

CHRISTIAN HEINRICH

# Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit

*Jus Privatum*

47

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 47





Christian Heinrich

# Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit

Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle  
am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts

Mohr Siebeck

*Christian Heinrich*, geboren 1965; 1984–1989 Studium der Rechtswissenschaft in Passau; 1993 zweites juristisches Staatsexamen; 1993–1999 wiss. Assistent an der Universität Passau; 1995 Promotion; 1999 Habilitation; Privatdozent für Bürgerliches Recht, Zivilprozeßrecht und Arbeitsrecht an der Universität Passau.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Universität Passau gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

*Heinrich, Christian:*

Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit : die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts / Christian Heinrich. - 1. Aufl. - Tübingen : Mohr Siebeck, 2000

(Jus privatum ; 47)

ISBN 3-16-147381-7

978-3-16-157900-4 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 2000 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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

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

ISSN 0941-9610

## Vorwort

Der Wandel ist ein Strukturprinzip unserer Gesellschaft. Auch das Recht ist in die Dynamik einbezogen. Eine Aufgabe des Rechts ist es, auf die Veränderungen der allgemeinen Anschauungen, auf wirtschaftliche und technische Neuerungen angemessen zu reagieren. Eines der Instrumente für die Erfassung neuer Entwicklungen stellen die Generalklauseln dar. Deren offener Tatbestand erlaubt es, gegenwärtige Verhaltensweisen der Praxis rechtlich auch dann zu erfassen, wenn der Gesetzgeber einen Aspekt nicht ausdrücklich geregelt hat. Auf Generalklauseln wird vor allem deshalb zurückgegriffen, um neue oder ungewöhnliche Vertragsgestaltungen auf ihre Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung zu überprüfen. Bei der Anwendung der Generalklauseln ist das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle auszutarieren. Hier zeigen sich geänderte Einschätzungen, noch bevor sie vom Gesetzgeber aufgegriffen und durch einzelne Vorschriften umgesetzt werden. So fanden die Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1993 zur Wirksamkeit von Bürgschaften mittelloser Verwandter über § 138 BGB Eingang in das Zivilrecht.

Bei der Anwendung der wertungsoffenen Normen kommt es darauf an, die Grenze zwischen Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle »aus dem Dunkel einer gefühlsmäßig bestimmten Gerechtigkeitsargumentation« (Karl Larenz) zu befreien und auf ein tragfähiges methodisches Fundament zu stellen. Die Integrität und Akzeptanz der Privatautonomie sind von Leitlinien abhängig, die formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit in eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Balance bringen. Gerichtliche Interventionen in die vom Konsens der Beteiligten getragenen Vereinbarungen lassen sich nur dann von bloßer Kasuistik hin zu einem transparenten Kriterienkatalog umgestalten, wenn den Gerichten klare Richtlinien für die Entscheidungsfindung an die Hand gegeben werden. Diese Arbeit zielt zunächst darauf, die Strukturen von Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle herauszuarbeiten, um anschließend ein neues Vertragskontrollmodell zu entwickeln.

Die Privatautonomie und ihre Grenzen stellen eine »old-timer-Problematik« (Wolfgang Zöllner) dar, zu der eine unübersehbare Flut von Literatur und Rechtsprechung existiert. Die zahlreichen Äußerungen haben das Thema nicht erschöpft – im Gegenteil. Ein Ende der wissenschaftlichen Diskussion über die Balance zwischen Freiheit und Kontrolle ist nicht in Sicht. Hier verhält es sich ähnlich, wie es John Wheeler für die Naturwissenschaften formuliert hat: »Je mehr die Insel des Wissens wächst, um so größer wird die Küstenlinie des Unbekannten.« Im Verlauf der bisherigen Diskussion haben sich eine derartige Menge von

Anschauungsmaterial und eine solche Fülle an Argumentationsmustern angesammelt, daß es an der Zeit scheint, eine Zwischenbilanz zu ziehen. Die Bilanzierung des derzeitigen Erkenntnisstandes bildet die Basis für den Versuch, ein Vertrags(kontroll)modell zu entwickeln, dem einerseits ein präziser Wertungskatalog zugrundeliegt und das es andererseits erlaubt, zukünftige Herausforderungen an das Recht zu bewältigen und den Trend zur Europäisierung des Privatrechts einzubeziehen. Erarbeitet wird ein theoretischer Bezugsrahmen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle, innerhalb dessen sich viele Einzelprobleme in neuem Licht präsentieren. Dabei müssen die Ausführungen angesichts der Weite des Themas fragmentarisch bleiben; nur einzelne ausgewählte Gesichtspunkte können herausgegriffen werden. Das Thema Vertragsfreiheit kann aus mannigfaltigen Blickwinkeln und mit wechselnder Schwerpunktsetzung untersucht werden. Die hier gewählte Darstellung wird hoffentlich die zukünftige Diskussion über das »Dezennien-Thema der Zivilrechtswissenschaft« (Peter Hommelhoff) anregen.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 1999 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Habilitationsschrift angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis August 1999 eingearbeitet werden. Meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Hans-Joachim Musielak, danke ich für die vielfältige persönliche und fachliche Förderung während meiner Zeit an seinem Lehrstuhl. Seine stete Gesprächsbereitschaft, kritischen Anregungen und seine Rücksichtnahme haben den Fortgang der Arbeit maßgeblich gefördert. Besonderer Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Wolfgang Hromadka, der nicht nur das Zweitgutachten erstellt, sondern mir mit weiterführenden Hinweisen die Überarbeitung des Manuskriptes erleichtert hat.

Herzlich bedanken möchte ich mich weiterhin bei allen Mitgliedern der Passauer Fakultät für das angenehme Arbeitsklima und die zügige Durchführung des Habilitationsverfahrens. Bei der Durchsicht des Manuskriptes sind mir zahlreiche Freunde und Kollegen hilfreich zur Seite gestanden. Ihnen allen, insbesondere Christoph Hindinger, Frank Maschmann, Dres. Arne Ott, Peter Gröschler und Christian von Coelln, danke ich sehr.

Danken möchte ich ferner dem Verlag Mohr Siebeck in Person von Herrn Dr. Franz-Peter Gillig für die Aufnahme der Schrift in die Reihe Jus Privatum und allen Mitarbeitern des Verlages für die unkomplizierte Drucklegung. Für die großzügige finanzielle Unterstützung durch einen Druckkostenzuschuß danke ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Ohne die Unterstützung meiner Eltern, meiner Freundin und meines Bruders wäre der Abschluß des Habilitationsvorhabens nicht möglich gewesen. Vielen Dank!

Passau, im November 1999

Christian Heinrich

# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungen .....	XXI
Einleitung .....	1
ERSTER TEIL: Grundlagen privatrechtlicher Selbstgestaltung	
1. KAPITEL: Die historische Entwicklung .....	13
2. KAPITEL: Begriff und Struktur der Vertragsfreiheit .....	43
3. KAPITEL: Verfassungsrechtliche Implikationen .....	69
4. KAPITEL: Europarechtliche Gesichtspunkte .....	148
ZWEITER TEIL: Leitlinien einer Freiheitsbegrenzung	
5. KAPITEL: Das Vertrags(kontroll)modell .....	171
6. KAPITEL: Die einzelnen Vertragskontrollvarianten .....	223
DRITTER TEIL: Inhaltskontrolle durch Generalklauseln	
7. KAPITEL: Generalklauseln und flexibles System .....	315
8. KAPITEL: Die »guten Sitten« als Wertungsrahmen .....	368
9. KAPITEL: Der Treu und Glauben – Grundsatz .....	392
10. KAPITEL: Angemessenheitskontrolle .....	426
11. KAPITEL: Synthese zur Inhaltskontrolle durch Generalklauseln .....	470
VIERTER TEIL: Freiheit und Kontrolle im Arbeitsrecht	
12. KAPITEL: Die Reichweite der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht .....	487
13. KAPITEL: Angemessenheitsprüfung im Arbeitsrecht .....	541
Schlußwort .....	565
Literaturverzeichnis .....	569
Sachregister .....	625



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen .....	XXI
Einleitung .....	1

## ERSTER TEIL

### Grundlagen privatrechtlicher Selbstgestaltung

<i>1. Kapitel: Die historische Entwicklung</i> .....	13
I. Römisches Recht .....	14
II. Älteres deutsches Recht .....	19
III. Die Sichtweise der Glossatoren und Kommentatoren .....	21
IV. Die Entwicklung vom 16. bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts .....	24
1. Partikularrechte und Usus modernus .....	24
2. Die Naturrechtslehre .....	26
3. Naturrechtskodifikationen .....	34
V. Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuches im 19. Jahrhundert .....	36
VI. Zusammenfassung .....	41
<i>2. Kapitel: Begriff und Struktur der Vertragsfreiheit</i> .....	43
I. Stellung der Vertragsfreiheit im zivilrechtlichen Normengefüge .....	43
1. Vertragsfreiheit und Rechtsgeschäftslehre .....	43
2. Willenserklärung und Konsens .....	45
3. Verankerung der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsordnung .....	46
4. Dispositives Recht und Auslegung .....	47
5. Vertragsfreiheit und Bindungswirkung .....	50
II. Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit .....	53
1. Formelle und materielle Vertragsfreiheit .....	53
2. Abschluß-, Inhalts- und Formfreiheit .....	55
a) Abschlußfreiheit .....	55
b) Inhaltsfreiheit .....	59
c) Formfreiheit .....	60
III. Vertragsfreiheit und Stufenbau der Rechtsordnung .....	64
IV. Resümee .....	67

3. Kapitel: Verfassungsrechtliche Implikationen .....	69
I. Die grundrechtliche Anerkennung der Vertragsfreiheit .....	70
1. Vertragsfreiheit als Gegebenheit des einfachen Rechts .....	71
2. Vertragsfreiheit als objektiv-rechtlicher Faktor .....	72
3. Art. 2 Abs. 1 GG als verfassungsrechtliche Verankerung .....	74
4. Vertragsfreiheit als Konglomerat verschiedener grundrechtlicher Gewährleistungen .....	76
5. Eigene Ansicht zum Standort der Vertragsfreiheit in der Ge- samtkonzeption des Grundgesetzes .....	78
a) Vertragsfreiheit als Abwehrgrundrecht .....	78
aa) Art. 2 Abs. 1 GG als Ausgangspunkt .....	78
bb) Spezielle Freiheitsgrundrechte als sedes materiae der Vertragsfrei- heit .....	85
b) Vertragsfreiheit und Schrankendogmatik .....	89
aa) Relevanz der Schrankenlehre .....	89
bb) Kompetentieller Charakter der Vertragsfreiheit .....	92
cc) Schranken der Vertragsfreiheit .....	94
dd) Kriterien der Güterabwägung .....	98
c) Vertragsfreiheit als Einrichtungsgarantie .....	102
II. Der Einfluß verfassungsrechtlicher Vorgaben auf das Privatrechts- verhältnis .....	108
1. Der objektiv-rechtliche Gehalt im allgemeinen .....	108
2. Die Schutzpflichtenlehre .....	109
3. Die Wirkungslehren im Rahmen der Bürger/Bürger-Relation ....	112
a) Der Direktwirkungsansatz von Schwabe .....	114
aa) Theoretische Konzeption .....	114
bb) Kritische Würdigung .....	115
b) Die Theorie der unmittelbaren Drittwirkung .....	116
aa) Charakteristika .....	116
bb) Kritische Stimmen .....	117
c) Die Lehre der mittelbaren Grundrechtswirkung .....	118
aa) Inhalt .....	118
bb) Kritik .....	119
4. These einer modifizierten mediaten Horizontalwirkung .....	121
a) Indirekte Drittwirkung als Grundlage (erste Ebene) .....	121
b) Modifikation durch Richterrecht (zweite Ebene) .....	126
III. Der Schutz des Menschen vor sich selbst .....	136
1. Aufgabe grundrechtlich geschützter Freiheiten .....	137
a) Grundrechtsschutz als ius cogens .....	138
b) Verzicht auf Grundrechte als Akt grundrechtlich garantierter Frei- heitsausübung .....	139
c) These einer eingeschränkten Grundrechtsverfügungsfähigkeit .....	140
2. Leitlinien für die Bestimmung der Grundrechtsdisposition durch Vertragsschluß .....	141

a) Grundsätzliche Divergenz zum Verzicht im öffentlichen Recht . . . . .	141
b) Voraussetzungen und Grenzen einer vertraglichen Schutzdisposition . . . . .	143
4. Kapitel: Europarechtliche Gesichtspunkte . . . . .	148
I. Die Ausgangslage . . . . .	148
II. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit im Europarecht . . . . .	154
1. Objektiv-rechtliche Lage . . . . .	154
2. Vertragsfreiheit als europäisches Individualgrundrecht . . . . .	158
III. Vertragskontrolle im Europarecht . . . . .	161

ZWEITER TEIL

Leitlinien einer Freiheitsbegrenzung

5. Kapitel: Das Vertrags(kontroll)modell . . . . .	171
I. Interdependenz von Vertragsmodell und Vertragskontrolle . . . . .	171
II. Bisher entwickelte Vertrags(kontroll)ansätze . . . . .	174
1. Die Lehre von der Richtigkeitsgewähr . . . . .	174
2. Die Selbstbestimmungsthese . . . . .	175
3. Die Theorie der sozialen Vertragsfunktion . . . . .	177
4. Theorie der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit . . . . .	179
5. Das liberale Informationsmodell . . . . .	180
6. Vertragskontrolle als Bestandsschutzgewährleistung . . . . .	182
7. Die positiv-rechtliche Paritätstheorie . . . . .	184
8. Der sonderprivatrechtliche Ansatz . . . . .	185
9. Das Eintreten für die Prärogative des Gesetzgebers . . . . .	187
10. Der normtheoretische Lösungsansatz . . . . .	187
III. Das Dilemma der monokausalen Erklärungsversuche . . . . .	190
1. Zur Lehre von der Richtigkeitsgewähr . . . . .	190
2. Zur Selbstbestimmungsthese . . . . .	191
3. Zur Theorie der sozialen Vertragsfunktion . . . . .	192
4. Zur These der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit . . . . .	193
5. Zum liberalen Informationsmodell . . . . .	195
6. Zur Einschätzung als Bestandsschutzgewährleistung . . . . .	198
7. Zur positiv-rechtlichen Paritätslehre . . . . .	199
8. Zum sonderprivatrechtlichen Ansatz . . . . .	200
9. Zur Prärogative des Gesetzgebers . . . . .	202
10. Zum normtheoretischen Lösungsansatz . . . . .	203
11. Resümee . . . . .	205

IV. Das flexible Wertungssystem eines Zusammenspiels von Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle .....	205
1. Ausgangsbasis und Grundstruktur .....	205
2. Flexibilisierungssystematik .....	207
a) Formale Vertragsfreiheit als Grundlage .....	207
b) Begrenzung flexibler Elemente .....	210
3. Voraussetzungen und Grenzen eines flexiblen Wertungssystems .....	211
a) Anwendungsbereich .....	212
b) Vorgehensweise und Voraussetzungen .....	212
c) Grenzen des flexiblen Systems .....	217
4. Flexibles System und Rechtsstaatsprinzip .....	218
5. Abgrenzung von vergleichbaren Methoden .....	219
V. Vom Allgemeinen zum Besonderen – Zusammenfassung und Ausblick über die weitere Darstellung .....	221
6. Kapitel: Die Vertragskontrollvarianten .....	223
I. Vertragskontrolle als Inbegriff der Vertragsgerechtigkeit .....	223
II. Abschlußkontrolle .....	224
1. Unmittelbare positive Abschlußkontrolle .....	225
2. Mittelbare positive Abschlußkontrolle .....	225
a) Durch gesetzliche Anordnungen .....	225
b) Mittels Analogie zu gesetzlichen Vorgaben .....	229
c) Nach allgemeinen Vorschriften, insbesondere § 826 BGB .....	230
aa) Dogmatische Konstruktion .....	230
bb) Voraussetzungen .....	232
cc) Inhaltliche Ausgestaltung .....	235
3. Unmittelbare negative Abschlußkontrolle .....	238
a) Die Bedeutung des § 134 BGB .....	238
b) Ein Beispiel: das SchwarzBG .....	243
4. Mittelbare negative Abschlußkontrolle .....	249
a) Nachträglich entstandene abschlußnegierende Faktoren .....	249
aa) Die Grundaussage .....	249
bb) Der Ausnahmefall .....	252
b) Ursprünglich existierende dem Vertragsschluß widerstrebende Umstände .....	260
5. Ergebnis .....	266
III. Einbeziehungs- oder Vertragsgegenstandskontrolle .....	266
1. Die Einbeziehungskontrolle im engeren Sinn .....	266
2. Die sogenannte Einbeziehungskontrolle im weiteren Sinn .....	274
a) Unternehmerischer Geschäftsverkehr .....	275
b) Arbeitsrecht .....	283
aa) Einbeziehungskontrolle und Bereichsausnahme .....	283
bb) Einbeziehungskontrolle nach allgemeinen Grundsätzen .....	288

cc) Inhalt und Umfang der Einbeziehung .....	291
dd) Resümee .....	295
IV. Inhaltskontrolle .....	296
1. Sittenwidrigkeitskontrolle .....	296
a) Anwendungsbereich .....	296
b) Maßstab .....	296
c) Rechtsfolge .....	298
d) Verhältnis zur Angemessenheitskontrolle .....	300
2. Angemessenheitskontrolle oder Inhaltskontrolle im engeren Sinn .....	301
a) Terminologie .....	301
b) Angemessenheitskontrolle nach dem AGB-Gesetz .....	301
aa) Anwendungsbereich .....	301
bb) Maßstab .....	302
cc) Rechtsfolgen .....	302
c) Angemessenheitskontrolle nach §242 BGB .....	303
3. Ausübungs- oder Verhaltenskontrolle .....	304
a) Anwendungsbereich .....	304
b) Maßstab .....	305
c) Rechtsfolge .....	305
4. Billigkeits- oder Bestimmungskontrolle .....	306
a) Anwendungsbereich .....	306
b) Maßstab .....	307
c) Rechtsfolge .....	308
V. Einzel- oder Sonderkontrolle .....	309
VI. Ergebnis .....	309

### DRITTER TEIL

#### Inhaltskontrolle durch Generalklauseln

7. Kapitel: Generalklauseln und flexibles System .....	315
I. Der generell-abstrakte Charakter der Freiheitsgrenzen .....	315
1. Punktuelle und generelle Freiheitsgrenzen .....	315
2. Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe .....	316
3. Die Bedeutung der Generalklauseln .....	317
II. Methodische Überlegungen .....	320
1. Grundlagen der Wertungsanalyse .....	320
2. Methodische Vorgehensweise .....	323
a) Fallgruppenbildung .....	323
b) Typenlehre .....	324
c) Wertungsanalyse .....	325
aa) Grundstruktur .....	325

bb) Vorgehensweise .....	326
cc) Maßstab .....	329
III. Wertungsfaktoren und Konkretisierungselemente .....	329
1. Formale und materiale Rechtsprinzipien .....	329
2. Entwicklung materialer Rechtsprinzipien .....	330
3. Prinzipienvielfalt und flexibles System .....	331
4. Allgemeine Grundwertungen und besondere Wertungsvorgaben .....	333
5. Ergebnis .....	335
IV. Grundelemente des flexiblen Systems .....	336
1. Struktur und Bedeutung .....	336
2. Fundamentale Rechtsprinzipien der Inhaltskontrolle .....	338
a) Der Grundwert des Personen- und Persönlichkeitsschutzes .....	338
aa) Personenschutz .....	339
bb) Persönlichkeitsschutz .....	341
b) Das Grundprinzip der Selbstbestimmung .....	346
aa) Formale Selbstbestimmung .....	346
bb) Materielle Aspekte .....	348
c) Das Prinzip der Eigenverantwortung .....	350
aa) Zurechenbarkeit .....	351
bb) Grenzen der Selbstverantwortung .....	353
cc) Der Gedanke der Mitverantwortung .....	354
d) Das Rechtsprinzip des Vertrauens- und des Verkehrsschutzes .....	356
aa) Konkurrenzen .....	356
bb) Der objektive Vertrauenstatbestand .....	356
cc) Der subjektive Tatbestand der Verantwortlichkeit .....	358
dd) Die subjektive Komponente der Schutzwürdigkeit .....	360
e) Das soziale Gerechtigkeitsprinzip .....	361
aa) Ausgangslage .....	361
bb) Formale Gerechtigkeit .....	362
cc) Materiale Gerechtigkeit .....	362
V. Zusammenfassung .....	365
8. Kapitel: Die »guten Sitten« als Wertungsrahmen .....	368
I. Die guten Sitten .....	368
1. Die Funktion des § 138 Abs. 1 BGB .....	368
2. Der Begriff der guten Sitten im allgemeinen .....	369
a) Rechts- und Sozialmoral .....	369
b) Der außergesetzliche Bezugsrahmen .....	369
c) Die Konkretisierungsgrundlage .....	371
d) Die Dynamik des Sittenwidrigkeitsmerkmals .....	372
3. Die Prüfung der Sittenwidrigkeit im einzelnen .....	373
a) Objektive Sittenwidrigkeitselemente .....	374
aa) Interne Konkretisierungsfaktoren .....	375

bb) Externe Umstände .....	379
b) Subjektive Anforderungen .....	382
II. Der Wuchertatbestand .....	384
1. Anwendungsbereich .....	384
2. Auffälliges Mißverhältnis .....	385
3. Ausnutzung einer Ausbeutungslage .....	386
4. Der Wuchertatbestand und das flexible System .....	388
5. Das Verhältnis von § 138 Abs. 2 BGB zu § 138 Abs. 1 BGB .....	389
III. Resümee .....	391
9. Kapitel: Der Treu und Glauben – Grundsatz .....	392
I. Der Normgehalt des § 242 BGB .....	392
1. Die Bedeutung des § 242 BGB .....	392
2. Überblick zu den Funktionsweisen .....	393
3. Analyse des Wertungsrahmens .....	395
a) Die Wortkombination Treu und Glauben .....	395
b) Die Verkehrssitte .....	396
II. Grundlagen der Ausübungskontrolle .....	397
III. Der institutionelle Rechtsmißbrauch .....	400
1. Institutioneller Mißbrauch der Vertragsfreiheit .....	400
2. Institutioneller Mißbrauch einer Vertragsposition .....	405
IV. Der individuelle Rechtsmißbrauch .....	406
1. Grundlagen und Abgrenzung .....	406
a) Grundlagen .....	406
b) Abgrenzung zur Willenserklärung .....	407
2. Konkretisierungselemente für das Beispiel der Verwirkung .....	410
a) Grundstruktur .....	410
b) Wesentliche Abwägungsfaktoren .....	410
aa) Vertrauen des Verpflichteten .....	410
bb) Schutzwürdigkeit des Vertrauens .....	411
cc) Vertrauensdisposition .....	412
dd) Subsidiarität der Mißbrauchskontrolle .....	412
ee) Vorverhalten des Rechtsinhabers .....	413
ff) Zurechenbarkeit .....	416
c) Die Auswirkungen des flexiblen Systems .....	417
aa) Offenheit des Tatbestandes .....	417
bb) Kritik an Teilen der Rechtsprechung .....	417
cc) Ergebnis .....	418
3. Konkretisierungselemente für das Beispiel der Erwirkung .....	419
a) Grundlagen .....	419
b) Abgrenzung .....	419
aa) Die betriebliche Übung .....	420
bb) Vertrags- und Vertrauensansatz .....	420
cc) Stellungnahme .....	421

V. Resümee .....	425
10. Kapitel: Angemessenheitskontrolle .....	426
I. Legitimation einer Angemessenheitskontrolle .....	426
II. Die Angemessenheitskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen ..	428
1. Systematik .....	428
2. Der Wertungsrahmen der Angemessenheitsprüfung .....	430
a) Lokalisation einer Vergleichsgrundlage .....	430
aa) Dispositives Recht .....	430
bb) Vertragsstruktur .....	433
b) Nachteilige Abweichung .....	435
aa) Nachteilsdiagnose .....	435
bb) Zeitpunkt .....	436
c) Kompensation durch einen Vorteil .....	438
aa) Grundsatz .....	438
bb) Kollektiv ausgehandelte Klauselwerke .....	439
cc) Äquivalenz kompensierender Komplexe .....	441
d) Verstoß gegen Treu und Glauben .....	445
aa) Wesentlichkeit der Benachteiligung .....	445
bb) Interessenabwägung .....	446
3. Angemessenheitsprüfung und flexibles System .....	448
a) Das Wechselspiel der Wertungen .....	448
b) Das Transparenzgebot als Bestandteil des flexiblen Systems .....	450
aa) Wirkungsspektrum des Transparenzgedankens .....	450
bb) Abschluß- und Abwicklungstransparenz .....	454
cc) Intransparenz und unangemessene Benachteiligung .....	456
dd) Transparenzkontrolle und Vertragsgerechtigkeit .....	458
III. Angemessenheitskontrolle bei Verbraucherverträgen .....	459
1. Grundlagen .....	459
a) Begriff .....	459
b) Schutzzweck .....	461
2. Kontrollkriterien .....	462
a) Ausgangslage .....	462
b) Konkret-individuelle Umstände .....	462
aa) Anwendungsbereich .....	462
bb) Kontrollrahmen .....	463
c) Wirkungsweise .....	466
aa) Zwei-Stufen-Prüfung .....	466
bb) Doppelte Konkretisierungsfunktion .....	466
cc) Intensitätsgrad des individuellen Wertungsfaktors .....	467
dd) Kompensation und Transparenz .....	468
3. Ergebnis .....	469

<i>11. Kapitel: Synthese zur Inhaltskontrolle durch Generalklauseln</i> .....	470
I. Ergebnis der Analyse .....	470
II. Das Übermaßverbot als Syndetikon der Kontrollelemente .....	471
1. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zivilrecht .....	471
2. Anwendungsbereich .....	472
3. Wirkungsweise .....	473
III. Zumutbarkeit als Bindeglied .....	475
1. Anwendungsbereich .....	475
2. Wirkungsweise .....	475
3. Grenzen .....	477
IV. Zusammenfassung zur Inhaltskontrolle mittels Generalklauseln .....	477
1. Dynamik der Generalklauseln .....	477
2. Konkretisierungsvorgang .....	478
a) Berücksichtigungsfähige Wertungselemente .....	478
b) Wertungsintensität der Kontrollkriterien .....	479
aa) Abstrakt-genereller Grad .....	479
bb) Modifikationen im konkreten Fall .....	479
c) Wertungsrelation .....	481
3. Die Entscheidung bei einem Wertungspatt .....	482

#### VIERTER TEIL

### Freiheit und Kontrolle im Arbeitsrecht

<i>12. Kapitel: Die Reichweite der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht</i> .....	487
I. Der Arbeitsvertrag als Grundlage des Arbeitsverhältnisses .....	487
1. Der Arbeitsvertrag als Schuldvertrag .....	487
2. Das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis .....	488
a) Modifikationsansätze .....	488
b) Stellungnahme .....	489
3. Die personale Komponente des Arbeitsvertrages .....	491
II. Die Vertragsfreiheit als Grundwertung des Arbeitsvertragsrechts .....	495
1. Die Lage im 19. Jahrhundert .....	495
2. Die veränderte Situation im 20. Jahrhundert .....	497
III. Die zivilrechtsatypische Regelungsdichte im Arbeitsvertragsrecht .....	498
1. Tarifvertrag .....	498
2. Betriebsvereinbarung .....	500
3. Mitbestimmungsrechte .....	502
a) Ausgangslage .....	502
b) Mitbestimmung und Individualautonomie .....	503
aa) Theorie der notwendigen Mitbestimmung .....	503

bb) Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung .....	505
cc) Stellungnahme .....	506
4. Arbeitsvertragliche Einheitsregelungen .....	512
5. Ergebnis .....	513
IV. Auswirkungen der Regelungsdichte auf die Gestaltungsautonomie ..	514
1. Inhaltsfreiheit ablehnende Ansätze .....	514
2. Die Bedeutung der Inhaltsfreiheit .....	515
a) Irrelevanz kollektiver Begleiterscheinungen .....	515
b) Grundsätzliche Bedeutungslosigkeit faktischer Elemente .....	516
V. Die Grenzen der Freiheitsgrenzen .....	518
1. Anforderungen an die gesetzlichen Freiheitsgrenzen .....	518
a) Der traditionelle Ansatz .....	518
b) Aktuelle Tendenzen .....	519
c) Ergebnis .....	520
2. Die Reichweite tarifvertraglicher Begrenzungen der Individual- autonomie .....	522
a) Allgemeine Grenzen .....	522
b) Vertragsfreiheit als Regelungsgrenze .....	524
3. Die Grenzen der Freiheitsschranken durch Betriebsvereinba- rung .....	525
a) Das Verhältnis zur Tarifautonomie .....	525
b) Das Verhältnis zur Individualautonomie .....	529
c) Billigkeitskontrolle .....	534
aa) Sogenannte konkrete Billigkeitskontrolle .....	534
bb) Sogenannte abstrakte Billigkeitskontrolle .....	535
d) Angemessenheitskontrolle .....	536
aa) Die Sichtweise der Rechtsprechung .....	536
bb) Stellungnahme .....	537
cc) Ergebnis .....	539
4. Die Schranken arbeitsvertraglicher Einheitsregelungen .....	539
13. Kapitel: Angemessenheitsprüfung im Arbeitsrecht .....	541
I. Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit im Individualarbeits- recht .....	541
1. Der Stellenwert der Selbstbestimmung und Eigenverantwor- tung .....	541
2. Soziale Individualautonomie als Kerngedanke des Arbeitsver- tragsrechts .....	542
a) Vorsorge .....	542
b) Nachsorge .....	543
II. Die Angemessenheitskontrolle .....	545
1. Zulässigkeit .....	545
2. Dogmatische Grundlage .....	546

a) Analoge Anwendung der AGB-Maßstäbe .....	546
b) §242 BGB als Kontrollmaßstab .....	547
c) Angemessenheitskontrolle als Fall des institutionellen Rechtsmiß- brauchs .....	549
3. Anwendungsbereich .....	550
a) Arbeitsvertragliche Einheitsregelungen .....	550
b) Einzelvertragliche Formulierungen .....	550
4. Ausgestaltung und Maßstab der Kontrolle .....	552
a) Treu und Glauben .....	552
b) Verkehrssitte .....	554
5. Prüfungsvorgang .....	554
a) Vergleichsgrundlage .....	554
b) Mißbräuchliche Abweichung .....	557
aa) Abweichung vom (jeweiligen) Arbeitsvertragsmodell .....	558
bb) Rechtsmißbräuchliche Abweichung .....	560
cc) Mißbräuchliche Abweichung und flexibles Wertungssystem .....	561
III. Zusammenfassung .....	564
Schlußwort .....	565
Literaturverzeichnis .....	569
Sachregister .....	625



## Abkürzungen

a. A.	andere(r) Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz, Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
ADWO	Allgemeine Deutsche Wechselordnung
a.E.	am Ende
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht, Aktiengesellschaft
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AK	Alternativkommentar
AktG	Aktiengesetz
AkZ	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
allg.M.	allgemeine Meinung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
a.M.	andere(r) Meinung
AMG	Arzneimittelgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbSichG	Arbeits sicherstellungsgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
ARS	Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landes arbeitsgerichte und Arbeitsgerichte
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten, Arbeitsrechtliche Entscheidungssammlung
Art.	Artikel

AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
AuR, ArbuR	Arbeit und Recht
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz	Bundesanzeiger
BauR	Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Der Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
Begr.	Begründung
Beil.	Beilage
BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
Beschl.	Beschluß
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BfA	Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BKGG	Bundeskindergeldgesetz
Bl.	Blatt
BLG	Bundesleistungsgesetz
BNotO	Bundesnotarordnung
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BSozG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Bull.	Bulletin
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BUV	Betriebs- und Unternehmensverfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz

BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
ca.	circa
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf
DAG	Deutsche Angestelltengewerkschaft
DB	Der Betrieb
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖD	Der Öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dok.	Dokument
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuerzeitung
DuD	Datenschutz und Datensicherung
DuR	Demokratie und Recht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGH	Ehrengerichtshof
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
Entw.	Entwurf
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft
EuGRZ	Zeitschrift für Europäische Grundrechte
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvertretung
EZA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f., ff.	folgende (r, s)
FAG	Gesetz über Fernmeldeanlagen
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FernUSG	Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht

FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FuR	Familie und Recht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GK	Grundkurs, Gemeinschaftskommentar
GKG	Gerichtskostengesetz
GleichberG	Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz für Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Gnomon	Kritische Zeitschrift für die gesamte Klassische Altertumswissenschaft
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Großer Senat
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HAG	Heimarbeitsgesetz
Halbs.	Halbsatz
HandwO	Handwerksordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HaustürWG	Haustürwiderrufsgesetz
HeimarbG	Heimarbeitsgesetz
HeimarbÄndG	Heimarbeitsänderungsgesetz
HOAI	Verordnung über die Honorare für Leistungen der Architekten und Ingenieure
HZA	Handbuch zum Arbeitsrecht
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
IPrax	Praxis des Internationalen Privatrechts
i.S.d.	im Sinne der, des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JArbR	Das Arbeitsrecht der Gegenwart. Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
Jg.	Jahrgang
Jher.Jb.	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurBüro	Das Juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalauflagegesellschaften

KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KJ	Kritische Justiz
KO	Konkursordnung
KOM	Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaften
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhands- und Schiedsgerichtswesen
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	Litera
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MHBeG	Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger
MHRG	Gesetz zur Regelung der Miethöhe
MitBestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
Mitt.	Mitteilung(en)
Mot.	Motive
MRK	Menschenrechtskonvention
MuSchG	Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter
m.weit.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis(en)
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtssprechungsreport
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Sammlung der Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
PersBefG	Personenbeförderungsgesetz
Prot.	Protokoll
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RDV	Recht der Datenverarbeitung
Recht	Zeitschrift »Das Recht«
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtssprechung

S.	Satz, Seite
s.	siehe
SaBl.	Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchwarzBG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit
SchwBG	Schwerbehindertengesetz
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und der Gerichtserstinstanz der Europäischen Gemeinschaften
sog.	sogenannte (r, s)
SozSich.	Soziale Sicherheit, Zeitschrift für Sozialpolitik
SprAuG	Sprecherausschußgesetz
StAZ	Das Standesamt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
str.	streitig
SZ (RA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung
TKO	Telekommunikationsordnung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVVO	Tarifvertragsverordnung
TzWrG	Teilzeit-Wohnrechtegesetz
u.	und
u. a.	unter anderem
u. ä.	und ähnliche (s)
Ufita	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
UrhG	Urheberrechtsgesetz
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOB/A	Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
VOB/B	Allgemeine Bestimmungen für die Ausführung von Bauleistungen
Vorbem.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WahlO	Wahlordnung

WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WRKSchG	Wohnraumkündigungsschutzgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WuV	Wirtschaft und Verwaltung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht
ZG	Zivilgerichte
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
zust.	zustimmend
ZVP	Zeitschrift für Verbraucherpolitik
ZVR	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß



# Einleitung

## I. Der Status quo

### 1. Allgemeine Entwicklung

Als ein charakteristisches Merkmal einer offenen modernen Gesellschaft gilt die Privatautonomie.<sup>1</sup> Sie wird als Säule unserer Privatrechtsordnung bezeichnet.<sup>2</sup> Wertschätzung und Bedeutung privatautonom gestalteter Rechtsverhältnisse erreichten im 19. Jahrhundert ihren Höhepunkt. Nach den liberalen Vorstellungen dieser Zeit bestand die zentrale Funktion der Privatautonomie vor allem darin, den Bürgern einen Freiheitsraum zu gewährleisten, innerhalb dessen sich die Interessen der einzelnen Rechtssubjekte nach dem freien Spiel der Kräfte entfalten und zu einem gerechten Ausgleich ordnen sollten. Hauptelement der Privatautonomie ist die Vertragsfreiheit. Die Entwicklung »from status to contract«<sup>3</sup> prägte die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Beziehungen dieser Zeit so sehr, daß *Hurst* das 19. Jahrhundert als »the years of contract« bezeichnet hat.<sup>4</sup>

Im Verlauf des 20. Jahrhunderts ist eine zunehmende Gegenbewegung auszumachen. Die Eingriffe in die Privatautonomie haben sich vervielfacht. Rechtsprechung sowie Schrifttum, in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts auch vermehrt Gesetzgebung und Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft weisen dirigistische Züge auf, durch die der Bereich der Privatautonomie immer mehr zugunsten zwingender rechtlicher Vorgaben eingeschränkt wird: Objektive Umstände wurden in verstärktem Maß für bedeutungsvoll erklärt; Äquivalenzgesichtspunkte, Aspekte des Verkehrsschutzes sowie der Sicherung der Daseinsvorsorge schränken das »Kontraktrecht«<sup>5</sup> ein.

---

<sup>1</sup> Der Begriff »Privatautonomie« faßt die drei Axiome »Person«, »Wille« und »Freiheit« zusammen, welche die Privatrechtsgesellschaft prägen und die *v. Savigny* aus der idealistischen Philosophie *Kants* entwickelt hat; näher *Kiefner*, in: Philosophie und Rechtswissenschaft, S. 3, 15.

<sup>2</sup> Vgl. nur *Bydlinski*, Rechtsgrundsätze, S. 72ff.; *Flume*, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, S. 135ff.; *Larenz*, Allgemeiner Teil, § 2 IIe; *Medicus*, Allgemeiner Teil, § 17.

<sup>3</sup> So die häufig zitierte Formulierung von *Henry James Sumner Maine*, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, 1861 (Nachdruck 1954), S. 141.

<sup>4</sup> *J. W. Hurst*, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States*, 1956, S. 18.

<sup>5</sup> Zu diesem Begriff *Rehbinder*, *Berliner Festschrift für Hirsch*, S. 141, 149ff., m. weit. Nachw., insbesondere auch zur Kritik an dieser Terminologie.

Hingewiesen sei beispielhaft auf die von der Rechtsprechung herausgearbeitete und zwischenzeitlich im AGBG umgesetzte Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, das maßgeblich von *Oertmann*<sup>6</sup> entwickelte Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und die umfassende richterliche Vertragskontrolle im Arbeitsrecht.<sup>7</sup> Eine deutliche Tendenz zur Einschränkung der Privatautonomie zeigt die aktuelle schuldrechtliche Gesetzgebung. Erwähnt seien an dieser Stelle lediglich § 651k BGB, § 10 Abs. 1 MHRG, § 5 Abs. 3 S. 1 HausTWG oder § 18 S. 2 VerbrKrG. Immer mehr an Bedeutung gewinnen daneben EG-Richtlinien. Sie verbinden häufig den ihnen ursprünglich zugedachten Zweck der Vereinheitlichung und Harmonisierung europäischer Rechtsordnungen mit Gedanken des Verbraucherschutzes durch verbindliche Vorgaben für Vertragsgestaltungen.<sup>8</sup> Dementsprechend begegnet das Credo von *Flume* »stat pro ratione voluntas«<sup>9</sup> immer größeren Bedenken. So sieht *Medicus* die Zivilrechtsordnung in einer stetigen Abkehr von der Privatautonomie,<sup>10</sup> spricht *Zweigert* von einem »Traumschloß«, einer »Utopie«<sup>11</sup> und hält *Ramm*<sup>12</sup> eine freie Selbstbestimmung bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse für realitätsfern.<sup>13</sup> Der Bedeutungsverlust der Privatautonomie ist keine nationale Erscheinung, sondern liegt im internationalen Trend: Einschränkungen der Privatautonomie befinden sich heute in allen europäischen Rechtsordnungen im Vordringen.<sup>14</sup>

Freilich besteht Einigkeit, daß Privatautonomie nicht schrankenlos gewährleistet werden kann.<sup>15</sup> Die Frage ist, inwieweit die Rechtsordnung in das freie Spiel der Kräfte eingreifen und durch ein immer filigraneres gesetzliches Regelungsnetz sowie extensive Anwendung von Generalklauseln den individuellen Gestaltungsspielraum einengen darf, kann oder sogar muß. Die Rechte des Individuums sind mit den Rechten der Gesellschaft in Einklang zu bringen. Besondere Relevanz gewinnt dabei die Begrenzung der Vertragsfreiheit als ein wesentlicher Teilaspekt der Privatautonomie. Die allgemeine Tendenz zu einer »Refeudalisierung« der Vertragsfreiheit ist kritisch zu hinterfragen.

<sup>6</sup> *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff, 1921.

<sup>7</sup> Vgl. nur *v. Hoyningen-Huene*, Billigkeit, passim.

<sup>8</sup> Der Maastricht-Vertrag verpflichtet nunmehr in Art. 3 lit. t (ex-lit. s) EGV dazu, »einen Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes« zu leisten. Die Perfektionierung des Verbraucherrechts durch zwingende Rechtsvorgaben führt zu einer Begrenzung der Vertragsfreiheit. Dazu *Dreher*, JZ 1997, 167, 177, m. zahlr. weit. Nachw.

<sup>9</sup> *Flume*, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, S. 135, 141.

<sup>10</sup> *Medicus*, Abschied, S. 11 ff., 35.

<sup>11</sup> *Zweigert*, Festschrift für Rheinsteiner, S. 493, 503.

<sup>12</sup> *Ramm*, in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, S. 39, 40.

<sup>13</sup> Ähnlich *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 4 Fn. 15: Durch die gesetzgeberischen und richterlichen Tätigkeiten sei das »bürgerliche Gesetzbuch immer kleinkariert geworden, es entwickelt sich sozusagen zu einem kleinbürgerlichen Gesetzbuch.«

<sup>14</sup> *Kramer*, Krise, S. 9, m. Nachw. zum europäischen Schrifttum in Fn. 2.

<sup>15</sup> Siehe nur *Musiak*, in: Contratos: Actualidade e Evolucao, S. 359, 360 ff.

## 2. Aktuelle Fragen

Die Frage des Umfanges richterlicher Kontrolle konsensual gesetzter Rechtsverhältnisse hat dabei gegenwärtig an Bedeutung nicht nur aufgrund vermehrter gesetzgeberischer Aktivitäten gewonnen, sondern vor allem auch durch drei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes. In das bisherige Verhältnis von Verfassung und Gesetz, wonach der Gesetzgeber die Handlungsfreiheit der Privatrechtssubjekte durch zwingendes Recht beschränken kann und diesem wiederum Art. 2 Abs. 1 GG Grenzen setzt, hat das Bundesverfassungsgericht mit den Entscheidungen vom 7. Februar 1990,<sup>16</sup> vom 19. Oktober 1993<sup>17</sup> und vom 5. August 1994<sup>18</sup> dergestalt eingegriffen, daß im Ergebnis unter Umständen die Grundrechte, insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG, die Vertragsfreiheit beschränken. Dem Richter wird von Verfassungs wegen aufgegeben, historisch ursprünglich den Bürgern zugeordnete private Spielräume zu überwachen. In der rechtlichen Konstruktion hält das Bundesverfassungsgericht dabei an der maßgeblich von *Dürig*<sup>19</sup> entwickelten Lehre der mittelbaren Grundrechtswirkung (zumindest verbal) fest, weitet die inhaltlichen Kontrollbefugnisse der Gerichte allerdings (unter anderem) dadurch aus, daß es die Generalklauseln des Zivilrechts, namentlich die §§ 138 Abs. 1, 242 BGB, dann als verletzt ansieht, wenn die vereinbarte Vertragsgestaltung eine Folge »strukturell ungleicher Verhandlungsstärke« ist.

Die Entscheidungen haben eine umfangreiche<sup>20</sup> und zwiespältige Resonanz in der Literatur gefunden: Zustimmung deshalb, weil sich das Bundesverfassungsgericht mit diesen Entscheidungen deutlich zu einer »materiellen Ethik sozialer Verantwortung«<sup>21</sup> bekannt hat, Kritik nicht nur deshalb, weil das Bundesverfassungsgericht mit dem Begriff »strukturell ungleiche Verhandlungsstärke« den Zivilgerichten keine inhaltlich-sachlichen Kriterien für zukünftige Entscheidungen vorgegeben hat, sondern vor allem auch im Hinblick auf die unklar gebliebenen Wechselwirkungen von Verfassungs- und Privatrechtsordnung.<sup>22</sup>

Besondere Aktualität gewinnt die Frage nach der Reichweite der Vertragsfreiheit durch die voranschreitende europäische Integration. Der frühere Präsident

<sup>16</sup> BVerfGE 81, 242.

<sup>17</sup> BVerfGE 89, 214.

<sup>18</sup> NJW 1994, 2749.

<sup>19</sup> *Dürig*, Festschrift für Nawiasky, S. 157, 158ff.

<sup>20</sup> Vgl. insbesondere die Stellungnahmen von *Adomeit*, NJW 1994, 2467; *Becker*, DZWir 1994, 9; *Eschenbach/Niebaum*, NVwZ 1994, 1079; *Groeschke*, BB 1994, 725; *Grün*, WM 1994, 713; *Heinrichsmeier*, FamRZ 1994, 129; *Hermes*, NJW 1990, 1764, 1766f.; *Hesse/Kauffmann*, JZ 1995, 219; *Honsell*, NJW 1994, 565; *Kohle*, ZBB 1994, 172; *Loritz*, DNotZ 1994, 543; *Medicus*, AcP 192 (1992), 35; *Preis/Rolfs*, DB 1994, 261; *Rehbein*, JR 1995, 45; *Rittner*, NJW 1994, 3330; *Schimansky*, WM 1995, 461; *v. Westphalen*, MDR 1994, 5; *Wiedemann*, JZ 1990, 695; *ders.*, JZ 1994, 411; *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1.

<sup>21</sup> So das bekannte Zitat von *Wieacker*, Sozialmodell, S. 18.

<sup>22</sup> Zur Entwicklung der Privatrechtsgesellschaft angesichts zunehmender zwingender Vorgaben durch Gesetz und Richterrecht vgl. *Bydlinski*, Das Privatrecht im Rechtssystem einer »Privatrechtsgesellschaft«, 1994; *Canaris*, Festschrift für Lerche, S. 873; *Zöllner*, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, 1996, jeweils mit zahlreichen weit. Nachw.

der EG-Kommission Jacques Delors schätzt, daß etwa 75 Prozent der wirtschaftlich bedeutsamen Gesetzgebung durch europäische Vorgaben bestimmt oder selbst durch europäische Vorgaben geschaffen werden.<sup>23</sup> Auch über den Bereich wirtschaftsrechtlicher Regelungsbereiche hinaus ist der europäische Einfluß auf das geltende Privatrecht beträchtlich.<sup>24</sup> Trotz der Einflußnahme auf die nationale Rechtsordnung fehlen für das Verhältnis von Vertragsfreiheit zu Vertragskontrolle ausdrücklich formulierte europarechtliche Regelungen. Es ist deshalb von besonderem Interesse, die Haltung des Europarechts zur Vertragsfreiheit zu analysieren.

## II. Relevanz der Untersuchung

### 1. Wissenschaftliche Erkenntnis

Das Verhältnis von formaler Selbstbestimmung und materialer Gerechtigkeit ist wissenschaftlich von großem Interesse. Gerade auf den Gebieten, in denen der Gesetzgeber versäumt hat, dem Rechtsanwender klare und eindeutige Leitlinien vorzugeben, ist die theoretische Aufarbeitung einer Thematik geboten. Trotz einiger monographischer Analysen<sup>25</sup> erfordern die neuen »wegweisenden«<sup>26</sup> verfassungsgerichtlichen Entscheidungen eine aktuelle wissenschaftliche Standortbestimmung im Verhältnis von privatautonomer Rechtsgestaltung zu heteronomer Kontrolle; notwendig ist eine »umfassende Untersuchung zu den Funktionsgrenzen der Privatautonomie.«<sup>27</sup> Die Mehrzahl der erschienenen Werke berücksichtigt lediglich einen Teilaspekt der vielschichtigen Problematik. So werden insbesondere die zivilrechtliche und die verfassungsrechtliche Seite regelmäßig isoliert betrachtet, ihre Wechselwirkungen für die Bewältigung spezifischer Probleme nicht fruchtbar gemacht.

Die Arbeit bezieht deshalb auch verfassungs- und europarechtliche Gesichtspunkte ein. Angesichts der fortgeschrittenen Spezialisierung der Rechtsgebiete liegt die Gefahr der Kompetenzüberschreitung einer zivilrechtlichen Arbeit und eines darauf zurückführbaren Dilettantismus in der Sache auf der Hand. Gleichwohl ist es wichtig, das komplexe Problem der Vertragsfreiheit auch hinsichtlich seiner verfassungs- und europarechtlichen Facetten darzustellen. Nur die Gesamtschau vermag die Interdependenzen aufzuzeigen und

<sup>23</sup> Rede im Europäischen Parlament vom 4. 7. 1988, Bull. EG 1988 Nr. 7/8, S. 124 (zitiert in der Maastricht-Entscheidung, BVerfGE 89, 155, 172).

<sup>24</sup> Vgl. *Hauschka*, JZ 1990, 521; *Rittner*, JZ 1990, 838; *Scholz/Hofmann*, ZRP 1998, 295; *Schwarze*, JZ 1998, 1077, 1079.

<sup>25</sup> *F. v. Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936; *F. Bydliński*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967; *v. Stebut*, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts, 1982; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997.

<sup>26</sup> *Wiedemann*, JZ 1994, 411. *Löwe* spricht sogar von einem »Meilenstein« im Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle, ZIP 1993, 1759.

<sup>27</sup> *Zöllner*, Privatrechtsgesellschaft, S. 42.

der weiteren Diskussion über die Vertragsfreiheit Impulse zu geben. Die Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Fragen wird der Idee der Einheit der Rechtsordnung gerecht und vermeidet eine zusammenhanglose, unter Umständen sogar widersprüchliche Entwicklung in den Rechtsgebieten.<sup>28</sup>

Einige Arbeiten sind zudem zeitlich parallel entstanden, so daß ihnen eine Auseinandersetzung mit abweichenden Stellungnahmen nicht möglich war. Die hier vorgelegte Untersuchung versucht deshalb, den derzeitigen Diskussionsstand darzustellen und kritisch zu bewerten. Sie versteht sich als Beitrag zur Klärung von Grundsatzfragen. Die derart gewonnenen Erkenntnisse sollen die Grundlage für ein Verständnis der Zusammenhänge und Gesetzmäßigkeiten bilden.

Gegenstand der Arbeit ist eine dogmatische Strukturierung der Vertragsfreiheit und ihrer Grenzen. Trotz aller Dogmatikkritik<sup>29</sup> erschließt die kritische Analyse des Rechts, das heißt die Exegese der leitenden Wertungen und Prinzipien sowie deren systematische Ordnung, den normativen Gehalt des Rechts, zeigt die Leitlinien der Rechtsanwendung auf und vermag auf diese Weise der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit zu dienen. Versteht man Dogmatik als in gewisser Weise gesetzesbezogen, stellt sich die Frage »Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?«<sup>30</sup> nicht. Dogmatik ist als »Bemühen um die innere Stimmigkeit des Rechtssystems, um die Aufhellung juristischer Sinnzusammenhänge«<sup>31</sup> zu verstehen. Dogmatik bezieht sich auf die Rechtsordnung und ist wie diese offen für den Wandel maßgebender Grundwertungen.<sup>32</sup>

Können Struktur und Inhalte des Rechts steten Wandlungen unterworfen sein, so gilt das ebenfalls für wissenschaftliche Erkenntnis. Möglich ist, den Gesamtzusammenhang der derzeitigen Erkenntnisse darzustellen und dadurch eine systemkonforme Lösung offener Fragen zu erreichen. Die hier mittels einer konsequenten Umsetzung des sogenannten flexiblen Zusammen- und Widerspiels der Wertungselemente gewonnenen Ergebnisse weichen teilweise von den gegenwärtig in Lehre und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen ab. Gerade zur Dichotomie von Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle kann man in vielen Punkten mit guten Gründen anderer Meinung sein.<sup>33</sup> Wissenschaft lebt vom Diskurs. Nur

<sup>28</sup> Vgl. *Felix*, Einheit, Einleitung.

<sup>29</sup> Vgl. die Hinweise bei *Bydliński*, Methodenlehre, S. 19ff., 34ff.

<sup>30</sup> So der gleichlautende Titel einer Schrift von *Meyer-Cording*.

<sup>31</sup> *Grossfeld*, Macht, S. 28; ähnlich *Kötz*, *RabelsZ* 54 (1990), 203, 204: Derjenige Jurist arbeite dogmatisch, »der darauf abzielt, das für ein bestimmtes Gebiet maßgebliche Material an Rechtsregeln nach einheitlichen, übergreifenden und durchschlagenden Grundgedanken namhaft zu machen.«

<sup>32</sup> *Canaris*, Systemdenken, S. 61ff.; *Meyer-Cording*, *Jurist*, S. 34ff.; *Simitis*, *AcP* 172 (1972), 131, 142f. Dem Begriff der Dogmatik wurden im Laufe der historischen Entwicklung unterschiedliche Inhalte zugeordnet. In der Zeit *Hugos* und *Glücks* trennte man klar zwischen Gesetz und Recht, vgl. *Herberger*, *Dogmatik*, S. 345ff. Dagegen bezeichnet *v. Savigny*, *System*, §20, eine Erörterung als dogmatisch, »wenn sie die zu einem bestimmten Zeitpunkt geltenden Rechtssätze in einem systematischen Zusammenhang vorträgt.« Dieses Verständnis prägt den Gegenstand dieser Schrift.

<sup>33</sup> »Es ist bereits ein sehr alter und wird auch wol, wo nicht gar etwas sonderliches und unverhofftes darzwischen kommet, ein ewiger Streit unter denen Rechts-Gelehrten über die Frage blei-

eine klare Konturierung der eigenen Meinung bietet auch die Angriffsfläche, die notwendig ist, um der Diskussion neue Impulse zu verleihen und so im Ergebnis die Forschung voranzutreiben. Rechtswissenschaft verkörpert kein mit Ewigkeitsgarantien ausgestattetes erratisches Gebilde, sondern befindet sich – wie die Gesellschaft insgesamt – in einem dynamischen, auf Innovation angelegten Prozeß. Selbst wenn Kritik an tradierten Auffassungen die allgemeine Anerkennung versagt bleibt, veranlaßt ein neuer Ansatz die sogenannte herrschende Meinung<sup>34</sup>, ihren Standpunkt zu überdenken und sich mit den abweichenden Überlegungen argumentativ auseinanderzusetzen.

## 2. Bedeutung für die Praxis

Rechtstheorie ist jedoch nicht Selbstzweck. Rechtswissenschaft soll Anstöße für den Fortschritt des praktischen Rechtslebens geben, Grundlagen und Methoden der Rechtsgewinnung aufzeigen und über den Status quo hinausdenken.<sup>35</sup> Die Rechtsentwicklung ist zu hinterfragen und ihre Tendenz mit Alternativen zu vergleichen, um so Kautelarjurisprudenz, Judikative und Legislative Kriterien für zukünftige Entscheidungen an die Hand zu geben.<sup>36</sup> Das gilt um so mehr in diesen Jahren, in denen die Weichen für das 21. Jahrhundert gestellt und nicht nur Bewährung und Perspektiven des Bürgerlichen Gesetzbuches diskutiert werden, sondern auch immer konkreter zwar (noch) nicht über eine »lex mercatoria«<sup>37</sup>, wohl aber über eine europäische Privatrechtsordnung nachgedacht wird.<sup>38</sup> Die Schrift will deshalb versuchen, dem Gesetzgeber bzw. den zuständigen Institutionen der Europäischen Gemeinschaft Anhaltspunkte und Abwägungsmaterial für künftige Vorschriften, Richtlinien oder unter Umständen ein transnationales Privatrecht zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle zur Verfügung zu stellen. Daneben soll mit der Abhandlung der Kautelarjurisprudenz so-

---

ben: welche unter so vielen einander zuwider laufenden Meynungen die beste ... sey?«, *Ludovici*, Einleitung, Vorrede § 1.

<sup>34</sup> Instruktiv *Drosdeck*, Herrschende Meinung, *passim*.

<sup>35</sup> *Braun*, JZ 1993, 1, 5ff.; *ders.*, ZRP 1998, 41f.; *Benseler*, Festschrift für Wassermann, S. 27ff.; vgl. auch *Winkler*, Wertbetrachtung, S. 3ff.

<sup>36</sup> »Es beruht aber alles Heil darauf, daß in diesen gesonderten Thätigkeiten jeder die ursprüngliche Einheit fest im Auge behalte, daß also in gewissem Grade jeder Theoretiker den praktischen, jeder Praktiker den theoretischen Sinn in sich erhalte und entwickle. Wo dieses nicht geschieht, wo die Trennung zwischen Theorie und Praxis eine absolute wird, da entsteht unvermeidlich die Gefahr, daß die Theorie zu einem leeren Spiel, die Praxis zu einem bloßen Handwerk herabsinke.«, so *v. Savigny*, System, S. XX.

<sup>37</sup> Das (deutsche) Schrifttum ist in der Frage, inwieweit ein »Weltprivatrecht« in Form der sogenannten »lex mercatoria« sinnvoll ist, gespalten. Ablehnend u. a. *Sandrock*, JZ 1996, 1, 8; *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116; befürwortend u. a. *Kappus*, *IPrax* 1993, 137; *Ehricke*, *JuS* 1990, 967.

<sup>38</sup> Ein Entwurf eines europäischen Privatrechts – »cum grano salis« dem »ius commune« vom 13. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts vergleichbar (vgl. *Koschaker*, Europa, S. 67ff.), das für bestimmte Rechtsmaterien einheitliche länderübergreifende Regelungen vorsah, – ist von einer Expertenkommission vorgelegt worden. Dazu *Zimmermann*, JZ 1995, 477; *Heiss*, *ZfRv* 1995, 54; siehe ebenfalls *Hommelhoff*, *AcP* 192 (1992), 71.

wie der Rechtsprechung durch die Erarbeitung einer theoretischen Grundkonzeption und die hierdurch erreichte Transparenz der Wertungselemente für die Konkretisierung der Generalklauseln zur Vertragskontrolle die tägliche Arbeit erleichtert werden.

Bei der Beurteilung von Vertragsverhältnissen haben die Gerichte häufig anhand von Generalklauseln – genannt seien nur §§ 138 Abs. 1 BGB, 242 BGB, § 9 Abs. 1 AGBG – über die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften zu entscheiden. Die hierbei entwickelte Kasuistik mag für die Rechtspraxis eine Erleichterung bedeuten, sie verwehrt jedoch den Blick auf gemeinsame Grundlagen und Hintergründe mit der Folge, daß neue Probleme systemfremd der einen oder anderen Fallgruppe zugeordnet werden. Vor allem in diesen Fällen ist die theoretische Durchdringung der Thematik unverzichtbare Entscheidungshilfe für die richterliche Kontrolle der Privatautonomie. Maßgeblich kommt es nicht auf die Kenntnis der Fallgruppen an, sondern darauf, die kasuistische Auffächerung eines Rechtssatzes als Konsequenz gesetzlicher Wertungen zu erfassen.

Die Kenntnis der hinter den Fallgruppen stehenden Grundprinzipien der Vertragskontrolle hilft überdies, eine Erosion der Vertragsfreiheit zu verhindern. Mangelnde Transparenz der Voraussetzungen, unter denen eine Generalklausel angewendet werden kann, hat dazu geführt, daß die Rechtsprechung in vielen Fällen unter dem »Deckmantel« der §§ 138 Abs. 1, 242 BGB, § 9 Abs. 1 AGBG eine umfassende Billigkeits- und Gerechtigkeitsprüfung vornimmt. Die Generalklauseln sind – wie *Hattenhauer* es ausdrückt – stellenweise zu »Kobolden« geworden, die überall nach Belieben des Rechtsanwenders alles oder nichts bewirken können.<sup>39</sup> Einer solchen Judikatur fehlen Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.<sup>40</sup> Stabilisierung der Rechtspraxis, Rechtskontinuität und damit ein erhöhtes Vertrauen in die Justizpraxis verlangen eines, Dogmatik. Gefordert ist die Rechtswissenschaft.

### III. Begrenzung der Thematik

Weite wie Uferlosigkeit des Themas machen Selbstbeschränkungen notwendig. Augenscheinlich sind die Berührungspunkte zu rechtssoziologischen<sup>41</sup> und rechtsphilosophischen<sup>42</sup> Fragestellungen. Autonomie sowie Souveränität der Wissenschaftsbereiche schließen eine Behandlung dieser Teilaspekte aus. Nur am Rande kann auf die empirischen Gegebenheiten menschlichen Zusammenlebens und auf Gerechtigkeitsaspekte eingegangen werden. Gleiches gilt für die ökonomischen

<sup>39</sup> *Hattenhauer*, ZRP 1978, 83, 85.

<sup>40</sup> *Hattenhauer*, ZRP 1978, 83, 85 (»Kadjustiz«, »Richterwillkür«).

<sup>41</sup> Zur Aufgabenstellung der Rechtssoziologie *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 1 ff.; *Rotter/Dux/Lautmann*, Rechtssoziologie, S. 20 ff.; *Zippelius*, Grundbegriffe, S. 1 f.; vgl. auch *Königgen*, Selbstbindung, S. 164 ff., 192 ff., 233 ff., 271 ff., der soziologische Aspekte für die Vertragslehre fruchtbar macht.

<sup>42</sup> Zur Bedeutung der Rechtsphilosophie *Kaufmann*, Grundprobleme, S. 11, 13 ff.; *Smid*, Einführung, S. 1 ff.; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 3 ff.

mische Analyse<sup>43</sup> der Vertragsfreiheit und ihrer Grenzen, also die Frage nach den Auswirkungen rechtlicher Vorgaben auf die Allokationseffizienz. Die Begrenztheit privater Einkommen und ihre zusätzliche Einschränkung durch zunehmend steigende Sozialversicherungsausgaben und Steuern führen zu faktischen Einbußen an Privatautonomie. Inwieweit hier die Grenze des Zulässigen überschritten wird, ist ein vieldiskutiertes Problem. Eine eingehende Erörterung dieser Fragen würde den Rahmen der Arbeit bei weitem sprengen. Gegenstand der Schrift sind die Dogmatik der Vertragsfreiheit und der normative Gehalt der sie einschränkenden Generalklauseln.<sup>44</sup>

Je nach den Bereichen, in denen Privatautonomie wirkt, läßt sich Vertragsfreiheit beispielsweise in eine schuldrechtliche, sachenrechtliche, familien- oder erbrechtliche oder auch spezifisch handels- und gesellschaftsrechtliche Version aufgliedern. Sämtliche Facetten der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle zum Gegenstand einer Abhandlung zu machen, würde den Rahmen einer Monographie übersteigen. Die Arbeit beschränkt sich deshalb auf Fragen, die den schuldrechtlichen Austauschvertrag betreffen, und stellt die inhaltsbezogene Vertragskontrolle in den Mittelpunkt der Ausführungen. Besonderes Augenmerk auf das Arbeitsrecht zu richten, rechtfertigt sich nicht nur aus der Aktualität arbeitsrechtlicher Untersuchungen zur Selbst- und Fremdbestimmung,<sup>45</sup> sondern auch daraus, daß im Arbeitsrecht durch den Vertragsabschluß zwischen dem typischerweise wirtschaftlich überlegenen Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer Kontrollbedürfnisse plastisch zu Tage treten.<sup>46</sup> Das Arbeitsrecht stellt sich daher als »Schrittmacher eines allgemeinen Teils des Rechts des schwächeren Partners« dar.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Grundüberlegung dieses Denkansatzes ist, daß jeder bestrebt ist, seinen persönlichen Nutzen zu mehren, wobei das Pareto-Optimum dann erreicht ist, wenn die vorhandenen Ressourcen derart verteilt sind, daß keiner seinen Nutzen verbessern kann, ohne den eines anderen zu verschlechtern. Auf die Rechtsordnung übertragen heißt das, daß eine Vorschrift nach dem ökonomischen Ansatz dann effizient ist, wenn sie entweder für alle Beteiligten (wirtschaftliche) Vorteile bringt oder zwar nur einigen, dafür aber niemanden benachteiligt. Zur Bedeutung ökonomischer Gesichtspunkte bei der Rechtsanwendung vgl. *Burow*, JuS 1993, 8; *Eidenmüller*, Effizienz, passim; *Fezer*, JZ 1986, 817; *ders.*, JZ 1988, 223; *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 213; *Schwintowski*, JZ 1998, 581.

<sup>44</sup> Die Arbeit verfolgt also ein normatives Erkenntnisziel. Zur wissenschaftlichen Dreidimensionalität (Faktizität, Idealität, Normativität) siehe *Kantorowicz*, Rechtswissenschaft, S. 69ff.; *Rehbinder*, Begründung, S. 131f.

<sup>45</sup> Vgl. nur *Bengelsdorf*, DB 1997, 874; *Dieterich*, RdA 1995, 129; *Fastrich*, RdA 1997, 65; *H. Hanau*, Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, 1994; *Kittner*, Festschrift für Kissel, S. 497; *Konzen*, ZfA 1991, 379; *Lorenz*, JZ 1997, 277; *Picker*, Gedächtnisschrift für Knobbe-Keuk, S. 879; *Richardi*, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, S. 537; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, 1996.

<sup>46</sup> *H. P. Westermann*, AcP 178 (1978), 150, 153ff., m. weit. Nachw.

<sup>47</sup> *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197ff. (Zitat auf S. 209); siehe auch *Weitnauer*, Schutz, S. 18ff.

## IV. Gang der Untersuchung

Die Wechselwirkungen von Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle erscheinen als in sich komplex und kaum überschaubar. Anlaß häufiger Mißverständnisse und Unklarheiten sind stellenweise ungenaue Vorstellungen, die mit der Terminologie verbunden werden. Eine ausdrückliche gesetzliche Beschreibung fehlt. Gerade der facettenreiche Begriff »Vertragsfreiheit« wird gelegentlich mit unterschiedlichen Inhalten belegt. Zu Beginn der Schrift wird deshalb in einem kurzen geschichtlichen Teil die Entwicklung der Vertragsfreiheit nachgezeichnet, um von dieser historischen Basis aus Begriff und Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit zu klären. Sind Reichweite und Bedeutung präzise bestimmt, kann untersucht werden, in welchem Umfang die einzelnen Elemente der Vertragsfreiheit verfassungs- und europarechtlich anerkannt sind und inwieweit öffentlich-rechtliche Aspekte eine Inhaltskontrolle gebieten oder verbieten.

Im Anschluß an die öffentlich-rechtlichen Ausführungen des ersten Teils befaßt sich der zweite Abschnitt der Arbeit sodann mit der rechtstheoretischen Einordnung der Vertragskontrolle und ihrer Verankerung in der Rechtsordnung. Der Erörterung einzelner Fallkonstellationen kommt dabei eine sowohl induktive als auch deduktive Funktion zu. Versucht werden soll, von allgemein anerkannten Kontrollgrundsätzen auf die dahinterstehende Systematik zu schließen. Die erarbeiteten zivilrechtlichen Grundsätze werden an ausgewählten Fragen erprobt, um so die vertretenen wissenschaftlichen Standpunkte auch auf ihre praktische Tauglichkeit hin zu verifizieren.

Der dritte Teil überträgt die methodischen Erkenntnisse auf die Generalklauseln zur inhaltsbezogenen Vertragskontrolle. Für die Anwendung der offenen Tatbestände wird ein Konkretisierungsmodell entwickelt, das rechtsstaatlichen Anforderungen genügt und sich stimmig in die Gesamtrechtsordnung einfügt. Den Abschluß der Untersuchung bildet ein Überblick zur Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle im Arbeitsrecht. Auch hier können aus der Fülle offener Fragestellungen nur einzelne Aspekte herausgegriffen werden. Im Mittelpunkt der Erörterung steht die Angemessenheitskontrolle von Arbeitsverträgen.



## Sachregister

- abdingbares Recht 47ff., 430ff.
- Abschlußfreiheit 55ff.
- Abschlußkontrolle 224ff.
  - mittelbare negative 249ff.
  - mittelbare positive 225ff.
  - unmittelbare negative 238ff.
  - unmittelbare positive 225
- Abschlußtransparenz 454ff.
- Abschlußzwang 224ff.
- abstrakte Billigkeitskontrolle 535f.
- Abstraktionsprinzip 45
- Abwicklungstransparenz 454ff.
- Abzahlungsgesetz 39
- allgemeine Geschäftsbedingungen 187ff., 267ff., 428ff.
- Allgemeines Landrecht 34ff.
- allgemeines Persönlichkeitsrecht 74f., 83ff., 341ff.
- Allgemeinverbindlicherklärung 284
- älteres deutsches Recht 19ff.
- Analogie 229f.
- Andeutungslehre 172ff.
- Anerkennungstheorie 64ff.
- Anfechtung 264ff., 294, 353, 493f.
- Angemessenheitskontrolle 301ff., 426ff., 541ff.
  - allgemeine 303f.
  - allgemeine Geschäftsbedingungen 428ff.
  - Arbeitsrecht 541ff.
  - Begriff 301f.
  - Betriebsvereinbarung 536ff.
  - Elemente 336ff.
  - flexibles System 205ff., 448ff., 470ff., 561ff.
  - Legitimation 426ff.
  - nach dem AGBG 301ff., 426ff.
  - Nachteil 435ff.
  - Transparenzgebot 450ff.
  - Vergleichsgrundlage 430ff.
  - Verhältnismäßigkeit 471ff., 483
  - Vorteilsausgleich 438ff., 558ff.
  - Wertungen 336ff.
  - Wertungspatt 482ff.
  - Zumutbarkeit 59, 475ff., 483
- Annahmeverzug 252
- Arbeitskampf 132f., 523, 538f.
- Arbeitslosigkeit 244ff.
- Arbeitsrecht 487ff.
  - Angemessenheitsprüfung 541ff.
  - Geschichte 495ff.
  - Regelungsdichte 498ff.
- Arbeitsschutz 50
- Arbeitsverhältnis 487ff.
- Arbeitsvertrag 487ff.
  - Anfechtung 493f.
  - Angemessenheitsprüfung 541ff.
  - Dauerschuldverhältnis 488ff.
  - Geschichte 495f.
  - personale Komponente 491ff.
  - Rechtsmißbrauch 549ff.
  - Regelungsdichte 498ff.
  - Vertragsfreiheit 495ff., 514ff.
  - Vertragskontrolle 498ff.
- arbeitsvertragliche Einheitsregelungen 512ff., 541ff.
- Arbeitsvertragsgesetz 520
- arglistige Täuschung 264ff.
- Arzt 340f.
- Arztvertrag 340f.
- Auffanggrundrecht 76ff.
- Aufgabe der Rechtswissenschaft 4ff.
- Aufklärung 180ff., 195ff., 341
- Aushilfsarbeit 557
- Auslegung 47ff., 281ff.
- Aussperrung 523
- Ausübungskontrolle 304ff., 397ff.
- Außentheorie 105
- autonomes Recht 64ff.
- Autonomie 64ff., 80ff.
- Bauleistungen 440
- befristetes Arbeitsverhältnis 401ff.
- Begriffsjurisprudenz 317ff.
- Behandlungsvertrag 340f.
- Bereichsausnahme 283ff., 545ff.
- Berufsausübung 86
- Berufsfreiheit 77, 85ff.
- Berufswahl 86

- Beschäftigungsverbot 241f.  
 beschränkte Geschäftsfähigkeit 352  
 Bestandsschutzgewährleistung 182ff., 198f.  
 Bestimmungskontrolle 306ff.  
 betriebliche Übung 291, 420ff.  
 Betriebsabsprache 500  
 Betriebsautonomie 529ff.  
 Betriebsrat 530ff.  
 Betriebsvereinbarung 500ff., 525ff.  
 – Angemessenheitskontrolle 536ff.  
 – Verhältnis zur Tarifautonomie 525ff.  
 Beweisaufnahme 407f.  
 Beweislast 482  
 Bierlieferungsvertrag 376  
 Billigkeitskontrolle 306ff., 534ff., 543f.  
 – abstrakte Billigkeitskontrolle 535f.  
 – Arbeitsrecht 534ff.  
 – konkrete Billigkeitskontrolle 534f.  
 Bindungswirkung 50ff.  
 Branchenüblichkeit 278f.  
 Bürgschaft 346, 349, 355, 359, 375, 385, 414, 457  
  
 clausula rebus sic stantibus 38  
 Codex Maximilianus Bavaricus Civilis 34  
 Corpus Iuris Civilis 13ff.  
  
 Darlehen 376f.  
 Dauerschuldverhältnis 56ff., 375f., 436, 480, 488ff.  
 Delegationstheorie 66, 523f.  
 Demokratie 102  
 Dienstleistungsfreiheit 155f., 160  
 Direktionsrecht 563  
 Direktwirkungsansatz 114ff.  
 Diskriminierung 233  
 Dispositionsfreiheit 136ff.  
 Dispositionsgrundsatz 40, 347  
 dispositives Recht 47ff., 430ff.  
 Dissens 271f., 306  
 dolo agit qui petit quod statim redditurus es-  
 set 405f.  
 Drittschutz 379ff.  
 Drittwirkung 112ff.  
 – mittelbare 118ff.  
 – unmittelbare 116ff.  
 Drohung 264ff.  
 dynamische Bezugnahme 292  
  
 Ehevertrag 85  
 Eigentumsgarantie 77f., 85ff., 141  
 Eigentumsvorbehalt 376f.  
 Eigenverantwortung 350ff.  
 – Grenzen 353f.  
 – Mitverantwortung 354ff.  
 – Zurechenbarkeit 351ff.  
 Einbeziehungskontrolle 266ff.  
 – Arbeitsrecht 283ff.  
 – Geschäftsverkehr 275ff.  
 Eingliederungstheorie 487f.  
 Einheit der Rechtsordnung 329  
 Einheitsregelungen 188f., 512ff.  
 Einigungsstelle 530, 539  
 Einrichtungsgarantie 102ff.  
 Einsichtsfähigkeit 355f.  
 Einzelkontrolle 309  
 Elemente 329ff.  
 – Eigenverantwortung 350ff.  
 – flexibles System 205ff., 320ff., 331ff., 448ff., 470ff.  
 – Grundelemente 336ff.  
 – Patt der Wertungen 482ff.  
 – Personenschutz 339ff.  
 – Persönlichkeit 341ff.  
 – Selbstbestimmung 346ff.  
 – soziale Gerechtigkeit 361ff.  
 – Struktur 336ff.  
 – Verhältnismäßigkeit 471ff., 483  
 – Vertrauens- und Verkehrsschutz 356ff.  
 – Zumutbarkeit 59, 475ff., 483  
 Empfängnisverhütung 378f.  
 Entscheidungsfreiheit 179f., 193ff.  
 Erbinsetzung 18, 44, 52, 78, 137, 373  
 Erklärungsbewußtsein 290, 409  
 Erklärungstheorie 420f.  
 Erwirkung 419ff.  
 erzwingbare Mitbestimmung 505f.  
 Europäische Gemeinschaft 148ff.  
 Europarecht 148ff.  
 europarechtskonforme Auslegung 150ff., 161, 163  
 Existenzminimum 343ff.  
  
 Fallgruppenbildung 323f.  
 Fallnorm 327  
 flexibles Wertungssystem 205ff., 320ff., 448ff., 470ff.  
 – Abgrenzung 219ff.  
 – Angemessenheit 426ff., 541ff.  
 – Anwendungsbereich 211f.  
 – Generalklauseln 320ff., 470ff.  
 – Grenzen 217ff.  
 – Grundelemente 336ff.  
 – Methode 205ff.  
 – Patt der Wertungen 482ff.  
 – Rechtsstaatsprinzip 218f.  
 – Sittenwidrigkeit 368ff.  
 – Treu und Glauben 392ff.

- Verhältnismäßigkeit 471ff., 483
- Voraussetzungen 212ff.
- Vorgehensweise 212ff.
- Wertungen 336ff.
- Zumutbarkeit 59, 475ff., 483
- Formabhängigkeit 15ff.
- formale Freiheit 53ff., 362ff.
- formale Gerechtigkeit 362
- formale Rechtsprinzipien 330
- Verhältnismäßigkeit 471ff., 483
- Wertungspatt 482ff.
- Zumutbarkeit 475ff., 483
- formelle Vertragsfreiheit 53ff.
- Formfreiheit 60ff.
- Formnichtigkeit 172f.
- Freizeichnungsklausel 377, 443ff.
- from status to contract 1
  
- Gegnerwahlfreiheit 55ff.
- Gemeinschaftsprivatrecht 148ff.
- Gemeinschaftsverhältnis 487f., 493
- Gemeinwohl 97ff., 162ff.
- Generalklauseln 315ff., 470ff.
- Angemessenheit 426ff., 541ff.
- Arbeitsrecht 487ff., 541ff.
- Bedeutung 317ff.
- flexibles System 205ff., 320ff., 470ff., 561ff.
- Grundelemente 338ff.
- Konkretisierung 329ff.
- Methodik 329ff.
- Sittenwidrigkeit 368ff.
- Treu und Glauben 392ff.
- unbestimmte Rechtsbegriffe 316f.
- Verhältnismäßigkeit 471ff., 483
- Wertungen 336ff.
- Wertungspatt 482ff.
- Zumutbarkeit 59, 475ff., 483
- Gerechtigkeit 223f., 322, 361ff., 458ff.
- Gesamtusage 291
- Geschäftsbedingungen 187ff., 267ff., 428ff.
- Geschäftsunfähigkeit 351f.
- Geschäftsverbindung 280ff.
- Geschäftsverkehr 275ff.
- Geschichte 13ff., 495ff.
- Gesellschaftsvertrag 85, 403f.
- Gesetzesanalogie 229f.
- Gesetzesvorbehalt 107
- Gesetzgebungskompetenz 84f.
- gesetzliches Verbot 238ff.
- Gewaltenteilung 102
- Gewerbefreiheit 86
- Gewinnbeteiligung 562
- Gläubigergefährdung 379ff.
- Gleichbehandlungsrichtlinie 151f.
- Globalbezugsnahme 291
- Globalzession 376f.
- Glossatoren 21ff.
- Großer Senat 128
- Grundelemente 336ff.
- Eigenverantwortung 350ff.
- flexibles System 205ff., 320ff., 331ff., 448ff., 470ff.
- Patt der Wertungen 482ff.
- Personenschutz 339ff.
- Persönlichkeit 341ff.
- Selbstbestimmung 346ff.
- soziale Gerechtigkeit 361ff.
- Struktur 336ff.
- Verhältnismäßigkeit 471ff., 483
- Vertrauens- und Verkehrsschutz 356ff.
- Zumutbarkeit 59, 475ff., 483
- Grundfolgentheorie 45f.
- Grundfreiheiten 155ff.
- Grundgesetz 69ff.
- Grundrecht der Arbeit 86
- Grundrechte 70ff.
- Grundrechtsmündigkeit 144
- Grundrechtstheorien 69
- Grundrechtsverzicht 136ff.
- Grundwertungen 336ff.
- Arbeitsrecht 487ff., 541ff.
- Eigenverantwortung 350ff.
- flexibles System 205ff., 320ff., 331ff., 448ff., 470ff.
- Patt der Wertungen 482ff.
- Personenschutz 339ff.
- Persönlichkeit 341ff.
- Selbstbestimmung 346ff.
- soziale Gerechtigkeit 361ff.
- Struktur 336ff.
- Verhältnismäßigkeit 471ff., 483
- Vertrauens- und Verkehrsschutz 356ff.
- Zumutbarkeit 59, 475ff., 483
- Gruppenarbeit 557
- Gruppenwahl 532
- Günstigkeitsprinzip 499f., 501, 524
- gute Sitten 296ff., 368ff., 543f.
- flexibles System 205ff., 315ff., 368ff., 470ff.
- Grundwertungen 336ff.
- objektive Voraussetzungen 374ff.
- Rechtsmoral 369
- Sozialmoral 369ff.
- subjektive Voraussetzungen 382ff.
- Verhältnis zum Wucher 389f.
- Wertungspatt 482ff.
- Güterabwägung 98ff., 126ff.

- Handelsbrauch 277f.  
 Handlungsfreiheit 74f., 81ff., 141  
 Handlungsgehilfe 559  
 Herrschaftsverhältnis 487f.  
 Hierarchie-Theorie 120f.  
 Hinweisobliegenheit 290  
 historische Entwicklung 13ff.  
 Horizontalwirkung 112ff.  
 Humanexperiment 340f.
- Imperativtheorie 66, 114  
 individueller Rechtsmißbrauch 406ff.  
 Industrialisierung 36ff., 495ff.  
 Information 180ff., 195ff.  
 informationelle Selbstbestimmung 83, 141  
 Inhaltsfreiheit 59f.  
 Inhaltskontrolle 296ff.  
 – Angemessenheit 426ff., 541ff.  
 – Arbeitsrecht 487ff., 541ff.  
 – flexibles System 205ff., 315ff., 470ff.  
 – Generalklauseln 313ff., 470ff.  
 – Grundelemente 336ff.  
 – Sittenwidrigkeit 368ff.  
 – Treu und Glauben 392ff.  
 – Überblick 296ff.  
 – Verhältnismäßigkeit 471ff., 483  
 – Wertungspatt 482ff.  
 – Zumutbarkeit 59, 475ff., 483  
 Inhaltssittenwidrigkeit 371  
 Innominatfreiheit 82ff.  
 Innominatkontrakt 15f.  
 institutionelle Garantie 103  
 institutioneller Rechtsmißbrauch 400ff.,  
 549ff.  
 Institutsgarantie 72ff., 103ff.  
 Integrationslehre 66  
 Interessenjurisprudenz 317ff.  
 Intestaterbfolge 18  
 ius cogens 49ff.  
 ius gentium 16  
 iustum pretium 18
- Job-Sharing 557  
 Jugendschutz 241f.  
 Justizgewährungsanspruch 128, 328
- Kanonistik 23f.  
 Karenzentschädigung 559f.  
 Kernbereich 101  
 Kinderarbeit 241f.  
 Kirchenrecht 23f.  
 Klagbarkeit 15ff., 22ff.  
 Kodifikation des BGB 36ff.  
 kollektiver Rechtsschutz 436ff.
- Kommentatoren 21 ff.  
 komparatives System 205ff., 320ff., 448ff.,  
 470ff.  
 – Abgrenzung 219ff.  
 – Angemessenheit 426ff., 541ff.  
 – Anwendungsbereich 211f.  
 – Generalklauseln 320ff., 470ff.  
 – Grenzen 217ff.  
 – Grundelemente 336ff.  
 – Methode 205ff.  
 – Rechtsstaatsprinzip 218f.  
 – Sittenwidrigkeit 368ff.  
 – Treu und Glauben 392ff.  
 – Verhältnismäßigkeit 471ff., 483  
 – Voraussetzungen 212ff.  
 – Vorgehensweise 212ff.  
 – Wertungen 336ff.  
 – Wertungspatt 482ff.  
 – Zumutbarkeit 59, 475ff., 483  
 Kompensation 438ff., 558ff.  
 konkrete Billigkeitskontrolle 534f.  
 Konsens 45ff.  
 Konsilatoren 22  
 Kontinuitätsinteresse 57ff.  
 Kontrahierungszwang 224ff.  
 Kontraktrecht 1  
 Kontrolle 171ff.  
 körperliche Integrität 340f.  
 Kredit 376f.  
 Kreditkarte 434  
 Kündigung 56ff., 251f., 375f., 414, 562  
 Kündigungsgrund 59  
 Kündigungsschutzklage 494
- laesio enormis 18f., 23f., 26, 28f., 31ff., 38,  
 297, 363f.  
 laufende Geschäftsverbindung 280ff.  
 Lebenschancen 344ff.  
 Legistik 22ff.  
 Leiharbeit 557  
 Leihmutter 378  
 Leistungsbestimmung 306ff., 544, 563  
 leitender Angestellter 557  
 liberales Informationsmodell 180ff., 195ff.  
 Liberalismus 36ff.  
 Lieferungsvertrag 376  
 Listenwahl 532
- mancipatio 14  
 Manko 558f.  
 Marktrisiko 562  
 materiale Gerechtigkeit 53ff., 362ff.  
 materiale Rechtsprinzipien 330ff.  
 – Angemessenheit 426ff., 541ff.

- Arbeitsrecht 487ff., 541ff.
- Eigenverantwortung 350ff.
- flexibles Wertungssystem 205ff., 315ff., 470ff.
- Generalklauseln 315ff., 470ff.
- Personenschutz 339ff.
- Persönlichkeit 341ff.
- Selbstbestimmung 346ff.
- Sittenwidrigkeit 368ff.
- soziale Gerechtigkeit 361ff.
- Struktur 336ff.
- Treu und Glauben 392ff.
- Verhältnismäßigkeit 471ff., 483
- Vertrauens- und Verkehrsschutz 356ff.
- Wertungspatt 482ff.
- Zumutbarkeit 59, 475ff., 483
- materielle Vertragsfreiheit 53ff.
- Mehrheitswahl 532
- Menschenwürde 79ff., 338ff.
- Mietrecht 40, 196ff.
- Minderjährigkeit 352
- Mißbrauch der Vertretungsmacht 380
- Mitbestimmungsrecht 502ff., 525ff.
- mittelbare Drittwirkung 118ff.
- mittelbare negative Abschlußkontrolle 249ff.
- mittelbare positive Abschlußkontrolle 225ff.
- Mitverantwortung 354ff.
- Mitverschulden 211
- modifizierte mediate Horizontalwirkung 121ff.
- monokausale Erklärung 174ff., 190ff.
- Monopol 232ff., 377
  
- Naturrechtskodifikationen 34ff.
- Naturrechtslehre 26ff.
- Niederlassungsfreiheit 155f.
- Normengefüge 43ff.
- normtheoretische Lösung 187ff., 203ff.
- notwendige Mitbestimmung 503ff.
  
- objektiv-rechtlicher Gehalt 108
- öffentliche Ordnung 370f.
- ökonomische Analyse 7f.
- ordre public 370f.
- Organisationsverhältnis 487f.
  
- pacta nuda 15, 22ff.
- pacta sunt servanda 50ff.
- pacta vestita 15
- pactum tacitum 31
- Paritätstheorie 184f., 199f.
- Partikularrechte 24ff.
- Partnerwahlfreiheit 55ff.
- Patient 340f.
  
- Patt der Wertungen 482ff.
- Personalismus 346ff.
- personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis 487f., 493
- Personenschutz 339ff.
- Persönlichkeitsrecht 74f., 83ff., 341ff.
- Persönlichkeitsschutz 341ff.
- Pfändung 344f.
- Philosophie 7
- Popularklage 79
- positiv-rechtliche Paritätstheorie 184f., 199f.
- praktische Konkordanz 91, 98ff., 126ff.
- Prärogative des Gesetzgebers 187, 202f.
- Praxisrelevanz 6f.
- Preußisches Recht 34ff.
- Primat der Gesetzgebung 206f.
- Prinzipien 329ff.
- Angemessenheit 426ff., 541ff.
- Arbeitsrecht 487ff., 541ff.
- Eigenverantwortung 350ff.
- flexibles System 205ff., 315ff., 331ff., 470ff.
- Generalklauseln 315ff., 470ff.
- Grundelemente 336ff.
- Personenschutz 339ff.
- Persönlichkeit 341ff.
- Selbstbestimmung 346ff.
- Sittenwidrigkeit 368ff.
- soziale Gerechtigkeit 361ff.
- Struktur 336ff.
- Treu und Glauben 392ff.
- Verhältnismäßigkeit 471ff., 483
- Vertrauens- und Verkehrsschutz 356ff.
- Wertungspatt 482ff.
- Zumutbarkeit 475ff., 483
- Prinzipienlehre 92ff., 220
- Probearbeit 557
- Prozessvergleich 402
- Publikumsgesellschaft 403f.
  
- quasinegatorischer Anspruch 230ff.
  
- Rechtsanalogie 229f.
- Rechtserkenntnisquelle 135
- Rechtsfortbildung 126ff.
- Rechtsgeltungsquelle 135
- Rechtsgeschäftslehre 43ff.
- Rechtskraft 408
- Rechtsmißbrauch 397ff., 549ff.
- institutioneller Mißbrauch 400ff., 549ff.
- individueller Mißbrauch 406ff.
- Rechtsprinzipien 329ff.
- Angemessenheit 426ff., 541ff.
- Arbeitsrecht 487ff., 541ff.

- Eigenverantwortung 350ff.
- flexibles System 205ff., 315ff., 331ff., 470ff.
- Generalklauseln 315ff., 470ff.
- Grundelemente 336ff.
- Personenschutz 339ff.
- Persönlichkeit 341ff.
- Selbstbestimmung 346ff.
- Sittenwidrigkeit 368ff.
- soziale Gerechtigkeit 361ff.
- Struktur 336ff.
- Treu und Glauben 392ff.
- Verhältnismäßigkeit 471ff., 483
- Vertrauens- und Verkehrsschutz 356ff.
- Wertungspatt 482ff.
- Zumutbarkeit 59, 475ff., 483
- Rechtsquellenlehre 64ff.
- Rechtsstaatsprinzip 218f.
- Rechtsverweigerungsverbot 328
- Regelungsabrede 500
- Reisevertrag 259f.
- Revision 336
- Richterleitbild 40
- Richterrecht 126ff.
- Richtigkeitsgewähr 174f., 190f.
- Richtlinien 150ff.
- römisches Recht 14ff.
- Rücksichtnahmegebot 397ff.
- Rückwirkung 436ff.
  
- Sachsenspiegel 21
- salvatorische Klausel 457f.
- SC. Macedonianum 17
- SC. Vellaeum 18
- Schadenersatz 230ff.
- Scheck 380
- Schiedsgerichtsbarkeit 145f.
- Schikaneverbot 398f.
- Schmiergeld 380
- Schranken 94ff.
- Schrankendogmatik 89ff.
- Schrankentrias 94ff.
- Schuldnerschutz 344f.
- Schumannsche Formel 121
- Schutz des Menschen vor sich selbst 136ff.
- Schutzpflichtenlehre 109ff.
- Schwabenspiegel 21
- Schwarzarbeit 243ff.
- Schwerbehinderung 225f.
- Selbstbestimmung 80ff., 136ff., 346ff.
  - formale Selbstbestimmung 346ff.
  - materielle Selbstbestimmung 348ff.
- Selbstbestimmungsthese 175ff., 191f.
- Selbstgefährdung 136ff.
- Selbstschädigung 136ff.
- Selbstverantwortung 350ff.
  - Grenzen 353f.
  - Mitverantwortung 354ff.
  - Zurechenbarkeit 351ff.
- Singularverweisung 292
- Sittengesetz 95
- Sittenwidrigkeit 296ff., 368ff., 543f.
  - flexibles System 205ff., 315ff., 470ff.
  - Generalklausel 315ff., 470ff.
  - objektive Voraussetzungen 374ff.
  - Rechtsmoral 369
  - Sozialmoral 369ff.
  - subjektive Voraussetzungen 382ff.
  - Verhältnis zum Wucher 389f.
  - Wertungspatt 482ff.
- Sonderkontrolle 309
- Sonderprivatrecht 185ff., 200ff.
- Souveränität des Zivilrechts 89ff.
- soziale Angelegenheiten 502ff.
- soziale Gerechtigkeit 223f., 322, 361ff., 458ff.
- soziale Vertragsfunktion 177f., 192f.
- Sozialstaat 99f., 344f., 361ff.
- Soziologie 7
- Spediteurbedingungen 440
- Spekulationsgeschäft 386
- Sprecherausschuß 557
- statische Bezugnahme 292
- Stellvertretung 380, 531f.
- stipulatio 15
- Stornierungsrecht 253ff.
- Streik 523, 537ff.
- Stufenbau der Rechtsordnung 64ff.
- Stufenverweisung 288ff.
  
- Tarifautonomie 65f., 498ff., 522ff.
- Tarifregister 289
- Tarifvertrag 65f., 284ff., 498ff., 522ff.
- Tarifwahl 443ff.
- Tatbestandslehre 66f.
- Tatbestandstheorie 114
- Tatfrage 336
- Teilnichtigkeit 299f.
- Teilverweisung 292
- Teilzeitarbeit 557
- Testament 18, 44, 52, 78, 137, 373
- Testierfreiheit 18, 44, 52, 78, 137, 373
- Topiklehre 220, 320f.
- Transparenzgebot 450ff., 468ff.
  - Abschlußtransparenz 454ff.
  - Abwicklungstransparenz 454ff.
- Trennungsprinzip 45

- Treu und Glauben 393ff.  
 – flexibles System 417ff.  
 Typenzwang 15ff.  
 Typuslehre 219f., 324f.
- Übermaßverbot 471ff., 483  
 überraschende Klausel 270ff., 293, 450ff.  
 Überraschungskontrolle 270ff., 293, 450ff.  
 Übersicherung 376f.  
 Übung, betriebliche 291, 420ff.  
 Umstandssittenwidrigkeit 371  
 unbenanntes Freiheitsrecht 82ff.  
 Unerfahrenheit 387  
 Ungleichbehandlung 233  
 Unklarheitenkontrolle 450ff.  
 unmittelbare Drittwirkung 116ff.  
 unmittelbare negative Abschlußkontrolle 238ff.  
 unmittelbare positive Abschlußkontrolle 225  
 Unterlassen 414ff., 436ff.  
 Unverzichtbarkeitslehre 138  
 Unzumutbarkeit 59, 475ff., 483  
 Usus modernus 24ff.
- venire contra factum proprium 406ff.  
 Verbandsklage 267f., 436ff.  
 Verbotsgesetz 238ff.  
 Verbraucher 459ff.  
 Verbraucherschutz 157, 162ff., 180ff., 459ff.  
 Verdingungsordnung für Bauleistungen 440  
 Verein 404  
 Verfassungsbeschwerde 79  
 verfassungskonforme Auslegung 122f.  
 verfassungsmäßige Ordnung 89ff., 94ff.  
 Verfassungsrecht 69ff.  
 Verfassungsschranken 89ff.  
 Verfügungsbefugnis 136ff.  
 Verhaltenskontrolle 304ff., 397ff.  
 Verhältnismäßigkeit 162f., 167, 471ff., 483  
 Verhältniswahl 532  
 Verhandlungsgleichgewicht 175  
 Verhandlungsgrundsatz 347  
 Verkehrssicherheit 52  
 Verkehrssitte 396f.  
 Vermögensanlage 404  
 Vermögensdisposition 343  
 Vermögenssorge 343ff.  
 Versicherbarkeit 442f.  
 Vertrag zugunsten Dritter 65f.  
 Vertragsbindung 50ff.  
 Vertragsfreiheit  
 – Angemessenheit 426ff., 541ff.  
 – Arbeitsrecht 487ff., 541ff.  
 – Begriff 43ff.  
 – Erscheinungsformen 53ff.  
 – Europarecht 148ff.  
 – flexibles System 205ff., 315ff., 470ff.  
 – Gemeinschaftsgrundrecht 160  
 – Generalklauseln 315ff., 470ff.  
 – Geschichte 13ff.  
 – Grundrechte 70ff.  
 – kompetentieller Charakter 92ff.  
 – Kontrolle 171ff.  
 – Mißbrauch 400ff.  
 – Modell 171ff.  
 – Privatrechtsordnung 46ff.  
 – Sittenwidrigkeit 368ff.  
 – Struktur 43ff.  
 – Treu und Glauben 392ff.  
 – Verfassungsrecht 69ff.  
 – Verfassungsschranken 89ff., 94ff.  
 – Verhältnismäßigkeit 471ff., 483  
 – Wertungspart 482ff.  
 – Zumutbarkeit 475ff., 483  
 Vertragsgegenstandskontrolle 266ff.  
 – Arbeitsrecht 283ff.  
 – Geschäftsverkehr 275ff.  
 Vertragsgerechtigkeit 223f., 322, 361ff., 458ff.  
 Vertragskontrollansätze 174ff., 205ff.  
 Vertragskontrolle 171ff., 205ff., 223ff.  
 Vertragsmodell 171ff., 205ff.  
 Vertragsrisiko 142f.  
 Vertragsschluß 261  
 Vertragsstrafe 431f.  
 Vertragstheorie 420f., 487f.  
 Vertrauensschutz 43ff., 52, 356ff.  
 – objektiver Tatbestand 356ff.  
 – Schutzwürdigkeit 360f.  
 – subjektiver Tatbestand 358f.  
 Vertrauenstheorie 420f.  
 Vertretungsmacht 380  
 Verweisung auf Tarifvertrag 284ff.  
 Verwirkung 409ff.  
 Verzinsung 386  
 Vestitur 22  
 Vollstreckung 344f.  
 Vorrangtheorie 526ff.  
 Vorteilsausgleich 438ff., 558ff.
- Wadiation 20f.  
 Wahl 532  
 Wahlordnung 532  
 Wahrscheinlichkeit 480  
 Wechsel 380  
 Weimarer Reichsverfassung 70  
 Weisung 563  
 Weiterbeschäftigungsanspruch 494

- Werkvertrag 252ff.
- Wertungsanalyse 205ff., 325ff., 470ff.
  - Elemente 336ff., 470ff.
  - Grundstruktur 325f.
  - Methode 205ff.
  - Maßstab 329
  - Vorgehensweise 326ff., 470ff.
- Wertungselemente 329ff., 336ff., 470ff.
  - Angemessenheit 426ff., 541ff.
  - Arbeitsrecht 487ff., 541ff.
  - Eigenverantwortung 350ff.
  - flexibles System 205ff., 315ff., 470ff.
  - Generalklauseln 315ff., 470ff.
  - Personenschutz 339ff.
  - Persönlichkeit 341ff.
  - Selbstbestimmung 346ff.
  - Sittenwidrigkeit 368ff.
  - soziale Gerechtigkeit 361ff.
  - Struktur 336ff., 470ff.
  - Treu und Glauben 392ff.
  - Verhältnismäßigkeit 471ff., 483
  - Vertrauens- und Verkehrsschutz 356ff.
  - Wertungspatt 482ff.
  - Zumutbarkeit 475ff., 483
- Wertungsjurisprudenz 317ff., 325ff.
- Wertungspatt 482ff.
- Wertungsrelation 481f.
- Wesensgehaltsgarantie 101, 103
- Wesentlichkeitstheorie 133
- Wettbewerbsbeschränkung 226ff.
- Wettbewerbsfreiheit 155f., 160, 226ff.
- Wettbewerbsverbot 557, 559ff.
- Widerrufsrecht 250ff.
- Willenserklärung 43ff., 408ff.
- Willensschwäche 387
- Wirtschaftsrisiko 562
- »Wissen-müssen«-Formel 276ff.
- Wucher 384ff.
  - auffälliges Mißverhältnis 385f.
  - Ausbeutungslage 386ff.
  - flexibles System 388f.
  - Verhältnis zur Sittenwidrigkeit 389f.
- Zeit 480
- Zins 386
- Zitiergebot 96
- Zumutbarkeit 59, 475ff., 483
- Zwangslage 387
- Zwangsvollstreckung 344f.
- Zwei-Ebenen-Modell 121ff.
- Zwei-Schranken-Lehre 526ff.
- zwingendes Recht 49ff.
- Zwölf-Tafel-Gesetz 14f.

# Jus Privatum

## Beiträge zum Privatrecht – Alphabetische Übersicht

- Assmann, Dorothea*: Die Vormerkung (§ 883 BGB). 1998. *Band 29*.
- Bayer, Walter*: Der Vertrag zugunsten Dritter. 1995. *Band 11*.
- Beater, Axel*: Nachahmen im Wettbewerb. 1995. *Band 10*.
- Beckmann, Roland Michael*: Nichtigkeit und Personenschutz. 1998. *Band 34*.
- Berger, Christian*: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen. 1998. *Band 25*.
- Berger, Klaus*: Der Aufrechnungsvertrag. 1996. *Band 20*.
- Bodewig, Theo*: Der Rückruf fehlerhafter Produkte. 1999. *Band 36*.
- Busche, Jan*: Privatautonomie und Kontrahierungszwang. 1999. *Band 40*.
- Braun, Johann*: Grundfragen der Abänderungsklage. 1994. *Band 4*.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Unternehmen in Sondervermögen. 1998. *Band 35*.
- Drexl, Josef*: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. 1998. *Band 31*.
- Eberl-Borges, Christina*: Die Erbauseinandersetzung. 2000. *Band 45*.
- Einsele, Dorothee*: Wertpapierrecht als Schuldrecht. 1995. *Band 8*.
- Ekkenga, Jens*: Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt. 1998. *Band 30*.
- Götting, Horst-Peter*: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. 1995. *Band 7*.
- Habersack, Mathias*: Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht. 1996. *Band 17*.
- Heermann, Peter W.*: Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte. 1998. *Band 24*.
- Heinrich, Christian*: Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. 2000. *Band 47*.
- Henssler, Martin*: Risiko als Vertragsgegenstand. 1994. *Band 6*.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*: Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung. 1995. *Band 12*.
- Hess, Burkhard*: Intertemporales Privatrecht. 1998. *Band 26*.
- Junker, Abbo*: Internationales Arbeitsrecht im Konzern. 1992. *Band 2*.
- Kaiser, Dagmar*: Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB. 2000. *Band 43*.
- Kindler, Peter*: Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht. 1996. *Band 16*.
- Kleindiek, Detlef*: Deliktshaftung und juristische Person. 1997. *Band 22*.
- Luttermann, Claus*: Unternehmen, Kapital und Genußrechte. 1998. *Band 32*.
- Looschelders, Dirk*: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht. 1999. *Band 38*.

- Lipp, Volker*: Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. 2000. *Band 42*.
- Möllers, Thomas M.J.*: Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. 1996. *Band 18*.
- Muscheler, Karlheinz*: Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung. 1994. *Band 5*.
- Oechsler, Jürgen*: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. 1997. *Band 21*.
- Oetker, Hartmut*: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. 1994. *Band 9*.
- Oppermann, Bernd H.*: Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß. 1993. *Band 3*.
- Peters, Frank*: Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb. 1991. *Band 1*.
- Raab, Thomas*: Austauschverträge mit Drittbeteiligung. 1999. *Band 41*.
- Reiff, Peter*: Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände. 1996. *Band 19*.
- Rohe, Mathias*: Netzverträge. 1998. *Band 23*.
- Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz von*: Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige. 1999. *Band 39*.
- Saenger, Ingo*: Einstweiliger Rechtsschutz und materielle rechtliche Selbsterfüllung. 1998. *Band 27*.
- Stadler, Astrid*: Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. 1996. *Band 15*.
- Taeger, Jürgen*: Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme. 1995. *Band 13*.
- Trunk, Alexander*: Internationales Insolvenzrecht. 1998. *Band 28*.
- Wagner, Gerhard*: Prozeßverträge. 1998. *Band 33*.
- Waltermann, Raimund*: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie. 1996. *Band 14*.
- Weber, Christoph*: Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht. 2000. *Band 44*.
- Wendehorst, Christiane*: Anspruch und Ausgleich. 1999. *Band 37*.

*Einen Gesamtkatalog erhalten Sie gern vom Verlag Mohr Siebeck,  
Postfach 2040, D-72010 Tübingen.*

*Aktuelle Informationen im Internet unter <http://www.mohr.de>*