist wie auf vielen anderen Rechtsgebieten auch und gerade im Vertragsrecht Wissenschaftsverlag, Ausbildungsverlag und Praktikerverlag.

Unübersehbar und zugegeben: Das Engagement des Verlages C. H. Beck in der Vertragsrechtswissenschaft im engeren Sinn beschreibt letztlich nur einen kleinen Ausschnitt des Gesamtbilds seiner juristischen Verlagsarbeit. Die „hohe Theorie“

³ *Richard Wagner*, *Das Rheingold*, Zweite Szene. Vgl. dazu den Beitrag von *Rißmann*, *Wotans Verträge im Lichte des deutschen Zivilrechts*, in: *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*, FS für Georg Ress zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Bröhmer, Bieber, Calliess, Langenfeld, Weber und Wolf, 2005, S. 1543 ff.

bildet das schmalste Feld des Zusammenwirkens von Vertragsrecht und Verlagstätigkeit, auch wenn manche „Höhepunkte“ herausragen. In erster Linie versteht sich der Beck-Verlag – und er wird auch vom Publikum zuvörderst so verstanden – als ein Praktikerverlag, der der juristischen Kärnerarbeit der Anwaltschaft und Richterschaft verpflichtet ist. Daneben stehen – gleichrangig – seine Aufgaben als juristischer Ausbildungsverlag für Studenten und Referendare, die auf Lehrbücher, Grundrisse, Fälle und Lösungen und dergleichen angewiesen sind. Wie in anderen Rechtsgebieten kann auch im Vertragsrecht die ausgeprägte Verbindung der drei juristischen Arbeitsfelder und der drei entsprechenden Verlagssparten Wissenschaft, Ausbildung und Praxis in ein und demselben juristischen Fachverlag nur begrüßt werden: Was im Rahmen monographischer Einzeldarstellungen im sprichwörtlichen „stillen Kämmerlein“ oder „Elfenbeinturm“ eronnen wird, soll lehrbar und lernbar aufbereitet und muß für die Rechtsanwendungs- und Entscheidungspraxis operational transformiert werden.

II. Vertragsrecht in der Wissenschaftsliteratur

Die „Theorie“ oder Rechtswissenschaft im engeren Sinn der juristischen Grundlagenforschung findet gewiß ihre vornehmste Erscheinungsform in der wahren Pionierarbeit auf noch wenig erforschten juristischen Gebieten wie beispielsweise den Vertragssystemen des Vertriebs- oder Bankrechts und ihrer intermediären Rechtsnatur zwischen Vertragsverbund und Verbandsvertrag. Zur Vertragsrechtswissenschaft im engeren zählt aber auch die dogmatische Analyse, Kritik und Konstruktion der Rechtspraxis wie beispielsweise des Kreditkarten- oder des Leasinggeschäfts bis hin zu dogmatisch-konstruktiven Vorschlägen für eine Um- und Neuorientierung der kautelarjuristischen Praxis oder der gerichtlichen Entscheidungspraxis. Aufgabe dieser auf Begriffs- und Systembildung angelegten Vertragsrechtswissenschaft ist es, etwa mit Blick auf soziologische Befunde oder unter Berücksichtigung wirtschaftswissenschaftlicher Analysen, Kautelarjurisprudenz und Rechtsprechung kritisch und innovativ zu begleiten, um gerade in den Gebieten des juristischen Neulands die Praktiker der Rechtsanwendung und der Fall-Lösung zu unterstützen und anzuleiten. Solche Vertragsrechtswissenschaft im engeren Sinn ist nach wie vor Anspruch und Aufgabe vor allem von Habilitationsschriften und sonstigen monographischen Abhandlungen, die auf grundlegende neue juristische Weichenstellungen angelegt sind. Der Verlag C.H. Beck hat sich in seinem vertragsrechtlichen Verlagsprogramm nie auf die Literatur von Praktikern für Praktiker beschränkt, sondern sich stets auch der reinen Vertragsrechtswissenschaft besonders verpflichtet gefühlt und ihr ansehnlichen Raum gewährt.

Die Liste der hier einschlägigen, vom Verlag C.H. Beck verlegten rechtswissenschaftlichen Schriften und Schriftenreihen ist beeindruckend. Vor beinahe einhundert Jahren (1912) veröffentlichte Paul Oertmann im Beck-Verlag seine Schrift „Entgeltliche Geschäfte“. Konzentriert man sich auf die letzten Jahrzehnte, dann verdienen zwei wohl besonders einflußreiche Schriftenreihen eine ausdrückliche Erwähnung: Die eine ist die von Hans Carl Nipperdey im Jahre 1950 begründete

und später von *Herbert Wiedemann* herausgegebene Schriftenreihe des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, in der beispielsweise die Habilitationsschrift von *Günther Hönn* zur „Kompensation gestörter Vertragsparität“ (1982) erschienen ist und den Charakter eines Standardwerks erlangt hat und in der auch die vielleicht noch nicht hinreichend rezipierte Habilitationsschrift von *Wolfgang Enderlein* zu „Rechtspaternalismus und Vertragsrecht“ (1996) aufgenommen wurde. Dieser Schriftenreihe verdankt die deutsche Vertragsrechtswissenschaft immer wieder zitierte Grundlagenwerke wie beispielsweise: *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963; *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1963; *Diederichsen*, Die Haftung des Warenherstellers, 1967; *Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973; *Kreutz*, Grenzen der Betriebsautonomie, 1979; *Pflug*, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986; *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand, 1997. Besondere Aufmerksamkeit verdient zum zweiten die 1967 ins Leben gerufene und derzeit von *Claus Wilhelm Canaris*, *Peter Lerche* und *Claus Roxin* herausgegebene Reihe der „Münchener Universitätschriften“ (Reihe der juristischen Fakultät), in der gleichfalls zahlreiche wegweisende Grundlagenwerke wie etwa die Habilitationsschriften von *Claus Wilhelm Canaris* zur „Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht“ (1971) oder von *Jörg Neuner* zum „Privatrecht und Sozialstaat“ (1999) erschienen sind.

III. Vertragsrecht in der Ausbildungsliteratur

Als Ausbildungsverlag für den juristischen Nachwuchs prägt sich der C.H. Beck-Verlag jedem Jurastudenten schon in den ersten Semestern ein; und das Vertragsrecht kommt gleich im ersten Semester vor. Die seit Anfang der sechziger Jahre erscheinende „Juristische Schulung“ ist und bleibt der vielfach nachgeahmte Prototyp der Zeitschrift für die Ausbildung junger Juristen an der Universität und in der Referendarzeit. Die Lehrbücher, Grundrisse, Fallsammlungen, Rechtsprechungs-sammlungen und sonstigen Genres der juristischen Ausbildungsliteratur decken selbstverständlich auch das gesamte Vertragsrecht ab und erscheinen oft über Jahre oder gar Jahrzehnte in immer wieder neuen Auflagen. Ob „große grüne“ Lehrbücher (mit manchmal bis zu 1000 Seiten), kleinere „rot-weiße“ Grundrisse (mit 200 oder 300 Seiten) oder bunte „Juristische Kurzlehrbücher“ (mit oft mehr als 500 Seiten): Der Student findet, was er sucht. Der Rechtsstoff wird hier mit Blick auf die einzelnen Etappen des Studiums (Arbeitsgemeinschaften, Übungen im Bürgerlichen Recht für Anfänger und für Fortgeschrittene, privatrechtliche Seminare und schließlich Examensvorbereitung) „pädagogisch“ aufbereitet, verstehbar und lernbar gestaltet. Man wird es sich als eine Aufgabe von großem verlegerischen und fachlichen Geschick und Einfühlungsvermögen vorstellen müssen, auf dem Gebiet des Vertragsrechts und damit vor allem der ersten beiden Bücher des BGB ein Verlagsprogramm aufzubauen, aufrechtzuerhalten und immer wieder zu erneuern und zu ergänzen, das den spezifischen Ausbildungsanforderungen unserer Studenten und Referendare so gelungen entspricht. Die drei Reihen „Große Lehrbücher“, „Juristische Kurz-Lehrbücher“ und „Grundrisse des Rechts“ können jedenfalls

ebenso wie die Ausbildungszeitschrift „Juristische Schulung“ aus dem heutigen akademischen Unterricht nicht mehr hinweggedacht werden.

Auf dem Gebiet des Vertragsrechts genießen vor allem die großen Lehrbücher von *Karl Larenz*, die mittlerweile von *Manfred Wolf* auf dem Gebiet des Allgemeinen Teils des BGB und von *Claus Wilhelm Canaris* auf dem Gebiet des Schuldrechts fortgeführt werden,⁴ ebenso den Rang von Standardwerken wie die Bände von *Hans Brox* und *Wolf-Dietrich Walker* aus der Grundriß-Reihe mit ihren hohen, teils beinahe jährlich aktualisierten Auflagen.⁵ Dabei werden die „Großen Grünen“ meist nur zur schwerpunktmäßigen Vertiefung von fortgeschrittenen Studenten herangezogen, während sich die „Grundrisse“ vor allem für den „Lernbetrieb“ der Studienanfänger eignen. Keinesfalls unerwähnt bleiben darf der – über das Vertragsrecht weit hinausgehende – „Grundkurs BGB“ von *Hans-Joachim Musielak*, der für viele Anfangssemester zum Schlüsselwerk des Zivilrechts geworden ist.⁶

Bald achtzig Jahre lang hat die Reihe „Prüfe dein Wissen“ (von den Studenten kurz „PdW“ genannt) unseren Studenten bei der Examensvorbereitung geholfen. Sie wurde schon 1929 von *Heinrich Schönfelder* (in der Tat: dem Gesetzessammlungs-Schönfelder) begründet, der im selben Jahr den Band 3 „Bürgerliches Gesetzbuch, Einzelne Schuldverhältnisse“ publiziert hat. Die bandreiche und auflagenstarke Reihe erfreut sich bis heute ungebrochener Beliebtheit, weil hier statt großer Klausuren nur kleine Fälle oder exemplarische Sachverhalte als Ausgangspunkte für Wissens- und Verständnisfragen und zur Veranschaulichung exemplarischer Rechtsanwendungsprobleme gewählt werden; die Reihe PdW erscheint mit ihrem diskursiven Darstellungsstil vor allem zur Vorbereitung auf die mündliche Prüfung hilfreich. Aus der JuS-Schriftenreihe seien die für das Vertragsrecht besonders wichtigen Bände genannt (die vom Verlag allzu bescheiden meist als „Hefte“ bezeichnet werden): *Wieling/Finkenauer/Honsell*, Fälle zum Besonderen Schuldrecht, 5. Aufl. 2004; *Schwab/Witt*, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl. 2003; *Diederichsen/Wagner*, Die Anfängerübung im Bürgerlichen Recht, 3. Aufl. 1996; *Grunewald*, Bürgerliches Recht, 7. Aufl. 2006 (in Nachfolge ihres Vaters *Joachim Gernhuber*, der diesen Band bis zur 2. Auflage betreut hat); *Manfred Löwisch*, Vertragliche Schuldverhältnisse – die Vertragstypen des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1988.

IV. Vertragsrecht in der Praktikerliteratur

Als Praktikerverlag liegen der Auftrag und das Verdienst des C.H. Beck-Verlages auch auf dem Gebiet des Vertragsrechts wohl noch deutlicher auf der Hand. Es geht um die Literatur für die Anwendung, Gestaltung und Fortentwicklung des Rechts in der Praxis der beratenden und der forensischen Anwaltschaft, der Tätigkeit der Notare und Unternehmensjuristen ebenso wie um das täglich benutzte

⁴ *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, 13. Aufl. 1994.

⁵ *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 31. Aufl. 2006; *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 31. Aufl. 2006.

⁶ *Musielak*, Grundkurs BGB, 9. Aufl. 2005.

Arbeitsmaterial der Richter. Erst die laufende Rechtspraxis kann die gesetzgeberischen Regelungsprogramme sowie die Dogmen und die Theorien aus der Wissenschaft in die Rechtswirklichkeit umsetzen, mit Leben erfüllen und zu lebendigen Rechtsinstituten in Wirtschaft und Gesellschaft verfestigen. Aus der Wissenschaft kann das dogmatische Fundament zu einem Rechtsinstitut immer nur vorschlagsweise kommen, denn die Wissenschaft ist keine Rechtsquelle im engeren Sinn. Es ist an der Praxis, dogmatisch-konstruktive Erklärungs- oder Gestaltungsmuster auf ihre Tauglichkeit im juristischen Tagesgeschäft zu prüfen und auf die vielgestaltigen Einzel- und Sonderprobleme des Lebens zur Anwendung, zur Anerkennung und zur ständigen Rechtspraxis zu bringen. Man muß sich ja darüber im klaren sein, daß schon bald nach Inkrafttreten des BGB Rechtsprechung und Lehre mit der Weiterentwicklung („Fortbildung“) des Vertragsrechts begonnen hatten und man hundert Jahre später vor dem Befund stand, daß „der Gesetzgeber des BGB das heute praktizierte Schuldrecht nicht mehr wiedererkennen würde“. ⁷ Die Aufgaben eines Praktikerverlages werden umso dringender, als der Gesetzgeber – wie gerade in jüngerer Zeit auf dem Gebiet des Vertragsrechts – verstärkt auf den Normenbestand einwirkt und damit den von Wissenschaft und Praxis angestrebten Konsolidierungsprozessen nicht selten entgegenarbeitet. Es braucht insoweit nur auf die Schuldrechtsreform mit ihren weitreichenden Änderungen vor allem im Kauf- und Werkvertragsrecht oder auf die Mietrechtsreform und auf die Aufnahme des Reisevertrags oder des Überweisungs-, Zahlungsvertrags und Girovertrags in den Typenkanon des BGB hingewiesen zu werden. Der im Bundesgesetzblatt und in den Gesetzessammlungen veröffentlichte Normenbestand wird nicht nur immer unübersichtlicher, er gibt vielfach auch nicht mehr den Stand der Rechtsentwicklung wieder. Der Gesetzgeber eilt oft nicht mehr der Rechtsentwicklung normativ gestaltend voraus, sondern hetzt ihr aufräumend hinterher. Dem sogenannten kontinental-europäischen Kodifikationspostulat, wonach die Rechtsbürger ihre wesentlichen Rechte und Pflichten im Privatrechtsverkehr dem Gesetzbuch sollen entnehmen können, entspricht das BGB auch nach der Schuldrechtsreform nicht. Selbst der juristisch geschulte Rechtsanwender braucht für seine tägliche Arbeit verlässliche Hilfsmittel in Form von systematischen Einzel- und Gesamtdarstellungen, Handbüchern, Zeitschriften und Kommentaren. Auf diesem Feld hat sich der Verlag C.H. Beck ein außerordentliches Ansehen erkämpft.

Unter den systematischen Darstellungen für die Praxis verdient die Schriftenreihe der Neuen Juristischen Wochenschrift besondere Hervorhebung, in der für den Bereich des Vertragsrechts stark nachgefragte, schon mehrfach aufgelegte, teilweise vergriffene Werke wie die von *Paul Kaller* zum Reiserecht (2. Aufl. 2005), von *Peter Schwerdtner* zum Maklerrecht (5. Aufl. 2006), von *Max Schmalzl/Jürgen Lauer*/

⁷ So *Schwark*, Grundsätzliche Fragen einer Überarbeitung des Schuldrechts, JZ 1980, 741 ff., 741; im Vorwort zur ersten Auflage des Werkes von *Hermann Lange*, Schadensersatz, 1979, aus der Reihe „Handbuch des Schuldrechts“ schreibt der Herausgeber *Joachim Gernhuber*: „Wer das Schuldrecht der Zeit sucht, wird es im Text der §§ 241–853 BGB kaum finden“; dies gilt bedauerlicherweise auch noch nach der Schuldrechtsreform von 2002; vgl. auch *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 514f.

Christoph Wurm zur Haftung des Architekten und des Bauunternehmers (5. Aufl. 2006), von *Hans Reinold Horst* zur Praxis des Mietrechts, Wohnraum- und Geschäftsraummiete (2003) oder von *Hans-Joachim Schmelz* zum Verbraucherkredit erschienen sind (1989). Auch andere Reihen wie „Aktuelles Recht für die Praxis“, in der der Band zu den Verbraucherkreditverträgen von *Scholz/Godefried* in dritter Auflage erschienen ist (2005), helfen bei der schnellen, praxisgerechten und systematischen Durchdringung komplexer Rechtsgebiete. Diese prominenten Reihen werden von zahlreichen Einzelveröffentlichungen zum Vertragsrecht flankiert; es wäre willkürlich, hier einzelne Werke herausgreifen zu wollen.

Handbücher sind gleichfalls zum unentbehrlichen Arbeitsmittel vieler Rechtsanwender geworden. Besonders bedeutsam ist hier die nunmehr in der zweiten Auflage erscheinende Reihe „Münchener Prozessformularhandbuch“ mit den von *Paul Jendrek* bzw. *Wolfgang Koeble* und *Rolf Kniffka* herausgegebenen Bänden „Mietrecht“ (2. Aufl. 2003) und „Privates Baurecht“ (2. Aufl. 2003).

Natürlich darf die Kommentarliteratur nicht unerwähnt bleiben, allen voran „der Palandt“ und der Münchener Kommentar zum BGB, der schnell zu einem der bedeutendsten Großkommentare zum BGB geworden ist. Neben diesen beiden Gesamtkommentierungen des BGB finden sich zahlreiche Spezialkommentare, die sich auf einzelne Gebiete des Vertragsrechts (z.B. Mietrecht, VOB, HOAI) beschränken. Der Stellenwert solcher Fachkommentare wird etwa durch den jetzt von *Hubert Blank* herausgegebenen „Schmidt-Futterer“ zum Mietrecht exemplifiziert, der mittlerweile in der neunten Auflage (2006) vorliegt.

Der aktuellen Praxis und Wissenschaft bietet der Verlag C.H. Beck zudem ein Diskussions- und Diskurs-Forum in seinen zahlreichen Zeitschriften. Neben der „Pflichtlektüre“ jedes Juristen – der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) – hat der Verlag auch auf dem Gebiet des Vertragsrechts für bestimmte Rechtsgebiete besondere Zeitschriften mit Schwerpunkten institutionalisiert wie etwa die Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM) und die Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht (NZBau). Aber auch der NJW-Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) widmet sich besonders den vertragsrechtlichen Gebieten etwa des Miet- und Wohnungsrechts, des zivilen Baurechts und des AGB-Rechts.

Im Rahmen seiner Publikationen auch zum Vertragsrecht hat der Verlag C.H. Beck von Anfang an die Zeit und Mühe sparenden Potentiale konsequent genutzt, die Internet und Computer der Juristenschaft bieten. An erster Stelle müssen hier die „beck-online“-Datenbanken genannt werden, die zahlreiche Kommentare, Handbücher, Zeitschriften und natürlich die aktuelle Rechtsprechung auch aus dem Bereich des Vertragsrechts dem Nutzer via Internet elektronisch im Volltext zur Verfügung stellen. So hat der Nutzer etwa über das online-Fachmodul „Zivilrecht plus“ Zugang zum Münchener Kommentar oder zur NJW – mit allen Vorteilen, die das elektronische Medium zu bieten hat.

Aber auch ansonsten nutzt der Verlag C.H. Beck die neuen Medien bewußt und zielgerichtet. Zahlreichen Praktikerwerken liegen CD-Roms bei. Nur ein Blick in das Verlagsprogramm zum Mietrecht: Dem Münchener Prozeßformularbuch zum Mietrecht (2. Aufl. 2003) oder dem Beck'schen Formularbuch zum Mietrecht (2003) liegen quasi selbstverständlich CD-Roms bei. Entsprechendes gilt

etwa für die Reihe der Beck'schen Musterverträge. Die Arbeitserleichterung ist evident, wenn der Nutzer auf Formulare oder Verträge in elektronischer Form zugreifen kann: das „Abschreiben“ wird zum Knopfdruck. Dies zeigen nicht zuletzt die Beck'schen CD-Roms, die Rechtsprechung, Aufsätze und Gesetze zu bestimmten Rechtsgebieten versammeln und dem Nutzer kompakt zur Verfügung stellen. Im Bereich des Vertragsrechts ist hier namentlich auf die „MietR-CD“ hinzuweisen.

C. Der theoretische und politische Bezugsrahmen des Vertragsrechts

I. Von der Freiheitsethik zur Gleichmachungsethik

Das vertragsrechtliche Verlagsprogramm des C.H. Beck-Verlages war in den zurückliegenden Jahrzehnten und ist bis heute in einem theoretischen und politischen Bezugsrahmen verortet, der in den verschiedenen Publikationen der wissenschaftlichen Grundlagenforschung, der akademischen und praktischen Unterweisung und Ausbildung sowie der Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung selten *expressis verbis* thematisiert wird, aber doch auf Schritt und Tritt spürbar ist und der – wie auch manche andere Rechtsinstitute wie vor allem das Eigentumsrecht als „Bruder“ des Vertragsrechts – durch die Dialektik von Freiheit und Gleichheit gekennzeichnet ist. Denn unser modernes, vom Bürgerlichen Gesetzbuch geprägtes Vertragsrecht, dessen zähe Wurzeln der Tradition über das Gemeine Recht und die Kanonistik sowie über die Vertragssysteme der Naturrechtsepoche und der Glossatoren bis zurück ins vorklassische römische Recht reichen,⁸ steht nicht auf einem theoretischen und politischen Fundament, das sich etwa homogen-evolutionär entwickelt hätte oder etwa als ein erratischer Block zeitloser Dignität mit der Aufschrift „semper idem“ aus der Rechtswelt herausragte. Es durchschritt – manchmal möchte man meinen: durch *litt* – gerade in den zurückliegenden hundert Jahren gefährliche Höhen und schauerliche Tiefen. Blendet man die Rechtsperversionen des nationalsozialistischen Terrorregimes mit ihrer freiheitsfeindlichen Zerstörungswucht einmal als ideengeschichtlich unbeachtlichen Atavismus aus, um die Gesamtperspektive des Vertragsrechts im 20. Jahrhundert ins Visier zu nehmen, dann läßt sich sagen: Vom Höhepunkt liberal-formaler Freiheitsethik (*stat pro ratione voluntas*) tauchte das Vertragsrecht ein in einen langwierigen Prozeß materiell orientierter, sozialstaatlich motivierter, von der Idee der sozialen Gerechtigkeit inspirierter Selbstfindung. Der „Fund“ ist freilich bislang ernüchternd. Denn wo steht das Vertragsrecht heute mit seinen beinahe unüberschaubaren Regulierungen und ausufernden zwingenden Vorschriften zur Durchsetzung der materialen Verantwortungsethik? Es steht, wie etwa der schematische Verbraucherbegriff oder das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot nach dem europarechtlich indizierten Allgemeinen Gleichstellungsgesetz (vulgo: Antidiskriminierungsgesetz) zeigen, vor den Toren einer sozialen Gleichmachungsethik.

⁸ Vgl. dazu etwa Scherrer, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, 1948; Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985.

Eine derartige Bewegung von einer formalen Freiheitsethik zu einer materialen Verantwortungsethik,⁹ die dann in eine soziale Gleichmachungsethik zu münden droht, bildet im 20. Jahrhundert keineswegs erstmalig den theoretischen und politischen Bezugsrahmen der Vertragsrechtsentwicklung; hierin setzt sich nur ein über die Jahrhunderte relativ konstanter Referenzrahmen der vertragsrechtstheoretischen, wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Extrempole fort. Man kann das ewige Wechselspiel zwischen liberalpolitischer und sozialpolitischer Beanspruchung, Indienstnahme und Ausgestaltung des Vertragsrechts letztlich als die sozialkybernetische, privatrechtstheoretische und rechtspolitische Hypostasierung der Bindungsambivalenz des individuellen Austauschvertrages begreifen (Fremdbindung und Selbstbindung – Recht und Pflicht), denn das *quid pro quo* und *do ut des* soll von Staats wegen offenbar nicht gern „privat“ gelassen werden, sondern provoziert Parteinahme und Korrekturen.

Die Ausformung der vertraglichen Formfreiheit (*ex nudo pacto oritur actio et obligatio*) in früheren Jahrhunderten ging beispielsweise von Anfang an mit einer, wie wir heute sagen würden, sozialpolitischen Diskussion materieller Vertragsgerechtigkeit zur Rechtfertigung von Formzwängen einher. Und schon die Lehre vom „gerechten Preis“ (*iustum pretium*) mit ihrem Äquivalenzverständnis forderte, in Abweichung von der Preisbestimmungsfreiheit der Vertragsparteien im klassischen römischen Recht, eine materielle Gerechtigkeit im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.¹⁰ Zu Beginn des 20. Jahrhunderts hatte sich die „soziale Frage“ zunehmend ins Bewußtsein der Juristenschaft in der Rechtssetzung, Rechtsanwendung, Rechtsgestaltung und Rechtserläuterung gebohrt, wenn auch erst in der Zwischenkriegszeit, vornehmlich im Arbeitsrecht und im Rahmen der Diskussion über die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, rechtsdogmatische Durchbrüche für das Verständnis der Privatautonomie erzielt wurden und erst seit den siebziger Jahren die vielbeschworene „Krise“¹¹ und die „Materialisierung“¹² des Vertragsrechts unübersehbar wurden.

⁹ Vgl. dazu Reuter, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, AcP Bd. 189 (1989), 199 ff.; vgl. auch Kessal-Wulf, Martinek und Rawert (Hrsg.), Formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik – Bericht über das wissenschaftliche Kolloquium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Dieter Reuter am 15. und 16. Oktober in Kiel mit Beiträgen von Bydlinski, Möschel, K. Schmidt und Säcker, 2006.

¹⁰ Die Entwicklung des modernen Vertragsrechts wurde von der Lehre vom gerechten Preis begleitet. Abweichend vom klassischen römischen Recht, das die Preisbestimmung der Vereinbarung den Parteien überlassen hatte, mußten nach der Rezeption Leistung und Gegenleistung im Verhältnis materieller Gerechtigkeit zueinander stehen; sog. Äquivalenzprinzip. Würde dieses Gebot materieller Vertragsgerechtigkeit verletzt, konnte der benachteiligte Verkäufer auf Vertragsauflösung klagen, sofern nicht der Käufer bis zur Höhe des gerechten Preises nachzahlte und damit die objektive Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung wiederherstellte. Die Glossatoren entwickelten für diese Lehre den Rechtsbegriff der *laesio enormis* und wandten sie auf alle Arten von Verträgen an. In seiner Geburtsstunde hat das BGB im Geiste des Liberalismus bewußt auf eine Übernahme des materiellen Äquivalenzprinzips verzichtet; die Regelung des § 138 BGB wurde für ausreichend erachtet. Vgl. dazu Luig, Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB, FS Coing, 1982, S. 171 ff.

¹¹ Vgl. hierzu insbes. Kramer, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, 1974.

¹² Vgl. hierzu insbesondere Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung, AcP Bd. 200 (2000), 273 ff., 273.

All dies mußte ein prominenter juristischer Fachverlag wie der C.H. Beck-Verlag ebenfalls durchschreiten und durchleiden. Aus dem neueren Beck'schen Verlagsprogramm, das diese Entwicklungen in jüngerer Zeit aufgegriffen und mit grundlegenden Denkanstößen in die eine oder andere Richtung gefördert hat, lassen sich etwa das vielzitierte Werk von *Günther Hönn* zur „Kompensation gestörter Vertragsparität“ (1982) oder die Schriften von *Wolfgang Enderlein* zum „Rechtspaternalismus im Vertragsrecht“ (1996) und von *Jörg Neuner* zum „Privatrecht im Sozialstaat“ (1999) nennen. Aber noch in den einfachsten Grundrissen zum Allgemeinen oder Besonderen Schuldrecht für die Studenten und in den auf unmittelbare Handlungsanleitungen abzielenden Praxis-Handbüchern oder Formularbüchern zum Vertragsrecht ist, wiewohl zu allermeist unausgesprochen, der rechtstheoretische und rechtspolitische Bezugsrahmen zwischen formaler Freiheitsethik und materialer Verantwortungsethik spürbar.

II. Formale Vertragsfreiheit und soziale Abstinenz

Die Krise kam schleichend. Noch vor hundert Jahren dominierte der Glaube des liberalen Vertragsdenkens an soziale Harmonie durch vertraglichen Ausgleich: *Qui dit contractuel, dit juste*. Das BGB – geschaffen in einer Epoche wirtschaftlichen Wachstums – wurde mitsamt seinem Vertragsverständnis als ein Kind dieser Bewegung geboren.¹³ Pate stand das liberale Leitbild von einer Gesellschaft selbstverantwortlicher, urteilsfähiger und formalegleicher Rechtsgenossen, denen es allen in gleichem Maße möglich ist, ihre jeweiligen privaten Interessen aufgrund selbstherrlicher willentlicher Entscheidung durchzusetzen. Einzige Spielregel eines derartig konzipierten Vertragsrechts formal gleicher Vertragssubjekte ist der intellektuell ungestörte Diskurs der Vertragspartner; hieraus erklärt sich die Bedeutung des Systems der Willensmängel in den §§ 104ff. BGB.

Liberales Vertragsdenken legitimiert sich in erster Linie durch Verfahren oder, in der Sprache der Systemtheorie, „prozedurale Rationalität“.¹⁴ Auf eine Bewertung und Kontrolle der inhaltlichen Richtigkeit des Ergebnisses kann ein solches Vertragsmodell verzichten; das Verfahren garantiert hinlänglich die inhaltliche Richtigkeit.¹⁵ Eine über die Gewährleistung formaler Vertragsfreiheit hinausgehende Aufgabe zur Sozialkorrektur kommt dem Privatrecht prinzipiell nicht zu.¹⁶ *Ius vigilantibus scriptum est* (Dig. 42, 8, 24).¹⁷ Dementsprechend haben die Väter des BGB auf eine normative Erfassung von Kontrollmaßstäben einer materiellen Vertragsethik im Grundsatz verzichtet: Sie entschieden sich gegen ein materielles

¹³ *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S. 22.

¹⁴ *Luhmann*, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, S. 327.

¹⁵ Vgl. zur Lehre von der „Richtigkeitsgewähr“ des frei ausgehandelten Vertrags *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP Bd. 147 (1941), 130ff., 156f.

¹⁶ Zum Vertragsmodell bei Schaffung des BGB vgl. *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 5f.

¹⁷ Der privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit im materiellen Recht entsprach ein fortschrittliches und keinesfalls inhumanes, aber doch strenges Vollstreckungs- und Insolvenzrecht; vgl. dazu *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 482f.

Äquivalenzprinzip (*laesio enormis*)¹⁸ und verwarfen eine *clausula rebus sic standibus*, ließen aber im Gegenzug abstrakte Schuldverträge (§§ 780, 781 BGB) zu. Privatrechtliche Elemente, denen man aus heutiger Perspektive das Adjektiv „sozial“ voranstellen würde, waren im BGB zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens am 1. Januar 1900 nur schwach ausgeprägt. Die wenigen Ansatzpunkte für eine soziale Kontrolle der Privatautonomie (§§ 134, 138, 242, 315 BGB) hielten sich in den engen Schranken eines ethisch fundierten Liberalismus. Eine klare und stringente sozialstaatliche Tendenz war darin nicht erkennbar; um eine Formulierung *Franz Wieackers* aufzugreifen: Das BGB hat „sich dem Problem der Gefährdung der sozialen Freiheit durch die Vertragsfreiheit ... nicht gestellt“.¹⁹ Ist beispielsweise das Mietrecht heute hochkomplexes Bollwerk des sozialen Vertragsrechts, so war im BGB des Jahres 1900 ein besonderer sozialer Schutz des Mieters – vielleicht von §§ 571, 580 BGB a.F. = § 566 BGB n.F. einmal abgesehen – nicht vorgesehen;²⁰ der vergleichsweise schwachen Position des Mieters stand ein mit Pfand- und Selbsthilferecht ausgestatteter starker Vermieter gegenüber. Bezeichnend für das Denken jener Jahrhundertwende erscheint, daß sich die wenigen Vorschriften zum Schutze des wirtschaftlich Schwächeren in Spezialgesetzen fanden und ihre Aufnahme ins BGB unterblieb, weil sie – wie vor allem das Abzahlungsgesetz von 1894 – angesichts ihres vermeintlich begrenzten rechtspolitischen Regelungsauftrags besser außerhalb der langfristig angelegten privatrechtlichen Kernkodifikation aufgehoben schienen.²¹

Freilich erhob sich gegen die soziale Abstinenz des BGB auch schon zeitgenössischer Widerspruch. In vorderster Front stand bekanntlich *Otto von Gierke* mit seiner berühmten, am 5. April 1899 in der Juristischen Gesellschaft zu Wien gehaltenen Rede über „Die soziale Aufgabe des Privatrechts“, die im selben Jahr im Verlag Julius von Springer in Berlin veröffentlicht wurde.²² *Otto von Gierke* vermiß-

¹⁸ *Luig*, Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB, FS-Coing, S. 171 ff.; vgl. schon Fn. 12.

¹⁹ So *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 482.

²⁰ Immerhin lassen sich im „alten“ BGB für bestimmte Bevölkerungsgruppen fürsorgliche Elemente aufspüren. So wurde auf Betreiben der konservativen Parteien etwa im Pachtrecht ein landwirtschaftliches Sonderrecht institutionalisiert. Auch die Interessen der Beamten und ihrer Dienstherrn fanden im Vertragsrecht besondere Berücksichtigung. So lautete § 570 BGB a.F.: „Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten können im Falle der Versetzung nach einem anderen Ort das Mietverhältnis in Ansehung der Räume, welche sie für sich oder ihre Familie an dem bisherigen Garnison- oder Wohnort gemietet haben, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen. Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist.“

²¹ Vgl. *Schwark*, Grundsätzliche Fragen einer Überarbeitung des Schuldrechts, JZ 1980, 741 ff., 742.

²² *von Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 2. Aufl. 1889, S. 184 ff. beklagte in seiner Kampfschrift, mit der er um Mitsreiter für eine auf deutschen Rechtsgedanken geschichtlich gewachsene soziale Gesetzgebung warb, das Fehlen sozialrechtlicher Bezüge. Gerade im Schuldrecht komme die individualistische Grundtendenz besonders zum Vorschein: „Durchweg ist das Recht der Schuldverhältnisse so geordnet, als stünden sich nur selbsterherrliche Individuen gegenüber, aus deren freier verantwortlichen That Verpflichtungen hervorsproßen. Von einem Schutze der Schwachen gegen wirtschaftliche Übermacht ist weniger als in irgend einem anderen Gesetzbuch zu spüren“ (S. 192); vgl. auch als „Anwalt der

te „den Schutz des Schwachen gegen den Starken, die Rücksichtnahme auf den kleinen Mann, die billige Ausgleichung der aus den starren Rechtskonsequenzen entspringenden Härten“; kurz: das BGB genüge der „sozialen Aufgabe“ des Privatrechts nicht.²³ Die Diskussion ist durch die folgenden Jahrzehnte aktuell geblieben, wie die zahlreichen Analysen zeigen, die namentlich *Franz Wieacker* der Nachwelt hinterlassen hat²⁴ und deren Quintessenz einer breiten juristischen Öffentlichkeit über sein Buch „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ zugänglich wurde.²⁵ Ein Ende der Diskussion ist bis heute nicht in Sicht. Die Tagung der Jungen Zivilrechtslehrer aus dem Jahre 2003 stand unter dem Motto „Die soziale Dimension des Zivilrechts – Zivilrecht zwischen Liberalismus und sozialer Verantwortung“.²⁶ Will man an der Diskussion über die soziale Dimension des Privatrechts teilnehmen, kommt man an den Gedanken *Otto von Gierkes* nicht vorbei. Inhaltlich wurde seinen Argumenten in den letzten hundert Jahren wenig Neues hinzugefügt; nur die Terminologie hat sich der aktuellen Mode und dem Zeitgeist angepaßt.²⁷

III. Materielle Krise und Entprivatisierung des Vertragsrechts

Bei *Otto von Gierke* kann man bereits die später sogenannte materielle Krise des Vertragsrechts in Grundzügen aufspüren.²⁸ Es geht um weit mehr, als um eine Detailkritik von privatrechtlichen Regelungsprogrammen. Die Grundlage des liberalen Vertragsverständnisses, das Eigeninitiative und Eigenverantwortlichkeit betonende, voluntaristisch-individualistische Sozialmodell als solches wird durchaus grundsätzlich in Frage gestellt. Die Vertragsfreiheit formal gleicher Personen trägt, so wurde entdeckt, angesichts der Rechtswirklichkeit unübersehbar utopische Züge.²⁹ Was als Ideal einer Sollensordnung gutgläubig und im Vertrauen auf den mündigen Bürger konzipiert war, schien durch die kalte Realität der Seinsordnung in Ansehung des vermaßten und verlorenen, bedrohten und hilflosen Individuums widerlegt. Die lediglich auf dem Papier stehende formale Vertragsfreiheit darf danach nicht länger als Prinzip in den Mittelpunkt des Vertragsrechts gestellt, son-

Enterbten“ *Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Brauns Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, 2. Jahrgang (1889), S. 1 ff.

²³ Vgl. *von Gierke* (vorige Fn.), S. 23 f.; dazu *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff., Rn. 506.

²⁴ *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung in der modernen Gesellschaft, 1953; Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, 1960; Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, 1966; alle wieder abgedruckt im Sammelband *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974.

²⁵ Vgl. auch *J. Schmidt*, Ein „soziales Obligationsmodell“ im Schuldrecht? Gedanken zur Neuaufgabe des *Esserschen* Lehrbuchs, *AcP* Bd. 176 (1976), 381 ff. zu der von *Eike Schmidt* besorgten Neubearbeitung von *Josef Essers* Lehrbuch zum Allgemeinen Schuldrecht.

²⁶ Vgl. dazu das Jahrbuch *Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2003 mit den Beiträgen der Salzburger Tagung vom 10. bis 13. 9. 2003.

²⁷ So auch die Bewertung von *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff., Rn. 499, 507.

²⁸ Grundlegend hierzu *Kramer*, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, 1974.

²⁹ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung Bd. II, 2. Aufl. 1984, S. 10.

dern muß durch die Orientierung an einer materiellen, für den Einzelnen auch faktisch erlebbaren und ausübbarer Vertragsfreiheit abgelöst werden.³⁰

An plausiblen Beispielen, die diese Kritik als im Kern berechtigt erscheinen lassen, fehlt es nicht. Augenfällig offenbart sich beim heute sogenannten Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) die Diskrepanz zwischen der formalen Vertragsfreiheit und der Chance ihrer effektiven Durchsetzung in materieller Vertragsfreiheit: *Formal* hat der jetzt in § 13 BGB „definierte“ Verbraucher etwa die Freiheit, über den Vertragsabschluß unter Zugrundelegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu entscheiden, *faktisch* wird er aber kaum umhin können, sich den Bedingungen des „Unternehmers“ (§ 14 BGB) zu unterwerfen, ist er doch gerade im Bereich der Daseinsvorsorge auf die von ihm angebotenen Waren und Dienstleistungen weithin angewiesen.³¹ In der angloamerikanischen Vertragsrechtswissenschaft hat sich hierfür der Terminus der „take it or leave it-contracts“ eingebürgert. In der Tat scheint der die prozedurale Rationalität der liberalen Vertragstheorie tragende Gedanke der „Richtigkeitsgewähr des Vertrages“³² vielfach nicht mehr zu verfangen.³³ Die Richtigkeitschance ist an das Vorliegen eines relativen Machtgleichgewichts zwischen den Kontrahenten gebunden, womit nicht nur wirtschaftliche Äquivalenz, sondern auch intellektuelle Waffengleichheit gemeint ist.³⁴ In seiner bei C. H. Beck im Jahre 1986 erschienenen Schrift „Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ hat *Pflug* diese Problematik aufbereitet.

Die Crux aber ist, daß mit der „Krise“ nicht nur behutsame und systemkonforme Korrekturen eingeleitet wurden, um die Bedingungen der Möglichkeit des Vertragsmechanismus zu sichern, etwa in Form von angemessenen Aufklärungspflichten zur Gewährleistung eines relativen Machtgleichgewichts oder in Extremfällen durch zwingende Schutzvorschriften zur „Kompensation gestörter Vertragsparität“ (*Hönn*). Vielmehr standen die Zeichen bald auf Revolution und auf „Paradigmawechsel“ in der vertragsrechtlichen Theorie und Politik. Die realiter nicht existierende Vertragsfreiheit soll durch ein System der Vertragsgerechtigkeit (contractual justice – justice contractuelle) ersetzt werden. Hinter diesem schillernden Begriff steht das Anliegen, den Schutz der schwächeren Vertragspartei auszuweiten und die stärkere Vertragspartei zu weitgehender Rücksichtnahme auf die

³⁰ Vgl. dazu *Kramer*, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 20 ff.; vgl. ferner *Tosch*, Entwicklung und Auflösung der Lehre vom Vertrag, 1980, S. 208 ff.; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 298 ff.

³¹ Vgl. *Pflug*, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986; *Damm*, Privatautonomie und Verbraucherschutz, VersR 1999, 129 ff.

³² *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP Bd. 141 (1941), 130 ff., 156 f.

³³ Vgl. die Kritik an *Schmidt-Rimpler* von *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Band 1, 1960, S. 101 ff., 118 f.; hierzu *Pflug*, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986, S. 132 ff.

³⁴ Vgl. zur „inequality of bargaining power“: *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 63 ff., 74; dagegen aber *Tosch*, Entwicklung und Auflösung der Lehre vom Vertrag, 1980, S. 172 f.; siehe auch: *von Mehren*, A General View on Contract, International Encyclopedia of Comparative Law, VII/1, 1982, S. 64 ff. Ein relatives Gleichgewicht verlangt dabei nicht nur wirtschaftliche Äquivalenz, sondern auch intellektuelle Waffengleichheit.

Interessen des Vertragspartners zu verpflichten. Der Vertrag soll insgesamt zu einem auf Kooperation, Solidarität und Fairneß angelegten Rechtsverhältnis umgestaltet werden.³⁵ Ziel ist eine gerechte und soziale Zivilrechtsordnung.³⁶ Damit ist die rechtsideologische und -politische Basis für den Prozeß der Entprivatisierung gelegt, in den das Vertragsrecht seit dem Ausgang des 20. Jahrhunderts geraten ist.³⁷ Der Bereich der privaten Rechtssetzung durch Vertrag wird zunehmend eingeschränkt und der demokratisch legitimierten öffentlichen Gewalt übertragen. Die inhaltliche Gestaltungsfreiheit im Vertragsrecht, *qua* Antidiskriminierungsgesetz sogar die Abschlußfreiheit verschwindet in dem Maße von der Bildfläche, in dem der Anteil sozialer Wertungen im Privatrecht zunimmt. Das sich in der Vertragsfreiheit manifestierende Vertrauen in den mündigen und selbstverantwortlichen Menschen droht damit einem staatlichen Rechtspaternalismus zu weichen. Die Ausrichtung und Reichweite der kommenden Bevormundung ist schwer abzuschätzen. Maßstab der hoheitlichen Rechtssetzung sind inhaltlich beliebige Begriffe („soziale Gerechtigkeit“) und Leerformeln („Schutz des Schwächeren“)³⁸, was es der Tagespolitik ermöglicht, ihre jeweiligen Gerechtigkeitsideale in den einzelnen Teilen des Privatrechts, und zuerst im Vertragsrecht, zu implementieren.

Der Prozeß der Entprivatisierung des Vertragsrechts spielt sich keineswegs nur auf metadogmatischen Höhen ab. Seine Auswirkungen sind längst im Alltag greifbar und beschäftigen mehr und mehr den Rechtsanwender: den Richter, der sich aufgerufen fühlt, gesetzliche Gerechtigkeitsideale notfalls auch gegen die übereinstimmenden Parteiinteressen durchzusetzen; die Kautelarjurisprudenz, die bemüht ist, die gesetzlichen Schranken unternehmerischer Freiheitsausübung zulässigerweise zu umgehen. Die Privatautonomie schmilzt ab. Die Ausuferung des *ius cogens* hat längst die Grenzen jener Lebenssituationen überschritten, in denen typischerweise und empirisch nachweisbar eine relativ ausgewogene Gleichgewichtslage fehlt und damit die Richtigkeitschance des Einzelvertrages herabgesetzt ist.³⁹ Dies betrifft nicht nur das Arbeitsrecht, das Mietrecht oder das Verbraucher kreditrecht; ganze Vertragstypen – wie insbesondere die Teilzeit-Wohnrechtverträge der §§ 481 ff. BGB (Timesharing) – wurden „kaputtreguliert“.

Die Entprivatisierung schreitet immer schneller und weiter auch in Bereichen voran, von denen man meinen sollte, daß sie den Wächtern der sozialen Gerechtigkeit weniger verdächtig erschienen: Nunmehr ist, im Gefolge der europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, selbst der Kern des Kaufrechts betroffen (§§ 475, 478 Abs. 4 BGB). Verbraucher und Unternehmer sind bei einem Gebrauchtwagenkauf durch zwingendes Recht daran gehindert, einen (für den Verbraucher!) kostengünstigen Gewährleistungsausschluß zu vereinbaren. Der bei Gewährlei-

³⁵ Vgl. dazu *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung Bd. II, 2. Aufl. 1984, S. 10; *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht Bd. I, 1996, S. 15 ff.; *Kramer*, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 33 ff.; *Raiser*, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1 ff.

³⁶ Vgl. *Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren 1975; *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970.

³⁷ Vgl. *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff., Rn. 532.

³⁸ Hierzu kritisch *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996; vgl. auch *Zöllner*, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP Bd. 176 (1976), 221 ff.

³⁹ Vgl. *Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, 1975, S. 38 ff.

stungsausschluß billigere Gebrauchtwagen bleibt dem Verbraucher unzugänglich. Das Gesetz selbst dekretiert: „Take it or leave it.“ Gesetzlicher Zwang macht für die Vertragspraxis Umgehungsstrategien erforderlich. Im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs mit seinem zwingend ausgestalteten Gewährleistungsrecht weicht die Praxis auf Korrekturen über Agenturmodelle oder Beschaffenheitsvereinbarungen aus.⁴⁰

Parallel zur Hypertrophie des Verbraucher(schutz)rechts wirkt zudem das Ausgreifen der Lehre von der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts in die Richtung einer Zementierung der – vom BGB-Gesetzgeber nur vorschlags- und ersatzweise gedachten – gesetzlichen Ausformungen der einzelnen Vertragstypen und dünnt die Vertragsfreiheit weiter aus. Denn die „Materialisierung des Vertragsrechts“ hat einen fundamentalen Funktions- und Verständniswechsel des dispositiven Rechts nach sich gezogen. Das dispositive Recht ist nicht mehr die Reserveordnung für unvollständige Verträge der Parteien, die sich – empirisch gewachsen – nach den typischen Vereinbarungen des jeweiligen Verkehrskreises richtet. Ihm soll eine „Ordnungsfunktion“⁴¹ zukommen, weil es Gerechtigkeitsentscheidungen des Gesetzgebers enthalte, über die man nur hinweggehen könne, wenn es dafür sachliche Gründe gebe. Die Abweichung müsse durch die „rule of reason“ gerechtfertigt sein, sie müsse inhaltlich fair sein und die Interessen beider Teile angemessen berücksichtigen.⁴²

Der BGH ist diesem Ansatz der Richtlinien- oder Leitbildfunktion des dispositiven Rechts zunächst nur für die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gefolgt;⁴³ der Gesetzgeber hat dies aufgegriffen.⁴⁴ Selbst bei Individualverträgen soll aber inzwischen nach einer in der Rechtsprechung zunehmend zu beobachtenden Tendenz nicht mehr beliebig (in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB) vom dispositiven Recht abgewichen werden können.⁴⁵ Immerhin stößt die Hypertrophierung des Gerechtigkeitsgehalts des dispositiven Rechts im zunehmend wichtiger werdenden Recht der atypischen Verträge noch an ihre Grenzen, wenn ein gesetzlich fixiertes Referenzprogramm als Maßstab fehlt.⁴⁶

IV. Verbraucherschutz und Vertragsrecht

Im Kontext der Entprivatisierung des Vertragsrechts kommt dem unaufhaltsamen rechtspolitischen Vormarsch der Verbraucherschutzbewegung in den letzten Jahrzehnten eine herausragende Bedeutung zu. Schon jetzt ist das Recht zahlreicher Vertragstypen im Besonderen Teil des Schuldrechts durchsetzt mit Normen, die zum Schutze des Verbrauchers selbst durch individualvertragliche Vereinbarung

⁴⁰ Vgl. dazu ausführlich *Staudinger/Matusche-Beckmann* (2004), § 475, R.n. 51 ff.

⁴¹ *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, Halbband 1, 15. Aufl. 1959, § 49 Abs. 3, S. 301.

⁴² *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, Halbband 1, 15. Aufl. 1959, § 49 Abs. 3, S. 301.

⁴³ Grundlegend *BGHZ* 22, 90.

⁴⁴ Wegweisend wirkte die Arbeit von *Raiser*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S. 239 ff.; siehe auch *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992.

⁴⁵ Siehe nur *BGHZ* 101, 350 m.w.N.; vgl. auch *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff. R.n. 535.

⁴⁶ Dazu *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 376 ff.

(oder Verzicht) nicht abgeändert werden können. Daneben finden sich nach der Eingliederung früherer Nebengesetze ins BGB vor allem im Allgemeinen Schuldrecht verbraucher-schützende Regelungen, für die übrigens der systematisch vorzugswürdige Regelungsstandort im Allgemeinen Teil des BGB näher gelegen hätte.

Hinter all diesen Vorschriften steht die Grundthese des Verbraucherschutzes, wonach im modernen Wirtschaftsleben der private Konsument auf eine übermächtige Unternehmenseite trifft.⁴⁷ Mit dem Unternehmer (§ 14 BGB) könne der Verbraucher (§ 13 BGB) faktisch nicht über den Inhalt von Verträgen verhandeln, weil er ihm gegenüber keine entsprechende Verhandlungsmacht in die Waagschale werfen könne. Mit dem Verlust von Verhandlungsmacht gehe aber zugleich ein Verlust der Selbstschutzmöglichkeiten vor Übervorteilung einher. Die Verbraucherschutzbewegung zieht daraus die Konsequenz, daß der Verbraucher mit unverzichtbaren Schutzrechten ausgestattet werden muß. Verbraucherschutz heutigen Verständnisses ist Statusschutz. Ging das BGB formal von einer Freiheit und Gleichheit aller Bürger aus, betont nun der Verbraucherschutz die besondere Schutzbedürftigkeit einer sozialen Gruppe (Verbraucher) und manövriert sich damit in freiheitsberaubende Gleichmacherei.

Entgegen der euphorischen Haltung des europäischen und des deutschen Gesetzgebers wird man dem Verbraucherschutzkonzept durchaus skeptisch gegenüberzutreten haben. Schon die empirische Grundannahme des Verbraucherschutzes, daß dem übermächtigen Unternehmer ein hilfloser, unterlegener Verbraucher gegenübertritt, erscheint in dieser Allgemeinheit zweifelhaft: Der kleine Kioskbesitzer, der zur Beheizung seiner Verkaufsbude für Zeitungen und Süßwaren einen Gasofen für den Winter kauft, ist „Unternehmer“; das pensionierte AG-Vorstandsmitglied, das für den Segeltörn auf dem Bodensee eine Yacht kauft, ist „Verbraucher“; letzterer steht gewährleistungsrechtlich deutlich besser da als ersterer. Mit der viel beschworenen sozialen Gerechtigkeit steht das Statusrecht des Verbrauchers ohnehin nur oberflächlich im Zusammenhang.

Im Grunde stellt sich das Verbraucherschutzrecht moderner Prägung weniger als das Recht des sozial Benachteiligten denn als das Recht des konsumierenden Wohlstandsbürgers dar. Je höher das Konsumpotential eines Bürgers ist, umso größer ist für ihn der Nutzen des Verbraucherschutzes. Wenn man sich die Schwerpunkte der gesetzgeberischen Aktivitäten auf der Ebene des Verbraucherschutzes anschaut – genannt seien nur der Verbrauchsgüterkauf und das Reisevertragsrecht – und die Lebenssachverhalte, über die die Gerichte zu entscheiden haben, mit heranzieht, so wird der Eindruck bestätigt: Dem Verbraucherschutz geht es weniger um die Belange des „kleinen Mannes“ als um die Interessen des konsumierenden Wohlstandsbürgers. Das gilt selbst für das Verbraucher kreditrecht der §§ 491 ff. BGB. Der Kredit zur Finanzierung eines neuen PKW oder einer Wohnungsein-

⁴⁷ Vgl. zu den Grundlagen des Verbraucherschutzes *Gärtner*, Zum Standort des Verbraucherschutzes, JZ 1992, 72 ff., 73, 76 f.; *von Hippel*, Verbraucherschutz, 3. Aufl. 1986; *Simitis*, Verbraucherschutz, 1976.

richtung, der Beitritt zu einem Immobilienfonds oder die Beteiligung an steuer-sparenden Anlagemodellen stehen den sozial Unterprivilegierten ohne (dingliche) Sicherheiten ohnehin nicht offen, jedenfalls nicht mehr seit die neuere BGH-Rechtsprechung zum Bürgschaftsrecht persönliche Sicherheiten Verwandter und Bekannter als Mittel der Kreditsicherung faktisch ausschließt.⁴⁸

Genaugenommen erfolgt der Statusschutz des wohlstandsmehrenden Konsumbürgers sogar auf Kosten der ärmeren Bevölkerungskreise; der zwingende Schutz des Verbrauchers fördert von den wirklich sozial Schwachen nämlich seinen Preis. Widerrufsrechte oder Ausweitungen des Gewährleistungsrechts bedeuten für den Unternehmer zusätzliche Kosten, die er über Preissteigerungen auf alle Konsumenten umlegen muß. Durch seinen „Beitrag“ zu diesem System einer Zwangsversicherung finanziert der Arme tendenziell die rechtliche Besserstellung des Reichen. Weitergehend wird breiten Schichten der Zugang zum Konsum erschwert. Wegen des zwingenden Charakters des Verbraucherschutzes kann niemand – etwa um ein für ihn sonst unerschwingliches Konsumgut zu erlangen – durch den Ausschluß oder die Verkürzung der Gewährleistung einen günstigeren Preis aushandeln.

V. Vertragsrecht und Grundrechte

Starke Impulse in Richtung auf eine verstärkte Materialisierung des Vertragsrechts gehen nicht nur vom Sozialstaatsprinzip, sondern auch vom Grundrechtskatalog unseres Grundgesetzes aus.⁴⁹ Mit diesem Thema hat sich übrigens schon 1960 Walter Leisner in seiner bei C.H. Beck in der Reihe „Münchener öffentlich-rechtliche Abhandlungen“ erschienenen Schrift „Grundrechte und Privatrecht“ befaßt. Gewiß, die meisten Grundrechte sind traditionell als Abwehrrechte gegen den Staat gewachsen.⁵⁰ In diesen klassischen Zusammenhang fügt sich auch die verfassungsrechtlich garantierte Vertragsfreiheit ein. Denn Art. 2 Abs. 1 GG schützt einmal die Freiheit, überhaupt Verträge abzuschließen bzw. nicht abzuschließen (positive und negative Vertragsabschlußfreiheit einschließlich der Vertragsbeendigungsfreiheit), und zum anderen die Freiheit ihrer inhaltlichen Ausgestaltung (Vertragsgestaltungsfreiheit). Gleiche und freie Bürger haben danach das Recht, fernab von staatlicher Bevormundung und von Zwang nach eigenem Gutdünken zu bestimmen, wie sie ihre gegenläufigen Interessen aus ihrer Sicht am

⁴⁸ Dazu Gärtner (vorige Fn.), S. 77 mit folgendem Hinweis: Teilt man die Privathaushalte hinsichtlich ihres Nettoeinkommens in Gruppen ein, so ist die einkommensschwächste Gruppe zugleich die Gruppe mit der prozentual geringsten Kreditaufnahme. Mit wachsendem Einkommen steigt dann der Prozentsatz der Haushalte, die einen Verbrauchercredit aufnehmen. Erst ab den hohen Einkommensstufen geht dieser Prozentsatz wieder leicht zurück. Bezeichnend ist der finanzierte Konsumgegenstand (1991): 30% der Konsumentenkredite gelten dem Kauf eines fabrikneuen Pkw, den zweiten Platz nehmen die Aufwendungen für den Erwerb von Möbelstücken ein.

⁴⁹ Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 280 ff. spricht vom Verfassungsrecht als Katalysator der Gerechtigkeit im Vertragsrecht.

⁵⁰ Zum sog. „status negativus“ der Vertragsfreiheit Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 2 Abs. 1, Rn. 102.

besten koordinieren.⁵¹ Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG schützt so die Selbstbestimmung des einzelnen im Rechtsleben und gewährleistet zugleich den Grundrechtsträgern untereinander ein Rechtssystem der staatsfreien und autonomen Selbstregulierung ihrer privatrechtlichen Angelegenheiten.

Die Effektivität dieses Schutzes gerät indes angesichts der fortschreitenden Entprivatisierungstendenzen ins Zwielficht. Zwar stellen hoheitliche Vorgaben wie die Setzung eines Kontrahierungszwanges oder inhaltliche Gestaltungsvorgaben Eingriffe in die grundgesetzliche garantierte Vertragsfreiheit dar und sind damit am Maßstab des Art. 2 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftig. Indes eröffnet die im Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ angelegte Gemeinwohlorientierung und das in Art. 14 Abs. 2, 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende Sozialstaatsprinzip dem Staat weitreichende Möglichkeit für sozialstaatlich motivierte Beschränkungen der Vertragsfreiheit.⁵² Die Geschichte der Vertragsfreiheit war daher unter dem Grundgesetz eine Geschichte ihrer Beschränkung.⁵³ Aus sozialstaatlicher Sicht ist „Vertragsfreiheit“ eine Veranstaltung mit sozialer Funktion unter staatlicher Kontrolle. Und dieses Verständnis erscheint derzeit ungebrochen.

Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik ist bekanntlich bei der klassisch abwehrrechtlichen Dimensionierung nicht stehengeblieben. Rechtsprechung und Lehre entwickelten sie fort zu einer objektiven Wertordnung und zu Teilhaberechten mit Geltungsanspruch auch im Vertragsrecht.⁵⁴ Die juristische Umsetzung erfolgt durch eine bewußt ordnungspolitisch orientierte Interpretation der zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB). Die Folge ist eine an materiellen Kriterien orientierte Kontrolle der vertragsrechtlichen Abschluß- und Inhaltsfreiheit.⁵⁵ Es sei nur an das Beispiel des ausländischen Mieters erinnert, der zur Gewährleistung seiner Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG eine Parabolantenne auf dem Dach des Miethauses anbringen darf, um seinen Heimatseher empfangen zu können.⁵⁶

Zu einem grundrechtsdogmatischen Antagonismus der besonderen Art hat die Entdeckung der Privatautonomie als Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht geführt: Wenn die Privatautonomie die freie Selbstbestimmung des einzelnen zur Regelung seiner Rechtsbeziehungen garantiert, dann kann nach diesem Verständnis den Staat im Einzelfall die Pflicht treffen, dafür Sorge zu tragen, daß es zwischen den Vertragspartnern im Ergebnis nicht zu einer Fremdbestimmung des Schwächeren durch den Stärkeren kommt.⁵⁷ Zum Schutz von Selbstbestimmung gesellt sich der Schutz vor Fremdbestimmung. Mit einem sol-

⁵¹ Vgl. *BVerfGE* 81, 242, 254.

⁵² *Roscher*, Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, 1974; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1999, S. 219 ff.

⁵³ *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 323.

⁵⁴ Freilich steht ein Teil des zivilrechtlichen Schrifttums den Geltungsansprüchen der Grundrechte in der Privatrechtsordnung kritisch gegenüber; vgl. z. B. *Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, *Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen*, *AcP* Bd. 196 (1996), 1 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu *Canaris*, Grundrechte und Verfassungsrecht, 1998.

⁵⁶ *BVerfG NJW* 1997, 1147; *BVerfG NJW* 1997, 2143.

⁵⁷ *BVerfGE* 89, 214, 232.

chen Schutz vor den Auswirkungen der Privatautonomie im Namen der Privatautonomie droht sich die Privatautonomie in ihren immanenten Schranken zu verfangen. In der praktischen Konsequenz muß der Richter als Träger hoheitlicher Gewalt dafür sorgen, daß nicht unbeschränkt das Recht des Stärkeren gilt. Aber die Beschränkung des Rechts des Stärkeren schützt nicht nur, sondern beschränkt auch das Recht des Schwächeren.

Gewiß verlangt der Respekt vor der Vertragsfreiheit noch immer, daß nicht bei jeder „Störung der Vertragsparität“ der Vertrag als solcher in Frage gestellt werden darf, doch sind nach Auffassung des *BVerfG* Korrekturen jedenfalls dann verfassungsrechtlich geboten, wenn eine Vertragspartei „strukturell unterlegen“ ist und die Folgen des Vertrages für sie in besonderer Weise belastend sind. Das *BVerfG* hat den Schutzpflichtgedanken wiederholt in Fällen der Bürgschaft naher Familienangehöriger bemüht.⁵⁸ In Korrektur der früheren harten Rechtsprechung des *BGH* zu Bürgschaften, die – durchaus rigoros – am Grundsatz der Vertragsfreiheit festhielt und eine Korrektur über §§ 138, 242 BGB oder die Grundsätze der *culpa in contrahendo* grundsätzlich ablehnte, eröffnet das *BVerfG* verfassungsrechtlich verpackten Billigkeitserwägungen den Weg. Die nach Art. 1 Abs. 3 GG grundrechtsgebundene Zivilrechtsprechung verletze Art. 2 Abs. 1 GG, wenn im Einzelfall das Problem gestörter Vertragsparität nicht gesehen oder in einer den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gerecht werdenden Art und Weise gelöst werde. Im Sinne weitest möglicher Einzelfallgerechtigkeit sind die Umstände des konkreten Falles ausschlaggebend. Im Falle der persönlichen Sicherung fremder Schuld (Bürgschaft, Schuldbeitritt) sollen die Anforderungen an den Schutz des Sicherungsgebers mit dem Maß seiner Unerfahrenheit und dem von ihm eingegangenen Haftungsrisiko steigen. Umgekehrt ist eine Schutzbedürftigkeit umso geringer, je stärker der Bürge ein eigenes wirtschaftliches Interesse an dem gesicherten Kredit hat. Je nachdem sollen den überlegenen Vertragspartner besondere Aufklärungs- und Hinweispflichten treffen, bei deren Mißachtung die Zivilgerichtsbarkeit im Rahmen ihres Repertoires zivilrechtlicher Generalklauseln gegenzusteuern hat.

Der *BGH* ist den verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine korrigierende Anwendung der §§ 138, 242 BGB gefolgt und hat für die Beurteilung von Bürgschaften neue Grundsätze entwickelt.⁵⁹ In der Literatur hat die Entscheidung des *BVerfG* zu einer heftigen Kontroverse geführt.⁶⁰ Während sich die gemäßigte Kritik darauf beschränkt, daß das *BVerfG* seinen Schutzauftrag überspanne und sich zu intensiv in die fachgerichtliche Arbeit einmische, sehen andere in den verfassungs-

⁵⁸ Grundlegend hierzu *BVerfGE* 89, 214; *BVerfG* NJW 1994, 2794; *BVerfG* NJW 1996, 2021.

⁵⁹ Danach ist ein Bürgschaftsvertrag ausnahmsweise unwirksam, wenn dessen Verpflichtungsumfang die finanzielle Leistungsfähigkeit des Bürgen erheblich übersteigt und weitere Umstände hinzukommen, durch die ein unerträgliches Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern hervorgerufen wird, welches die Verpflichtung des Bürgen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Gläubigers nicht mehr hinnehmbar erscheinen läßt.

⁶⁰ *Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, *AcP* Bd. 196 (1996), 1 ff.; *Adomeit*, Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, *NJW* 1994, 2467 ff.

gerichtlichen Vorgaben eine Pervertierung und Aushöhlung der zivilrechtlichen Privatautonomie und darin letztlich eine Aberkennung der Selbstbestimmung mündiger Bürger.⁶¹ Keineswegs ist es zu einem Aufstand der Rechtswissenschaft gegen eine erkennbare verhängnisvolle Fehlentwicklung gekommen. Man wird von einem Rückzugsgefecht in einem vielleicht schon aufgegebenen Kampf gegen die zunehmende Entprivatisierung des Privatrechts sprechen müssen.

VI. Ökonomische Analyse des Vertragsrechts

Eine Aufwertung liberaler Freiheitsethik im Vertragsrecht darf man sich wohl auch kaum von der ökonomischen Analyse des Rechts versprechen, der es zuerst um Effizienz, Rationalität und die immer wieder betonten „Reduzierung der Transaktionskosten“ geht. Die aus den USA kommende ökonomische Analyse des Rechts (economic analysis of law)⁶² hat längst auch das deutsche Vertragsrecht ergriffen, wenn sie auch (noch) nicht annähernd denselben Stellenwert zu erringen vermochte wie in ihrem Herkunftsland, wo der „economic approach to law“ selbst in Spezialzeitschriften und im akademischen Unterricht längst seinen festen Platz einnimmt, ja bereits zur führenden Rechtstheorie der Gegenwart erstarkt ist. „Whatever its deficiencies, the economic theory of law appears to be the most promising positive theory of law existent“.⁶³ Das Vertragsrecht diene neben dem Deliktsrecht und dem Wettbewerbsbeschränkungsrecht als bevorzugte Spielwiese für die Erprobung und Verfeinerung der Pionierwerke von *Guido Calabresi*⁶⁴ und *Ronald H. Coase*⁶⁵, für das Property Rights-Konzept von *Harold Demsetz*⁶⁶ und für die folgenden Präzisierungen der Transaktionskosten durch *Armen Alchians*⁶⁷. In Deutschland hat unter den Juristen besonders die erste Auflage der Schrift von *Richard A. Posner* über die „Economic Analysis of Law“ aus dem Jahre 1973 Beachtung gefunden. Es ist übrigens sehr bemerkenswert, daß sich auch im älteren deutschsprachigen Schrifttum bereits erste Ansätze einer beginnenden Rechtsökonomik aufspüren lassen. Erwähnt seien nur *Eugen von Böhm-Bawerk*, der mit seiner Schrift „Rechte und Verhältnisse vom Standpunkt der Volkswirtschaftlichen Güterlere“ (1881) durchaus Gedanken der heutigen Property Rights-Lehre vorwegnahm, oder *Emmanuel Hermann*, der mit seiner „Theorie der Versicherung“ (2. Auflage 1887) ebenso wie *Victor Mataja* mit seiner Schrift über „Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie“ (1888) dem *Coase-*

⁶¹ Zöllner (vorige Fn.), 36: Die Bürgschaftsentscheidung des BVerfG sei „in ihren allgemeinen Grundsätzen ein Fehlgriff, der korrigiert werden muß“.

⁶² Vgl. zur Entstehungsgeschichte *Pearson, Origins of Law and Economics*, New York/Melbourne, 1997.

⁶³ So *Posner, Economic Analysis of Law*, 2. Aufl. 1977, S. 21 in Erwiderung auf die Kritiker seiner erstmals 1973 erschienenen Monographie.

⁶⁴ *Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, *Yale Law Journal* Vol. 70 (1961), 499 ff.

⁶⁵ *Coase, The Problem of Social Costs*, *Journal of Law and Economics* Vol. 3 (1960), 1 ff.

⁶⁶ *Demsetz, Towards a Theory of Property Rights*, *American Economic Review* Vol. 57 (1967), 347 ff.

⁶⁷ *Alchians, Some Implications of Recognition of Property Right Transaction Costs*, in: *Brunner (Hrsg.), Economics and Social Institutions*, 1979, S. 233 ff.

Theorem, dem Grundpfeiler der „economic analysis of law“, sehr nahe kam. Breitenwirkung haben diese deutschsprachigen Autoren nicht erzielt.

Der mittlerweile berühmte Aufsatz von *Coase* „The Problem of Social Costs“ zur Verteilung gesellschaftlicher Nachteile nach ökonomischer Optimalität hat durchaus bahnbrechend gewirkt.⁶⁸ Das *Coase*-Theorem ist zur zentralen Denkfigur der ökonomischen Rechtstheorie geworden. Vereinfacht dargestellt besagt es, daß sich das Recht bei Vorliegen bestimmter Modellbedingungen nicht auf die Allokation von Ressourcen auswirkt; es setzt sich stets die effizienteste Ressourcenverteilung im Verhandlungsweg durch, unabhängig davon, wie die Eigentumsrechte an den Ressourcen verteilt seien. Die Modellbedingungen sind vollständiger Wettbewerb, vollständige Information der privaten Wirtschaftseinheiten, eindeutige Primärverteilung der Güterordnung und das Fehlen von Transaktionskosten. Die zentrale Kategorie der Transaktionskosten meint die Kosten eines Austauschvorgangs auf dem Markt. Die rechtlichen Verteilungskriterien von Nutzungs- und Ausschließungsrechten sind nur bei vollständiger Abwesenheit von Transaktionskosten wirkungsneutral. Weil diese Voraussetzung aber in der Wirklichkeit nicht erfüllt ist, kommt es letztlich doch auf die rechtliche Zuordnung von Nutzungs- und Ausschließungsmöglichkeiten an. Angesichts bestehender Transaktionskosten kann eine bestimmte rechtliche Ordnung Fehlallokationen von Ressourcen verursachen und auf Dauer zementieren. Daher heißt das ökonomische Gebot, Transaktionskosten zu minimieren. Von hier aus macht es sich die „economic analysis of law“ zur Aufgabe, das geltende Recht an ökonomischen Effizienzkriterien zu messen und es – bei Betonung eines normativen Gestaltungsanspruchs der „economic analysis“ – ökonomisch zu optimieren. Bei der ökonomischen Analyse des Rechts handelt es sich in ihrem Kern um eine Transaktionskostenökonomie zur optimalen Ressourcenallokation, deren (offene oder verdeckte) Intention der Abbau institutioneller und transaktionsbedingter Handlungsrestriktionen ist. Die Kritiker der Rechtstheorie der „economic analysis“ formulieren diesen Zusammenhang freilich weniger freundlich: weil die Modellannahme, die *Coase* seinem Prinzip zugrundelegt, wirklichkeitsfremd ist, kommt dem Recht die Funktion zu, das Realitätsdefizit der Theorie auszugleichen und die Wirklichkeit dem Modell anzupassen.⁶⁹

Hauptpunkt der Kritik ist der Vorwurf, daß es der „economic analysis“ um weit mehr gehe als nur darum, die Rechtswirklichkeit nach ökonomischen Prämissen zu untersuchen und so zum besseren Verständnis von wirtschaftlichen Phänomenen im Kontext von Rechtsnormen beizutragen.⁷⁰ Hinter der vordergründig analytischen Methode verberge sich eine politische Strategie zur Neuordnung des Rechts: die Untersuchung der Rechtswelt nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten tendiere auf eine Veränderung des Rechts nach Grundsätzen ökonomisch effizienter Rationalität. *Posner* etwa hebt ausdrücklich hervor, „that economics has both a normative and a positive role in the study of law and legal institutions“.

⁶⁸ *Coase*, The Problem of Social Costs, *Journal of Law and Economics* Vol. 3 (1960), 1 ff.

⁶⁹ So *Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property right approach, *JZ* 1986, 817 ff., 820.

⁷⁰ Vgl. *Fezer* (vorige Fn.).

Über den normativen Geltungsanspruch der ökonomischen Analyse des Rechts kann man streiten. Die analytischen Möglichkeiten der „economic analysis“ sind als Forschungsansatz durchaus belebend und hilfreich, um die praktischen Probleme des Vertragsrechts – etwa im Bereich der modernen Vertragstypen – besser zu verstehen. Aus der rechtstatsächlichen Erkenntnis ökonomischer Schädlichkeit oder Nützlichkeit bestimmter Regelungen folgt aber noch nicht das Gebot, daß das Recht vorrangig der Effizienzsteigerung zu dienen habe. Unübersehbar ist freilich, daß die faktischen Verhältnisse in einem einheitlichen europäischen Binnenmarkt und einer globalisierten Wirtschaft den normativen Geltungsanspruch der Rechtsökonomie begünstigen. Denn im Wettbewerb der Rechtssysteme weicht der Unternehmer dem Standort mit einem vergleichsweise weniger effizienten und daher „teureren“ Recht aus. Dabei werden Transaktionskosten für die Wirtschaft nicht allein durch schlechte Gesetze, sondern auch durch Rechtsunsicherheiten verursacht, die sich beispielsweise infolge rascher Änderungen von Vorschriften mit immer kürzerer Halbwertszeit und aufgrund fehlender Konsolidierung und Beruhigung eines Rechtsgebietes einstellen.

In der deutschen Rechtswissenschaft kam es zunächst – anders als in den Wirtschaftswissenschaften – zu einer nur zögerlichen und verhalten skeptischen Rezeption der „economic analysis of law“. Generell scheinen sich die kontinentalen europäischen Länder mit ihrem kodifizierten Recht schwerer mit diesem Paradigma zu tun als jene Länder des „common law“. Aber ab Mitte der siebziger Jahre begann in Deutschland eine erste fachliche Auseinandersetzung, vor allem im Medium der juristischen Zeitschriften. Hervorhebung verdient in diesem Zusammenhang die Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR), die im Jahre 1980 drei große Abhandlungen zu diesem Themenbereich initiierte.⁷¹

Um es frei heraus zu sagen: Diese Entwicklung ist bislang am C.H. Beck-Verlag vorbeigelaufen. Keine der großen Abhandlungen zu „economic analysis of law“, keines der zentralen Werke der deutschsprachigen Rechtsökonomik ist in diesem Verlag erschienen,⁷² der hier nur mit vereinzelt Zeitschriften-Beiträgen aufwarten kann.⁷³ Die wissenschaftlich-theoretisch bedeutsame Auseinandersetzung⁷⁴ hat

⁷¹ Gotthold nimmt „Zur ökonomischen „Theorie des Eigentums“ Stellung, ZHR Bd. 144 (1980), 545 ff., Kirchner behandelt die ökonomische Analyse des Rechts und das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (antitrust law and economics), daselbst S. 563 ff., und Köhler nimmt zum Thema Vertragsrecht und Property Rights-Theorie und zur Integration ökonomischer Theorien in das Privatrecht Stellung, a.a. O., S. 589 ff.

⁷² Vgl. z.B. „Die ökonomischen Grundlagen des Rechts“ von Behrens (1986) sowie das „Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts“ (1. Aufl. 1986) von Schäfer und Ott, das inzwischen in seiner vierten Auflage (2005) vorliegt; vgl. ferner Adams, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, 1980; Adams, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985; Lehmann, Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht. Eine juristische und ökonomische Analyse, ZGR Bd. 15 (1986), 345 ff.; vgl. auch Esser/Schmidt, Schuldrecht I/1, 8. Aufl. 1995, § 2 Abs. 4, S. 38 ff.; Oechler, Vertragsrecht, 2003, Rn. 36.; Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 1998.

⁷³ Lehmann, Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte – Property Rights als Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs, GRUR Int. 1983, 356 ff.

⁷⁴ Fezer, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property right approach, JZ 1986, 817 ff.; dagegen Ott/Schäfer, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg

außerhalb des C.H. Beck-Verlages stattgefunden; vielleicht weil sich nicht München, sondern Hamburg zum Zentrum der Ökonomischen Analyse des Rechts in Deutschland entwickelt hat. Wer also nach einem Versäumnis des C.H. Beck-Verlages auf dem Gebiet des Vertragsrechts sucht, hier wird er fündig. Wenn inzwischen die ökonomische Analyse des Rechts auch im deutschsprachigen Raum fest verankert ist, und zwar keinesfalls beschränkt nur auf das Vertragsrecht, dann ist dies *nicht* das Verdienst des Beck-Verlages. Man wird hier einen massiven Nachholbedarf für das Verlagsprogramm anmelden müssen.

VII. Verlust und Wiedergewinn von Maß und Ziel

Die Sozialisierung des Vertragsrechts schreitet alles in allem und im wesentlichen unangefochten voran. Maß und Ziel drohen verlorenzugehen. Das Kind wird mit dem Bade ausgeschüttet. Nur zaghaft keimen erste Anzeichen für eine Gegenbewegung und für vorsichtige Korrekturprozesse, für zivilrechtliche Deregulierungen und Befreiungsimpulse.⁷⁵ Vielleicht mehrt sich künftig der Widerstand gegen den Vormarsch der Gleichmachungsethik, möglicherweise formiert sich gar eine Résistance der formalen Freiheitsethik im Vertragsrecht, um eine von Maß und Ziel getragene Ausbalancierung von formaler Freiheitsethik und materialer Verantwortungsethik einzuleiten und um einen Durchbruch der Entwicklung zur freiheitsberaubenden Gleichmacherei zu bremsen. Anlaß zur Zuversicht bietet etwa der privatrechtstheoretische Beitrag von *Dieter Reuter* „Die ethischen Grundlagen des Privatrechts“ aus dem Jahre 1989 (Archiv für civilistische Praxis Bd. 189, S. 199 bis 222), der den Untertitel trägt „Formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik“. Dort heißt es im abschließenden Fazit unter anderem (S. 222): „Weder ist ein Privatrecht auf der Basis formaler Freiheitsethik so defizitär noch ein Privatrecht auf der Basis materialer Verantwortungsethik so leistungsfähig, wie manche glauben machen wollen. Im Gegenteil: Die Defekte eines Privatrechts auf der Grundlage formaler Freiheitsethik, von denen in der einschlägigen Literatur die Rede ist, sind in wesentlichen Teilen nicht Erbe des 19. Jahrhunderts, sondern Ergebnis verengter Problemhorizonte in der Rechtsentwicklung des 20. Jahrhunderts. Wer im traditionellen Privatrecht Reaktionen auf soziale Regulierung durch Private, mangelnde Fähigkeit zur Selbstbestimmung und sozial schädliche Effekte vermißt, muß das Heil nicht in einem grundlegenden Wandel suchen, sondern braucht sich lediglich auf Einsichten zurückzubekümmern, die das Privatrecht des 19. Jahrhunderts noch zu seinem Allgemeingut gezählt hat. Diese Einsichten lassen sich durchaus in einer Weise fortentwickeln, die den aktuellen Problemlagen entspricht.“

Von massiven Wogen liberalen Widerspruchs kann zwar noch keine Rede sein, doch könnte die Stimmung im schärferen und globalisierten Wettbewerb auch der

oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, JZ 1988, 213 ff., dazu die Replik von *Fezer*, Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, JZ 1988, 223 ff.

⁷⁵ *Reuter*, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, AcP Bd. 189 (1989), 199 ff.; *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Privatrecht?, 1994, S. 11 ff.

Privatrechtsordnungen wieder „kippen“, wenn der Eindruck übermächtig wird, daß der bei uns und den meisten europäischen Nachbarländern eingeschlagene Weg auch zu unnatürlicher Gleichmacherei, zu gleichgültiger Bevormundung und zu unfruchtbarer Erstarrung von Wirtschaft und Gesellschaft, ja vielleicht schon in ein oder zwei Jahrzehnten zu schmerzlichen Wohlfahrts- und Wohlstandseinbußen führen kann. Erst langfristig darf man wohl erwarten, daß die ökonomischen Sachzwänge – und sind es nicht anthropologische Sachzwänge? – einen neuen Aufbruch zu einer verstärkt freiheitlichen Vertragsrechtstheorie einleiten und die Sozialisierung des Vertragsrechts durch eine Liberalisierung korrigieren.

D. Dogmatische Krisengebiete des Vertragsrechts

I. Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen

Das Vertragsrecht und damit das vertragsrechtliche Verlagsprogramm des Hauses C. H. Beck war in den letzten hundert Jahren nicht nur in turbulente Richtungskämpfe rechtstheoretischer Überzeugungen und politischer Weltanschauungen eingebunden. Auch handfeste dogmatisch-konstruktive Krisen galt es zu überwinden, die oft von dem Spannungsverhältnis zwischen formaler Freiheitsethik und materialer Verantwortungsethik noch angefacht wurden. Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen aufgrund einer Inanspruchnahme von Leistungen auf dem Gebiet des Massenverkehrs und der Daseinsvorsorge, vor allem der Energieversorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität, drohte beispielsweise die vertraute, „altliberale“ Rechtsgeschäftslehre und Vertragsrechtsdogmatik durchaus zu erschüttern. Danach kann ein Vertragsverhältnis – statt nach den Regeln der Rechtsgeschäftslehre durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen – durch „sozialtypisches Verhalten“ wie durch das Einsteigen in eine Straßenbahn oder durch das Aufdrehen eines Wasserhahns zustande kommen. Bei solchen „Vertragsabschlüssen“, die im Bereich der Daseinsvorsorge meist durch Allgemeine Geschäftsbedingungen und durch feste Tarife begünstigt werden,⁷⁶ scheinen letztlich (wieder) die tatsächlichen Verhältnisse an die Stelle von rechtsgeschäftlichen Erklärungen zu rücken, so daß man die von *Henry Sumner Maine* beobachtete Entwicklungslinie der aufklärerischen Vertragsgeschichte „from status to contract“ in sich zurückbiegen sieht.⁷⁷ Bei einem solchen Befund muß sich Verunsicherung innerhalb der Vertragsrechtslehre ausbreiten.

Ins Leben gerufen wurde die Theorie von den faktischen Vertragsverhältnissen von *Haupt*⁷⁸ mit der Bildung von drei Fallgruppen: faktische Vertragsverhältnisse aus sozialem Kontakt, solche kraft Einordnung in ein Dauerschuldverhältnis und faktische Vertragsverhältnisse kraft sozialer Leistungsverpflichtung. Der Sache

⁷⁶ Vgl. *Bärmann*, Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, 1948.

⁷⁷ Vgl. dazu *Kramer*, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 25.

⁷⁸ *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse, FS *Siber*, 1943, S. 1 ff.; vgl. auch *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957.

nach ging es *Haupt* darum, diese drei Fallgruppen aus der konsensualistischen Enge des tradierten Vertragsbegriffs herauszulösen und eigenständigen dogmatischen Grundsätzen zu unterstellen.

Diese Lehre fand einen hervorragenden Fürsprecher in *Karl Larenz*, der sie unter dem Stichwort des „sozialtypischen Verhaltens“ behandelte und mit seinem im Hause C.H. Beck erschienenen Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts aus der Reihe der „großen grünen Lehrbücher“ über mehrere Auflagen ein einflußreiches Forum fand.⁷⁹ Der *BGH* hat mit diesen Gedanken kurzfristig sympathisiert.⁸⁰ Die moderne, auf Rationalisierung, Typisierung und Standardisierung bedachte Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft läßt nach dieser Lehre schon wegen des Problems der Masse weder Zeit noch Raum für den „romantischen“ Vertrag als Ergebnis individueller Vertragsverhandlungen. Der typisierte und standardisierte Massenvertrag sollte nicht mehr als ausnahmsweise Entartung der liberalen Vertragskategorie theoretisch marginalisiert,⁸¹ sondern als Ausdruck eines Funktionswandels des Rechtsinstituts „Vertrag“ und als Anlaß zur Besinnung auf die Funktionsvoraussetzungen der Vertragsfreiheit verstanden werden.⁸²

Die sich mehrenden Zweifel daran, daß das tradierte Vertragsmodell das neue Phänomen des Massenvertrages überhaupt noch juristisch bewältigen könne, haben der „materiellen Krise“ des vertragsrechtstheoretischen und -politischen Diskurses eine konkrete dogmatisch-konstruktive Dimension verliehen.⁸³ – Nun, viel ist hiervon heute nicht mehr übrig geblieben.⁸⁴ In der weiteren Diskussion haben sich nämlich die vertrauten Instrumente der Rechtsgeschäftslehre der §§ 145 ff. BGB – vielleicht überraschend – als hinreichend flexibel erwiesen, um auch die Phänomene des modernen, standardisierten vertraglichen Massenverkehrs dogmatisch bewältigen zu können,⁸⁵ so daß die Lehre heute im Kern mit dem Hinweis auf einen Vertragsabschluß durch konkludente Willenserklärungen verworfen werden darf.

II. Dauerschuldverhältnisse und komplexe Langzeitverträge

Nicht alle rechtsdogmatischen Krisen konnten vergleichbar souverän gemeistert werden wie diejenige der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen. Jahrzehntelang krisengeschüttelt war das Recht der Dauerschuldverhältnisse und der komplexen Langzeitverträge. Auf diesem Gebiet hat sich der Verlag C.H. Beck

⁷⁹ *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 28 Abs. 2, S. 535 ff.

⁸⁰ *BGHZ* 21, 319; *BGHZ* 23, 175.

⁸¹ *Martens*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP Bd. 177 (1977), 113 ff., 120 spricht von einer „instrumentellen Verfremdung“.

⁸² *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957; vgl.: *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 5 ff.

⁸³ Vgl. *Reinhard*, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 115 ff.; *Rehbinder*, Status-Kontrakt-Rolle, FS Hirsch, 1968, S. 141 ff.; *Kramer*, Die Krise des liberalen Vertragsdenkens, 1974, *passim*.

⁸⁴ *Lambrech*t, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 125 ff.

⁸⁵ MünchKommBGB-*Kramer*, 4. Aufl. 2001, vor § 145 Rn. 32.

zwar kaum durch herausragende Werke der „Primärliteratur“ hervorgerufen. Wohl aber spiegeln sich in vielen Büchern und Zeitschriftenbeiträgen seines Verlagsprogramms der Praktiker- und der Ausbildungsliteratur die Bemühungen um eine dogmatisch-konstruktive Bewältigung dieses wichtigen Teils des Vertragsrechts wider. Die seit langem im vertragsrechtlichen Dogmenbestand und im juristischen Bewußtsein fest verwurzelte Kategorie des Dauerschuldverhältnisses war dem kodifizierten Privatrecht bis in die jüngere Zeit hinein terminologisch unbekannt.

Erst im Rahmen des AGB-Gesetzes von 1977 hat der Begriff des „Dauerschuldverhältnisses“ in die Gesetzessprache Eingang gefunden.⁸⁶ Mit der Eingliederung des AGB-Gesetzes in das BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz im Jahre 2002⁸⁷ und der Schaffung des § 314 BGB (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund)⁸⁸ wurde das „Dauerschuldverhältnis“ nunmehr auch Begriff und Gegenstand unserer zentralen Privatrechtskodifikation. Mehr als ein Akt der „Merkzettelgesetzgebung“ ist dies freilich nicht. Auf eine Begriffsklärung hat der Gesetzgeber in § 314 BGB ebenso bewußt verzichtet wie auf eine nähere Ausgestaltung des Regelungsprogramms – mit dem obligatorischen Hinweis darauf, künftige Entwicklungen nicht behindern zu wollen.⁸⁹ In der Tat sind das Verständnis und die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen nach wie vor im Fluß.⁹⁰

Fast hundert Jahre lang hatte sich die dogmatische Kategorie des im kodifizierten Vertragsrecht so lange ignorierten Dauerschuldverhältnisses in der Lehre und Rechtsprechung entfaltet. Ausgangspunkt hierfür waren zahlreiche Schwierigkeiten und Fehlentwicklungen, die sich aus der materiellrechtlichen Gleichbehandlung von „einfachen“⁹¹, punktuellen, in überschaubarer Zeit abgewickelten Schuldverhältnissen nach Art des typischen Kaufvertrags einerseits und „dauernenden“, offenen, möglicherweise sogar unabsehbar lange währenden Schuldverhältnissen nach Art des typischen Wohnungsmietvertrags andererseits auf der Ebene des kodifizierten allgemeinen Vertragsrechts ergaben. Insbesondere das allgemeine Schuldrecht der §§ 241 ff. BGB war seit jeher – und ist es selbst nach der großen Schuldrechtsreform – in erster Linie auf das Leitschuldverhältnis des punktuellen Kaufvertrags abgestimmt. In der wissenschaftlichen Diskussion wurde die Notwendigkeit eines eigenständigen Sonderrechts für das Zustandekommen, die Leistungsstörungen und die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen erkannt. Weg-

⁸⁶ Siehe §§ 10 Nr. 3, 11 Nr. 1 und Nr. 12 AGBG a. F.

⁸⁷ Siehe §§ 308 Nr. 3, 309 Nr. 1 und Nr. 9 BGB n. F.

⁸⁸ Die Vorschrift des § 314 BGB n. F. kodifiziert das in Rechtsprechung und Lehre entwickelte Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ohne inhaltliche Änderung.

⁸⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 177 f.

⁹⁰ In der Gesetzesbegründung heißt es schlicht, „Dauerschuldverhältnisse unterscheiden sich von den auf eine einmalige Leistung gerichteten Schuldverhältnissen dadurch, daß aus ihnen während der Laufzeit ständig neue Leistungs- und Schutzpflichten entstehen und dem Zeitelement eine wesentliche Bedeutung zukommt“, BT-Drs. 14/6040, S. 176 f.

⁹¹ Ein allgemein üblicher Name hat sich für die „einfachen Schuldverhältnisse“ bislang nicht eingebürgert. Das gebräuchliche Begriffsspektrum reicht von „vorübergehenden Schuldverhältnissen“ über „einmalige Schuldverhältnisse“, „Schuldverhältnisse auf einmaligen Leistungsaustausch“ und „Zielschuldverhältnisse“ bis hin zu „einfachen Schuldverhältnissen“; vgl. dazu *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 348.

weisend wirkt bis in unsere Zeit die einschlägige Untersuchung *Otto von Gierkes* aus dem Jahre 1914.⁹²

Begrifflich erwiesen sich Dauerschuldverhältnisse als schwer faßbar,⁹³ mag auch über ihre wichtigsten Strukturprinzipien, vor allem über die essentielle Bedeutung des Zeitmoments, d.h. die Leistungserbringung nicht zu einem „Zeitpunkt“, sondern während eines (längeren) „Zeitraums“, Konsens zu erzielen sein.⁹⁴ Um auch solche Schuldverhältnisse zu erfassen, die zu wiederkehrenden Leistungen zu mehreren, bestimmten „Zeit-“punkten“ verpflichten, versuchte man mit der Vorstellung einer „Stammverpflichtung“ nachzubessern, aus welcher die Einzelverpflichtungen hervorgehen sollten. In der jüngeren Diskussion sind weitere Verfeinerungen hinzugekommen. *Larenz* etwa sieht in seinem großen Lehrbuch zum Schuldrecht das Charakteristikum des Dauerschuldverhältnisses darin, daß „der Umfang der Gesamtleistung von der Länge der Zeit abhängt, während derer die Leistungen fortgesetzt werden sollen“.⁹⁵ Gern wird auch immer wieder auf die typische „ständige Pflichtenanspannung“ des Schuldners hingewiesen.⁹⁶ Neuerdings wird zudem der Gedanke der besonderen Risikoverteilung bei Dauerschuldverhältnissen fruchtbar gemacht.⁹⁷ Immerhin besteht Einigkeit, daß jedenfalls Miete, Pacht, Leihe sowie Dienst- und Geschäftsbesorgungsverträge Dauerschuldverhältnisse sind; beim Darlehen ist man sich schon nicht mehr sicher. Zahlreiche neue verkehrstypische Verträge sind hinzugekommen, zB: Factoring, Franchising, Projektsteuerungsverträge oder Belegarztverträge. Selbst Kauf- oder Werkverträge können aufgrund ihrer Gestaltung im Einzelfall als Dauerschuldverhältnisse angelegt sein, wie aber auch umgekehrt etwa ein Dienstvertrag durch Beschränkung auf eine Einzelleistung seinen gesetzestypischen Dauerschuldcharakter verlieren kann.⁹⁸

Zusätzliche Irritationen hat das Recht der Dauerschuldverhältnisse durch die Impulse erfahren, die von der im US-amerikanischen Vertragsrecht (*Macaulay* und *Macneil*) diskutierten Figur der komplexen Langzeitverträge oder Relationalkontrakte (*relational contracts*) ausgehen.⁹⁹

Man wird aber heute mit *Joachim Gernhuber* und *Jürgen Schmidt* feststellen müssen, daß mit dem Begriff des Dauerschuldverhältnisses verschiedene Phänomene unterschiedlicher Eigenart beschrieben werden, die schwerlich „unter einen Hut“ passen.¹⁰⁰ Bislang ist jedenfalls noch kein Durchbruch bei dem Bemühen erzielt,

⁹² *von Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, JherJb Bd. 64 (1914), 355 ff.

⁹³ *Ulmer/Timmann*, ZIP 1992, 1 ff., 5f. m.w.N.; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 378 f.

⁹⁴ *Kramer*, in: MünchKomm (BGB), 4. Aufl. 2003, Einl. vor § 241 Rn. 96 spricht von der „Essentialität des Zeitmoments“.

⁹⁵ *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, § 2 Abs. 6, S. 29 f.

⁹⁶ Vgl. z. B. *Erman/Hohloch*, BGB-Komm., 11. Aufl. 2004, § 314, Rn. 12.

⁹⁷ *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff., Rn. 367 f.

⁹⁸ Vgl. dazu *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 381 ff.

⁹⁹ Vgl. dazu *W. Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983; *Niklisch* (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag, 1987; *Jickeli*, Der langfristige Vertrag, 1996; *Kulms*, Schuldrechtliche Organisationsverträge in der Unternehmenskooperation, 2000; *Martinek*, Moderne Vertragstypen Bd. III, 1993, S. 365 ff.

¹⁰⁰ *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 379 unterscheidet zwischen Schuldverhältnissen, die zu einer dauernden Leistung verpflichten, und Schuldverhältnissen, die eine dauernde Bin-

ein gemeinsames generell-abstraktes Regelungsprogramm für sämtliche Dauerschuldverhältnisse auszuformen. Eher kontraproduktiv wirkt die Tendenz, zur Lösung bestimmter dogmatischer Einzelfragen sogleich in umfassende abstrakte Analysen zu Struktur und Inhalt von Dauerschuldverhältnissen zu flüchten;¹⁰¹ die verunglückte Dogmatik der sogenannten Wiederkehrschuldverhältnisse sollte eine warnende Lehre sein.¹⁰²

Durchaus nennenswerte Teilerfolge sind immerhin bei der Bewältigung von Dauerschuldverhältnissen bereits erzielt worden. In einem fruchtbaren Dialog zwischen Forschung und Praxis konnten eine Reihe von Grundsätzen herausgearbeitet werden. So hat sich im Bereich des Allgemeinen Teils ein Sonderrecht für Mängel im Begründungsakt (Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe) herauskristallisiert,¹⁰³ weil die Rückabwicklung mit Hilfe der §§ 812 ff. BGB wegen der Langfristigkeit von Dauerschuldverhältnissen auf praktische Schwierigkeiten und auf Wertungswidersprüche stoßen kann.¹⁰⁴ Auf der Ebene des Allgemeinen und des Besonderen Schuldrechts (Vertragsrechts) ist bei Dauerschuldverhältnissen eine weitgehende Verdichtung des Gefüges der Nebenpflichten zu beobachten, deren dogmatische Herleitung freilich umstritten ist. Während man zunächst in Dauerschuldverhältnissen ein personenrechtliches Element zu erkennen meinte, das den Beteiligten besondere Treuepflichten auferlege,¹⁰⁵ wird heute zunehmend auf eine gesteigerte Gefahr der Schädigung von Interessen des Partners abgestellt.¹⁰⁶ Im Leistungsstörungsrecht scheint zur Problemlösung vielfach die Unterscheidung zwischen den einzelnen Leistungen und dem Dauerschuldverhältnis als solchem unverzichtbar.¹⁰⁷

III. Mehrgliedrige Verträge und Vertragsnetzwerke

Wenn von dogmatischen Krisengebieten des Vertragsrechts die Rede ist, dürfen die mehrgliedrigen Verträge (Leasing, Factoring, multimodaler Gütertransport) und die Vertragsnetzwerke (bargeldloser Überweisungs- und Lastschriftverkehr, Vertragshändler- und Franchiseverträge, Just-in-time-Verträge mit Zulieferern, Kreditkartensysteme) nicht unerwähnt bleiben, zu deren normativer Erfassung vor

dung begründen, als deren Folge immer wieder (z. B. auf Abruf) Leistungspflichten entstehen können; anders der Ansatz von *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 363.

¹⁰¹ *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 361, 375 f.

¹⁰² Dazu: *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 414 ff.; MünchKommBGB-Kramer, 4. Aufl. 2003, Einl. vor § 241 Rn. 97.

¹⁰³ Noch heute nimmt die monographische Bearbeitung von *Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerschuldverhältnissen, 1948 eine besondere Position ein.

¹⁰⁴ Hingewiesen sei auch auf den Vorschlag eines neuen § 139 Abs. 2 BGB von *Horn*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, S. 551, 635 f. zur Positivierung der anerkannten Rechtsgrundsätze zum fehlerhaften, vollzogenen Dauerschuldverhältnis: „Ein nichtiges Dauerschuldverhältnis ist hinsichtlich der Zeit, in der es von den Parteien als wirksam vollzogen wurde, insoweit als wirksam zu behandeln, als dies zur Wahrung berechtigter Interessen der Vertragsparteien oder zum Schutz Dritter erforderlich ist. Dies gilt auch im Fall der Anfechtung.“

¹⁰⁵ *Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerschuldverhältnissen, 1948, S. 10; kritisch *Staudinger/J. Schmidt* (1995), Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 378.

¹⁰⁶ Dazu: *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 388 f.

¹⁰⁷ MünchKommBGB-Kramer, 4. Aufl. 2003, Einl. vor § 241 Rn. 102.

allem die rechtswissenschaftliche Literatur, weniger die Rechtsprechung seit einigen Jahren besondere Anstrengungen leistet. Auch dieser Bereich des Vertragsrechts bildet sich in vielen Büchern und Zeitschriftenbeiträgen des C. H. Beck'schen Verlagsprogramms der Praktiker- und der Ausbildungsliteratur ab. Bei aller Verschiedenheit derartiger moderner Formen arbeitsteiliger vertraglicher Kooperation fügen sich bei ihnen einzelne bilaterale Verträge zu „Netzen“ zusammen – seien es „kleine Netze“ wie bei finanzierten Geschäften, seien es große Netze wie bei vertraglichen Vertriebssystemen; seien es dezentral organisierte Netze wie beim Kreditkartensystem, seien es hierarchisch strukturierte Netze wie bei Just-in-time- oder Franchisesystemen.

Die Vielzahl von Beteiligten zur Durchführung wirtschaftlich einheitlicher Geschäfte läßt solche Vertragsverbindungen bisweilen morphologisch in eine gewisse Nähe zu gesellschaftsrechtlichen Handlungsformen geraten. Die klassische deutsche Privatrechtswissenschaft und vor allem die Rechtsprechung bevorzugen bei der dogmatisch-konstruktiven Bewältigung solcher Gebilde nach wie vor einen atomistischen Ansatz der Aufspaltung in vertraute zweigliedrige Vertragsbeziehungen, die allenfalls um die Figuren der Drittschutzwirkung oder der Drittschadensliquidation erweitert werden. Das verwundert nicht, ist doch unser überkommenes Vertragsrecht nun einmal auf lineare Beziehungen zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner zugeschnitten, die schließlich im Zivilprozeß die antagonistischen Rollen von Kläger oder Beklagtem einnehmen müssen. Dabei bleibt indes, etwa bei übergreifenden Leistungsstörungen, das unbefriedigende Gefühl, daß das Ganze (eines Vertragssystems oder auch nur eines finanzierten Geschäfts) mehr ist als die Summe seiner Teile (der bilateralen Austausch- oder Interessenwahrungsverträge).

In den zurückliegenden Jahren ist eine Reihe von Studien, vor allem von Habilitationsschriften erschienen, die sich der mehrgliedrigen Verträge und der System- oder Netzverträge im Grundsätzlichen oder doch in wichtigen Teilaspekten – teilweise transdogmatisch, teilweise ökonomisch, teilweise rechtsvergleichend, teilweise soziologisch – annehmen und den Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur international und vielfach auch interdisziplinär geführten Diskussion leisten. Zu nennen sind vor allem die Werke von Jürgen Oechsler,¹⁰⁸ Knut Werner Lange,¹⁰⁹ Peter W. Heermann,¹¹⁰ Thomas Raab¹¹¹ und Mathias Rohe,¹¹² aber auch die Beiträge von Christian Joerges¹¹³ und Gunther Teubner¹¹⁴; keines dieser Werke ist zwar im

¹⁰⁸ Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag – Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluß auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrags, 1997.

¹⁰⁹ Lange, Das Recht der Netzverträge – Moderne Formen der Zusammenarbeit in Produktion und Vertrieb, 1998.

¹¹⁰ Heermann, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte – Entwicklung der Rechtsfigur des trilateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und U.S.-amerikanischer Rechtsentwicklungen, 1998.

¹¹¹ Raab, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, 1999.

¹¹² Rohe, Netzverträge – Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen, 1998.

¹¹³ Joerges, Status and Contract in Franchising Law, in: ders. (Hrsg.), Franchising and the Law – Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States, 1991, S. 11 ff.

¹¹⁴ Zuletzt Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004.

Verlag C. H. Beck erschienen, doch werden diese Werke selbstverständlich in der Praktiker- und Ausbildungsliteratur seines umfangreichen Verlagsprogramms verarbeitet, aufbereitet und verbreitet. Sie sind daher mittelbar auch im C. H. Beck-Verlag präsent, dessen Verlagsprogramm damit einen wichtigen Beitrag zur „Veröffentlichung“ der Diskussion auf dem Gebiet der rechtlichen Bewältigung mehrgliedriger Austauschverträge und Systemverträge beisteuert.

Diese Diskussion verläuft überaus turbulent und alles in allem noch recht orientierungslos; die Meinungsverschiedenheiten sind immer noch immens. Wohl aber liegen vielversprechende und fruchtbare Diskussionsbeiträge vor, deren wahrer und endgültiger Stellenwert erst in einigen Jahren abzuschätzen sein wird: *Jürgen Oechsler* geht in seinem Werk „Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag“ den Weg einer rechtsphilosophisch fundierten Rückbesinnung auf die „Natur“ des Vertrages, um vor allem mithilfe der erläuternden und ergänzenden Vertragsauslegung weitreichende dogmatische Konsequenzen für mehrgliedrige Austauschverhältnisse wie Leasingverträge, Kreditkartenverträge etc. zu entwerfen. *Peter W. Heermann* formuliert in seiner Studie „Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte“ eine „Rechtsfigur des trilateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und U. S.-amerikanischer Rechtsentwicklungen“ – so der Untertitel – und siedelt sein neues übergreifendes Gedankenmodell für ringförmige Leistungsaustauschbeziehungen (Abzahlungsgeschäfte, Leasing, Kreditkartengeschäft) zwischen den Polen Verband und Vertrag an. Auf der Basis der Grundsätze des genetischen, konditionellen und funktionellen Synallagmas präsentiert *Heermann* ein umfassendes Rechtsfolgenkonzept für drittfinanzierte Erwerbsverträge. *Mathias Rohe* betitelt seine Habilitationsschrift „Netzverträge – Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen“ und will das auf *von Jhering*, *Beyerle* und *Würdinger* zurückgehende Grundformen-Paradigma von Interessengegensatz, Interessenwahrung und Interessenverbindung um die „fehlende vierte Kategorie“ rechtsgeschäftlicher Kooperation erweitern, indem er mithilfe des Konstrukts „Netzvertrag“ die Vertragspflichten innerhalb der vielen bilateralen Einzelverträge unter Berücksichtigung des einheitlichen Gesamtzwecks („Netzzweck“) zuordnet und ausgestaltet. Dabei unterscheidet er zwischen kleinen und großen sowie zwischen dezentralen und hierarchischen Netzwerken. Auch *Thomas Raab* behandelt in seiner Habilitationsschrift die „Austauschverträge mit Drittbeteiligung“, bleibt dabei aber letztlich eher systemimmanent und traditionsverbunden,¹¹⁵ wenn er ausgehend von der Anweisung und vom Vertrag zugunsten Dritter als positiv-rechtlichen Grundformen der Drittbeteiligung bei Austauschverträgen die Dogmatik der zu „Leistungsdreiecken“ verknüpften Vertragsverhältnisse bis hin zu den Einzelheiten des Leistungsstörungenrechts und des Bereicherungsausgleichs analysiert.

¹¹⁵ *Raab* ist der einzige, der sich der dogmatisch-konstruktiven Erfassung von Austauschverträgen mit Drittbeteiligung ohne jede rechtsvergleichende oder ökonomische Perspektive zu nähern versucht und sich auf die klassische Methodenlehre hermeneutisch-exegetischer Ausrichtung beschränkt; eine heutzutage gewagte Option, mit der er aber bemerkenswerte Ergebnisse erzielt.

IV. Typenordnung und atypische Verträge

Die Werke und Beiträge aus dem Verlagsprogramm des C.H. Beck-Verlages legen auch von einem weiteren Krisenphänomen des Vertragsrechts Zeugnis ab, das sich in den vergangenen Jahrzehnten ausgeformt hat: In krisenhafte Unordnung sind nämlich vor allem die gesetzlichen Regelungsprogramme einzelner Vertragsarten der §§ 433 ff. BGB und ist sogar das System der Vertragstypen insgesamt geraten. Das war schon bei Schaffung des BGB zu erwarten: Der Kanon der gesetzlich geregelten, besonderen Schuldvertragstypen geht im wesentlichen auf das römische Recht zurück. Bereits *Otto von Gierke* empfand Mißbehagen angesichts der Regelung des Obligationenrechts im BGB: Es sei seltsam, daß man angesichts der gegenwärtigen sozialen Probleme „keinen anderen Rat wisse, als das unter gänzlich abweichenden wirtschaftlichen Verhältnissen ausgebildete und durchaus auf die Unterlage der Sklavenarbeit gebaute römische Obligationenrecht zu reproduzieren“.¹¹⁶

Es kam, wie es kommen mußte. Neue Vertragstypen wie etwa der Reisevertrag der §§ 651 a ff. BGB, jüngst auch der Verbrauchsgüterkauf der §§ 474 ff. BGB und die Teilzeit-Wohnrechteverträge der §§ 481 ff. BGB wurden in das BGB integriert; andere sind spezialgesetzlich, etwa im Verlagsgesetz oder im Fernunterrichtsgesetz erfaßt worden. Manche vom Gesetzgeber des BGB nur stiefmütterlich behandelte Vertragstypen wie der Geschäftsbesorgungsvertrag des früher „versteckten“ § 675 BGB oder der Darlehensvertrag der früheren §§ 607 ff. BGB haben spektakuläre Bedeutungszuwächse und Ausdifferenzierungen erfahren. Andere Vertragstypen wie etwa das Mietrecht der §§ 535 ff. BGB oder das Handelsvertreterrecht der §§ 84 ff. HGB waren ein Herd innerer Unruhe und wiederholt Gegenstand sozialpolitisch motivierter Eingriffe.

Das Vertragsrecht denkt aber nicht nur in Vertragstypen. Eine der großen Herausforderungen der Vertragsrechtsentwicklungen der letzten einhundert Jahre ist die Entwicklung allgemeiner Grundsätze für die Behandlung atypischer Verträge. Die Vertragsfreiheit, genauer die Vertragsinhalts- oder -gestaltungsfreiheit, ermöglicht es den Vertragsparteien im Grundsatz, d. h. innerhalb der gesetzlichen Grenzen (§§ 134, 138 BGB), der ausdrücklichen Umgehungsverbote nach Art des § 506 S. 2 BGB und außerhalb von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB), den Inhalt ihrer Verträge beliebig auszugestalten.¹¹⁷ Freilich führt nicht jede Abweichung vom gesetzlichen Vertragsmodell schon zu einem atypischen Vertrag. Die gesetzlichen Schuldvertragstypen der §§ 433 ff. BGB lassen durchaus Abweichungen und Modifikationen zu, die sich innerhalb des Typus bewegen. Denn anders als bei einem Rechtsbegriff, bei dem das Fehlen auch nur eines einzigen Tatbestandsmerkmals, mag es zum engeren Begriffskern oder zum weiteren Begriffshof gehören, zur Verneinung führt, öffnet sich der mehr oder weniger dehn-

¹¹⁶ So *von Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 2. Aufl. 1889, S. 193.

¹¹⁷ Vgl. dazu etwa *Dilcher*, Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit, NJW 1960, 1040 ff.; *Martinek*, Moderne Vertragstypen Bd. I, 1991, S. 15 ff.

bare Typus einer wertenden Gesamtbeurteilung im Lichte seiner Sinn- und Funktionszusammenhänge.

Zudem erlaubt die Typenfreiheit typengemischte Verträge wie Typenkombinationsverträge (Restaurantvertrag mit Sitzplatzmiete, werkvertraglicher Mahlzeit und dienstvertraglicher Bedienung), Verträge mit atypischer Gegenleistung (Hausmeistervertrag mit Diensten gegen Wohnungsüberlassung) und die Typenverschmelzungsverträge (wie die gemischte Schenkung).¹¹⁸ Verschiedene Theorien ringen um die angemessene Behandlung derartiger Vertragsformen: die mehr auf Modifikationen denn auf echte Typenmischungen zugeschnittene Absorptionstheorie,¹¹⁹ die „atomisierende“ Kombinationstheorie (*Rümelin, Hoeningner*)¹²⁰ und die Theorie der analogen Rechtsanwendung (*Schreiber*).¹²¹ In der täglichen Praxis verfahren die Gerichte indes vielfach theoriefrei, um sich den Zugriff auf die problemadäquatesten Folgevorschriften offenzuhalten.

Erst wenn ein konkret-realer Vertrag nicht mehr von den gesetzlich, besonders im BGB oder im HGB erfaßten Vertragstypen (Normstrukturtypen) einzufangen ist, kann man von einem atypischen Vertrag im engeren Sinne eines Vertrags *sui*

¹¹⁸ Dazu *Martinek*, *Moderne Vertragstypen* Bd. I, 1991, S. 20.

¹¹⁹ *Lotmar*, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches* I, 1902, S. 176 ff., 686 ff.; dazu *Martinek*, *Moderne Vertragstypen* Bd. I, 1991, S. 22f. Nach der Absorptionstheorie ist auf den gemischten Vertrag allein das Recht des dominanten Typenelements anzuwenden, während das Recht des beigemischten Typus „absorbiert“ wird. Sieht man etwa in der Gebrauchsüberlassung die wirtschaftlich bedeutendste Pflicht im Gefüge des Finanzierungsleasingvertrags, so muß Mietrecht zur Anwendung gelangen; vgl. *BGH NJW* 1977, 195, 196; *BGHZ* 68, 118, 123. Heute wird die Absorptionstheorie als wenig hilfreich betrachtet. Ihr berechtigter Kern liegt allenfalls im Bereich der Modifikationen eines gesetzlichen Normstrukturtypus, wo sich die Abweichungen noch innerhalb des gesetzlichen Typus halten und es noch zu keiner echten Typenmischung gekommen ist.

¹²⁰ Grundlegend *Rümelin*, *Dienst- und Werkvertrag*, 1905, S. 320 ff.; *Hoeningner*, *Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge*, 1906; *ders.*, *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge* I, 1910; dazu *Martinek*, *Moderne Vertragstypen* Bd. I, 1991, S. 23f. Nach der Kombinationstheorie bilden Mischverträge eine Synthese von Elementen der beteiligten Normstrukturtypen. Dahinter steht der Gedanke, daß die gesetzlichen Strukturtypen in einzelne Tatbestandsmerkmale mit dazugehörigen Rechtsfolgen zerlegt werden können, die dann als Bausteine begriffen und beliebig miteinander kombiniert werden können. Elemente aus den unterschiedlichen Normstrukturtypen können daher kombiniert und zu neuen (gemischten) Verträge zusammengesetzt werden. Ansatzpunkt der Kritik ist die Überzeugung, daß die einzelnen Normstrukturtypen als sinnhaftes Ganzes mehr sind als die Summe ihrer Elemente. Die einzelnen Teile können nicht einfach herausgelöst und beliebig kombiniert werden, ohne daß der Gesamtorganismus zerrissen wird.

¹²¹ Grundlegend *Schreiber*, *Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht*, *JherJb* Bd. 60 (1912), 106 ff. Diese Theorie versucht mehr problembezogen der organischen Zusammengehörigkeit der einzelnen Strukturelemente der gesetzlichen Vertragstypen gerecht zu werden. Soweit sich der konkret zu beurteilende Vertrag nicht eindeutig einem der bekannten Normstrukturtypen zuordnen läßt, soll hinsichtlich jeder einzelnen Rechtslage im Wege der Analogie geprüft werden, ob und welche Gesetzesnorm Anwendung finden kann („Rechtsfolgenbestimmung ohne Rechtsnaturbestimmung“); kritisch dazu *Martinek*, *Moderne Vertragstypen* Bd. I, 1991, S. 24: Der Ansatz vermeide nur scheinbar eine typologische Einordnung. Analogiebasis sei die „Ähnlichkeit“; darüber lasse sich aber nur entscheiden, wenn der unregelte Vertrag an der normativen Typenordnung gemessen werde. Zuspriech hat der Ansatz *Schreibers* jüngst durch *Oechsler*, *Vertragsrecht*, 2003, Rn. 19 erfahren; vgl. schon *ders.*, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, 1997, S. 303 ff.

generis sprechen, den sich die Parteien gleichsam selbst erfinden (z.B. den Garantievertrag).¹²² Ein erheblicher Teil des vertragsrechtlichen Schrifttums kreist um die „Rechtsnaturbestimmung“, „Qualifikation“ oder „rechtliche Einordnung“ atypischer Verträge, vor allem wenn sie sich in der Rechtswirklichkeit in gleichförmiger Interessenlage und wiederkehrender Ausgestaltung als empirische Realtypen behaupten. Die Rechtsnaturbestimmung erscheint zur Feststellung des angemessenen Rechtsfolgenprogramms für das Zustandekommen, den Inhalt und die Durchführung eines Vertrages als unerlässlich. Von ihr hängt beispielsweise die Anwendung zwingender Rechtsvorschriften oder das gesetzliche Leitbild als Maßstab einer Inhaltskontrolle formularmäßiger Verträge ab (§ 307 Abs. 2 BGB). Für atypische Verträge halten die §§ 433 ff. BGB keinen Normstrukturtypus vor, an dem sich eine Rechtsanwendung orientieren kann, so daß es zu einer „Aporie des gesetzlichen Leitbildes“ kommt.

V. Moderne Vertragstypen

Die Probleme der gesetzlich nicht geregelten Vertragstypen (Innominatverträge) werden besonders bei den sogenannten modernen Vertragstypen virulent, deren Ursprung meist im anglo-amerikanischen Rechtsraum liegt und deren vertragsrechtsdogmatische Nostrifizierung unserem Vertragsrecht eine gewaltige Integrationsleistung abverlangt. Der anglo-amerikanische Rechtskreis ist im Vertragsrecht von der römisch-rechtlichen Vertragstypologie und -dogmatik weithin unberührt geblieben und hat sich von jeher stärker an den von der Wirtschaftspraxis ausgebildeten empirischen Gestalttypen der Verträge orientiert. Dies ermöglicht dem anglo-amerikanischen Rechtsdenken einen ungleich pragmatischeren Zugriff auf die konkreten Rechtsprobleme.

Zu nennen sind Verträge des Leasing, Factoring oder Franchising, des Timesharing, des Sponsoring, auch die Know-how-, Consulting- oder Poolverträge, aber auch Kreditkartenverträge. Die Entwicklung, an deren Anfang etwa die mehrbändige Darstellung „Moderne Vertragstypen“ aus der JuS-Schriftenreihe des Verlages C. H. Beck stand (1991–1993), ist noch keineswegs abgeschlossen.¹²³ Für das breite juristische Publikum und gerade für unsere Studenten wurde der Zugang zu dieser praktisch so bedeutsamen Problematik lange Zeit dadurch erschwert, daß die ersten Publikationen hierzu in Zeitschriften meist nur Einzelprobleme und dabei teilweise aus einer interessengefärbten Sichtweise behandelten. Indes kann sich die Rechtswissenschaft einer umfassenden Rechtsinstitutionalisierung moderner Vertragstypen nicht verschließen, sondern muß dem Rechtsverkehr einen verlässlichen normativen Handlungs- und Entscheidungsrahmen zur Verfügung stellen. Der empirisch-realen Typizität solcher Vertragsformen muß eine normativ-ideale Typizität zugesellt werden.¹²⁴

Die Schwierigkeit dieser Aufgabe wird etwa am Beispiel des Finanzierungsleasingvertrags deutlich, bei dem sich der Leasinggeber verpflichtet, eine vom Lea-

¹²² Dazu *Boetius*, Der Garantievertrag, 1966.

¹²³ *Martinek*, Moderne Vertragstypen Bd. I bis III, 1991, 1992 und 1993.

¹²⁴ *Martinek*, Moderne Vertragstypen Bd. I, 1991, S. 5.

singnehmer bei einem Hersteller oder Händler ausgesuchten Sache zu erwerben, um diese sodann dem Leasingnehmer für beinahe die volle Dauer ihrer wirtschaftlichen Nutzungszeit zum Gebrauch zu überlassen. Der Leasingnehmer schuldet im Gegenzug die Zahlung von Leasingraten und, falls diese nicht zur Amortisation der Anschaffungskosten des Leasinggebers ausreichen, noch einen Restbetrag. Hier kann man endlos darüber streiten – und hat es lange Zeit getan –, ob das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer in erster Linie als ein Gebrauchsüberlassungsvertrag (Miete, §§ 535 ff. BGB) zu qualifizieren ist, ob ein Sach- oder gar ein Rechtskauf nach §§ 433 ff. BGB, ein auf die Anschaffung gerichteter Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 Abs. 1 BGB) vorliegt oder ob die Finanzierung der Anschaffung und Überlassung darlehensvertraglich zu qualifizieren ist (§§ 488, 500 BGB). Wie bildet man, wenn alle Typenelemente versagen, ein Regelungsprogramm für einen Vertrag *sui generis*?

In kaum einem Gebiet kann man das Funktionieren des Zusammenspiels von Forschung und Praxis so eindrucksvoll beobachten wie im Bereich der Produktionen des C. H. Beck-Verlages zu den modernen Vertragstypen. Neben den Grundlagenwerken, systematischen Darstellungen, Handbüchern und Kommentaren sind die Beck'schen Musterverträge hervorzuheben, die dem Praktiker und Kautelarjuristen in Gebieten, in denen sich der Rechtsanwender nicht an gesetzlichen Vorgaben orientieren kann, bei der Formulierung von Verträgen eine oftmals wertvolle Hilfestellung bieten. Genannt seien etwa der „Masterfranchise-Vertrag“ oder der „Franchisevertrag“ aus der Feder von *Eckhard Flohr*, die beiden Bände „Softwareverträge“ und „Softwareüberlassungsverträge“ von *Georg Schröder* oder der „Sponsoringvertrag“ von *Neil George Weiland*.¹²⁵ Solche Werke zeugen davon, daß sich in den letzten Jahrzehnten – bei freilich verbleibenden Streitfragen – eindrucksvolle Klärungsprozesse vollziehen konnten; ein ansehnlicher Bestand positiven Rechtswissens zu den modernen Vertragstypen kann als gesichert gelten.

VI. Schuldrechtsreform

Der Schuldrechtsreform des Jahres 2002 kam gewiß die Bedeutung einer Nagelprobe für das vertragsrechtliche Verlagsprogramm zu, das doch den kodifikatorischen Einschnitten auf dem Fuße folgen mußte. Die Schwerpunkte der Schuldrechtsreform liegen auf dem Verjährungsrecht und dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht sowie auf dem Kauf- und Werkvertragsrecht; zudem wurden bisherige „Nebengesetze“ wie das AGBG, das HaustürWG, das VerbrKrG oder das TzWrG in das BGB integriert. In der Summe zwang das modernisierte Schuldrecht die Zivilrechtler zum „Umdenken“ in vielen Bereichen, in denen eine einhundertjährige Konsolidierung des Vertragsrechts durch Wissenschaft und Praxis quasi über Nacht zur Makulatur wurde. Als das BGB zum 1. Januar 1900 in Kraft trat, quittierten viele Richter ihren Dienst unter Hinweis darauf, daß sie sich den Her-

¹²⁵ Vgl. ferner aus dem Bereich der tradierten Vertragstypen *Lützenkirchen*, Wohnraummiete, 2002; *M. Schultz*, Gewerberaummiete, 1999, sowie *Münzel*, Chefarzt- und Belegarztvertrag, 2. Aufl. 2001.

ausforderungen des neuen Rechts nicht gewachsen fühlten. Ähnliches ist nach der Schuldrechtsreform von 2002 nicht geschehen. Und doch stellte die Schuldrechtsreform die Richterschaft ebenso wie die Anwaltschaft, die Notare und Unternehmensjuristen und nicht zuletzt die Professoren und ihre Assistenten bei der akademischen Ausbildung vor das Problem, sich buchstäblich von heute auf morgen ungewöhnliche Mengen eines tiefgreifend neuen und fundamental bedeutsamen Rechtsstoffs anzueignen und ihn im jeweiligen Tätigkeitsfeld umzusetzen. Das konnte nur gelingen, wenn die Verlage „spurten“. Der Verlag C.H. Beck hat sich hier besondere Verdienste erwiesen. Die Zeit- und Sachnähe des vertragsrechtlichen Verlagsprogramms zur Schuldrechtsreform könnte beinahe den Argwohn erwecken, dieser Verlag stecke mit den Reformpolitikern und diesem oder jenem Reformprofessor „unter einer Decke“.

Besonders eindrucksvoll erscheint, daß der C.H. Beck-Verlag unseren Jurastudenten die Schuldrechtsreform zeitnah erschlossen und damit der akademischen Ausbildung einen großen Dienst erwiesen hat. Zwei didaktisch meisterhafte Lehrbücher, das eine von *Stephan Lorenz* und *Thomas Riehm*, das andere von *Peter Huber* und *Florian Faust*, wandten sich zielgerichtet an die fortgeschrittenen Studenten, die ihre Ausbildung noch unter dem alten Schuldrecht begonnen hatten, und beschränkten sich unter Verzicht auf eine komplette Darstellung des gesamten Allgemeinen und Besonderen Schuldrechts auf die Neuerungen der Schuldrechtsreform.¹²⁶

Die Leistungen des C.H. Beck-Verlages bei der Aufarbeitung der Schuldrechtsreform verdienen nicht zuletzt angesichts des vom Gesetzgeber vielleicht nicht beabsichtigten, jedenfalls aber erzielten Überrumpelungseffekts für die Rechtspraxis und für die Rechtsausbildung besondere Anerkennung. Gewiß läßt sich der Beginn der Reformbewegung aus der Retrospektive heute leicht auf das Jahr 1978 „rückdatieren“, in dem der damalige Bundesjustizminister *Hans-Jochen Vogel* erstmals das Projekt einer Schuldrechtsreform vorstellte. Im Jahr 1984 setzte das Bundesjustizministerium eine Schulrechts(reform)kommission ein. Nachdem in der Zeit zwischen 1981 und 1983 eine Reihe von Gutachten aus der Wissenschaft in drei Bänden veröffentlicht worden waren, legte diese Kommission im Jahr 1991 einen Abschlußbericht zur Überarbeitung des Schuldrechts vor, der einen Entwurf zur Änderung des Allgemeinen Schuldrechts, des Kaufrechts und des Werkvertragsrechts sowie des Verjährungsrechts enthielt. Dieser sogenannte Kommissionsentwurf, der im wesentlichen auf den Arbeiten von *Ulrich Huber* basierte, orientierte sich insbesondere im Leistungsstörungenrecht und im Kaufrecht an dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) von 1980. Im Jahr 1994 beriet der 60. DJT in seiner zivilrechtlichen Abteilung den Entwurf; insgesamt durchaus mit positiver Tendenz. Allerdings stieß der Kommissionsentwurf in der Wissenschaft auch auf teilweise grundsätzliche Kritik, in Wirtschaft und Industrie sogar auf kategorische Ablehnung. In der Folgezeit verschwand der Entwurf in den Schubladen der Ministerialbürokratie.

¹²⁶ *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum Schuldrecht, 2002.

tie, wo er für die nächsten Jahre auch blieb. Das Projekt geriet mehr oder weniger in Vergessenheit. Eine eingehende wissenschaftliche Diskussion mit dem Projekt fand kaum statt. Niemand rechnete Ende der neunziger Jahre noch mit einer Schuldrechtsreform.

Aus Anlaß der Umsetzung mehrerer privatrechtlicher EG-Richtlinien, namentlich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der e-commerce-Richtlinie sowie der Zahlungsverzugsrichtlinie, brachte die von der SPD geführte Bundesregierung überraschend die Idee einer großen Schuldrechtsreform wieder auf die Tagesordnung. In der Tat zwang insbesondere die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie den deutschen Gesetzgeber zu weitreichenden Änderungen im B2C-Bereich (business to customer). Allerdings hätte ohne weiteres nach österreichischem Vorbild die Möglichkeit bestanden, die genannten Richtlinien durch nur punktuelle Änderungen und ohne umwälzende Reformen im Rahmen einer sog. kleinen Lösung zu übernehmen. Der Gesetzgeber ging diesen Weg im Ergebnis aber nicht. Im August 2000 wurde der teilweise konsternierten Fachöffentlichkeit der Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vorgestellt. Es blieb kaum ein Jahr Zeit, die „Jahrhundertreform“ wissenschaftlich zu durchdenken und diskursiv ausreifen zu lassen.

Der Diskussionsentwurf war Gegenstand einer von *Wolfgang Ernst* und *Reinhard Zimmermann* organisierten Tagung in Regensburg im November 2000¹²⁷ und eines von *Reinhard Schulze* und *Hans Schulte-Nölke* initiierten Kongresses in Münster im Januar 2001,¹²⁸ wo er teilweise auf heftige, durchaus aber konstruktive Kritik stieß. Das BMJ sah sich hierdurch zur Einsetzung einer hochrangigen Expertenkommission veranlaßt, die wesentliche Mängel des Diskussionsentwurfes ausräumte und eine „konsolidierte Fassung“ vorlegte. Mit dieser Fassung beschäftigte sich im März 2001 eine Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung in Berlin.¹²⁹ Das Vorhaben wurde von der Bundesregierung und den Mehrheitsfraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen auf den parlamentarischen Weg gebracht, wobei die konsolidierte Fassung mit kleineren Änderungen als Grundlage diente. Der Gesetzentwurf passierte den Bundestag am 11. Oktober und den Bundesrat am 9. November 2001.

Der bis zuletzt vorgetragene Widerstand vieler Rechtswissenschaftler und der von den Passauer Rechtsprofessoren *Holger Altmeyden* und *Jan Wilhelm* initiierte und von mehr als 250 Zivilrechtswissenschaftlern unterzeichnete Aufruf, von dem übereilten Projekt Abstand zu nehmen, verhallte ungehört.¹³⁰ Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist am 1. Januar 2002 in Kraft getreten. Es ist leicht nachvollziehbar, daß die für das vertragsrechtliche Verlagsprogramm des C.H. Beck-Verlages zuständigen Lektoren angesichts der sich überschlagenden Ereignisse der

¹²⁷ Vgl. dazu *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001 (Tagungsband); vgl. auch die Tagungsberichte von *Gsell/Rüfner*, NJW 2001, 424 ff. und von *Jakobs*, JZ 2001, 27 ff.

¹²⁸ *Schulze/Schulte-Nölke*, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001 (Tagungsband), Tagungsbericht: *Arzt*, NJW 2001, 1703 ff.

¹²⁹ Vgl. die Beiträge in JZ 2001, 473 ff.

¹³⁰ Siehe *Ernst/Gsell*, ZIP 1991, 1389.

Schuldrechtsreform in einen aufreibenden Wettlauf mit der Zeit gerieten. Sie haben ihn im Ergebnis gewonnen, auch wenn noch Jahrzehnte ins Land gehen werden, bis im „neuen Schuldrecht“ eine vergleichbare Rechtssicherheit erreicht wird, wie sie vor dem 1. Januar 2002 bestand.

VII. Europäisierung des Vertragsrechts

Denkt man an die Zukunft des Vertragsrechts, gerät automatisch die europäische Perspektive in den Blick. Und diese Zukunft hat schon begonnen. Für das Vertragsrecht bedeutet die europäische Integration nicht mehr in erster Linie die Umsetzung des in zahlreiche Richtlinien verpackten Verbraucherschutzgedankens in nationales Zivilrechts, denn die Idee eines europäischen Vertragsgesetzes hat bereits Konturen gewonnen. Lange Zeit erschöpfte sich die Europäisierung des Vertragsrechts in der Umsetzung der meist Verbraucherschutzbelange betreffenden Brüsseler Richtlinien in das jeweilige nationale Recht der Mitgliedstaaten.¹³¹ Im Grundsatz verfolgte die EU mit solchen Richtlinien zu speziellen Teilbereichen des Vertragsrechts immer einen selektiven und punktuellen Ansatz, weshalb die Umsetzung oft nicht frei von systematischen Brüchen bewerkstelligt werden konnte. Dennoch lassen sich anhand der Richtlinien bereits erste Grundsätze eines Europäischen Vertragsrechts herausarbeiten, wie *Karl Riesenhuber* in seiner Monographie zu „System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts“ von 2003 dargelegt hat, die übrigens durch eine besondere Studienausgabe einem breiten juristischen Publikum erschlossen wurde.¹³² Dabei tritt unübersehbar zutage, daß die für das deutsche Vertragsrecht nachweisbaren Materialisierungstendenzen zu einem keineswegs geringen Teil durch das supranationale europäische Recht veranlaßt oder verstärkt worden sind.

Mit starkem Rückenwind des Europäischen Parlaments¹³³ und der Kommission¹³⁴ ist aber inzwischen das Projekt eines einheitlichen Zivilgesetzbuches in Angriff genommen worden, an dessen Anfang ein „European Contract Law“ stehen soll. Freilich sind hierzu noch zahlreiche Fragen wie insbesondere die europarechtlichen Kompetenzgrundlagen klärungsbedürftig. Inhaltlich liegen aber bereits beeindruckende wissenschaftliche Vorarbeiten vor. Am bekanntesten sind die „Principles of European Contract Law“ der sogenannten *Lando-Kommission*, die sich schon in den achtziger Jahren konstituiert hat und unter der Leitung des dänischen Juraprofessors *Ole Lando* (Kopenhagen) sowie später auch des britischen Rechtslehrers *Hugh Beale* (Warwick) – finanziell von der EG getragen – allgemeine Grundsätze eines Vertragsrechts für die Mitgliedstaaten erarbeitet und in der

¹³¹ Schätzungen gehen davon aus, daß mittlerweile etwa 80% des deutschen Wirtschaftsrechts von Rechtsakten der EU (Verordnungen und Richtlinien) beeinflusst werden, vgl. *Staudinger/Sturm/Sturm* (2003), Einl. zum IPR, Rn. 338.

¹³² *Riesenhuber*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2003.

¹³³ Vgl. die EntschlieÙung A2 – 157/89 – ABl. 1989 Nr. C 158, S. 400 und EntschlieÙung A3 – 0329/94 – ABl. 1994 Nr. C 205, S. 518.

¹³⁴ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht v. 11. 7. 2001, KOM (2001) 398.

dreiteiligen Endfassung von 2003 vorgelegt hat. Die Arbeit wird inzwischen von der „Study Group on a European Civil Code“, fortgeführt, die ihrerseits 1998 von *Christian von Bar* in Osnabrück gegründet wurde. Dies sind keineswegs die einzigen Initiativen. Diese Entwicklung hat der Verlag C.H. Beck vor allem mit der seit 1993 erscheinenden Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) begleitet, die schnell zu einem ausstrahlungskräftigen Forum für die Protagonisten einer europäischen Rechtsvereinheitlichung geworden ist. Es ist aber unübersehbar, daß im vertragsrechtlichen Verlagsprogramm des C.H. Beck-Verlages das „European Contract Law“ schon bald einen eigenen Stellenwert erhalten muß.

E. Verlagsarbeit und Vertragsrechtsdynamik

Nur durch eine gemeinsame, gegenseitig befruchtende Kraftanstrengung von Lehre, Praxis und Wissenschaft ließen und lassen sich solche Herausforderungen des Vertragsrechts meistern, wie sie vorstehend beispielhaft verdeutlicht wurden. Vielleicht kann man sagen, daß eine besonders respektable Hauptleistung des Verlages C.H. Beck auf dem Gebiet der Bewältigung der Regelungsprogramme einzelner Vertragstypen in ihrer – vor allem in den letzten Jahrzehnten – unerhörten Dynamik liegt. Erst die zahlreichen, teilweise überschwänglich rezensierten und vielfach in der akademischen Unterweisung wie in der richterlichen und anwaltlichen Praxis als Standardwerke anerkannten Lehrbücher, systematischen Darstellungen, Hand- und Formularbücher und nicht zuletzt die großen, mittleren und kleineren Kommentare machen das Vertragsrecht in der Lehre und in der Praxis überhaupt vermittelbar und beherrschbar. Mit dem berühmten Blick in das Gesetzbuch läßt sich heute kaum mehr ein Fall des Vertragsrechts lösen – man muß in andere Bücher schauen, zum Beispiel in solche des C.H. Beck-Verlages, der das „law in action“ zum „law in the books“ verwandelt – und umgekehrt.

