

WALTER DORALT

Langzeitverträge

Jus Privatum

224

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 224



Walter Doralt

Langzeitverträge

Mohr Siebeck

Walter Doralt, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien und der Università Cattolica in Mailand; 2005 Promotion; Wiss. Mitarbeiter am MPI für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; University of Oxford/Institute of European and Comparative Law, St. Catherine's College (2007/2008); Visiting Professor, Università Luigi Bocconi, Mailand (2008/2009); Referent am MPI für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg (bis 2017); Lehrbeauftragter an der Bucerius Law School (seit 2013); Habilitation (Bucerius Law School, 2017); Lehrstuhlvertretungen an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und an der Universität Regensburg (2017/2018).
orcid.org/0000-0003-2535-1109

ISBN 978-3-16-155618-0 / eISBN 978-3-16-155619-7
DOI 10.1628/978-3-16-155619-7

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

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

41 b gewidmet

Vorwort

Das vorliegende Buch ist während meiner Zeit am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg entstanden, wo ich Mitarbeiter der Arbeitsgruppe von Professor Reinhard Zimmermann war. Es beruht auf meiner im Jahr 2016 abgeschlossenen Habilitationsschrift. Für die Erstellung der Gutachten im Rahmen des Habilitationsverfahrens danke ich herzlich den Professoren Reinhard Zimmermann, Dirk Looschelders und Karsten Thorn. Dankbar bin ich auch Professor Mehrdad Payandeh, der als Vorsitzender der Habilitationskommission das Verfahren transparent und freundlich geleitet hat. Der glückliche Abschluss des Habilitationsverfahrens an der Bucerius Law School im Juli 2017 und die unmittelbar danach erfolgte Überarbeitung des Manuskripts sind willkommene Anlässe, um zurück, ebenso wie nach vorne zu blicken. Wohl jede Habilitationsschrift ist mit Höhen und Tiefen verbunden: Neben die Glücksmomente neuer Einsichten treten auch immer wieder solche des Zweifels. Beide haben diese Arbeit gefördert, beide waren für mich, im Rückblick, bereichernd. Mit der Veröffentlichung ist nun die Hoffnung verbunden, einen Beitrag zur Fortentwicklung der angesprochenen Probleme zu leisten.

Dieses Buch und mein bisheriger Werdegang haben in einer Weise von dem einzigartigen Umfeld der Arbeitsgruppe Zimmermann am Max-Planck-Institut profitiert, wie es schwer in Worte zu fassen ist. Freiräume, Unterstützung und Ansporn wurden mir immer wieder großzügig gegeben. Dafür und für vieles mehr bin ich Reinhard Zimmermann sehr dankbar. Nicht selbstverständlich ist auch die kollegiale und teils freundschaftliche Atmosphäre zwischen den vielen, durchaus kompetitiven, jungen Wissenschaftlern.

Darüber hinaus danke ich dem Max-Planck-Institut für die finanzielle Unterstützung bei der Veröffentlichung; zu dieser haben auch Dr. Christian Eckl und Janina Jentz mit zahlreichen Hilfestellungen bei der Vorbereitung der Drucklegung beigetragen, ebenso wie bei den Korrekturen Martin Nachtweyh und in früheren Etappen noch Hanna Grade, Cara Warmuth, Tilman Koops, Lisa-Kristin Klapdor, Dirk Erdelkamp und Angelika Okotokro. Ihnen allen danke ich dafür sehr herzlich.

Inhaltlich haben mehrere glückliche Umstände meine Habilitationsschrift gefördert. Zu diesen zählt eine mehrere Jahre zurückliegende Entscheidung

der Direktoren des Max-Planck-Instituts, mich mit dem Frankreich-Referat zu betrauen. Der damit verbundene Sprung ins eiskalte Wasser der Gerichtsgutachten zum französischen Recht und die nähere Auseinandersetzung mit dieser Rechtsordnung sowie der Austausch mit französischen Kollegen haben mir rechtsvergleichende Arbeiten seitdem sehr erleichtert. Hilfreich für die Beschäftigung mit dem englischen Recht war ein Jahr als Mitarbeiter des Institute of European and Comparative Law der University of Oxford, das auch meine Neugierde für die Erkenntnisse benachbarter Disziplinen, insbesondere der ökonomischen Forschung, gefördert hat. Damit hängt eines der Anliegen dieses Buches unmittelbar zusammen, nämlich die Überwindung der unnötigen und leider oft schädlichen juristischen Selbstabschottung. Auf der Suche nach neuen Erkenntnissen kann der Blick über die Grenze der eigenen Rechtsordnung hinaus in eine andere ebenso bereichernd sein, wie der über die Grenzen des eigenen Fachs in eine benachbarte Disziplin. In diesem Zusammenhang war der häufige inhaltliche Austausch mit Professor Susanne Augenhöfer und Privatdozent Dr. Felix Steffek stets anregend und hilfreich.

Ohne die Bibliothek des Max-Planck-Instituts wäre dieses Buch so nicht entstanden. Dass neben den exzellenten Bibliotheksbeständen stets ein freundlicher und angenehmer Austausch mit den Bibliotheksmitarbeitern möglich war und das gesamte Team auf alle Fragen und Wünsche mit Geduld und Hilfsbereitschaft eingegangen ist, hat die Arbeit sehr erleichtert.

Erwähnen will ich an dieser Stelle noch meinen ersten akademischen Lehrer, Professor Helmut Koziol, von dem ich besonders in den ersten Jahren meiner wissenschaftlichen Arbeit vieles lernen durfte und der meine Neugierde für den juristischen Blick über die Grenzen geweckt und stets gefördert hat.

Der Leserkreis einer Habilitationsschrift ist üblicherweise nicht groß. Umso dankbarer bin ich für die Auszeichnung mit dem Kardinal-Innitzer-Förderungspreis 2017, der vielleicht die Rezeption in der Literatur fördern wird und jedenfalls eine große Ehre und Freude für mich ist.

Schließlich danke ich an dieser Stelle meiner Familie, die mir auf meinem bisherigen Weg Rückhalt und Freiheit in gleicher Weise gegeben hat.

Hamburg, im April 2018

Walter Doralt

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI

Einleitung und Überblick.....	1
-------------------------------	---

Erster Teil: Vom dauernden Schuldverhältnis zum Dauerschuldverhältnis – Kategorienbildung und Begrifflichkeit

I. Entwicklung des Systembegriffs.....	7
II. Rechtsvergleich.....	61
III. Zwischenergebnisse und Zusammenfassung.....	88

Zweiter Teil: Ökonomische Grundlagen

I. Erkenntnisinteresse.....	93
II. Ausgangspunkte und Entwicklung.....	100
III. Neue Institutionenökonomik.....	131
IV. Verhaltensökonomik.....	181
V. Folgen für die Rationalitätsannahme(n) und Nutzenmaximierung.....	202
VI. Methode und neue Methodenvielfalt.....	205
VII. Vertragliche Kooperation und erste Folgerungen für die rechtlichen Rahmenbedingungen.....	207

Dritter Teil: Zur gegenwärtigen Rechtslage

I. Überblick zum Gang der weiteren Untersuchung und Eingrenzung.....	213
II. Langzeitvertrag und Treupflicht.....	224
III. Zulässigkeit und Grenzen sehr langer und ewiger Vertragsverhältnisse.....	295

IV. Geschäftsgrundlage und veränderte Umstände	345
V. Kündigung aus wichtigem Grund	409
VI. Vertragsstrafe	446

Resümee

I. Zum ersten Teil	487
II. Zum zweiten Teil	489
III. Zum dritten Teil	491

Zusammenfassende Thesen

I. Treuepflichten	497
II. Zulässigkeit und Grenzen außerordentlich langer und ewiger Vertragsverhältnisse	503
III. Geschäftsgrundlage und veränderte Umstände	504
IV. Kündigung aus wichtigem Grund	507
V. Vertragsstrafe	509

Literaturverzeichnis	513
Sach- und Personenverzeichnis	547

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht	IX

Einleitung und Überblick.....	1
-------------------------------	---

Erster Teil: Vom dauernden Schuldverhältnis zum Dauerschuldverhältnis – Kategorienbildung und Begrifflichkeit

I. <i>Entwicklung des Systembegriffs</i>	7
1. Fehlen einer gesetzlichen Definition.....	7
2. Das Dauerschuldverhältnis und die Anfänge des BGB – historische Ausgangslage am Anfang des 20. Jahrhunderts	9
a) Vor dem BGB: <i>Friedrich Carl v. Savigny</i>	9
b) Zur Rolle der Wissenschaft am Anfang des 20. Jahrhunderts.....	11
c) Der Eingang in die Rechtsprechung und Kommentarliteratur	23
d) Die Fortentwicklung.....	25
aa) Definition und Abgrenzung im Überblick.....	26
bb) Der Eingang in das Gesetz (AGBG 1976).....	34
cc) Weiterentwicklung in der Literatur	37
dd) Vorarbeiten für die Schuldrechtsmodernisierung	38
ee) Habilitationsschriften.....	41
ff) Schuldrechtsmodernisierung und neuere Literatur	44
e) Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses in der Rechtsprechung	51
aa) Gebrauchsüberlassungsverträge.....	52
bb) Sukzessivlieferungsverträge, Versorgungsverträge, Bezugsverträge und Rahmenverträge.....	53
cc) Dienst- und Dienstleistungsverträge	54
dd) Unternehmerische Kooperationsverträge	56
ee) Vergesellschaftung	57
ff) Weitere dauernde Vertragsverhältnisse	57
gg) Abgrenzung	58
f) Verbleibende Unklarheit.....	60

II. Rechtsvergleich	61
1. Frankreich	61
a) Ausgangslage im Code civil	61
b) Systematisierung im Vertragsrecht heute	62
aa) Systematisierungsansätze der Lehre	62
bb) Gesetzliche Grundlagen	66
(i) <i>Bonne foi</i>	67
(ii) Die <i>cause</i> und ihr Wegfall im neuen Schuldrecht	67
(iii) <i>Imprévision</i>	70
(iv) <i>Nature du contrat</i>	71
c) Folgen für die Systematisierung	72
2. England	72
a) Fragen der Systembildung und Entwicklung im englischen Privat- und Vertragsrecht	72
b) Systembildung im englischen Vertragsrecht heute	79
c) Langzeitverträge und der Einfluss der Ökonomik	84
3. Restatements, Prinzipien und Einheitsrecht	86
a) UN-Kaufrecht (CISG) und PECL	86
b) UNIDROIT PICC	86
c) DCFR	88
III. Zwischenergebnisse und Zusammenfassung	88

Zweiter Teil: Ökonomische Grundlagen

I. Erkenntnisinteresse	93
II. Ausgangspunkte und Entwicklung	100
1. Individualismus und die Untersuchung menschlichen Handelns als Ausgangspunkte	100
2. Rationale Zielverwirklichung und Nutzen: Begriff, Messung, und Maximierung	101
a) <i>Adam Smith</i> und das Wohlwollen des Fleischers	101
b) Der Nutzenbegriff im Utilitarismus	103
c) Von der objektiven Messung des Nutzens zur Theorie des abnehmenden Grenznutzens	105
d) Pareto-Optimum und Kaldor/Hicks-Effizienz: Indikatoren für die Möglichkeit effizienter Vertragslösungen und Nachverhandlungen	106
e) Weitere Nutzenprobleme und <i>revealed preferences</i>	108
3. Erfindung der Spieltheorie	109
a) Gegenstand der spieltheoretischen Analyse	110

b) Annahmen und Einschränkungen.....	112
c) Kooperative Spiele und nichtkooperative Spiele.....	115
d) Weitere Einteilungen: Versteigerung und Ultimatumspiele.....	116
e) Nash-Gleichgewicht	117
f) Faktoren für rationale und irrationale Abweichungen vom Nash-Gleichgewicht	118
g) Altruistisches Verhalten und Nutzenmaximierung: Stets ein Widerspruch?	121
h) Unvollständige Information, <i>John Harsanyi</i> und das <i>Bayes'sche</i> Gleichgewicht	122
i) <i>Reinhard Selten</i> : Analyse der fehlerhaften Umsetzung und methodische Fortentwicklung	122
4. Zur Entstehung kooperativen Verhaltens	124
5. Spieltheorie und Vertrag.....	126
6. Entwicklungsetappen in der neoklassischen Ökonomik	127
a) Perfekter Wettbewerb, Risiko und Unsicherheit	127
b) Rationalität und Ausdehnung der ökonomischen Analyse in neue Gebiete.....	130
<i>III. Neue Institutionenökonomik</i>	131
1. Der Begriff der Transaktionskosten und <i>Ronald Coase</i>	134
a) Hierarchie statt Markt: Relative Effizienz der unternehmerischen Organisationsform	134
b) Externalitäten und Effizienz	136
c) Wirkung	140
2. Transaktionskosten bei <i>Oliver Williamson</i>	142
3. Verfügungsrechte	146
4. Prinzipal-Agent-Theorie und Informationsasymmetrien im Vertrag	149
5. Theorie sich selbst durchsetzender Verträge.....	151
6. Vollständiger und unvollständiger Vertrag	153
7. Theorie „relationaler“ Verträge: Der Vertrag als Beziehung.....	154
a) Vertragsbeziehung und Bildung außerrechtlicher Normen.....	156
b) Kooperatives Verhalten – nicht immer, aber im Zweifel.....	158
c) Die „fundamentale Transformation“ mit Vertragsschluss, vertragspezifische Investitionen und der Verlust von Handlungsspielräumen	162
d) Langzeitvertrag: Dauer, Unvollständigkeit und Risikoverteilung	164
aa) Faktoren für die Dauer des Langzeitvertrags.....	164
bb) Kategorien der Unvollständigkeit	165

cc) Eigeninteressen der Vertragsverfasser – Anreiz für den maßgefertigten Vertrag und eine Reduktion der Unvollständigkeit	167
dd) Motive der Parteien für die Unvollständigkeit des Langzeitvertrags	168
ee) Unvollständigkeit und Risikoverteilung im Langzeitvertrag	170
e) Welche Rolle spielt der Vertrag?	172
f) Netzwerke und Netzverträge als ergiebige Ergänzung?	178
<i>IV. Verhaltensökonomik</i>	181
1. <i>Satisficing</i> und <i>bounded rationality</i> an Stelle von <i>maximizing</i> und <i>rationality tout court</i>	181
2. Übergang zur modernen Verhaltensökonomik	184
3. Erkenntnisziele und Methode	187
4. Problembereiche und Forschungsfelder	188
a) Heuristik, <i>biases</i>	189
b) Entscheidungsabläufe und <i>framing</i>	190
c) <i>Sunk costs</i> – wie Vergangenes die Gegenwart und Zukunft prägt	191
d) Wie die Zukunft in der Gegenwart Verwirrung stiftet: Bewertung, Diskontierung und Präferenzenstabilität	192
e) Lerneffekte: Folgen für Langzeitverträge mit „repeat players“	196
f) Die Bedeutung von Fairness und altruistischem Verhalten	197
5. Erklärungen für irrationales Verhalten und der Brückenschlag zu Neuroeconomics	199
<i>V. Folgen für die Rationalitätsannahme(n) und Nutzenmaximierung</i>	202
<i>VI. Methode und neue Methodenvielfalt</i>	205
<i>VII. Vertragliche Kooperation und erste Folgerungen für die rechtlichen Rahmenbedingungen</i>	207

Dritter Teil: Zur gegenwärtigen Rechtslage

<i>I. Überblick zum Gang der weiteren Untersuchung und Eingrenzung</i>	213
1. Schwerpunktsetzung: Allgemeine Regelungen und geltendes deutsches Recht	213
2. Zum Arbeitsbegriff des Langzeitvertrags an Stelle des Dauerschuldverhältnisses	214
3. Keine „neue“ Systematisierung statt dem Dauerschuldverhältnis	215

4. Exemplarische Problemfelder des Langzeitvertrags als thematische Schwerpunkte	215
5. Ziele und Grenzen des Vertragsrechts für Langzeitverträge	216
6. Vertragsgestaltung	220
a) Klarheit soweit möglich, Anhaltspunkte für die spätere Auslegung und ergänzende Auslegung	220
b) Informationsverteilung und Informationszugang	221
c) Risikoverteilung, Vertragsstrafe und Lösungsmöglichkeiten – Stabilisierung und Flexibilisierung	222
d) Vorsorge zur Vermeidung, Deeskalation und Lösung von Konflikten	222
II. <i>Langzeitvertrag und Treuepflicht</i>	224
1. Treuepflichten als Vertragstreue – gesteigerte Bedeutung im Langzeitvertrag?	224
2. Aktive Pflichten als Folge der Vertragstreue	229
a) Informationspflichten	229
aa) Gesteigerte vorvertragliche Informations- oder Aufklärungspflichten für Langzeitverträge?	229
bb) Gesteigerte Informationspflichten während des Langzeitvertrags generell?	236
cc) Rechnungslegungspflicht als Ausdruck der Treuepflicht im Langzeitvertrag	240
(i) Grundsatz	240
(ii) Interessenabwägung	241
(iii) Lösung bei kollidierenden Interessen	243
b) Vertragsbindung und Leistungstreue: Erfüllung, Rücksichtnahme- und andere Nebenpflichten	246
c) Unangemessene Benachteiligung entgegen Treu und Glauben in AGB	251
d) Nachwirkende Pflichten	257
3. Zum Problem der Verwirkung	259
a) Einordnung: Verwirkung als eine Folge oder ein Fall widersprüchlichen Verhaltens?	259
b) Zusammenhang mit der Verjährung	261
c) Voraussetzungen der Verwirkung	262
d) Zur Einordnung der Verwirkung – Rechtsgeschäft oder § 242 BGB?	265
aa) Das Problem des Erklärungsbewusstseins und die Folge der Irrtumsanfechtung	267
bb) Spannungsverhältnis zum Erlass nach § 397 BGB	268

cc) Folgen der rechtsgeschäftlichen Einordnung für die Systematisierung.....	271
e) Verwirkung und das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund	273
aa) Fristlose Kündigung und kurze Frist zur Kündigung, § 314 Abs. 1 und 3 BGB.....	273
bb) Verwirkung bei der Kündigung und Unzumutbarkeit der Kündigungsfrist?	273
cc) Verwirkung nach § 314 Abs. 3 BGB und die angemessene Frist für das Aussprechen der Kündigung	276
4. Sind Treuepflichten und das Gebot von Treu und Glauben dispositiv?	280
a) Ausgangspunkt: Privatautonomie und zwingendes Recht	280
b) Kriterien einer erhöhten Begründungslast	282
aa) Fehlende gesetzgeberische Entscheidung über den zwingenden Charakter	282
bb) Fehlen einer spezifischen gesetzlichen Grundlage und Flucht in die Generalklausel	283
c) Befund für das Gebot von Treu und Glauben.....	283
d) § 138 BGB als positivrechtliche Grenze der Abdingbarkeit von Treu und Glauben	284
e) Treu und Glauben und gesellschaftsrechtliche Treuepflichten	284
f) Abgrenzung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten zum Vertragsrecht	290
g) Ergebnisse für die Grenzen der Disponibilität von Treu und Glauben im Langzeitvertrag	291
5. Zwischenergebnisse.....	294
<i>III. Zulässigkeit und Grenzen sehr langer und ewiger Vertragsverhältnisse.....</i>	<i>295</i>
1. Zwingende Grenzen der Bindungsdauer?	295
2. Ausdrückliche gesetzliche Grenzen der vertraglichen Bindungsdauer – eine Bestandsaufnahme	299
a) Miete und Pacht.....	299
b) Leihe	300
c) Energielieferung: Fernwärme	302
d) Darlehen.....	305
e) Allgemeine Zweijahresfrist in § 309 Nr. 9 lit. a BGB	306
f) Dienstverhältnisse	306
g) Handelsvertreter	309
h) Telekommunikationsdienstleistungen	311

3.	Flexiblere Ansätze in der Rechtsprechung: Rolle und Grenzen gerichtlicher Eingriffsmöglichkeiten bei überlanger Dauer.....	311
	a) Bierbezug	313
	b) Weitere Beispiele	315
	aa) Automatenaufstellvertrag.....	315
	bb) Tankstellen	317
	cc) Breitbandkabelvertrag und Amortisationsdauer	318
	dd) Wäschereivertrag und Ausschluss der ordentlichen Kündigung.....	318
	ee) Wettbewerbsverbot.....	318
4.	Umgekehrte Fragestellung beim Gebot der Mindestdauer – ein weiterer Beitrag zum besseren Verständnis der Höchstdauer.....	319
	a) Franchising.....	319
	b) Vertragshändler	320
	c) Unzulässige Unterschreitung gesetzlich zwingend gestellter Mindestdauer als Problem der Vertragsdauer?.....	320
5.	Beispiele außerordentlich langer oder ewiger vertraglicher Bindung in der Rechtswirklichkeit	321
	a) Erbbaurecht	321
	b) Langlaufende und ewige Schuldverschreibungen.....	323
	c) Leibrente	328
	d) Gemeinschaft.....	328
	e) Gesellschaft	329
	f) Unterlassungsansprüche, Verschwiegenheitspflicht	329
6.	Verallgemeinerungsfähige Wertungen.....	330
	a) Persönliche Freiheit	333
	b) Wirtschaftliche Bewegungsfreiheit	334
	c) Allgemeine Interessen, insbesondere Schutz des Wettbewerbs und des Marktes als institutioneller Freiheitsgarantie, Drittinteressen	336
	d) Paternalistischer Schutz vor langen Bindungen wegen kognitiver Grenzen	338
7.	Rechtsvergleich	339
	a) Frankreich	339
	b) England	341
8.	Zwischenergebnis: Keine allgemeine, ungeschriebene, zwingende Grenze der Vertragsdauer	342
<i>IV.</i>	<i>Geschäftsgrundlage und veränderte Umstände.....</i>	<i>345</i>
1.	Schwerpunktsetzung.....	345
2.	Unmöglichkeit als verwandtes Problem.....	349

3.	Geschäftsgrundlage als Problem der Vertragsinterpretation und Risikoverteilung – Parallelität rechtlicher und ökonomischer Ansätze.....	350
a)	Wesentlich veränderte Umstände, Risikoverteilung und Leistungsfähigkeit	350
b)	<i>Ex ante</i> -Perspektive	352
c)	Vertragliche Vorsorgen und Transaktionskosten.....	353
d)	Wegfall der Geschäftsgrundlage – Lücke im Vertrag.....	356
e)	Nicht bloß vorübergehende Störung	359
f)	Verhältnis vertraglicher und gesetzlicher Lösungsebenen.....	360
4.	Beispiele der gesetzlichen Risikoverteilung im besonderen Vertragsrecht.....	361
5.	Abgrenzung zum Irrtumsrecht?	363
6.	Probleme und Beispiele richterlicher und gesetzlicher Vertragsanpassungen	363
a)	Erbbaurechtsvertrag.....	363
b)	Wohnraummietrecht und die Anpassung an veränderte Marktverhältnisse	366
c)	Vertragshilfe.....	369
7.	Risikoverteilung, vertragliche Vorsorge für Veränderungen des Geldwerts und die Problematik des Preisklauselgesetzes.....	370
8.	Äquivalenzstörung und Unzumutbarkeit.....	375
a)	Unzumutbarkeit unter Berücksichtigung aller Umstände	375
b)	Kostenexplosion oder verringerter Nutzen der Leistung als Merkmale typischer Fälle	376
c)	Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit: Differenzierte Betrachtung zur Opfergrenze im Langzeitvertrag	376
d)	Äquivalenzstörung bei unerwartet positiven Veränderungen: Wegfall der Geschäftsgrundlage und Zufallsgewinn.....	378
9.	Zum Streitpunkt der Nachverhandlungspflichten nach § 313 BGB	381
10.	Zu Rücktritt und Kündigung als Rechtsfolgen nach § 313 Abs. 3 BGB	387
a)	<i>Ex tunc</i> - und <i>ex nunc</i> -Wirkung – Orientierung am unscharfen Begriff des Dauerschuldverhältnisses?	387
b)	Verhältnis von § 313 Abs. 3 BGB zu § 314 BGB	388
11.	Rechtsvergleich	389
a)	Frankreich: Eine Kehrtwende im neuen Art. 1195 Code civil	389
b)	England: <i>Frustration</i>	392
c)	Art. 6:111 PECL.....	393
d)	DCFR	394
e)	UNIDROIT PICC.....	394
12.	Ökonomische Aspekte.....	395

a) Geschäftsgrundlage und ihr Wegfall.....	395
b) Vertragsanpassung: Nachverhandlung oder gerichtliche Anpassung?	400
13. Zwischenergebnisse.....	407
<i>V. Kündigung aus wichtigem Grund</i>	<i>409</i>
1. Schwerpunktsetzung.....	409
2. Zusammenhang zum Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	409
3. Ordentliche und außerordentliche Kündigung – Raum und Grenzen der Parteiendisposition	410
4. § 314 Abs. 1 S. 1 BGB – „Dauerschuldverhältnisse“.....	412
5. Zentrale Regelungskriterien in § 314 BGB: Wichtiger Grund und Unzumutbarkeit.....	413
6. Vertragstypus und vertragliche Risikoverteilung als weitere Kriterien.....	414
7. Fallgruppen der Kündigung aus wichtigem Grund.....	416
a) Leistungsstörungen.....	416
b) Verlorenes und zerstörtes Vertrauen.....	419
c) Sonstige Fälle.....	422
8. Erfordernis der Abmahnung: Vertragstreue und Vorrang des Vertragserhalts	422
9. Kündigung nur binnen angemessener Frist ab Kenntnis des Kündigungsgrunds.....	423
10. Außerordentliche Kündigung stets fristlos?.....	424
11. Grundsatz der Vermeidung der Rückabwicklung – Charakteristikum des Dauerschuldverhältnisses?.....	426
a) Vermeidung der Rückabwicklung nur im Dauerschuldverhältnis?.....	426
b) Rückführung auf den Vertrag	428
c) Folgen für die Abmahnung	429
12. Aspekte der Vertragsgestaltung.....	430
a) Lange Bindungsdauer, einseitige Bindung und AGB.....	430
b) Kündigungsparadox: Stabilisierung und Destabilisierung durch Ausschluss der ordentlichen Kündigung	433
13. Rechtsvergleich.....	434
a) Frankreich	434
b) England	437
c) PECL und DCFR.....	438
d) UNIDROIT PICC.....	440
14. Zwischenergebnisse.....	444

VI. Vertragsstrafe.....	446
1. Rechtslage nach BGB und HGB.....	446
a) Funktionen und Formen der Vertragsstrafe.....	446
b) „Unverhältnismäßig“: § 343 Abs. 1 BGB.....	448
c) Relevanter Zeitpunkt der Unverhältnismäßigkeit.....	450
d) Anspruch auf Herabsetzung als Folge der Unverhältnismäßigkeit der Vertragsstrafe – richterliche Moderation.....	453
e) Handelsrecht.....	454
f) Unverhältnismäßige Vertragsstrafe und Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	454
g) Weitere gesetzliche Schranken.....	458
aa) § 309 Nr. 5 und 6 BGB – Schadenspauschalierung und Vertragsstrafe im Verbrauchervertrag.....	458
bb) § 242 BGB.....	460
cc) § 138 BGB.....	461
dd) Sonderregelungen.....	462
ee) Verhältnis zu §§ 313 f. BGB.....	463
2. Rechtsvergleich.....	464
a) Frankreich.....	464
b) England.....	466
c) Rechtsvereinheitlichung.....	468
3. Ökonomische Argumente.....	470
a) Argumente gegen die freie Vereinbarung von Vertragsstrafen.....	471
b) Argumente für die Zulässigkeit der Vertragsstrafe.....	473
aa) Risiko der Verleitung zum Vertragsbruch: Grund für ein Verbot der Vertragsstrafe?.....	473
bb) Widersprüchlichkeit des efficient breach-Arguments.....	474
(i) <i>Efficient breach</i> , Vertragsstrafe und Effizienz.....	474
(ii) <i>Efficient breach</i> und die Problematik der undercompensation des Gläubigers.....	476
cc) Steigerung der Insolvenzhäufigkeit durch die Zulässigkeit hoher Vertragsstrafen?.....	477
dd) Vertragsstrafe als Risiko: Einschätzung und Beherrschbarkeit.....	477
ee) Mögliche Effizienzgewinne durch die Vertragsstrafe.....	478
c) Ergebnisse für die Zulässigkeit und gerechtfertigte Grenzen der Vertragsstrafe aus ökonomischer Sicht.....	481
4. Zwischenergebnisse.....	483

Resümee

<i>I. Zum ersten Teil</i>	487
<i>II. Zum zweiten Teil</i>	489
<i>III. Zum dritten Teil</i>	491
1. Arbeitsbegriff des Langzeitvertrags.....	491
2. Verzicht auf einen Systembegriff und Verzichtbarkeit des Dauerschuldverhältnisses	492
3. Problembereiche.....	493

Zusammenfassende Thesen

<i>I. Treuepflichten</i>	497
1. Aktive Treuepflichten: Leistungstreue, Informationspflichten und Informationszugang	497
2. Verwirkung	499
3. Möglichkeit und Grenzen der Abdingbarkeit von Treuepflichten	502
<i>II. Zulässigkeit und Grenzen außerordentlich langer und ewiger Vertragsverhältnisse</i>	503
<i>III. Geschäftsgrundlage und veränderte Umstände</i>	504
<i>IV. Kündigung aus wichtigem Grund</i>	507
<i>V. Vertragsstrafe</i>	509
Literaturverzeichnis.....	513
Sach- und Personenverzeichnis.....	547

Einleitung und Überblick

Ein einfacher Blick auf die Titel vorhandener Monographien und die reichhaltige Literatur zum Vertragsrecht von der Zeit des Inkrafttretens des BGB bis heute deutet auf eine herausragende Bedeutung des Kaufrechts hin. So wird dem BGB im Vertragsrecht oft eine Prägung durch das Kaufrecht nachgesagt.¹ Bei der Rechtsentwicklung stand das Kaufrecht jedenfalls im internationalen Kontext meist im Vordergrund: Ausgehend von *Ernst Rabels* „Recht des Warenkaufs“² kam es zu immer neuen Bemühungen um eine internationale Regelungsgrundlage für den Kaufvertrag. Über mehrere Zwischenstufen³ mündete dies schließlich im Jahr 1980 im UN-Kaufrecht.⁴ Dieses hat seinerseits wiederum die Rechtsvergleichung belebt und eine Fülle rechtsvergleichender Studien befördert, deren Aufmerksamkeit auf den Warenkauf gerichtet war. Weitere Meilensteine der Entwicklung lassen sich anführen. So ist für die USA der *Uniform Commercial Code* (UCC) zu nennen, der zwar über das Kaufrecht hinaus reicht,⁵ dessen Herzstück aber gewiss die Rege-

¹ In diese Richtung bereits *Otto v. Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 64 (= 2. Folge, Band 28) [1914], 355–411, insbesondere 410 f.; s. auch *Frank Peters*, Das geplante Werkvertragsrecht I, in: *Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann* (Hg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, 277–302, 278 m. w. N.; *Ralf Michaels*, in: *HKK-BGB*, vor § 241, Rn. 17: „Der Kauf steht als Prototyp der Schuldverhältnisse am Anfang.“

² *Ernst Rabel*, *Das Recht des Warenkaufs*, Eine rechtsvergleichende Darstellung, Band I, 1936, Band II, 1958.

³ Zu nennen ist insbesondere das Haager Kaufrechtsübereinkommen, 1.7.1964.

⁴ UN-Kaufrecht, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 11.4.1980 (in Kraft getreten am 1.1.1988). Für Deutschland s. *BGBI.* 1989 II 588. Zur Geschichte und den Entwicklungsetappen s. *Peter Schlechtriem*, Bemerkungen zur Geschichte des Einheitskaufrechts, in: *Peter Schlechtriem* (Hg.), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, 1987, 27–36 (online abrufbar unter <http://25.cisg.info/content/publikation.php?id=8>).

⁵ Der *Uniform Commercial Code* (UCC) wurde vom *American Law Institute* und der *Uniform Law Commission* gemeinsam vorbereitet und 1952 veröffentlicht, seitdem aber mehrfach überarbeitet. Entgegen verbreiteter Annahme wird der Harmonisierungseffekt des UCC aber nur indirekt und dabei nicht vollständig erzielt, weil die Gesetzgeber der einzelnen US-Bundesstaaten den UCC nicht übernehmen müssen und Modifikationen nicht ausgeschlossen sind. Dennoch ist der UCC insgesamt ein erfolgreiches Instrument, mit dem der Handelskauf immerhin weitgehend harmonisiert werden konnte. S. zum UCC

lungen zum Handelskauf bilden (Art. 2 UCC). Für England ist der *Sale of Goods Act 1979* zu nennen, der weit über den früheren *Sale of Goods Act 1893* hinausgeht.⁶ Auch aus der Wissenschaft kamen immer wieder neue Impulse, teilweise ganze Regelungsmodelle, wie etwa die *Principles of European Contract Law* (PECL).⁷ Zwar beschränken sich die PECL auf das allgemeine Vertragsrecht, doch ihre Orientierung am grenzüberschreitenden Handel⁸ legt eine kaufrechtliche Prägung nahe.⁹ Die mehrfach überarbeiteten UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (PICC)¹⁰ waren ursprünglich am Handelskauf ausgerichtet; im Jahr 2016 wurde diese Ausrichtung im Rahmen einer Überarbeitung durch Ergänzungen für *long term contracts* allerdings erheblich verändert.¹¹ Manche Etappen der europäischen Harmonisierung durch Richtlinien betrafen ebenfalls das Gebiet des Kaufrechts,¹² doch können für die Europäisierung gewiss auch zahlreiche Beispiele von Regelungen in anderen Rechtsgebieten gefunden werden. Die besondere Fokussierung auf das Kaufrecht war schließlich bei den Plänen für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (*Common European Sales Law*, CESL)¹³ der Europäischen Kommission erkennbar, ein Vorhaben, das mittlerweile allerdings wieder aufgegeben wurde.¹⁴

etwa die Hinweise auf der Website des *American Law Institute* (<http://www.ali.org>) und der *Uniform Law Commission* (<http://www.uniformlaws.org>).

⁶ *Sale of Goods Act*, 1979 c. 54. Für den Handelskauf bildet dieses Gesetz weiterhin die zentrale Regelungsgrundlage; für Verbrauchergeschäfte s. hingegen den *Consumer Rights Act 2015*, 2015 c. 15.

⁷ *Ole Lando/Hugh Beale* (Hg.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, 2000; *Ole Lando/André Prüm/Eric Clive/Reinhard Zimmermann* (Hg.), *Principles of European Contract Law*, Part III, 2003.

⁸ S. dazu nur die Einleitung von *Lando/Beale*, *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, S. xxi und die Hinweise dort zu den Zielen der PECL, an deren erster Stelle der Bezug zum grenzüberschreitenden Handel in Europa steht („Facilitation of Cross-Border Trade Within Europe“).

⁹ Das Vertragsrecht der PECL ist im späteren DCFR in weiten Teilen aufgegangen; der DCFR beschränkt sich als Regelungsmodell jedoch nicht auf das Vertragsrecht. S. *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, *Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke/Hugh Beale/Johnny Herre/Jérôme Huet/Matthias Storme/Stephen Swann/Paul Varul/Anna Veneziano/Fryderyk Zoll*, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, 2009.

¹⁰ *International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT* (Hg.), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2010.

¹¹ PICC Working Group on Long-Term Contracts, Second session, UNIDROIT 2016, Study L – Misc. 32, Januar 2016, Report, Rn. 8; s. darin in Annex 3, Notion of “long-term contracts”, Study L – Doc. 128, September 2015 mit den Entwürfen von *Michael Joachim Bonell* und *Neil Cohen*. Dazu näher auf S. 86 f.

¹² Zu denken ist etwa an die durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ausgelöste Flut an Publikationen in ganz Europa.

Seit Jahrzehnten haben diese Entwicklungen die Rechtsvergleichung in Europa und darüber hinaus belebt. Sie haben außerdem zur Annäherung an die Praxis beigetragen, weil sich in manchen Bereichen die rechtsvergleichenden Bezüge aufdrängten. Das gilt etwa für das UN-Kaufrecht. Vielfach war damit aber gleichzeitig eine Bündelung der Ressourcen auf das Kaufrecht verbunden. Denn im Verlauf der vergangenen 100 Jahre standen zahlreiche der großen Entwicklungen des Privatrechts, jedenfalls des Bürgerlichen Rechts, in einem unmittelbaren Bezug zum Kaufrecht. Das 20. Jahrhundert kann insoweit für das Bürgerliche Recht als ein Jahrhundert des Kaufrechts bezeichnet werden.

Verträge, die auf Dauer angelegt sind, hatten dagegen eher eine auf die Praxis beschränkte Aufmerksamkeit erfahren.¹⁵ Der sofort erfüllte Barkauf ist in der Rechtswirklichkeit gewiss eine der wichtigen und häufigen Transaktionsformen, daneben stehen aber zahlreiche Vertragsformen, bei denen eine längere Zusammenarbeit geplant ist. Gedacht werden kann beispielhaft an längere Werkverträge, Miet- und Pachtverträge, Bezugsverträge, Versicherungsverträge, Arbeits- und Dienstleistungsverträge, Verlagsverträge, Abonnements, Kooperationsvereinbarungen, Joint Ventures, Franchising, Lizenzvereinbarungen sowie die Vergesellschaftung.

Diese Arbeit befasst sich mit einigen Problemen langfristiger Verträge. Mit einer langen Vertragsdauer entstehen Herausforderungen, die typischerweise nicht (oder zumindest seltener) in kurzfristigen Vertragsbeziehungen auftreten. Ein Aspekt ist die Ungewissheit über zukünftige Entwicklungen. Mit zunehmender Dauer sind relevante Einflüsse von „außerhalb“ des Vertragsverhältnisses zu erwarten. Gleichzeitig kann im Lauf der Jahre von „innen“ ein Bedürfnis für Anpassungen und Veränderungen entstehen. Anlässe dafür können sich aus geplanten oder bereits getätigten Investitionen ergeben, aus der Bildung oder Erschütterung von Vertrauen, aus Verträgen und ihren

¹³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, 11.10.2011, KOM(2011) 635 endgültig, 2011/0284 (COD).

¹⁴ Zum CESL erschien eine Flut von Publikationen, darunter sogar mehrere Kommentare zum Regelungsentwurf. Selbst wenn das Projekt nie wieder aufgegriffen würde, wäre ihm immerhin der Rang des wohl bestkommentierten Gesetzesentwurfs aller Zeiten gesichert.

¹⁵ Eine jüngere Ausnahme bildet der Sammelband von *Luca Nogler/Udo Reifner* (Hg.), *Life Time Contracts, Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, 2014; wie der Untertitel deutlich macht, wird der Fokus allerdings auf wenige und dabei auch besondere Vertragsverhältnisse gerichtet (das innere Titelblatt führt neben anderssprachigen Begriffen auch das „soziale Dauerschuldverhältnis“ als Untertitel an). Eine weitere Ausnahme, mit rechtsvergleichendem Fokus (deutsches und russisches Recht sowie skandinavische Rechtsordnungen), ist die Arbeit von *Soili Nystén-Haarala*, *The Long-Term Contract, Contract Law and Contracting*, 1998.

Ergänzungen oder aus der Veränderung und Fortentwicklung der Leistungen, um nur einige der möglichen Faktoren zu benennen.

Bei Verträgen, die auf Dauer angelegt sind, denken deutschsprachige Juristen zuerst an das Dauerschuldverhältnis als übergeordnete Kategorie. Die Konturen dieses Begriffs sind aber unscharf und nicht nur in Randbereichen ist die Abgrenzung bis heute vielfach zweifelhaft. Zumindest besteht kein Konsens über eine allgemein akzeptierte Definition. Das liegt zum Teil daran, dass die Systematisierung mit dem Begriff des Dauerschuldverhältnisses von den Vertragstypen, wie sie im BGB angelegt sind, geprägt ist. Nimmt man stattdessen die konkreten Probleme der Dauer des Vertragsverhältnisses in das Blickfeld, muss die Systematisierung hingegen relativiert werden. Da die Systematisierung und Terminologie nicht bloß um ihrer Ästhetik willen Bedeutung haben, sondern im geltenden Recht mit Rechtsfolgen verbunden sind, wird hier zuerst die deutsche Entwicklung und die Herausbildung des Begriffs des Dauerschuldverhältnisses untersucht (Erster Teil). Ziel ist dabei nicht die Entwicklung eines neuen Systembegriffs an Stelle des Dauerschuldverhältnisses, sondern die Einordnung und kritische Würdigung des vorhandenen Standes der Diskussion. Rechtsvergleichende Bezüge zur französischen und englischen Systematisierung sowie zu den internationalen Modellregelungen sollen dabei helfen, die deutsche Dogmatik der Dauerschuldverhältnisse auf den Prüfstand zu stellen. Zum Teil ergibt sich dabei der Befund einer Systembildung, die sich in einer Eigendynamik etabliert hat, bei der jedoch nicht immer geklärt ist, welche Probleme mit einer gemeinsamen Lösung erfasst werden sollten.

Anschließend werden die ökonomischen Grundlagen und Entwicklungsstränge mit Bezug zu lange dauernden Vertragsverhältnissen beleuchtet (Zweiter Teil).

Darauf aufbauend sollen in einem weiteren Teil einige spezifische Probleme lange dauernder Verträge untersucht werden (Dritter Teil). Der Schwerpunkt dieses Teils liegt im geltenden deutschen Recht, wobei Gestaltungsfragen an einigen Stellen berücksichtigt werden. Rechtsvergleichende Bezüge zum französischen und englischen Recht sowie zu internationalen Regelungsmodellen kommen hinzu, wo dies als Kontrast oder wegen bedeutsamer, jüngerer Entwicklungen im Vergleich von besonderem Interesse ist. Inhaltlich geht es in dieser Arbeit nicht um einen bestimmten Vertragstypus oder um ein bestimmtes Sonderprivatrechtsgebiet, sondern vorrangig um Fragen des allgemeinen Vertragsrechts. Wo nichts anderes ausdrücklich angesprochen wird, geht die Untersuchung vom Vertragsverhältnis zwischen zwei Parteien aus. Mit Blick auf den Befund der nicht restlos gelungenen Konturierung des Dauerschuldverhältnisses (Erster Teil) und zur Vermeidung von Missverständnissen wird dabei der Begriff des Langzeitvertrags verwendet, der in der ökonomischen Literatur geläufig ist, hier aber vor allem als Abgrenzung gegenüber dem Begriff Dauerschuldverhältnis benutzt wird (näher

dazu auf S. 214). Anders als im Hinblick auf die gesetzlichen Regelungen des BGB vielleicht vermutet werden könnte, hat die gesetzliche Systematisierung auf die Ergebnisse nicht immer großen Einfluss. Korrekturen der gesetzlichen Einteilung im Interesse angemessener Lösungen relativieren die Systematisierung oft erheblich. Folglich dürfte aus praktischer Sicht kaum ein Bedarf für eine neue Systematisierung bestehen. Das ist ein Grund dafür, eine solche nicht zum Gegenstand dieser Arbeit zu machen. Hingegen sollen fünf konkrete Problembereiche näher untersucht werden, die typischerweise für Verträge von langer Dauer eine besondere Relevanz haben. Dabei wird die gegenwärtige Rechtslage auf den Prüfstand gestellt und, wo diese unbefriedigend erscheint, eine Suche nach angemessenen Lösungen auf Grundlage des geltenden Rechts unternommen. Häufig kann dabei die Rückführung spezifischer Fragestellungen auf das allgemeine Schuldrecht entscheidend zur Lösung beitragen. Nur zu wenigen Punkten werden Vorschläge zur Änderung der Rechtslage *de lege ferenda* erarbeitet. Die fünf Problemfelder, die für diese Analyse in den Mittelpunkt gestellt werden, sind die folgenden:

Treuepflichten im Langzeitvertrag: Dabei ist zuerst der Frage nachzugehen, ob Treuepflichten im Langzeitvertrag prinzipiell gesteigert sind, um danach einige Aspekte vertraglicher Informationspflichten zu untersuchen. Im Anschluss ist die Rolle der Verwirkung im Langzeitvertrag zu beleuchten, bevor schließlich darauf eingegangen wird, ob das Gebot von Treu und Glauben der Parteiendisposition unterliegt.

Als zweiter Punkt sollen Zulässigkeit und Grenzen sehr langer und ewiger Vertragsverhältnisse untersucht werden. Wo liegen die zeitlichen Grenzen langfristiger vertraglicher Bindungen? Wie haben sich die aktuellen Grenzen herausgebildet und nach welchen Kriterien bestimmen sie sich? Lässt sich ein gemeinsamer Kern erkennen? Dabei soll wiederum, neben dem deutschen Recht, ein rechtsvergleichender Bezug zum englischen und französischen Recht hergestellt werden.

Drittens wird Fragen der Geschäftsgrundlage und veränderter Umstände nachgegangen. Die Analyse des deutschen Rechts geht dabei auf die Risikoverteilung und die vertragliche Gestaltung sowie deren Zusammenhang zum Wegfall der Geschäftsgrundlage ein. Anpassung und mögliche Anpassungsmechanismen in langfristigen Verträgen werden näher betrachtet, insbesondere gesetzliche Anpassungsmechanismen für besondere Vertragstypen, vertraglich vereinbarte Anpassungen und die ihnen im Wege stehenden rechtlichen Grenzen (etwa bei der Indexierung). Außerdem wird die Rechtsprechung zur Nachverhandlungspflicht behandelt. Rechtsvergleichende Hinweise berücksichtigen insbesondere die grundlegend reformierte und damit noch ganz neue französische Rechtslage. Schließlich wird in diesem Punkt auf einige Argumente aus der ökonomischen Analyse eingegangen.

Im Anschluss daran werden die Probleme der Kündigung aus wichtigem Grund untersucht. Der Bezug zur ordentlichen Kündigung und deren Gestal-

tungsfragen sowie zu den Grenzen der Gestaltung wird berücksichtigt, wo sich daraus – teils unerwartete – Auswirkungen auf die außerordentliche Kündigung ergeben. Behandelt wird im Zusammenhang mit der Kündigung aus wichtigem Grund auch das Problem der Rückabwicklung gescheiterter Verträge. Rechtsvergleichend betrachtet werden neben dem französischen und englischen Recht die internationalen Prinzipienwerke, insbesondere die ursprünglich für das Jahr 2016 geplante Neufassung der UNIDROIT PICC. Auf dieser Grundlage soll für die deutsche Rechtslage untersucht werden, ob die Ausgestaltung von Sonderregelungen zur Beendigung langfristiger Verträge gelungen ist, ob eigene Regelungen für die Beendigung erforderlich sind und inwieweit die vorhandene Gesetzeslage als *law on the books* von der Rechtswirklichkeit der Rechtsprechung (und Literatur) abweicht.

Der fünfte und letzte Unterpunkt wirft ein Schlaglicht auf die Vertragsstrafe, weil ihr als Gestaltungsinstrument in lange dauernden Vertragsverhältnissen eine herausragende Bedeutung zukommen kann. Das ist etwa dann der Fall, wenn für eine Vertragspartei am Anfang des Vertragsverhältnisses erheblicher Investitionsbedarf besteht und beide Parteien ihre Leistungen und Leistungsbereitschaft durch entsprechende Anreize in Form von Vertragsstrafen einerseits signalisieren, andererseits absichern wollen. Die Analyse zum deutschen Recht wird durch rechtsvergleichende Hinweise, dabei insbesondere zur kürzlich radikal veränderten englischen Rechtslage, ergänzt. Näher wird dabei wiederum auf ökonomische Argumente eingegangen, weil sich auf deren Grundlage Fragen der Bewertung des geltenden Rechts stellen.

Es folgt danach für die drei Teile dieser Arbeit ein Resümee und schließlich werden die Ergebnisse in Thesenform zusammengefasst.

Erster Teil

Vom dauernden Schuldverhältnis zum Dauerschuldverhältnis – Kategorienbildung und Begrifflichkeit

I. Entwicklung des Systembegriffs

1. Fehlen einer gesetzlichen Definition

Das BGB enthielt von Anfang an keine Definition des Begriffs Dauerschuldverhältnis, woran sich bis heute nichts geändert hat. Verwendet wird der Begriff vom Gesetzgeber mittlerweile etwa im AGB-Recht (§ 308 Nr. 3 BGB, § 309 Nr. 1 sowie Nr. 9 BGB), in §§ 313 f. BGB oder außerhalb des Bürgerlichen Rechts im Insolvenzrecht (§ 55 Abs. 2 S. 2 InsO, § 209 InsO). In allen Fällen sucht man vergebens nach einer Legaldefinition – der Gesetzgeber hat diese bewusst nicht vorgenommen.¹

Im Schrifttum wird bereits auf den ersten Blick deutlich, dass sich kein allgemein akzeptierter Konsens herausgebildet hat.² Auch aus der Rechtsprechung lässt sich keine einheitliche Terminologie ableiten (zu beidem näher unter 2.).³ Die begrifflichen Konturen sind damit nicht geklärt, obwohl kein Mangel an Vorschlägen und Ansätzen besteht.⁴ Der fehlende Konsens bringt es mit sich, dass zwar jeder deutschsprachige Jurist eine Vorstellung mit dem Begriff Dauerschuldverhältnis verbindet, doch gerade die Grenzen nur vage Konturen aufweisen. Wo bereits ein Dauerschuldverhältnis beginnt

¹ Begr. RegE zu § 314 Abs. 1 S. 1, BT-Drucks. 14/6040 S. 177: „Auf eine Definition des Begriffs ‚Dauerschuldverhältnis‘ wird verzichtet, weil dies zwangsläufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen und möglicherweise künftige Entwicklungen beeinträchtigen würde.“

² Vgl. z.B. *Reinhard Gaier*, in: Münchener Kommentar, BGB, Band 2, 7. Auflage, 2016, § 314, Rn. 5.

³ Vgl. nur die Nw. bei *Christian Grüneberg*, in: *Palandt* (Begr.), BGB Kommentar, 75. Auflage, 2016, § 314, Rn. 5; s. auch *Rudolf Meyer-Pritzl*, in: *Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann* (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK-BGB)*, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 2. Teilband, 2007, §§ 313–314, Rn. 76.

⁴ S. z.B. die konsistente Vorgehensweise in der Arbeit von *Hartmut Oetker*, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994, sowie darin die Übersicht zu den verschiedenen Ansätzen der Literatur und den unverändert aktuellen Befund eines mangelnden Konsenses zur Begriffsbestimmung (66 ff.).

oder doch noch ein anderes Schuldverhältnis anzunehmen ist, kann im Einzelfall oft fragwürdig sein. So wird der Kaufvertrag in der Form des Ratenkaufs regelmäßig nicht als Dauerschuldverhältnis behandelt. Hingegen wird eine Miete fast immer als Dauerschuldverhältnis begriffen, selbst dann, wenn der Zeitraum nur kurz ist und die Zahlung der gesamten Miete mit einer einzigen Zahlung im Voraus zu leisten ist.⁵ Werkverträge werden hingegen, selbst wenn sie sehr langfristig angelegt sind, üblicherweise nicht zu den Dauerschuldverhältnissen gezählt.⁶ Begründet wird das üblicherweise mit dem gesetzlichen Vertragstypus, der den Ausschlag geben soll, ohne dass es auf die konkrete Ausgestaltung ankäme.⁷ Nach allgemeinem oder wenigstens verbreitetem Verständnis ist im Übrigen das Kriterium der Dauer keine notwendige Voraussetzung des Dauerschuldverhältnisses.

In der deutschen Dogmatik hat das Dauerschuldverhältnis damit in gewisser Weise ein Eigenleben entwickelt: Die Dauer macht das Schuldverhältnis nicht notwendig zu einem Dauerschuldverhältnis, jedoch kann ohne längere Dauer durchaus ein Dauerschuldverhältnis vorliegen. Ob diese Begrifflichkeit der Klarheit dient, ist fraglich. Die Antwort hängt davon ab, welche Funktion man von Begriffen allgemein erwartet und erwarten darf: Eine klare Terminologie kann zunächst das Verständnis erleichtern, indem sie die Struktur verschiedener Phänomene aus der Wirklichkeit sinnvoll ordnet. Diese Aufgabe kann man als Ordnungsfunktion bezeichnen. Sie hat sowohl für die Lehre als auch für die Praxis einen Wert. Wichtiger noch als die Ordnungsfunktion sind aber die Rechtsfolgen, die mit einer Einteilung verbunden sein können. Nur wenn an die Einteilung keine unterschiedlichen Rechtsfolgen anknüpfen, steht die Ordnungsfunktion isoliert im Vordergrund. Dann mag man allein darauf abstellen, ob eine gewählte Einteilung das Verständnis erleichtert, und eventuell vorhandene Unschärfen tolerieren.

Knüpfen hingegen an eine Einteilung Rechtsfolgen an, werden Unschärfen problematisch.⁸ Im geltenden Recht verbindet das Gesetz an mehreren der

⁵ Vgl. etwa *Hubert Schmidt*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, Stand 1.7.2017, § 535, Rn. 30; wesentlich beweglicher ist hingegen der Ansatz von *Gaier*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 314, Rn. 6, der auch auf die konkrete Ausgestaltung der Verträge Wert legen will.

⁶ *Fritz Nicklisch*, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts?, *JZ* 1984, 757–808, 757 ff.; vgl. hingegen *Gaier*, in: Münchener Kommentar, BGB, § 314, Rn. 6.

⁷ Vgl. z.B. dafür die Begründung von *Franz Gschnitzer*, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 75 (= 2. Folge, Band 39) [1925], 317, 351 f.: Das Rechtsverhältnis „kann an sich noch länger, ja dauernd gedacht werden.“

⁸ Vgl. bereits *Franz Bydlinski*, in: *Heinrich Klang* (Begr.), *Franz Gschnitzer* (Hg.), *Klang Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Auflage, IV. Band, 2. Halbband, 1978, § 1053, 193.

genannten Stellen wichtige Rechtsfolgen mit dem Dauerschuldverhältnis, so etwa bei der Unterscheidung zwischen der Beendigung eines Vertrags im Wege des Rücktritts mit der Rückabwicklung erbrachter Leistungen und der Kündigung mit ihrer *ex nunc*-Wirkung. Ein vielleicht allgemein erleichtertes Verständnis genügt dann nicht mehr ohne weiteres als Rechtfertigung für eine Schwäche in der Einteilung. Vielmehr sollte bei einer mit Rechtsfolgen verbundenen Einteilung das Ziel gerechterer und effizienterer Ergebnisse erreicht werden. Eine klare Terminologie sollte im Übrigen der Rechtssicherheit dienen. Ob das Dauerschuldverhältnis, wie es in der deutschen Rechtsprechung, Gesetzgebung und Dogmatik als Rechtsinstitut ausgeformt ist, diese Funktionen erfüllt, soll im Folgenden näher untersucht werden. Um das Verständnis für die gegenwärtige Rechtslage zu verbessern, soll zuerst die bisherige Entwicklung in Deutschland betrachtet werden. Dabei wird bei der ursprünglichen Herausbildung des Rechtsinstituts Dauerschuldverhältnis in der deutschen Dogmatik angesetzt.

2. Das Dauerschuldverhältnis und die Anfänge des BGB – historische Ausgangslage am Anfang des 20. Jahrhunderts

a) Vor dem BGB: Friedrich Carl v. Savigny

Die Herausbildung der Dauerschuldverhältnisse als eigene Kategorie war nicht vorgezeichnet. Im BGB fanden sich, wie erwähnt, keine eigenen allgemeinen Regeln zu Dauerschuldverhältnissen. Selbstverständlich sind im BGB Dauerschuldverhältnisse als spezifische Vertragstypen erfasst; Gedanken zu möglichen Gemeinsamkeiten und allgemeinen Regelungen hatten aber keinen Niederschlag im Gesetzgebungsprozess gefunden. Dass im Sinne der erwähnten Ordnungsfunktion eine Abgrenzung von kurzzeitigen oder mit einer bestimmten Handlung zu erfüllenden Schuldverhältnissen und solchen, die auf Dauer angelegt sind, zumindest nahe liegt, wird bereits durch das Schrifttum vor dem BGB belegt. Eine der ersten und bis heute einflussreichen Fundstellen dazu findet sich im „Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts“ bei *Friedrich Carl v. Savigny*:⁹

„2. Ein zweiter Gegensatz in der Natur der Leistungen besteht darin, daß sie entweder *vorübergehende* oder *dauernde* sind.

Unter den vorübergehenden Leistungen sind solche zu verstehen, die nur ein augenblickliches Daseyn haben, oder die als keinen Zeitraum erfüllend gedacht werden, indem die auch für sie allerdings erforderliche geringe Zeit nicht in Betracht kommt, und als gleichgültig erscheint. Zu diesen, im Verkehr besonders wichtigen und häufigen, Handlungen gehört die Uebergabe von Geld (Zahlung) und anderen Sachen.

⁹ *Friedrich Carl v. Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, 1851, 302 f.

Das Eigenthümliche dieser Klasse von Obligationen besteht darin, daß ihre Erfüllung stets zusammen fällt mit der Auflösung oder Vernichtung der Obligation.

Die dauernden Leistungen verbreiten sich stets über einen ganzen Zeitraum, so daß diese Zeiterfüllung zu ihrem Wesen gehört.

Der erwähnte Zeitraum kann ferner begrenzt oder unbegrenzt seyn. Jene können begrenzt werden durch ein voraus bestimmtes Zeitmaß (Monat, Jahr, u.s.w.), oder aber durch ein zufälliges, willkürliches Ereignis (z.B. Kündigung). Im ersten Fall ist die Dauer und das Ende gewiß, im zweiten ungewiß.

Ist der Zeitraum unbegrenzt, so ist die Obligation immerwährend, oder von ewiger Dauer. Dahin gehören oft die oben erklärten negativen Obligationen, die jedoch meist in der Natur der Verhältnisse selbst ein nicht sehr entferntes Ende finden werden [...].“

v. Savigny ist in dieser Textstelle im Wesentlichen deskriptiv, auch wenn die Unterscheidung zwischen „vorübergehenden“ und „dauernden“ Schuldverhältnissen bis heute nachwirkt. Angesprochen sind noch die Fragen der Kündigung und der Erfüllung dauernder Schuldverhältnisse. Inhaltlich ist damit für eine Abgrenzung jedoch nicht viel gewonnen: Vorübergehende Schuldverhältnisse erstrecken sich nach dieser Einteilung nicht über einen „ganzen“ (längeren) Zeitraum, hingegen können dauernde Schuldverhältnisse vorliegen, wenn ihr zeitlicher Rahmen von Anfang an begrenzt ist.¹⁰

Deutlich wird hingegen bereits in den ersten Absätzen, dass *v. Savigny* sich um einen lehrbuchartigen Überblick bemüht. Die Darstellung soll primär der Kategorienbildung dienen – in der Unschärfe der Begriffe ist daher kein Vorwurf zu sehen. *v. Savigny* bringt dabei primär die Beobachtung zum Ausdruck, dass manche Schuldverhältnisse auf Dauer angelegt sind und andere nicht. Was sich bei *v. Savigny* an dieser Stelle lediglich im Ansatz findet, ist eine daran anknüpfende Rechtsfolgenebene. Angesprochen sind zwar Aspekte der Erfüllung und Kündigung, allerdings wiederum nur in vorrangig deskriptiver Form.

Der Schritt zu einem Rechtsinstitut mit möglichen eigenen Rechtsfolgen vollzieht sich erst später. Im Hintergrund steht dabei noch immer die Herausbildung des Begriffs des Schuldverhältnisses überhaupt.¹¹ Dennoch ist mit der Beobachtung *v. Savignys* über dauernde und nicht dauernde Schuldverhältnisse der Grundstein für die später folgende Systembildung gelegt, deren Wirkung im deutschen Recht bis in die Gegenwart reicht.

¹⁰ Interessant ist schließlich der letzte Absatz zur ewigen Obligation. Liest man diesen allerdings im Zusammenhang mit der Möglichkeit der im vorangehenden Absatz erwähnten Kündigung, ist der Textstelle nur wenig oder nichts für das interessante Problem ewiger Verpflichtungen zu entnehmen (s. dazu S. 295 ff.).

¹¹ Ganz ähnlich der Hinweis bei *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, 48 unter Verweis auf *Hans Hattenhauer*, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 1982, 86 ff. (s. dort auch 89 ff., wo es um die Lehre zum Wegfall der Geschäftsgrundlage und ihre Herausbildung im Zusammenhang mit Dauerschuldverhältnissen geht); vgl. insbesondere *Reinhard Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1992, 1, 4 ff.

Sach- und Personenverzeichnis

- Abmahnung, *siehe* Kündigung aus wichtigem Grund
- Agency-Kosten 149 ff., 167 f.
- Informationsansprüche und Pflichten 151
- Allgemeine Geschäftsbedingungen 7, 34 ff., 155 (Fn. 282), 251 ff., 291, 306, 312, 337, 375, 411, 455
- AGBG 34 ff.
 - geltungserhaltende Reduktion 254 ff., 312 ff., 455 f., 499
 - Kündigungsausschlüsse 430 ff.
 - Preisanpassungsklauseln 252 ff.
 - Schadenspauschalierung (§ 309 Nr. 5 und 6 BGB) 458 ff.
 - Treu und Glauben 251 ff.
 - Vertragsstrafe 454 ff., 482 ff., 495, 498, 502, 509, 510
- Allgemeininteressen 219, 241, 297
- Altruismus 119 f., **121 f.**, 130 f., 160, **197 ff.**, 200 f., 203, 405
- Amortisationsdauer 142, 164 f., 305, 316 (Fn. 380), 317, 318, 335, 337, 432
- Anleihe, *siehe* Schuldverschreibung
- Anpassungsinteresse 40, *siehe auch* Vertragsanpassung
- Anreizwirkung 117, 133, 136 f., 147, 151, 162, 169, 172 ff., 210, 221, 239, 279, 382, 390, 432, 490, *siehe auch* Verfügungsrechte und Vertragsstrafe
- für kooperatives Verhalten 125, 160 f., 279, 404, 433 f.
 - für opportunistisches Verhalten 120 f., 124 f., 160 f., 247, 354 (Fn. 524), 403, 405 f.
- Äquivalenzstörung, *siehe* Geschäftsgrundlage
- Aufklärungspflichten, *siehe* Information
- Ausbeutung 124; 158, 160, 281
- *siehe auch* kooperatives Verhalten
 - *siehe auch* Opportunismus
- Ausgleichszahlung 60, 138, 335, 432
- Auskunftsanspruch, *siehe* Information
- Auslegung, *siehe* Vertragsauslegung
- außerordentliche Kündigung, *siehe* Kündigung
- Automatenaufstellvertrag 315 ff., 334
- Axelrod, Robert 124 ff.
- Bayes'sches Gleichgewicht 122
- Becker, Gary 130
- Beendigungsinteresse 40, *siehe auch* Kündigung
- Bentham, Jeremy 103 ff., 190
- Beschränkungen der Vertragsfreiheit
- Bestätigungsirrtum, *siehe bias* (*– confirmation*)
- Bestandsinteresse 39 f., 368, 427
- Bezugsvertrag
- bias* 189 ff.
- *confirmation* 189, 192
 - *endowment effect* 189 f.
 - *hindsight bias* 189
 - Lerneffekte 196 f.
 - *loss aversion* 189, 191
 - *overconfidence* 189
 - *status quo bias* 304
 - Überoptimismus 189, 211, 281, 405, 478
- Bierbezug 14, 297, 302, **313 ff.**, 315, 330
- Bindungsdauer 306
- Allgemeininteressen 336 ff.
 - Erbbaurecht 321 f.
 - Gemeinschaft 328
 - Gesellschaft 329
 - gesetzliche Regelungen
 - Darlehen 305 f.
 - Dienstverhältnisse 306 ff.
 - Fernwärme 302 ff.
 - Frankreich 320 f.

- Handelsvertreter 309 f.
- Leihe 300 ff.
- Miete und Pacht 299 f.
- Zweijahresfrist (§ 309 Nr. 9 lit. a BGB) 306
- Grenzen aus der Rechtsprechung 311 ff.
 - Automatenaufstellvertrag 315 f., 334
 - Bierbezug 313 ff.
 - Breitbandkabelvertrag 318
 - England 341 f.
 - Frankreich 320 f.
 - Tankstellen 317 f.
 - Wäschereivertrag 318
 - Wettbewerbsverbot 318 f.
- kognitive Grenzen 338 f.
- Leibrente 328
- Mindestdauer 319, 320 ff.
 - Franchising 319 f.
 - Vertragshändler 320
- Schuldverschreibungen, ewige 323 ff.
- Unterlassungsanspruch 329 ff.
- verallgemeinerungsfähige Wertungen der Grenzen 330 ff.
 - Paternalismus 338 ff.
 - persönliche Freiheit 333 f.
 - Wettbewerbsschutz 336 ff.
 - wirtschaftliche Bewegungsfreiheit 334 ff.
- bonne foi* 65, 67, 71, 380 (Fn. 627)
- bounded rationality* 143, 181 ff.
 - *siehe auch bias*
 - *siehe auch framing*
 - *siehe auch sunk costs*
- Breitbandkabelvertrag 318, 417 (Fn. 773)
- Buchsachverständiger 243
- Bydlinski, Franz 37
- cause* 67 ff.
- CISG 1, 3, 76, 86, 89, 468 f.
- Coase, Ronald 134 ff., 137 ff.
- confirmation bias, siehe bias*
- contrats*
 - *à durée* 63
 - *à exécution instantanée* 66
 - *à exécution successive* 63, 66
 - *échelonnés* 63 f.
 - *nommés* 62
 - *spéciaux* 62
- Darlehensvertrag 29, 52, 81, 191 (Fn. 473), 205, 236, 250 (Fn. 138), 305 f., 312 ff., 315 f., 324, 330, 334, 339
- Dauer (als Definitionskriterium für das Dauerschuldverhältnis) 14 ff., 17 ff., 26 ff., 38 ff., 51 ff., 60 f., 88 f.
 - dauernde Interaktionen 120
 - dauernde Vertragsbeziehung 109, 124, 141 f., 146, 151, **154 ff.**
- Dauerschuldverhältnis 34 ff., 387 f., 426 ff.
- DCFR 88, 385, 394, 438 ff., 441, 469
- Dienstvertrag 12, 21, 25, 43 f., 47 f., 54 ff., 306 f., 308, 361, 417, 429
- Diskontierung 121, 192 f.
- dispositives Recht 129, 148 (Fn. 248), 153, 166, 170 (Fn. 361), 172, 175, 180, 196, 209, 210 f., 214, **216 ff., 220 f., 280 ff.**, 287, 302, 307, 328, 345, 349, 354, 356, 361, 375, 379, 381 ff., 387, 396, 398 ff., 402 ff., 407, 415, 424 ff., 429, 450, 490, 505
 - *penalty default rules* 219 (Fn. 9), 390, 398
- Drohung 123, 174, 317 (Fn. 383)
- Durchsetzung 116, 136, 140, 151 f., 211, 246 f., 251, 279, 474
 - Bedeutung außerrechtlicher Faktoren für die D. 154 ff., 159, 161, 174 ff., 218,
 - Bedeutung des Gerichtssystems 133, 152, 176
 - Informationszugang 178
 - Kosten 95 (Fn. 9), 116, 146, 151 f., 157, 251, 354 (Fn. 524), 476
 - Zusammenhang zur Unvollständigkeit des Vertrags 170 ff.
- efficient breach* 108 (Fn. 49), 309, 471 f., 474 ff.
- Effizienz 93 ff., 134 ff., 144 ff., 150, 208 ff., 222, 354, 384, 395, 400 ff., 472, 474 ff., 483, 491, 497
 - Kaldor/Hicks-Effizienz 106 ff.
 - Pareto-Optimum 106 ff.
 - unternehmerische Organisationsform 134 ff.
- Emotionen 168, 189, 201, 211, 281, 406, 478
- Erbbaurecht 321 ff., 331, 335, 363 ff., 377, 416

- Erfüllung 10, 12, 15 ff., 16 (Fn. 41), 21, 27, 30, 39, 51, 152, 225, 229, 237, 246, 309, 332, 383, 403 (Fn. 730), 447, 452, 462, 478, 497
- England 392, 466 ff.
 - Frankreich 63, 65 ff., 434, 464 ff.
 - PICC 86 ff.
- Erklärungsbewusstsein 265, 267 ff., 500
- Erllass 268 ff.
- ewige Vertragsbindung, *siehe* Bindungsdauer
- expected utility*, *siehe* Nutzen
- experimentelle Verhaltensforschung, *siehe* Verhaltensforschung
- Externalitäten **136 ff.**, 208, 336, 399 (Fn. 713), 479 (Fn. 1008)
- Fairness 159, **197 ff.**, 199, 210, 405, 473 (Fn. 985), 490
- Fernwärme, *siehe* Bindungsdauer, gesetzliche Regelungen
- framing* 190 f.
- Franchising 3, 56, 81, 155 (Fn. 280), 227 (Fn. 46), **319 f.**, 330, 335
- Freiheit, *siehe auch* Bindungsdauer
- persönliche 333 f.
 - wirtschaftliche Bewegungsfreiheit 334 ff.
- Frustration 341, 392 ff., 403
- Fundamentale Transformation **162 ff.**, 209, 354 (Fn. 521), 490
- game theory*, *siehe* Spieltheorie
- Gedächtnisschwächen 204
- Geheimhaltungsinteressen, *siehe* Information
- Geldwertveränderung, *siehe* Inflation
- Gemeinschaft 328, 331
- Geschäftsgrundlage **345 ff.**
- Äquivalenzstörung 40, 359 ff., 375 ff.
 - Kostenexplosion 376, 407
 - unerwartete (einseitige) Zufallsgewinne 378, 380, 395
 - verringerter Nutzen 376
 - ökonomische Analyse 395 ff.
- Rechtsfolgen
- Anpassungsanspruch 400 ff., 504
 - Nachverhandlungspflicht 381 ff., 400 ff., *siehe auch* Vertragsanpassung
 - Rücktritt und Kündigung 387 f.
 - Wirkung (*ex tunc*, *ex nunc*) 387 ff.
- Rechtsvergleich und Rechtsvereinheitlichung
- DCFR 394
 - England 392 ff.
 - Frankreich 389 ff.
 - PECL 392 f.
 - PICC 394 f.
- Risikoverteilung **350 ff.**, 357 ff., 366 ff., 370, 375, 378, 396, 399, 407 f., 415 ff.
 - *ex ante*-Perspektive 352
- Unzumutbarkeit 375 ff.
 - Leistungsfähigkeit 350 f., 504
 - Opfergrenze 376 ff.
- Vertragslücke 356 ff.
- Gesellschaft 381 f., 389 (Fn. 659), 442 f., 447 (Fn. 860), 462, 502 f.
- Vergesellschaftung 3, 57, 64, 91, 172, 178, 289, 290
- Gestaltung, *siehe* Vertragsgestaltung
- von Gierke, Otto 12, 15 ff., 19
- Gschnitzer, Franz 19 f.
- Habilitationsschriften 41 ff.
- Handelsvertreter 47, 55, 228, 243, 245, 307, 309 ff., 334, 420
- Harsanyi, John 122
- Heuristik 189 f.
- hidden information*, *siehe* Information (– Erkennbarkeit)
- hold-up*, *siehe* Opportunismus
- homo oeconomicus* **101**, 202
- Horn, Norbert 38 ff.
- imprévision* 64, 70, 389 ff.
- Indexierung, *siehe* Inflation
- Individualismus 100 f.
- Inflation 5, 171, 362, 370 ff., 389 f. (Fn. 663), 408
- Information 102, 127, 134, 172, 199, 221 ff., 235 ff., 243, 344, 489, 493
- Aufklärungspflichten 151, 191, 197, 209, 221, 225, 227, **229 ff.**, 236 ff., 250, 258, 497 ff.
 - Auskunftsanspruch 144, 151, 197, 221, 242 ff., 257, 277
 - Beobachtbarkeit (*observability*) 399

- Erkennbarkeit (*hidden information*) 149 f., 239, 352
- Geheimhaltungsinteressen 175 (Fn. 387), 221, 233, 242, **243 ff.**, 295, 497 f.
- Informationsasymmetrie 144, 149 ff., 169, 221, 356, 399, 478
- Informationsbeschaffung 178, 183, 242, 304, 398
- Informationsverarbeitung 189, 204, 209
- Nachweisbarkeit (*verifiability*) 399
- Rechnungslegungspflicht 240
- unvollständige 112, 116, 122
- vollständige 111, 114, 138 f.
- Warnpflicht 238 ff., 245, 258
- Institutionenökonomik 131
- Interessenkonflikte 151, 235,
- Investition 142, 146, 147 ff., 176, 192
 - Anreize 403 (Fn. 730)
 - Investitionsbereitschaft 401 (Fn. 722)
 - vertragsspezifische 126, 142, 147 f., 162, 164, 209, 222, 236, 247, 338, 360, 432, 448, 490, 495, 509
- irrationales Verhalten 189 ff.
- Irrtumsanfechtung 232 f., 267 ff., 270, 363, 500

- Kaldor/Hicks-Effizienz 106 ff.
- Kaufvertrag 1, 8, 15 ff., 37, 53, 80, 90, 214, 332
- Knight, Frank 128 ff.
- Kommentarliteratur 23 ff., 35
- Konfliktvermeidung 222 ff.
- Kooperationsvertrag 56, 64, 91, 227
- kooperatives Verhalten 119, 124 ff., 158 f., 168, 199, 210, 279, 402, *siehe auch* Vergebung
 - TIT FOR TAT 125, *siehe auch* Vergeltung
- Kosten der Rechtsdurchsetzung, *siehe* Durchsetzung (– Kosten)
- Kündigung 5 ff., 26 ff., 44, 47 ff., 127, 177, 209, 222, 303 ff., 329, 366, 387
 - Ausgleichszahlung 432
 - aus wichtigem Grund 273, 299 f., 336, **409 ff.**, 492 ff., 500 ff.
 - Abmahnung 410, 419 (Fn. 782), **422 f.**, 425, 429 ff., 435, 437, 440, 445, 448, 508
 - DCFR 438 ff.
 - England 437 f.
 - Frankreich 65, 434
 - Frist **423 ff.**
 - Kündigungsgrund 274 ff., 326, 389, 411, 414 f., **416 ff.**, 425, 430, 437, 444, 500, 508
 - PECL 438 ff.
 - PICC 440 ff.
 - Verwirkung 259, **273 ff.**, 423 f.
 - Fristen 228, 248, **273 ff.**, **276 ff.**, 306 ff., 309, 319 ff., 335, 341, 430
 - Kündigungsparadox **433 f.**, 444, 508
 - ordentliche 311, 338, 432
 - Ausschluss (der ordentlichen K.) 229, 310, 317 f., 430 ff.
 - Wirkung (*ex nunc, ex tunc*) 9, 25, 27, 40, 47, 59 (Fn. 300), 63, 255 f., 273, **387 f.**, 403 (Fn. 732), 409, **412 f.**, 416, **426 ff.**, 430, 488, **492 ff.**, 507, 509
 - DCFR 438 ff.
 - England 393, 437
 - Frankreich 65, 434
 - PECL 438 ff.
 - PICC 86 ff., 440 ff.
- Kündigungsfrist, *siehe* Kündigung

- Leibrente 28, 328, 331, 334
- Leihe 25, 30 f., 35, 43, 47, 52, **300 ff.**, 330, 334
- Leistungstreue 225, 246 ff., 497 ff.
- Lerneffekte, *siehe bias*
- Lotterie 112
- Lücke, *siehe* Unvollständigkeit des Vertrags

- Marktkräfte 100, 135
- Marktversagen 145, 235, 252, 337
- Methode 85, 93 ff., 489, 122, 131 ff., 187 f., 195, 205 ff., 489
- Miete 147, 209, 275, 299 ff., 330 ff., 361 ff., 425, 427, 505
 - als Dauerschuldverhältnis 8, 12, 17 f., 20 ff., 30 ff., 39, 47, 63, 88, 214
 - Wohnraummietrecht 41, 52, 214, 249, 275, 299, **366 ff.**, 369, 374, 407 f., 418, 462, 505
 - Zeitmietvertrag 366
- Mindestdauer, *siehe* Bindungsdauer
- Mitwirkungspflicht 225, 249, 382

- Modelle 102 ff., 131 (Fn. 157), 139, 165, 182 ff., 197 ff., 204 ff.
- Monitoring, *siehe* Überwachung
- Monopol 110
- moral hazard*, *siehe* Opportunismus
- Morgenstern, Oskar 104, 111 ff.
- Nachverhandlung, *siehe* Vertragsanpassung
- Nachverhandlungspflicht, *siehe* Vertragsanpassung
- nachvertragliche Pflichten 16 (Fn. 41) 245, **257 ff.**, 352, 498
- Nash, John 117
- Nash-Gleichgewicht 117 f.
- Netzverträge 178 ff.
- Netzwerke 178 ff.
- Neue Institutionenökonomik 131 ff.
- von Neumann, John 104 ff., 110 ff.
- Neuroökonomik 199
- nudging*, 195, 209, *siehe auch* Verhaltensökonomik
- Nutzen 202 ff.
- Bewertung 100 ff.
 - Grenznutzen 105 f.
 - kardinale 106
 - ordinale 103, 109 f.
 - *revealed preferences* 108 f.
 - Utilitarismus 103 ff.
- *expected utility*
 - Maximierung 106 ff., 202, 216 ff.
 - Altruismus 121
 - Nutzenbegriff **101 ff.**
 - *utility monster* 105
 - *siehe auch* Spieltheorie
- Obliegenheit 233, 250, 256 (Fn. 151), 264 (Fn. 191)
- ökonomische Analyse 93 ff., 100 ff.
- Entwicklung 100 ff.
 - Verhältnis zur Dogmatik 93 ff., 207 ff., 215 ff., 218 f.
- Oetker, Hartmut 41
- Opfergrenze, *siehe* Geschäftsgrundlage
- Opportunismus 124, 125 ff., 133 f., 142, 144, 148 ff., 158 ff., 210, 403 f., 406
- *hold-up* 149, 177 (Fn. 395)
 - Information und O. 221 ff., 356, *siehe auch* Information
 - Verhandlungsblockade 386, 400 ff., *siehe auch* Vertragsanpassung
 - Vertragsdauer 120, 126, 169
- ordentliche Kündigung, *siehe* Kündigung
- Organisationsform 132, **134 ff.**, 141, 142 (Fn. 212), 144, 179 f.
- Österreichische Schule 106 (Fn. 44)
- Pacht 3, 12, 17, 30 ff., 45, 47 ff., 52 ff., 80, **299 ff.**, 317, 330, 334
- Pareto-Optimum 106 ff., 476
- Paternalismus 196, 282, 290, 338 f., 343, 453, 466, 502, 504
- PECL 2, 86, 88 f., 213, 232, 261, 298, 381 (Fn. 634), 385, 393 ff., 408, 438 f., 441, 469
- penalty default rules*, *siehe* dispositives Recht
- perfekter Wettbewerb 127
- Pflichtenanspannung 33, 39, 41 ff., 60, 226
- Pflichtverletzung 417 ff., 421 f., 426, 436 ff., 448, 494, 500, 508, 511, *siehe auch* Kündigung (– aus wichtigem Grund)
- PICC, *siehe* UNIDROIT PICC
- Powell, Walter 179
- Präferenzen, *siehe* Spieltheorie (– Präferenzen)
- Preisanpassung, *siehe* Inflation und Vertragsanpassung
- Preisklauselgesetz 366, 370 ff.
- Preisklauseln, *siehe* Inflation
- Prinzipal-Agenten-Theorie 149 ff., 210
- Eigeninteressen der Vertragsverfasser 167 f.
- Privatautonomie 37, 208, 219, 280 ff., 292, 298, 330 f., 343 f., 374, 383, 401 (Fn. 722), 403, 409, 475, 477, 483, 491, 493, 503 f., 507 509
- Prognosefähigkeit 101 f., 115, 185, 204
- property rights*, *siehe* Verfügungsrechte
- prospect theory* 184 ff., 190 f.
- Rahmenvertrag 45, 52, 53 ff., 55, 66
- Ratenkauf 8, 14, 30, 32, 180
- Rationalität 112, 130 ff., 174, 181
- Rationalitätsannahme 115, 182 ff., 190, 194 ff., 201 ff., 290, 474
- Rechnungspflicht 240 ff., 498

- Rechtsdurchsetzung, *siehe* Durchsetzung
 Rechtsdurchsetzungskosten, *siehe* Durchsetzung (– Kosten)
 Rechtsgeschäft 35, 239, 265 ff., 271 ff., 295, 493, 499 f.
relational contract 85 ff., 146, **154 ff.**, 172 ff., 179, 197
 Reputation 120, 152, 157, 159, 169, 174, 178, 192 (Fn. 477), 197, 209 f., 246
 – Vertragsstrafe 457, 473, 479
 Risiko 36, 126 ff., 159 ff., 163, 199
 – Aversion 172, 209, 396
 – Inflation 341 f., 369, **370 ff.**, 390 (Fn. 663), 408, 506
 – Marktversagen 145, 337
 – Reputation 159, 192, 199
 – Risikoreduktion und -vermeidung 117, 142 (Fn. 212), 152, 160
 – Verfügungsrechte 148
 – Vertragsdauer und Risikovermeidung 210
 – Warnpflichten 239
 – Verlegerrisiko 56
 – Verteilung 5, 161, 164 f., 170 ff., 222 f., 253, 291, 350 ff., 370 ff., 383 ff., 392, 395, 414, 480, 503, 505
 – besonderes Vertragsrecht 361 ff., 366 ff., 414 ff.
 – *ex ante*-Perspektive 352, 359
 – Kosten 172, 353 ff., 407
 – Leihe 302
 – Vertragsstrafe als Risiko 453, 473, **477 f.**, *siehe auch* Geschäftsgrundlage
 Risikoallokation, *siehe* Risiko (– Verteilung)
 Rückabwicklung, *siehe* Kündigung (– Wirkung)
 Rückschaufehler, *siehe bias* (– *hindsight*)
 Rücksichtnahmepflicht 65, 228, 237, **248 ff.**, 293 f.
 Rücktritt 9, 18, 38, 43 f., 47, 59, 353, 382 ff., **387 ff.**, 412, 416, 426 f., 429, 437, 446, 492, 494, 507, 509

 Samuelson, Paul 108 (Fn. 50), 192 f., 202
 Sanktionen 116, 178
satisficing 181 ff.
 von Savigny, Friedrich Carl 9 ff., 19

 Schadenspauschalierung, *siehe* Vertragsstrafe (– Schadenspauschalierung)
 Schuldrechtsmodernisierung 38 ff.
 Schuldverschreibung **323 ff.**, 331, 333, 335, 343
screening, *siehe* Überwachung
 Selbstdisziplin 204 f.
 Selten, Reinhard 122 ff.
shootout-Verbarungen, *siehe* Spieltheorie, *siehe* Ultimatumspiele
signaling 150, 152, 197 (Fn. 504), 209
 – Vertragsstrafe 457, 478 f., 483
 Simon, Herbert 181 ff.
 Smith, Adam 101 f.
 Sonderopfer 365, 373, 408, 506
specific performance 108 (Fn. 49), 246 (Fn. 123), 472
 Spieltheorie 109 ff.
 – Dauer des Spiels 120 ff., 126 f.
 – Drohung 123
 – Entstehung 109 f.
 – Entwicklung 109, 117 ff., 122 ff.
 – Gegenstand 110 ff.
 – Information 127
 – unvollständige 122
 – vollständige 114
 – *model of slight mistakes* 123
 – Morgenstern, Oskar 104, 111 ff.
 – Nash, John 117
 – Nash-Gleichgewicht 117 ff.
 – *Nature* 114
 – von Neumann, John 104 ff., 110 ff.
 – Präferenzen 112 ff.
 – Rationalität 115, 117 f.
 – *repeat players* (Lernerfahrung) 118 ff.
 – Selten, Reinhard 122 ff.
 – Spielarten
 – kooperative Spiele 115 f.
 – nichtkooperative Spiele 115 f.
 – Ultimatumspiele 116 f.
 – Versteigerung 116 f.
 – Zufall 114
status quo bias, *siehe bias*
 Straftat 130, 419
 Sukzessivlieferungsvertrag 11 ff., 17 f., 21 f., 28, 31 f., 38 f., 42, 46 ff., **53 ff.**, 86
sunk costs 191 f.

 Tankstellenvertrag 317 f.

- Telekommunikationsdienstleistungen 311, 316 (Fn. 380), 337, 374
- Transaktionskosten 130, 133, 134 ff., 136, 138, 140, 167 f., 208, 211, 323, **353 ff.**, 407, 443, 505
- Coase, Ronald 134 ff.
 - *ex ante* (Vertragserrichtung) und *ex post* (fehlende Regelung) 143
 - Nachverhandlung 406
 - Vertragsstrafe 480
 - Williamson, Oliver 142 ff.
- Treu und Glauben, *siehe* Treupflichten
- Treupflichten, Treu und Glauben 25, 38, 210, 212, 215, **224 ff.**, 297, 326, 352, 360, 375, 421
- Abdingbarkeit 218 f., 280 ff., 291 ff.
 - Allgemeine Geschäftsbedingungen 251 ff.
 - gesellschaftsrechtliche T. 284 ff.
 - vertragliche T. 116, 169, 224 ff., 290 ff., 421, 490, 493, 497 f., 502
 - Informationspflichten 236 ff.
- Typenbildung, *siehe* Vertragsrecht (– System)
- überlange Vertragsbindung, *siehe* Bindungsdauer
- Überoptimismus, *siehe* *bias* (– Überoptimismus)
- Überwachung 136, 150
- Ulmer, Peter 32
- Ultimatumsple 116 f.
- undercompensation* 476
- UNIDROIT PICC 86 ff., 394 f., 440 ff.
- UN-Kaufrecht, *siehe* CISG
- Unmöglichkeit 11, 295, 349 f., 410 (Fn. 746), 419
- Unterlassung 12 f., 14 f., 31, 57 f., 138, 230, 259, 271, 272 (Fn. 226), 329 ff., 448
- Unvollständigkeit des Vertrags 490
- Dauer 140
 - Eigeninteressen der Vertragsverfasser 167 f.
 - Kategorien 165 f.
 - Motive der Parteien für die U. 168 ff.
 - Risikoverteilung und U. 170 ff.
 - Transaktionskosten 140, 167, 168 ff., 490
 - Vertrauen 169
- Utilitarismus 103 ff.
- Nutzenbegriff 103 ff.
 - *utility monster* 105
- veränderte Umstände, *siehe* Geschäftsgrundlage
- verborgene Informationen, *siehe* Information (– Erkennbarkeit)
- verborgenes Handeln, *siehe* Information (– Erkennbarkeit)
- Verfügungsrechte 140, 146 ff.
- Vergebung 124 ff., 159, 199
- Vergeltung 124 ff., 158 f., 161, 199
- Vergesellschaftung, *siehe* Gesellschaft
- Verhaltensökonomik **181 ff.**, 234
- experimentelle Forschung 102, 115, 118, 124, 176, **187 ff.**, 195, 199 f., 207
- Verjährung 260, 261 ff., 272, 278 (Fn. 248), 295, 325, 499
- Verschwiegenheitspflicht 243, 258, 329, 331
- Versorgungsvertrag 53 f., 263 (Fn. 263), 304
- Versteigerung 116 f.
- Vertragsanpassung 43, 64, 143, 362, **363 ff.**, 385, *siehe auch* Geschäftsgrundlage
- gerichtliche Anpassung 344, 346, 363 ff., 379, 398, 400 ff.
 - Nachverhandlung, 147, 163, 168 f., 172 ff., 248 f., 253, **381 ff.**, 386, 394, 400 ff., 506 f.
 - Kaldor/Hicks-Effizienz 106 ff.
 - Pareto-Optimum 106 ff.
 - vertragliche Anpassungsmechanismen 5, 248, 252, 303, 353 ff., 362, 364, 370, 372 ff.
 - Indexierung 171, 362, 370 ff., 389 f. (Fn. 663), 408
 - Preisanpassungsklausel 252 ff., 303, 305, 359
- Vertragsauslegung 65, 71, **220 f.**, 236, 288, 291, 294, 315, 361, 380, 383, 387, 428
- ergänzende 254 f., 263, 364, 396, 498, 506
 - *ex ante*-Perspektive 218, 298, **352 ff.**, 357 f.

- gesetzliche Risikoverteilung 360 f., 506
- Vertragsdauer 3, 35, 40, 60, 64, 70, 71, 87, 89 f., 126, 153, 164 f., 208, 214, 215, 223, 226, 228 f., 236 f., 240, 248 ff., 295 ff., 417 (Fn. 773), 424, 435, 488, 497 f., 504
- Restdauer 120, 160, 174, 210, 414
- *siehe auch* Bindungsdauer
- Vertragserrichtung, *siehe* Vertragsgestaltung
- Vertragsgestaltung 222 ff., 430 ff.
- Kosten 143, 168 ff., 172, 211, 353 ff.
- *siehe auch* Anreizwirkung
- *siehe auch* Geschäftsgrundlage (– Risikoverteilung)
- *siehe auch* Vertragsanpassung (– vertragliche Anpassungsmechanismen)
- Vertragshändler 32, 320 ff., 330, 335
- Vertragsrecht, allgemein
- System 7 ff., 60, 88, 426 ff., 444 ff.
 - CISG 86
 - DCFR 88
 - England 72 ff.
 - Frankreich 62 ff.
 - PECL 86
 - PICC 86
- Zwecke und Ausrichtung des V. 216 ff.
- vertragspezifische Investitionen, *siehe* Investitionen
- Vertragsstrafe 446 ff.
 - Abmahnung (UWG) 448
 - AGB 458 ff.
 - *efficient breach* und V. 474 ff.
 - Effizienzförderung durch V. 478
 - England 466 ff.
 - Frankreich 464 f.
 - Funktionen 446
 - Geschäftsgrundlage 463
 - Handelsrecht 454
 - Rechtsvereinheitlichung 469 ff.
 - Schadenspauschalierung 458 ff., 475
 - Unverhältnismäßigkeit 448 ff.
 - Zeitpunkt 450 ff.
- Vertragsverfasser 167 f.
- Vertrauen 39, 41, 116, 119, 133, 153, 176 f., 199, 209, 228, 237 ff., 247, 490, 494, 497, 499, 508 ff.
 - Dienstverhältnis 307
 - Förderung durch funktionsfähige Durchsetzungsmechanismen 160 f., 167, 169
 - Vertrauensbildung 478 f.
 - Vertrauensverlust 24 f., 273 ff., 419 ff., 423 f., 439, 441, 443
 - *siehe auch* Kündigung (– aus wichtigem Grund)
 - Verwirkungsvoraussetzung (Vertrauen auf Nichtausübung) 262 ff.
- Verwirkung 259 ff.
 - rechtsgeschäftliche Einordnung 265 ff.
 - Voraussetzungen 262 ff.
- Warnpflicht, *siehe* Information (– Aufklärungspflichten)
- Wäschervertrag 55, 318
- Wegfall der Geschäftsgrundlage, *siehe* Geschäftsgrundlage
- Werkvertrag 3, 12, 25, 32, 38, 47, 58, 91, 214, **306 ff.**, 429 f., 447 (Fn. 862), 488
- Wettbewerbsverbot 18, 287, 308 (Fn. 345), 318 f.
- widersprüchliches Verhalten 259 f., 271, 319, 436 (Fn. 832), 474
- Wiederkehrschuldverhältnis 28 f., 31 f., 34, 38, 45, 48
- Willensbildung 134, 208, 229 f., 236, 281, 288, 291, 396, 399, 467, 474 f., 478 (Fn. 1001), 480, 482, 503, 509
- Williamson, Oliver 162 f., 178
- windfall profit*, *siehe* Zufallsgewinn
- Wirtschaftsprüfer 243, 442
- Wohnraummietrecht, *siehe* Miete
- Zeitmietvertrag 366, *siehe* Miete
- Zeitmoment 46, 259, 412
- Zufallsgewinn 378 ff.