

SOPHIA SCHAMBERG

Privatautonomie als Argument

Studien zum Privatrecht

126

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 126



Sophia Schamberg

Privatautonomie als Argument

Eine Untersuchung
der höchstrichterlichen Entscheidungspraxis

Mohr Siebeck

Sophia Schamberg, geboren 1993; 2017 Erstes Staatsexamen; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht der Bucerius Law School, Hamburg; 2023 Promotion; Rechtsreferendariat am Kammergericht Berlin.
orcid.org/0009-0001-9571-6815

ISBN 978-3-16-163542-7 / eISBN 978-3-16-163543-4
DOI 10.1628/978-3-16-163543-4

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

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

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von epline in Bodelshausen gesetzt.

Printed in Germany.

Vorwort

Der Promotionsausschuss der Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg, hat diese Arbeit im Juli 2023 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 05. Juli 2023 statt. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Januar 2023 berücksichtigt.

Die Arbeit wurde mit dem Promotionspreis 2023 der Bucerius Law School ausgezeichnet. Bei der Kanzlei Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB, die den Preis gestiftet hat, bedanke ich mich für die damit verbundene finanzielle und fachliche Anerkennung.

Betreut wurde die Arbeit von Professorin Dr. Anne Röthel. In ihrer Offenheit und Unvoreingenommenheit ist sie akademisch wie menschlich ein Vorbild für mich. Es war ein großes Glück und Privileg, von ihr lernen zu dürfen. Dafür, für ihre Unterstützung bei der Anfertigung dieser Arbeit und für die schöne gemeinsame Zeit an ihrem Lehrstuhl möchte ich mich herzlich bedanken.

Bedanken möchte ich mich auch bei Professor Dr. Christian Bumke für die langjährige akademische Förderung, die er mir hat zuteil werden lassen, sowie für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Entstanden ist diese Arbeit während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Bucerius Law School. Ich hätte mir kein besseres Umfeld zum Promovieren vorstellen können. Das ist den vielen tollen Kolleginnen und Kollegen zu verdanken, die mich auf dem Weg zur Promotion begleitet haben. Vor allem Professorin Dr. Johanna Croon-Gestefeld, Dr. Paulina Holle und Annika Diemke haben jeweils auf ihre Weise dazu beigetragen, dass ich nie auf mich selbst gestellt war. Für ihren Rückhalt und ihre Freundschaft möchte ich mich ganz besonders bedanken.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Freundinnen und Freunden sowie meiner Familie – allen voran meiner Schwester Tessi und meinen Eltern. Dass sie mich unterstützen und an mich glauben, gibt mir das Selbstvertrauen, Projekte wie dieses anzugehen.

Berlin, im April 2024

Sophia Schamberg

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einführung	1
<i>A. Vorgehensweise und Erkenntnisinteresse</i>	1
<i>B. Der Privatautonomie-Diskurs</i>	5
Kapitel 1: Quantitative Analyse	15
<i>A. Häufigkeit nach Jahren</i>	16
<i>B. Die Privatautonomie und ihre Unterprinzipien</i>	17
<i>C. Privatautonomie nach Senaten</i>	18
Kapitel 2: Das Privatautonomie-Argument im Privatrecht	21
<i>A. Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	21
<i>B. Privatautonomie im Gesellschaftsrecht</i>	34
<i>C. Privatautonomie im Bürgschaftsrecht</i>	38
<i>D. Privatautonomie in der Wohnungseigentümergeinschaft</i>	44
<i>E. Privatautonomie im Versicherungsrecht</i>	47
<i>F. Das Privatautonomie-Argument im Privatrecht – Zusammenführung</i> ...	50
Kapitel 3: Privatautonomie als Verfassungsprinzip	51
<i>A. Auswahlkriterien und Terminologie</i>	51
<i>B. Quantitative Beobachtungen</i>	53
<i>C. Normative Anknüpfungspunkte</i>	53
<i>D. Privatautonomie als Abwehrrecht</i>	55
<i>E. Privatautonomie in ihrer Schutzpflichtendimension</i>	72

<i>F. Übergreifende Entwicklung: Die Konstitutionalisierung der Privatautonomie</i>	84
<i>G. Die Privatautonomie als Verfassungsprinzip – Zusammenführung</i>	88
Kapitel 4: Privatautonomie und Rechtsgeschäft	91
<i>A. Auslegung</i>	92
<i>B. Das hypothetisch gewollte Geschäft</i>	97
<i>C. Das nicht gewollte Geschäft – Willensmängel</i>	109
<i>D. Das gesollte Geschäft – faktische Vertragsverhältnisse</i>	121
<i>E. Privatautonomie und Rechtsgeschäft – Zusammenführung</i>	129
Kapitel 5: Grenzen der Privatautonomie	131
<i>A. Gesetzliches Verbot</i>	133
<i>B. Sittenwidrigkeit des Vertrages wegen ungleicher Macht</i>	138
<i>C. Fehlende Richtigkeitsgewähr als Legitimation der Inhaltskontrolle</i>	146
<i>D. Privatautonomie, Selbstbindung und Paternalismus</i>	153
<i>E. Grenzen der Privatautonomie – Zusammenführung</i>	162
Zusammenführung	165
<i>A. Wesentliche Ergebnisse</i>	165
<i>B. Privatautonomie in der Rechtsprechung des BGH als Spiegel der Privatrechtsentwicklung</i>	169
Literaturverzeichnis	171
Entscheidungsverzeichnis	183
Sachregister	187

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einführung	1
A. <i>Vorgehensweise und Erkenntnisinteresse</i>	1
I. Methode der Untersuchung	2
II. Erkenntnisinteresse	3
III. Gang der Darstellung	4
B. <i>Der Privatautonomie-Diskurs</i>	5
I. Problemfelder	5
1. Die Legitimation der Privatautonomie	5
a) Die „Richtigkeit“ des Vertrages	5
b) Privatautonomie als Ausdruck von Selbstbestimmung	6
2. Selbstbestimmung als Voraussetzung von Privatautonomie	7
3. Privatautonomie, Selbstverantwortung und Vertrauensschutz	9
II. Perspektiven	10
III. Narrative	12
1. Materialisierung der Privatautonomie	12
2. Konstitutionalisierung	13
3. From-to-Narrative	14
Kapitel 1: Quantitative Analyse	15
A. <i>Häufigkeit nach Jahren</i>	16
B. <i>Die Privatautonomie und ihre Unterprinzipien</i>	17
C. <i>Privatautonomie nach Senaten</i>	18
Kapitel 2: Das Privatautonomie-Argument im Privatrecht	21
A. <i>Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen</i>	21
I. Der Geltungsgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen	22
1. Referenzentscheidung – BGHZ 41, 151	22
2. Rechtsprechungskontext	23
3. Rechtsprechungsanalyse	25

II. AGB-Kontrollen als Verbraucherschutzrecht	26
1. Referenzentscheidung – BGHZ 124, 254	26
2. Rechtsprechungskontext	27
3. Rechtsprechungsanalyse	29
III. Schutz der Privatautonomie vor Fremdbestimmung	30
1. Referenzentscheidung – BGHZ 200, 326	30
2. Rechtsprechungskontext	31
3. Rechtsprechungsanalyse	32
IV. Zusammenführung – Privatautonomie und AGB-Kontrolle	33
<i>B. Privatautonomie im Gesellschaftsrecht</i>	34
I. Referenzentscheidung – BGHZ 170, 283 (OTTO-Entscheidung)	35
II. Rechtsprechungskontext	36
III. Rechtsprechungsanalyse	37
<i>C. Privatautonomie im Bürgschaftsrecht</i>	38
I. Der Schutz des Bürgen vor Fremddisposition	38
1. Referenzentscheidung – BGHZ 130, 19	38
2. Rechtsprechungskontext	39
3. Rechtsprechungsanalyse	40
II. Der Schutz des finanziell überforderten Bürgen über §§ 138, 242 BGB	41
1. Referenzentscheidung – BGHZ 125, 206 (Lebenstraum-Entscheidung)	41
2. Rechtsprechungskontext	42
3. Rechtsprechungsanalyse	43
<i>D. Privatautonomie in der Wohnungseigentümergeinschaft</i>	44
I. Referenzentscheidung – BGHZ 208, 29	44
II. Rechtsprechungskontext	45
III. Rechtsprechungsanalyse	46
<i>E. Privatautonomie im Versicherungsrecht</i>	47
I. Referenzentscheidung – BGHZ 164, 297	47
II. Rechtsprechungskontext	48
III. Rechtsprechungsanalyse	49
<i>F. Das Privatautonomie-Argument im Privatrecht – Zusammenführung</i>	50
Kapitel 3: Privatautonomie als Verfassungsprinzip	51
<i>A. Auswahlkriterien und Terminologie</i>	51
I. Auswahlkriterien	51
II. Terminologie: Verfassungskonforme und -orientierte Auslegung	52
<i>B. Quantitative Beobachtungen</i>	53
<i>C. Normative Anknüpfungspunkte</i>	53
<i>D. Privatautonomie als Abwehrrecht</i>	55
I. Formeller Gewährleistungsgehalt – Der Vorbehalt des Gesetzes	56
1. Referenzentscheidungen	56

a) Registersperre – BGHZ 105, 206	57
b) Erbvertrag – BGHZ 123, 368	58
2. Rechtsprechungskontext	59
a) Maßstäbe des Vorbehalts des Gesetzes	59
b) Anwendbarkeit des Vorbehalts des Gesetzes auf zivilgerichtliche Entscheidungen	60
3. Rechtsprechungsanalyse	62
II. Materiell-rechtlicher Gehalt des Abwehrrechts	63
1. Referenzentscheidung – BGHZ 188, 96 (Pflichtteilsverzicht)	63
2. Rechtsprechungskontext	64
a) Verfassungsrechtliche Diskontinuität	64
b) Schutzbereich: Negative Erbfreiheit	65
c) Schrifttum: Abwehrrecht oder Schutzpflicht?	65
3. Rechtsprechungsanalyse	66
III. Eingriffsintensität als Wille des Gesetzgebers	66
1. Referenzentscheidungen – BGHZ 89, 316 und BGHZ 226, 145	67
2. Rechtsprechungskontext	68
3. Rechtsprechungsanalyse	69
IV. Zusammenführung – Privatautonomie als Abwehrrecht	71
<i>E. Privatautonomie in ihrer Schutzpflichtendimension</i>	72
I. Referenzentscheidungen	72
1. Angehörigenbürgschaften – BGHZ 125, 206	72
2. Eheverträge – BGHZ 158, 81 und BGHZ 178, 332	73
3. Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen – BGHZ 200, 326	75
II. Rechtsprechungskontext	77
1. Rechtsprechung des BVerfG	77
a) Grundlegungen in der Handelsvertreter- und der Bürgschaftsentscheidung	77
b) Rechtsgebietsspezifische Rechtsprechung	78
aa) Bürgschaften	78
bb) Eheverträge	78
cc) Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen	79
2. Schrifttum	80
a) Prinzipielle Kritik	80
b) Dogmatische Bearbeitung der Kontrollmaßstäbe	81
c) Übertragung auf weitere Rechtsgebiete	82
III. Rechtsprechungsanalyse	83
<i>F. Übergreifende Entwicklung: Die Konstitutionalisierung der Privatautonomie</i>	84
I. Verfassungsverständnis	84
II. Verfassungsrechtlicher Gehalt der Privatautonomie	86
III. Verstärkung der Konstitutionalisierung durch den BGH	87
<i>G. Die Privatautonomie als Verfassungsprinzip – Zusammenführung</i>	88

Kapitel 4: Privatautonomie und Rechtsgeschäft	91
A. Auslegung	92
I. Referenzentscheidung – BGHZ 52, 239	93
II. Rechtsprechungskontext	95
III. Rechtsprechungsanalyse	97
B. Das hypothetisch gewollte Geschäft	97
I. Die ergänzende Vertragsauslegung	98
1. Referenzentscheidung – BGHZ 195, 93	98
2. Rechtsprechungskontext	98
a) Verhältnis der Lückenfüllung zur Privatautonomie	99
b) Insbesondere: Ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	101
3. Rechtsprechungsanalyse	103
II. Die Umdeutung	104
1. Referenzentscheidung – BGHZ 19, 269	104
2. Rechtsprechungskontext	105
a) Zur Unterscheidung zwischen Umdeutung und Auslegung	106
b) Verhältnis der Umdeutung zur Privatautonomie	107
3. Rechtsprechungsanalyse	108
C. Das nicht gewollte Geschäft – Willensmängel	109
I. Das (misslungene) Scheingeschäft	109
1. Referenzentscheidung – BGHZ 144, 331	109
2. Rechtsprechungskontext	110
a) Die subjektiven Voraussetzungen eines Scheingeschäfts	111
b) § 117 Abs. 1 BGB als Ausprägung des Grundsatzes <i>falsa</i> <i>demonstratio non nocet</i>	111
c) § 117 Abs. 1 BGB als Verwirklichung der „negativen Kehrseite der Privatautonomie“	113
3. Rechtsprechungsanalyse	113
II. Das fehlende Erklärungsbewusstsein	114
1. Referenzentscheidungen – BGHZ 91, 324 und BGHZ 152, 63	114
2. Rechtsprechungskontext	117
3. Rechtsprechungsanalyse	120
D. Das gesollte Geschäft – faktische Vertragsverhältnisse	121
I. Referenzentscheidung – BGHZ 23, 249	121
II. Rechtsprechungskontext	123
1. Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen vor 1945	123
2. Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen nach 1945	126
III. Rechtsprechungsanalyse	128
E. Privatautonomie und Rechtsgeschäft – Zusammenführung	129
 Kapitel 5: Grenzen der Privatautonomie	 131
A. Gesetzliches Verbot	133
I. Referenzentscheidung – BGHZ 176, 198	133

II. Rechtsprechungskontext	134
1. § 134 BGB und die Privatautonomie	135
2. Treu und Glauben und die Privatautonomie	136
III. Rechtsprechungsanalyse	137
<i>B. Sittenwidrigkeit des Vertrages wegen ungleicher Macht</i>	138
I. Referenzentscheidung – BGHZ 102, 106	138
II. Rechtsprechungskontext	139
1. Die Maßstäbe der Sittenwidrigkeit	140
2. Das Machtungleichgewicht als Kriterium im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB	140
III. Rechtsprechungsanalyse	144
<i>C. Fehlende Richtigkeitsgewähr als Legitimation der Inhaltskontrolle</i>	146
I. Referenzentscheidungen – BGHZ 101, 350 und BGHZ 108, 164	146
II. Rechtsprechungskontext	147
1. Formelhafte Gewährleistungsausschlüsse als Allgemeine Geschäftsbedingungen	148
2. Fehlende Richtigkeitsgewähr formelhafter Gewährleistungsausschlüsse	148
3. Inhaltskontrolle und Privatautonomie	151
III. Rechtsprechungsanalyse	152
<i>D. Privatautonomie, Selbstbindung und Paternalismus</i>	153
I. Referenzentscheidung – BGHZ 191, 205	153
II. Rechtsprechungskontext	154
1. Geschäftsfähigkeit als Voraussetzung von Privatautonomie	155
2. Selbstbindung und Privatautonomie	155
a) Vertragsbindung als Beeinträchtigung der Privatautonomie	156
b) Bindungsintensität als Problem der Dispositionsbefugnis über eigene Freiheiten	157
3. Paternalismus und Privatautonomie	159
III. Rechtsprechungsanalyse	161
<i>E. Grenzen der Privatautonomie – Zusammenführung</i>	162
Zusammenführung	165
<i>A. Wesentliche Ergebnisse</i>	165
<i>B. Privatautonomie in der Rechtsprechung des BGH als Spiegel der Privatrechtsentwicklung</i>	169
Literaturverzeichnis	171
Entscheidungsverzeichnis	183
Sachregister	187

Einführung

A. Vorgehensweise und Erkenntnisinteresse

Privatautonomie gilt als das wesentliche Grundprinzip des Privatrechts.¹ Bei der Annäherung an den Begriff begegnet unweigerlich *Flume* als *spiritus rector*. Dessen Ausspruch, Privatautonomie bezeichne „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach eigenem Willen“² und sei Teil der Selbstbestimmung des Menschen, umschreibt bis heute den Minimalkonsens darüber, was mit Privatautonomie gemeint ist.³ Doch obwohl seit *Flumes* Wirken der Privatautonomie-Diskurs weiter fortgeschrieben wurde, zeichnet sich keine weitergehende Verständigung über den Inhalt des Prinzips der Privatautonomie ab.⁴

Aus diesen begrifflichen Unschärfen erwachsen Fragen für die Entscheidungspraxis. In der Rechtswissenschaft, gerade in der Rechtsdogmatik, werden Begriffe nicht um ihrer selbst willen, sondern als Bausteine einer normativen Architektur gebildet.⁵ Was bedeutet es also, wenn Privatautonomie als

¹ Für *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), FS DJT, 1960, 135, 141 ist sie das „selbstverständliche Grundprinzip“ der Zivilrechtsordnung; für *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 238 ist sie „Fixstern“; übernommen von *Reuter*, AcP 189 (1989), 199, 206; für *Bumke*, Privatautonomie, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017, 69 ist sie das „Lebenselixier des Privatrechts“; zur Bedeutung, die dem Prinzip der Privatautonomie zugeschrieben wird; s. auch *Röthel*, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtf Feuer, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017, 91, 92.

² *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), FS DJT, 1960, 135, 136.

³ „In Deutschland gilt zu Recht *Werner Flume* als Bannerträger der Privatautonomie.“, so *Wagner*, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 14. Aus der umfassenden Literatur, die sich auf *Flume* bezieht, s. nur *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 12; *Röthel*, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtf Feuer, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017, 91, 92.

⁴ „Die Begriffsbildung leidet bis zum heutigen Tag daran, dass es zu einer Verständigung über ihren exakten Sinngehalt nicht gekommen ist.“, so *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 14.

⁵ Zum Begriff der Rechtsdogmatik und ihrer Funktionen s. *Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, S. 1: „Die Rechtsdogmatik lässt sich als eine Disziplin beschreiben, die das positive Recht

Grundprinzip unserer Privatrechtsordnung ihrerseits auf einem unsicheren Fundament⁶ steht? Sind Brüche in der Rechtsanwendung erkennbar, oder gelingt es der Rechtsprechung, den Begriff der Privatautonomie operationalisierbar zu machen? Wird das Privatautonomieargument konsistent verwendet? Überlässt die Rechtsprechung die großen konzeptionellen Fragen der Wissenschaft, oder wirkt sie an ihrer Beantwortung mit? Ist die Verwendungsweise eine reflektierte oder eine reflexhafte? Diesen Fragen nachzugehen, ist das Anliegen der vorliegenden Untersuchung.

I. Methode der Untersuchung

Jede Entscheidung des BGH in Zivilsachen ließe sich zur Privatautonomie in Verhältnis setzen. So verstanden wäre das Thema „Privatautonomie als Argument in der Rechtsprechung des BGH“ nicht zu bewältigen. Es bedarf daher einer Eingrenzung der zu untersuchenden Entscheidungen. Diese Eingrenzung erfolgt hier anhand *formaler* Kriterien: Zum einen wurden ausschließlich BGHZ-Entscheidungen ausgewählt, um die Anzahl der potentiellen Untersuchungsgegenstände zu begrenzen. Diese Begrenzung auf die BGHZ-Sammlung ist auch deshalb gerechtfertigt, weil es sich bei den dort veröffentlichten Entscheidungen um die nach Auffassung des BGH wichtigsten handelt. Ausgewertet wurden zudem nur Entscheidungen, in denen der Begriff „Privatautonomie“ explizit genannt wird. Dazu gehören auch Verwendungen als Adjektiv. Nicht analysiert wurden dagegen Entscheidungen, in denen lediglich eines der Unterprinzipien der Privatautonomie auftritt.⁷ Das umschließt insbesondere alle Entscheidungen, in denen der BGH mit „Vertragsfreiheit“ argumentiert. Ein Seitenblick auf die zahlenmäßige Verwendung der Privatautonomie und ihrer Unterprinzipien im Rahmen einer quantitativen Gegenüberstellung (unten Kapitel 1, B.) legt nahe, dass sich eine Gleichsetzung dieser Prinzipien verbietet und es deshalb für jedes einzelne einer eigenständigen Analyse bedurft hätte. Daher liegt hier der Fokus ausschließlich auf dem Prinzip der Privatautonomie.

durchdringen und ordnen will, um die rechtliche Arbeit anzuleiten, und jene Fragen zu beantworten sucht, die die Rechtspraxis aufwirft. Sie bemüht sich darum, die Vorstellungen und Einsichten über das Recht zu sichten und zu sichern, indem sie Begriffe formt, Unterscheidungen einführt, Figuren oder Prinzipien erarbeitet und den Stoff ordnet.“

⁶ Vgl. das Bild der „unsicheren Architektur“ bei Röthel, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtfeuer, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017, 91, 95.

⁷ Dazu zählen die Vertragsfreiheit, die Eigentumsfreiheit, die Testierfreiheit, die Vereinigungsfreiheit und die Eheschließungsfreiheit.

II. Erkenntnisinteresse

Die enge Begrenzung auf ausdrückliche Nennungen der Privatautonomie bedeutet auch eine Beschränkung der möglichen Fragestellungen, die sich im Rahmen dieser Arbeit untersuchen lassen: Privatautonomie steht als Prinzip hinter vielen Instituten des Privatrechts – etwa dem Vertrag –, ohne dass es in der Entscheidungspraxis bei jedem Vertragsschluss der Explikation bedürfte. Privatautonomie wird verwirklicht, auch ohne dass sie von der Rechtsprechung als Argument verwendet wird. Bedacht werden muss auch, dass Gerichtsentscheidungen ihrer Funktion nach kein geeigneter Ort für weitgespannte Narrative oder die Errichtung einer Systemidee sind. Der Versuch, der Rechtsprechung ausdrückliche Standortbestimmungen über die Reichweite oder die Bedeutung der Privatautonomie für das Privatrecht abzugewinnen, fördert – wenig überraschend – nur Rudimente der großen privatrechtlichen Erzählungen⁸ zutage. So heißt es etwa in einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1979: „Die gesetzgeberischen Erwägungen tragen jedenfalls in zulässiger Weise der Bedeutung Rechnung, die der Grundsatz der Privatautonomie im Privatrecht – ungeachtet vielfacher Einschränkungen – hat.“⁹ Derartige Formulierungen, die die Bedeutung der Privatautonomie für das Privatrecht¹⁰ oder seine Teilbereiche¹¹ betonen, finden sich zwar nicht selten. Sie scheinen jedoch eher um Anschlussfähigkeit bemüht zu sein, als dass sie tatsächlich zur Kartographie der Privatautonomie im Privatrecht beitragen würden. Umgekehrt lässt auch die (Nicht-)Verwendung des Privatautonomie-Arguments kaum Rückschlüsse über die praktische Bedeutsamkeit der Privatautonomie für das Rechtsleben zu.

Die vorliegende Untersuchung wird deshalb nicht von der Frage geleitet, welche Bedeutung die Privatautonomie für das Privatrecht besitzt. Das Erkenntnisinteresse richtet sich vielmehr darauf, in welchen *Kontexten* das Ar-

⁸ Angelehnt an den Begriff der „Leiterzählung“ bei *Croon-Gestefeld*, *Gemeininteressen im Privatrecht*, 2022, S. 25 ff.

⁹ BGHZ 75, 241.

¹⁰ S. BGHZ 75, 241; 100, 324; 124, 254; 132, 328; 136, 261; 137, 27; 137, 153; 143, 128; 176, 140; 220, 280.

¹¹ Vgl. etwa für das Erbrecht BGHZ 123, 368: „Dabei geht es zutreffend vom Grundsatz der Testierfreiheit aus, die unter dem Schutz der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG steht [Nachweis]. Die damit im Erbrecht gewährleistete Privatautonomie findet ihre sozialstaatliche und durch Art. 6 GG legitimierte Grenze am Pflichtteilsrecht [...]“. Der Verweis auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie im Erbrecht ist nicht lediglich als Postulat ihrer Geltung zu verstehen, sondern unterstreicht ihre hervorgehobene Bedeutung und immunisiert das Argument dadurch zugleich gegen Kritik, vgl. hierzu auch *Röthel*, *AcP* 220 (2020), 19, 35: „Daher ist auch die Grundentscheidung für ein Recht zu vererben nicht bloß kontingentes, veränderliches, leichthin diskutables oder anfechtbares Recht, sondern inzwischen Frucht eines mit Art. 14 Abs. 1 GG uns selbst gegebenen Versprechens, dass das Erbrecht ‚gewährleistet‘ ist. Fundamentalkritik des Erbrechts wäre also zugleich Fundamentalkritik an Grundentscheidungen des Kodifikationsgesetzgebers und der verfassunggebenden Gewalt.“ Zur Privatautonomie als Verfassungsprinzip s. noch unten Kapitel 3.

gument verwendet wird, welches *Verständnis* von Privatautonomie der BGH dabei zugrunde legt und welche *Funktion* das Privatautonomieargument in der konkreten Entscheidung erfüllt.

III. Gang der Darstellung

Die Untersuchung gliedert sich in vier Kapitel. Das erste Kapitel widmet sich der Privatautonomie als Argument zunächst aus der „Vogelperspektive“. Dazu werden in einem ersten Schritt alle nach den oben benannten Kriterien ausgewerteten Entscheidungen zahlenmäßig analysiert. Nach dieser rein quantitativen Analyse wird im zweiten Kapitel näher auf die Rechtsgebiete eingegangen, in denen das Argument besonders häufig auftaucht; die Verwendungsweise wird rechtsgebietspezifisch unter qualitativen Gesichtspunkten untersucht. Die Kapitel drei bis fünf sind thematisch geordnet und ausschließlich der qualitativen Analyse vorbehalten. Im dritten Kapitel wird die Verwendung des Privatautonomie-Arguments als Verfassungsprinzip untersucht. Das vierte Kapitel widmet sich der Rechtsgeschäftslehre. Das fünfte Kapitel schließlich betrifft die Grenzen der Privatautonomie. Die Herangehensweise im Rahmen der qualitativen Analyse bleibt dabei immer die gleiche: Im ersten Schritt werden eine oder mehrere Referenzentscheidungen nachgezeichnet, an denen sich ein bestimmtes Phänomen oder eine bestimmte Fragestellung exemplarisch veranschaulichen lässt. Im zweiten Schritt wird der Kontext dargestellt, der den Hintergrund der Entscheidung bildet. Dazu gehört in erster Linie die Rechtslage, teilweise werden aber auch historische Entwicklungen oder politische Umstände erörtert. Das Umfeld der Entscheidung soll auf diese Weise ausgeleuchtet werden. Schließlich wird jede Referenzentscheidung in einem dritten Schritt analysiert, wobei das Hauptaugenmerk auf dem Argument der Privatautonomie liegt. Sowohl die thematische Einteilung als auch die gleichbleibende Untersuchungsanordnung sind nicht zwingend, sondern sollen dazu dienen, bei der Lektüre eine Orientierung zu geben und den Untersuchungsstoff zu ordnen.

Im zweiten Untersuchungsschritt – der Kontextualisierung – wird immer wieder auch auf den Privatautonomie-Diskurs Bezug genommen. Allerdings wird dort jeweils nur der für die Entscheidung relevante Ausschnitt nachgezeichnet. Damit diese Einzelfragen im Privatautonomie-Diskurs eingeordnet werden können, wird dieser nun im Überblick dargestellt. Dabei wird zugleich deutlich, wie ausdifferenziert das Forschungsgespräch ist und welche Unsicherheiten im Umgang mit der Privatautonomie bis heute bestehen. Dieser Befund ist für die weitere Untersuchung entscheidend, weil gerade hier die Forschungsfrage ansetzt: Wie geht der BGH mit einem so zentralen, aber ebenso schwer fassbaren Begriff in seiner täglichen Rechtsanwendung um?

B. Der Privatautonomie-Diskurs

Obwohl – oder gerade weil – zum Thema Privatautonomie eine Fülle an Literatur existiert, ist ein einheitliches, aufeinander bezogenes Forschungsgespräch schwer auszumachen.¹² Zu unterschiedlich sind die Forschungsanliegen. Auch sind die Untersuchungen häufig auf bestimmte Fachbereiche¹³ gerichtet, was die gegenseitige Kenntnisnahme erschwert.¹⁴ Einige geteilte Problemfelder lassen sich dennoch nachzeichnen. Darüber hinaus bietet es sich an, die verschiedenen Perspektiven zu ordnen und einige wenige, prägende Narrative vorzustellen, um einen ersten Überblick im unübersichtlichen Feld der Privatautonomie zu gewinnen.

I. Problemfelder

1. Die Legitimation der Privatautonomie

Uneinigkeit besteht schon hinsichtlich der Frage, *warum* privatautonome Rechtsgestaltung möglich sein soll. Die Ansätze unterscheiden sich im Wesentlichen in der Art und Weise, wie sie das Verhältnis der Privatautonomie zur Vertragsgerechtigkeit definieren:

a) Die „Richtigkeit“ des Vertrages

Bis heute prägend ist die Lehre *Schmidt-Rimplers*¹⁵, der zufolge der frei ausgehandelte Vertrag in sich die Gewähr oder vielmehr die Chance seiner Richtigkeit trägt.¹⁶ Privatautonomie legitimiert sich nach dieser Lesart primär dadurch,

¹² So schon *Röthel*, Forschungsgespräche über Autonomie im Recht, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, 45, 51 ff.

¹³ S. beispielsweise für das Familienrecht *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 295; *dies.*, AcP 210 (2010), 580; für das Erbrecht *Letzmaier*, AcP 218 (2018), 724; *Kroppenberg*, *Privatautonomie von Todes wegen*, 2012; *Röthel*, AcP 210 (2010), 32; für das Arbeitsrecht *Zöllner*, AcP 176 (1976), 221; *Preis*, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, 1993; *Holle*, *Die Nichtfortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse*, 2022; für die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491; *Oetker*, AcP 212 (2012), 202; für das Verbraucherrecht *Dauner-Lieb*, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher*, 1983.

¹⁴ So schon *Dauner-Lieb*, AcP 210 (2010), 580.

¹⁵ *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130; *ders.*, *Zum Vertragsproblem*, in: Baur (Hrsg.), *FS Raiser*, 1974, 1.

¹⁶ Positiv beziehen sich auf die Lehre *Schmidt-Rimplers* beispielsweise *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1, 14; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 284 f.; *Wagner*, *Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?*, in: *Blaurock/Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, 13, 19 f.; *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 547; *MünchKomm-BGB/Säcker*, 9. Aufl. 2021, Einl. Rn. 40; kritisch dagegen *Flume*, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in: *Caemmerer/Friesenhahn/Lange* (Hrsg.), *FS DJT*, 1960, 135, 142 f.; *Busche*, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, 1999, S. 79 ff.; eine „Komplementarität zwischen Richtigkeits- und Selbstbestimmungslehre“ sieht *Habersack*, AcP 189 (1989), 403, 407 ff.

dass sie gerechte Ergebnisse hervorbringt.¹⁷ Gerade in der ursprünglichen Konzeption *Schmidt-Rimplers*, die diesen Zusammenhang als „Richtigkeitsgewähr“ beschrieb, wurde die Privatautonomie allerdings stark unter den Vorbehalt der Vertragsgerechtigkeit gestellt. Deshalb wird die Lehre heute üblicherweise in ihrer abgeschwächten Form im Sinne einer „Richtigkeitswahrscheinlichkeit“ rezipiert.¹⁸ In jedem Fall handelt es sich um eine folgenorientierte und gerechtigkeitsfokussierte Legitimation der Privatautonomie. Dabei wird Privatautonomie (auch) als Ordnungsvorstellung und Systemidee aufgefasst, sodass es sich bei der These von der Richtigkeitsgewähr um eine überindividuelle Rechtfertigungsstrategie handelt.¹⁹

b) Privatautonomie als Ausdruck von Selbstbestimmung

Der andere Begründungsstrang, den insbesondere *Flume* in Abgrenzung von *Schmidt-Rimpler* geprägt hat, geht davon aus, dass Privatautonomie aus sich selbst, also aus dem Gedanken der Selbstbestimmung heraus gerechtfertigt ist.²⁰ Nach diesem Ansatz ist für eine *immanente* Begrenzung der Privatautonomie nach dem Maßstab der Vertragsgerechtigkeit kein Raum. Dagegen nimmt dieser Legitimationsansatz das Recht umso mehr in die Pflicht zu gewährleisten, dass die Privatautonomie auch tatsächlich Ausdruck von Selbstbestimmung ist und nicht als ein Mittel der Fremdbestimmung missbraucht wird.²¹ In den Worten *Flumes*: „Es ist aber das ewige Dilemma der Privatautonomie, daß sie immer wieder durch ungleiche Machtverteilung in Frage gestellt ist.“²² Nach dieser Perspektive ist die Selbstbestimmung Legitimation, zugleich aber auch Ausübungsvoraussetzung und Grenze der Privatautonomie.

¹⁷ *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 132 f.

¹⁸ Vgl. dazu *Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Baur (Hrsg.), FS Raiser, 1974, 1, 12.

¹⁹ Vgl. schon *Mestmäcker*, JZ 1964, 441; s. auch *Wagner*, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 20 – „dezentrales Entscheidungsmittel“; aus jüngerer Zeit *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 547, die von hier aus den Gedanken vom Privatrecht als einer „dezentralen Koordinierungsordnung“ entwickelt.

²⁰ *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), FS DJT, 1960, 135, 143: „Die Gestaltung aus Selbstbestimmung in einem Rahmen, der nach der Rechtsordnung der Selbstbestimmung überlassen ist, ist einem rechtlichen Urteil, ob sie ‚richtig‘ ist, unzugänglich. Läßt man dies nicht gelten, so negiert man in Wirklichkeit die Selbstbestimmung als Wert, und wird die Privatautonomie ‚als Mittel zur Verwirklichung einer von der Gesamtheit her als gerecht und zweckmäßig verfügten Ordnung‘ mediatisiert.“

²¹ So MünchKomm-BGB/*Säcker*, 9. Aufl. 2021, Einl. Rn. 40.

²² *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), FS DJT, 1960, 135, 143.

2. Selbstbestimmung als Voraussetzung von Privatautonomie

Schon bei *Flume* klang an, dass die „tatsächliche Selbstbestimmung“ die Achillesferse der Privatautonomie ist. Doch auch die Konzeption *Schmidt-Rimplers* kann das Problem nicht ganz umgehen. Die Richtigkeitsgewähr basiert schließlich auf der Prämisse, dass sich beide Vertragspartner mit ihren Interessen durchsetzen können.²³ Von der Zivilrechtswissenschaft wurde – besonders in den 1970er- bis 1990er-Jahren – der Aspekt ungleich verteilter Macht zwischen den Vertragspartnern herausgegriffen und als die zentrale Herausforderung für die Selbstbestimmung diskutiert.²⁴ Endgültig ins allgemeine Rechtsbewusstsein gehoben hat das Problem aber das BVerfG in seiner Bürgerschaftsentscheidung aus dem Jahr 1993.²⁵ Darin warf das BVerfG dem BGH vor, er habe die grundrechtlich gewährleistete Privatautonomie einer vermögenslosen Bürgin verkannt, indem er nicht danach gefragt habe, „ob und inwieweit beide Vertragspartner über den Abschluß und den Inhalt des Vertrages tatsächlich frei entscheiden konnten.“²⁶ Diese Ausgangsfrage verdichtete das BVerfG in den weiteren Entscheidungsgründen zu einem Kontrollmaßstab, wobei es maßgeblich auf das Verhältnis zwischen den Parteien abstellte: Könne einer der Vertragsparteien den Inhalt des Vertrages faktisch einseitig bestimmen, so bewirke dies für den anderen Teil Fremdbestimmung.²⁷

Die Entscheidung wurde insbesondere wegen des Begriffs des „strukturellen Ungleichgewichts“ kritisiert. So akzeptierte etwa *Zöllner* die Prämisse, dass Beeinträchtigungen der Selbstbestimmung zu einer Beseitigung der Privatautonomie führen könnten.²⁸ Er hielt jedoch den vom BVerfG entwickelten Maßstab nicht für geeignet, um derartige, relevante Beeinträchtigungen zu beschreiben.²⁹ Hier steht also der Begriff der Selbstbestimmung als solcher in Streit. Darüber hinaus besteht Uneinigkeit über die Frage, ob die Bürgerschaftsentscheidung die Privatautonomie verwirklicht oder beschränkt.³⁰ Für die letztere Lesart steht wiederum stellvertretend *Zöllner*. Er ist der Auffassung, das BVerfG

²³ *Schmidt-Rimpler* selbst erkennt an, dass insoweit kein Unterschied zwischen den Voraussetzungen der Richtigkeitsgewähr besteht, s. *Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Baur (Hrsg.), FS Raiser, 1974, 1, 14: „Im Ergebnis besteht hier übrigens kein Unterschied gegenüber der Selbstbestimmungstheorie, da eben in diesen Fällen auch die Selbstbestimmungsmöglichkeit fehlt.“

²⁴ S. dazu noch unten Kapitel 5, B. II. 2.; aus der Literatur der damaligen Zeit s. insbesondere *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, passim.

²⁵ BVerfGE 89, 214 – Bürgerschaftsentscheidung; vgl. bereits BVerfGE 81, 242 – Handelsvertreter.

²⁶ BVerfGE 89, 214, 231.

²⁷ BVerfGE 89, 214, 255. Eingehend zum Kontrollmaßstab des BVerfG und seiner Anwendung durch den BGH noch unten Kapitel 3, E.

²⁸ *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1.

²⁹ *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 30.

³⁰ So schon *Röthel*, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtfeuer, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017, 91, 97.

habe „eine die Vertragsfreiheit unmittelbar beschränkende Wirkung der Grundrechte und vor allem ausgerechnet des Art. 2 I GG eröffnet.“³¹ Auf der anderen Seite wurde von den Befürwortern der Bürgschaftsentscheidung betont, dass es dem BVerfG um die Voraussetzungen der Privatautonomie gegangen sei.³² Repräsentativ für diese Perspektive steht *Canaris*. Privatautonomie, so *Canaris*, diene der Selbstbestimmung der Person.³³ Diese werde jedoch nur optimal verwirklicht, wenn die Willensbildung der Parteien auch in tatsächlicher Hinsicht keinen Beeinträchtigungen unterliege.³⁴

Dieser Dissens über die Wirkungsweise der Bürgschaftsentscheidung beruht nicht zuletzt auf dem der Privatautonomie immanenten Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmung und rechtlicher Ausgestaltung:³⁵ Denn das Recht muss die Voraussetzungen aufstellen, unter denen diese Selbstgestaltung im Recht ausgeübt werden kann. Damit aber beinhaltet jede Ausübung von Privatautonomie zwingend ein Mindestmaß an heteronomer, staatlicher Gestaltung.³⁶ Und jede rechtliche Voraussetzung privatautonomer Gestaltung lässt sich deshalb immer auch als Grenze ideal gedachter Freiheit und als ein Eingriff des Staates in die Gestaltungssphäre des Einzelnen denken. Dieser „Grundwiderspruch“³⁷ lässt sich nicht auflösen. So kann die Bürgschaftsentscheidung je nach Perspektive unterschiedlich gedeutet werden.

Um diesen „Grundwiderspruch“ der Privatautonomie ranken sich verschiedene theoretische und dogmatische Fragestellungen. Etwa die Frage, inwieweit das Prinzip der Privatautonomie überhaupt auf rechtliche Gestaltung angewiesen ist, lässt sich hier einordnen.³⁸ Auch der Streit um die Rechtsfolgen des feh-

³¹ *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 2.

³² So insbesondere *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 296 f.; kritisch *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 30 ff.

³³ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277.

³⁴ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277.

³⁵ Vgl. zur Bürgschaftsrechtsprechung als Ausdruck des materiellen „Grundwiderspruchs“ des Privatrechtsdenkens bereits *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 10.

³⁶ So etwa *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 30 ff. Sie wertet das notwendig im Recht angelegte Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung als Ausdruck des dem Recht innewohnenden Widerspruchs zwischen Kollektivismus und Individualismus. Dagegen meint *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 7, die rechtliche Anerkennung der Privatautonomie bedeute nicht heteronome Rechtssetzung, weil das Recht dem Selbstbestimmungsakt an sich Verbindlichkeit verleihe. Doch ist Selbstbestimmung nicht hinreichend eindeutig, als dass das Recht ohne Weiteres tatbestandlich daran anknüpfen könnte, s. schon *Bumke*, Privatautonomie, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017, 69, 85 f. Allein die Entscheidung des Rechts darüber, was es als Selbstbestimmungsakt anerkennt, bedeutet deshalb ein Mindestmaß an heteronomer Setzung.

³⁷ So die Terminologie bei *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 10 f.

³⁸ Vgl. hierzu etwa *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 15 ff.

lenden Erklärungsbewusstseins³⁹, auf den noch eingegangen wird (unten Kapitel 4, C. II. 2.), kann auf diesen Konflikt zurückgeführt werden, wenn man die Bindung an die nicht gewollte Erklärung als normativen, rechtlich angeordneten Konsens begreift.⁴⁰ Schließlich geht es aus grundrechtsdogmatischer Perspektive um die Grenzziehung zwischen Grundrechtsausgestaltung und Grundrechts-eingriff.⁴¹ Anhand dieser Beispiele wird deutlich, wie sehr die Ausgestaltungsbedürftigkeit der Privatautonomie den – rechtsdogmatischen – Umgang mit ihr erschwert.

3. Privatautonomie, Selbstverantwortung und Vertrauensschutz

Ein drittes Problemfeld schließlich betrifft das Zusammenspiel der Privatautonomie mit anderen Prinzipien des Privatrechts, etwa dem Gedanken des Vertrauensschutzes. Der Streit um Willens- und Erklärungstheorie ist hier einzuordnen. Während sich die Anhänger der Willenstheorie auf den Willen berufen konnten⁴², sahen die Vertreter der Erklärungstheorie ihre Position durch den Gedanken des Vertrauensschutzes oder den des Verkehrsschutzes gerechtfertigt.⁴³ Seit der Kodifikation des BGB galt der Streit zwar weitgehend als entschärft.⁴⁴ Jedoch wurde die Debatte im kleinen Maßstab überall dort fortgesetzt, wo das BGB keine Einzelfallregelung getroffen hatte. Das galt insbesondere für das Problem des fehlenden Erklärungsbewusstseins. Hier unterschieden sich die vertretenen Ansichten in der Art und Weise, wie sie Privatautonomie und Selbstverantwortung bzw. Vertrauensschutz zueinander in Verhältnis setzten: Nahm man mit *Flume* an, dass die Selbstverantwortung neben der Selbstbestimmung Teil der Privatautonomie sei, bejahte man das Vorliegen einer Willenserklärung.⁴⁵ Ging man dagegen davon aus, dass die Selbstverantwortung ein

³⁹ Eine Übersicht zu den vertretenen Positionen findet sich bei Staudinger/*Singer*, 2021, Vorb. §§ 116–124 Rn. 33 ff.

⁴⁰ S. etwa *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 217; *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlage des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, S. 2: „Beruht das Rechtsgeschäft auf der Anerkennung der Selbstbestimmung der Persönlichkeit – und das ist nicht zu bezweifeln –, wie sollte es dann möglich sein, einen Menschen *ohne* einen entsprechenden Geschäftswillen in rechtsgeschäftliche Verpflichtungen zu verstricken? Dient andererseits das Rechtsgeschäft als Instrument der Bedürfnisbefriedigung der verbindlichen Ordnung des zwischenmenschlichen Verkehrs – wie ebensowenig bezweifelt werden darf –, wie sollte dann die Möglichkeit rechtens sein, diese Verbindlichkeit und alle darauf beruhende Planung und Erwartung des Erklärungsempfängers dadurch zu zerstören, daß man einen völlig unerkennbaren gegenteiligen Willen aufdeckt.“

⁴¹ Grundlegend *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 21 ff.

⁴² S. nur *Savigny*, System Bd. III, 1840, S. 257 ff.; *Windscheid*, AcP 63 (1880), 72, 77.

⁴³ S. nur *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897, S. 31 ff.

⁴⁴ Vgl. aber *Schapp*, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, 1986, S. 1.

⁴⁵ *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), FS DJT, 1960, 135, 159; *F. Bydlinski*, JZ 1975, 1; *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 216 ff.; dieser Auffassung hat sich auch der BGH angeschlossen, s. grundlegend BGHZ 91, 324.

neben der Privatautonomie stehendes Prinzip sei, verneinte man die Willenserklärung eher.⁴⁶

II. Perspektiven

Eine Vielzahl von Beiträgen setzt sich mit Privatautonomie auseinander, um das rechtspraktische Arbeiten anzuleiten.⁴⁷ Oben (B. I. 3.) wurde bereits aufgezeigt, wie sich die Konzeption der Privatautonomie in verschiedenen Kontexten auf die Lösung konkreter Rechtsfragen auswirken kann. Willens- und Erklärungstheorie, aber auch die Auseinandersetzung um die „tatsächliche Selbstbestimmung“ sind folglich *rechtsdogmatische Perspektiven* auf das Prinzip der Privatautonomie.

Die Privatautonomie ist auch Betrachtungsgegenstand der *Privatrechtstheorie*⁴⁸: Wenn von Privatautonomie als Grund- oder Leitprinzip die Rede ist, werden damit häufig Aussagen über das Wesen oder den Gegenstand des Privatrechts verbunden. Privatautonomie gehört zum tradierten Kanon, wenn es darum geht, die Charakteristika des Privatrechts zu beschreiben.⁴⁹ In privatrechtstheoretischen Untersuchungen nimmt das Prinzip daher oft eine hervorgehobene Rolle ein. Ein Zentralbegriff der Privatrechtstheorie ist das Konzept der Privatrechtsgesellschaft.⁵⁰ Danach ist wesentliches Merkmal des Privatrechts „die Gleichberechtigung aller Mitglieder der Gesellschaft, die Gewährleistung des Eigentums, die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit“⁵¹. Zu den Kernvorstellungen der Privatrechtsgesellschaft gehört es darüber hinaus, dass Gesellschaft und Privatrecht in einem konstitutiven Verhältnis zueinander stehen.⁵² Insbesondere *Bydlinski* hat das Konzept der Privatrechtsgesellschaft ge-

⁴⁶ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 427f.; *ders.*, NJW 1984, 2281, 2282; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 169ff.; *Staudinger/Singer*, 2021, Vorb. §§ 116–144 Rn. 37ff.

⁴⁷ Zur Aufgabe der Rechtsdogmatik, Lösungsmuster für Entscheidungsprobleme bereitzustellen, s. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, S. 205.

⁴⁸ Was genau Rechtstheorie – und damit auch Privatrechtstheorie meint –, ist schwer auf einen Begriff zu bringen. Hier zugrunde gelegt wird die Definition bei *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, S. 16: „Rechtstheorie ist der Versuch, das Recht als solches und das jeweilige Rechtssystem in seinen realen Funktionsabläufen zu erkennen und zu beschreiben. Sie dient dem besseren Verständnis der Grundbegriffe und Grundstrukturen des Rechts, seiner Kausalfaktoren und seiner Wirkungen auf die Gesellschaft.“

⁴⁹ Privatautonomie hat Teil an der privatrechtlichen „Leiterzählung“, so *Croon-Gestefeld*, Gemeininteressen im Privatrecht, 2022, S. 30f.

⁵⁰ Dieses Konzept geht zurück auf *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75; s. außerdem *F. Bydlinski*, AcP 194 (1994), 319; *Picker*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, sowie *Zöllner*, Privatrecht und Gesellschaft, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, 53.

⁵¹ *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, 1, 4.

⁵² So deutlich *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im

Sachregister

- Abwehrrecht 55 ff., 89
AGG 14, 67 ff.
Allgemeine Geschäftsbedingungen 21 ff.,
79 f., 101 ff., 148
– Normtheorie 24 f.
– Verbot der Geltungserhaltenden Reduktion 101 ff.
Anstandsformel 140
Äquivalenzverhältnis 140
Arzt-Patienten-Verhältnis 143
Auslegung, verfassungskonforme 52
Auslegung von Rechtsgeschäften 92 f.
– ergänzende 95
– objektiv-normative 93, 111 f.
- Benachteiligungsverbot 70 f.
Beschlussersetzungsklage 44 ff.
Bestimmtheitsgrundsatz, verfassungsrechtlicher 59 f.
Bürgerschaft 38 ff.
– Bestimmtheitsgrundsatz 39 f.
– Verbot der Fremddisposition 38 ff.
Bürgerschaftsentscheidung 7 ff., 31, 41 ff.,
77 f., 141 ff.
- Diskriminierungsverbot 48 f.
Dispositives Recht 99, 134
- Ehevertrag
– Ehevertragsentscheidung 73 ff.
– Ehevertragsfreiheit 17 f.
Einverständnis 109 ff.
Erbfreiheit, negative 64 ff.
Erklärungsbewusstsein 9 f.
Erklärungstheorie 9 f., 117 ff.
- Faktische Vertragsverhältnisse 121 ff.
Falsa demonstratio non nocet 111 f.
Formnichtigkeit 122
- Fremdbestimmung 6 ff., 30 ff., 73 ff.
From status to contract 14
- Gerichtsstandsvereinbarung 97
Gesamtnichtigkeit 135 f.
Geschäftsfähigkeit 155
Gesellschaftsvertrag 34 ff.
Gewährleistungsausschluss, notarieller
146 ff.
Gewinnverwendung 57 f.
Gleichbehandlungsgebot 49
Grundrechte
– Ausgestaltung 9, 55
– Disposition über Grundrechte 158 f.
– Drittwirkung 85 f.
– Eingriff 55 f., 156 f.
– formeller Gewährleistungsgehalt 55 ff.
– objektive Werteordnung 86
– praktische Konkordanz 77
- Handelsvertreterentscheidung 77 f., 87,
141 f.
Hofübergabe-Entscheidung 121 ff.
- Imparität, *siehe* Vertragsparität
Inhaltskontrolle 141, 144 ff.
– Allgemeiner Geschäftsbedingungen
26 ff., 75 ff.
– von Eheverträgen 73 ff.
– von Gesellschaftsverträgen 34 ff.
– von Gewährleistungsausschlüssen
146 ff.
- Kernbereichslehre 74, 82
Klauselersetzungsverfahren 47 ff.
konkret-allgemeine Begriffe 125
Konsens, negativer, *siehe* Einverständnis
Konstitutionalisierung 13 f., 84 ff.
Krankenhausaufnahmevertrag 138 ff.

- Lebensraum-Entscheidung 41 ff.
 Legitimation der Privatautonomie 5 f.
 Lüth-Entscheidung 13, 85 f.
- Machtungleichgewicht 141 ff., 151
 Materialisierung 12 f., 31 f., 80
 Mehrheitsklausel 35 ff.
- Ohne-Rechnung-Abrede 133 ff.
 OTTO-Entscheidung 35 ff.
- Parteiwille
 – hypothetischer 94
 – objektiver 104
 – tatsächlicher 105, 108 f.
 – vernünftiger 96 f.
 Paternalismus 153 ff.
 Pflichtteilsverzicht 63 ff.
 Privatrechtsgesellschaft 10 ff.
 Privatrechtstheorie 10 ff.
- Rechtsfolgenwille 107
 Rechtswahl 93 f.
 Richtigkeitsgewähr 5 f., 146 ff.
 Richtigkeitswahrscheinlichkeit, *siehe*
 Richtigkeitsgewähr
- Scheingeschäft 109 ff.
 Schuldverhältnisse durch sozialtypisches
 Verhalten, *siehe* Faktische Vertrags-
 verhältnisse
 Schutzpflicht 65 f., 72 ff., 86 f.
- Selbstbestimmung 6 f., 30 ff., 74 ff., 92 f.,
 115, 143, 156 f.
 Selbstbindung 153 ff.
 Selbstverantwortung 9 f., 115 ff.
 Sperrvertrag 153 ff.
 Subsidiaritätsprinzip 58
 Subtraktionsmethode 116
- Testierfreiheit 17, 59
- Umdeutung 104 ff.
 Ungleichgewicht, strukturelles 74 f.
 Unterverbriefung 109 f.
- Verbot, gesetzliches 133 ff.
 Verbraucherschutz 26 ff.
 Vereinigungsfreiheit 17
 Vergleichsmiete 67
 Verkehrerschutz 119 f.
 Vernunftvorbehalt, *siehe* Wille, vernünf-
 tiger
 Vertragsfreiheit 17 f.
 Vertragsgerechtigkeit 6, 149
 Vertragslücke 95
 Vertragsparität 78 f., 141 ff.
 Vertrauensschutz 9, 92 f., 118 ff.
 Vorbehalt des Gesetzes 56 ff.
- Wesentlichkeitstheorie 61 f.
 Wille des Gesetzgebers 66 ff.
 Willensprinzip 127 ff.
 Willenstheorie 9 f.