

MATTHIAS WENDLAND

# Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit

*Jus Privatum*

232

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 232





Matthias Wendland

# Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit

Subjektive und objektive Gestaltungskräfte  
im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle  
Allgemeiner Geschäftsbedingungen  
im unternehmerischen Geschäftsverkehr

Mohr Siebeck

*Matthias Wendland*, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin und an der Katholieke Universiteit Leuven (Belgien). Masterstudium an der Harvard Law School (2005–2006), Visiting Researcher an der Harvard Law School (2006–2007), Teaching Fellow am Harvard Government Department (2006–2007). Promotion an der Ludwig-Maximilians-Universität München (2015), Auszeichnung der Promotion mit dem Fakultätspreis der Juristischen Fakultät und dem Promotionspreis der Münchner Juristischen Gesellschaft, Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität München (2016). Venia legendi für die Fächer Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie.

orcid.org/0000-0002-1834-9361

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-978-3-16-154817-8 / eISBN 978-3-16-155248-9

DOI 10.1628/978-3-16-155248-9

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.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://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 Böblingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

*Pacta sunt servanda*. Das Prinzip der Vertragstreue bildet die Grundlage des synallagmatischen Leistungsaustausch im Gefüge der Privatrechtsordnung. Dieser Grundsatz gilt freilich nicht unbeschränkt. Grenzen der Bindungswirkung vertraglicher Vereinbarungen ergeben sich aus dem Zusammenspiel objektiver und subjektiver Gestaltungskräfte, insbesondere der Prinzipien der Vertragsfreiheit und der Vertragsgerechtigkeit. Ihr Wechselspiel ist grundlegend von *Walter Schmidt-Rimpler* in seiner *Theorie der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus* als dem bis heute maßgeblichen Vertragsmodell beschrieben worden. Der Ansatz *Schmidt-Rimplers* stößt indes zunehmend an seine Grenzen. Bekannte Phänomene wie die wachsende *Materialisierung* im Privatrecht, neue Erkenntnisse im Bereich *behavioral economics* sowie der Befund der *interdisziplinären Verhandlungsforschung* erfordern eine dogmatische Neujustierung des geltenden Vertragsmodells. Dies gilt vor allem mit Blick auf die Bedeutung des Vertragszwecks und die dogmatische Begründung der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Insbesondere die Auswirkungen des *Harvard Modells* interessenorientierter Verhandlung auf die Dogmatik des Vertragsmodells sind bislang noch wenig erforscht.

Die vorliegende Arbeit will diese Lücke schließen. Sie legt auf der Grundlage einer Neubestimmung des Verhältnisses der Grundsätze der Vertragsfreiheit und der Vertragsgerechtigkeit eine Weiterentwicklung des Schmidt-Rimplerschen Vertragsmodells vor, die den Befund der verhaltensökonomischen wie auch der verhandlungstheoretischen Forschung integriert und für die Privatrechtsdogmatik fruchtbar macht. Ein solches Unternehmen bedarf der Vergewisserung mit Blick auf die sie bestimmenden Grundlagen. Erforderlich war daher eine Konturierung, Konkretisierung und Standortbestimmung der Prinzipien der Vertragsfreiheit und der Vertragsgerechtigkeit. Dabei wurde ein Konzept der Vertragsgerechtigkeit vorgelegt, das den römisch-rechtlichen Grundsatz des *suum cuique tribuere*, die klassische *regula aurea* sowie die *aristotelisch-thomistische Gerechtigkeitslehre* in einer Gesamtsynthese integriert.

Privatrechtsdogmatik ist kein Glasperlenspiel, sie steht letztlich im Dienst konkreter Rechtsanwendung. Vor allem im Kontext heftig umstrittener Fragen aktueller Rechtspolitik vermag der Blick auf die dogmatischen Grundlagen häufig Wege zu sachgerechten Lösungen aufzuzeigen. Entsprechend wird der Befund der im ersten Teil des Werkes erarbeiteten dogmatischen Untersuchung

im sodann folgenden zweiten Teil der Arbeit auf ein Problem angewendet, in dem das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit für die Bestimmung der Reichweite der Vertragstreue auf beispielhafte Weise relevant wird: Die dogmatische Begründung der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Im dritten und letzten Teil der Arbeit geht die Untersuchung schließlich der rechtspolitisch lebhaft diskutierten Frage nach, welche Auswirkungen sich aus dem bis dahin entwickelten Befund für die Bestimmung der Reichweite der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr ergeben.

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand Juni 2018. Herzlicher Dank gilt meinem verehrten akademischen Lehrer Herrn *Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Kindler*, der auch das Erstgutachten zu dieser Arbeit verfasst hat. Für seine Ratschläge, die umsichtige persönliche und fachliche Förderung, seine stete Hilfs- und Gesprächsbereitschaft sowie die wissenschaftlich inspirierende und schöne Zeit am Lehrstuhl bin ich von Herzen dankbar. Großen Dank schulde ich Herrn *Prof. Dr. Stephan Lorenz*, der nicht nur das Zweitgutachten erstellt, sondern mich auch mit seinem Rat auf vielfältige Weise gefördert hat. Herrn *Prof. Dr. Armin Engländer* danke ich für den fruchtbaren Austausch zu den rechtsphilosophischen Fragestellungen der Arbeit. Herzlich gedankt sei Herrn *Prof. Dr. Stefan Arnold* sowie *Dr. David Paulus* für den spannenden und ertragreichen wissenschaftlichen Diskurs. Frau Mira Jahani, Frau Stefanie Nitsche, Frau Carolin Scheuer sowie Herr Florian Kalbfleisch haben mir bei der Erstellung des Sachregisters geholfen. Hierfür sei ihnen herzlich gedankt. Großer Dank gilt der VG Wort für die äußerst großzügige Förderung der Arbeit im Rahmen eines Druckkostenzuschusses.

Ganz herzlich danke ich meinen Eltern, meiner Familie, Christine und allen Freunden und Kollegen, die während der Zeit der Habilitation und der Drucklegung eine stete Stütze waren. Größter Dank gilt schließlich Maria für die treue Begleitung, Inspiration und fortwährende Unterstützung der Arbeit. Ohne Dich wäre sie nicht möglich gewesen. Ganz herzlichen Dank!

München, im Januar 2019

Matthias Wendland

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	XIII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXXIII

§1 Einführung .....	1
<i>I. Gegenstand der Untersuchung: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Grunddeterminanten der Privatrechtsordnung .....</i>	<i>3</i>
1. Die aktuelle Diskussion um die Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....	4
2. Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit .....	5
<i>II. Eingrenzung des Themas: Die Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr als dogmatisches Problem .....</i>	<i>8</i>
<i>III. Gang der Untersuchung: Vom Vertragsmodell zur AGB-Kontrolle ..</i>	<i>8</i>

## Allgemeiner Teil

§2 Vertragsfreiheit: Grundlagen, Funktion und Form .....	13
<i>I. Grundlagen: Menschenwürde und Freiheit .....</i>	<i>13</i>
1. Dogmatische Grundlagen .....	13
2. Rechtliche Grundlagen .....	30
<i>II. Funktion: Vertragsfreiheit als Grunddeterminante der Privatrechtsordnung .....</i>	<i>58</i>
1. Individuelle Funktionen der Vertragsfreiheit .....	59
2. Überindividuelle Funktionen der Vertragsfreiheit .....	62
<i>III. Form: Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit .....</i>	<i>77</i>
1. Ausübungsformen der Vertragsfreiheit .....	77
2. Formale und materielle Vertragsfreiheit .....	96
<i>IV. Zusammenfassung .....</i>	<i>100</i>

§3	Vertragsgerechtigkeit: Grundlagen, Funktion und Form .....	105
I.	<i>Grundlagen: Gerechtigkeit als Rechtsprinzip</i> .....	105
	1. Vertragsgerechtigkeit und aktuelle Privatrechtsdogmatik .....	105
	2. Rechtsphilosophische Grundlagen .....	109
II.	<i>Funktion: Vertragsgerechtigkeit als Zweck des Rechts</i> .....	140
	1. Funktionsebenen der Gerechtigkeit .....	141
	2. Der Befund der interdisziplinären Gerechtigkeitsforschung .....	144
	3. Gerechtigkeit als Strukturelement der Privatrechtsordnung .....	149
	4. Rezeption durch die Privatrechtslehre .....	150
III.	<i>Form: Ausprägungen materieller Gerechtigkeit im Privatrecht</i> .....	157
IV.	<i>Zusammenfassung</i> .....	159
§4	Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit in der Privatrechtsordnung: Einheit in Komplementarität .....	163
I.	<i>Geschichtlicher Hintergrund</i> .....	164
	1. Der Ausgangspunkt: Der formal-liberale Grundansatz des BGB ....	164
	2. Die weitere Entwicklung: Materialisierung durch Reformgesetzgebung und Rechtsprechung .....	169
II.	<i>Die dogmatische Diskussion: Ansätze zum Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit</i> .....	174
	1. Grenzen der Diskussion .....	175
	2. Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Grundkonstante der Privatrechtsordnung .....	177
	3. Der aktuelle Stand der Diskussion .....	179
III.	<i>Vertragsmodelle</i> .....	180
	1. Selbstbestimmungstheorie (Flume) .....	180
	2. Theorie der sozialen Funktion des Vertrages (Raiser) .....	185
	3. Soziale Vertragstheorien (Zweigert) .....	191
	4. Theorie der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit (Wolf) .....	196
	5. Theorie der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus (Schmidt-Rimpler) .....	208
IV.	<i>Eigener Ansatz: Das vertragszweckorientierte Reziprozitätsmodell</i> ..	234
	1. Zweck des Vertrages: Persönlichkeitsentfaltung durch selbstbestimmten und gerechten Interessenausgleich .....	236
	2. Instrumente zur Verwirklichung des Vertragszwecks: Selbstbestimmung und Richtigkeitsgewähr .....	242

3. Das Reziprozitätsprinzip der regula aurea als Kern des Vertragsmechanismus .....	243
4. Vertragsparität als Voraussetzung der Richtigkeitsgewähr .....	256
5. Elemente eines Vertragskontrollmodells .....	260
V. Zusammenfassung .....	277
§5 Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit im Kontext der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	285
I. Bedeutung und Funktion vorformulierter Vertragstexte .....	285
1. Vorformulierte Vertragstexte in der Rechtspraxis .....	287
2. Funktionen und Risiken .....	291
II. Die Rechtsnatur von AGB .....	301
1. Geschichtliche Ausgangslage .....	304
2. Die Normtheorien .....	311
3. Die Vertragstheorie .....	320
III. Zusammenfassung .....	328
§6 Rechtsgeschichtliche Grundlagen der Inhaltskontrolle .....	333
I. Das Kontrollinstrumentarium im 19. Jh. ....	335
1. Inhalts- und Anwendungskontrolle durch die Rechtsprechung .....	335
2. Aufsichtsrechtliche Kontrolle durch die Verwaltung .....	339
3. Zwingendes Recht durch den Gesetzgeber .....	340
II. Das Kontrollinstrumentarium im 20. Jh. ....	341
1. Rechtsprechung: Von der Monopolrechtsprechung des Reichsgerichts zur Angemessenheitskontrolle des Bundesgerichtshofs .....	342
2. Verwaltung: Von der Konzessionierung zum Wirtschaftsverwaltungsrecht .....	352
3. Gesetzgebung: Von der Sondergesetzgebung zum AGBG .....	356
III. Zusammenfassung .....	358
§7 Verfassungsrechtliche Grundlagen der Inhaltskontrolle .....	363
I. Formale Vertragsfreiheit: Gewährleistung grundsätzlicher Autonomie vom Staat .....	366
II. Materielle Vertragsfreiheit: Schutz tatsächlicher Selbstbestimmung durch den Staat .....	374

1. Handelsvertreterentscheidung . . . . .	379
2. Bürgschaftsentscheidung . . . . .	381
3. Unterhaltsverzichtsvertrag . . . . .	387
4. Zahnarzthonorarentscheidung . . . . .	390
5. Überschussbeteiligung . . . . .	392
6. Rückkaufswert . . . . .	394
7. Weitere Entscheidungen . . . . .	398
<i>III. Feststellung eines Ungleichgewichts durch Fallgruppenbildung . . . . .</i>	<i>401</i>
1. Wirtschaftliche Unterlegenheit . . . . .	403
2. Psychische, intellektuelle oder emotionale Unterlegenheit . . . . .	405
3. Situative Unterlegenheit . . . . .	409
<i>IV. Zusammenfassung . . . . .</i>	<i>411</i>
§ 8 Rechtlicher und dogmatischer Rahmen der Inhaltskontrolle . . . . .	417
<i>I. Rechtlicher Rahmen: Einfachrechtliche Ausgestaltung der Inhaltskontrolle . . . . .</i>	<i>417</i>
1. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle . . . . .	419
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. § 305 Abs. 1 BGB . . . . .	419
3. Erfasste Fallgruppen . . . . .	431
<i>II. Dogmatischer Rahmen: Gewährleistung von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Ausgangspunkt . . . . .</i>	<i>438</i>
1. Gewährleistung der Vertragsfreiheit . . . . .	440
2. Gewährleistung der Vertragsgerechtigkeit . . . . .	452
3. Versagen der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus . . . . .	458
<i>III. Zusammenfassung . . . . .</i>	<i>461</i>
§ 9 Der Schutzzweck der Inhaltskontrolle . . . . .	467
<i>I. Individuelle Rechtfertigung . . . . .</i>	<i>468</i>
1. Schutz der Vertragsgestaltungsfreiheit . . . . .	468
2. Vertragsparteien: Wirtschaftliche, soziale oder intellektuelle Unterlegenheit . . . . .	472
3. Vertragsinhalt: Unangemessene Benachteiligung . . . . .	495
4. Vertragsschlussmechanismus: Situative Unterlegenheit . . . . .	507
5. Rechtsökonomischer Begründungsansatz . . . . .	517
6. Vertragstheoretischer Begründungsansatz . . . . .	567
<i>II. Überindividuelle Rechtfertigung . . . . .</i>	<i>614</i>
1. Schutz des Gemeinwohls . . . . .	615
2. Schutz des Marktes und des Rechtsverkehrs . . . . .	619

3. Institutioneller Schutz von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit .....	622
4. Verbraucherschutz .....	652
<i>III. Das Verhältnis von individueller und überindividueller Rechtfertigung .....</i>	<i>663</i>
<i>IV. Das Regelungskonzept der §§ 305 ff. BGB im Licht des vertragstheoretischen Schutzzweckmodells .....</i>	<i>666</i>
1. Vorformulierung .....	666
2. Mehrfachverwendungsabsicht .....	672
3. Stellen .....	681
4. Aushandeln gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB .....	684
<i>V. Zusammenfassung .....</i>	<i>685</i>
§ 10 Die Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....	691
<i>I. Legitimation der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....</i>	<i>692</i>
1. Ausgangspunkt: Die aktuelle rechtspolitische Diskussion .....	692
2. Entstehungsgeschichte: Die Diskussion vor Inkrafttreten des AGBG .....	695
3. Die aktuelle Reformdiskussion .....	713
4. Reformansätze .....	747
5. Geltung des Schutzzwecks der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....	759
<i>II. Europarechtlicher Rahmen .....</i>	<i>790</i>
1. Unionsrechtsakte .....	790
2. Kodifikationsprojekte zur europäischen Rechtsvereinheitlichung .....	796
3. Schlussfolgerungen und Impulse für die rechtspolitische Diskussion .....	810
<i>III. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle im b2b-Verkehr .....</i>	<i>811</i>
1. Der restriktive Ansatz der Rechtsprechung .....	813
2. Kritik an der geltenden Rechtslage und Reformvorschläge .....	828
3. Ansatzpunkte für eine Neuorientierung .....	858
<i>IV. Maßstab der Inhaltskontrolle im b2b-Verkehr .....</i>	<i>915</i>
1. Der differenzierende Ansatz der Rechtsprechung .....	915
2. Kritik an der geltenden Rechtslage und Reformvorschläge .....	923
3. Ansatzpunkte für eine Neuorientierung .....	933
<i>V. Zusammenfassung .....</i>	<i>986</i>

§11 Gesamtergebnis und Thesen .....	991
§12 Ausblick .....	997
Literaturverzeichnis .....	999
Personenregister .....	1041
Sachregister .....	1043

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXXIII

§1 Einführung .....	1
<i>I. Gegenstand der Untersuchung: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Grunddeterminanten der Privatrechtsordnung .....</i>	<i>3</i>
1. Die aktuelle Diskussion um die Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....	4
2. Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit .....	5
<i>II. Eingrenzung des Themas: Die Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr als dogmatisches Problem .....</i>	<i>8</i>
<i>III. Gang der Untersuchung: Vom Vertragsmodell zur AGB-Kontrolle .....</i>	<i>8</i>

## Allgemeiner Teil

§2 Vertragsfreiheit: Grundlagen, Funktion und Form .....	13
<i>I. Grundlagen: Menschenwürde und Freiheit .....</i>	<i>13</i>
1. Dogmatische Grundlagen .....	13
a) Privatautonomie und menschliche Freiheit .....	16
aa) Die naturrechtliche Begründung der Privatautonomie .....	17
(1) Überpositive Wertgrundsätze als Grundlage .....	17
(2) Untauglichkeit positivistischer Begründungsansätze .....	18
(3) Untauglichkeit ökonomischer Zweckmäßigkeit-überlegungen .....	19
bb) Die tragende Bedeutung des Willens für das Rechtsgeschäft ..	21
(1) Der Wille im Wettbewerb mit objektiven Gestaltungs-kräften .....	21
(2) Die zentrale Bedeutung des Selbstbestimmungsprinzips ..	23

(3) Selbstbestimmung und ihr Verhältnis zu Verkehrsschutz und Vertragsgerechtigkeit .....	23
b) Rechtsgeschäftslehre: Selbstbestimmung durch Willenserklärung	25
aa) Die Verwirklichung des Willens in der Erklärung .....	25
bb) Anerkennung durch die Rechtsordnung .....	26
cc) Machtungleichgewichte und Informationsasymmetrien .....	29
2. Rechtliche Grundlagen .....	30
a) Verfassungsrechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit .....	30
aa) Individual- und Institutsgarantie .....	31
bb) Verfassungsmäßige Ordnung und Grundrechte anderer als Schranken .....	33
cc) Der Rahmen für die Ausgestaltung der Privatrechtsordnung durch den Gesetzgeber .....	34
b) Europarechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit .....	36
aa) Objektiv-rechtliche Anknüpfungspunkte .....	39
(1) Wirtschaftsverfassung und Grundfreiheiten .....	39
(2) Europäische Menschenrechtskonvention .....	40
(3) Grundrechtecharta der EU .....	41
(4) Rechtsprechung des EuGH .....	42
(5) Vorarbeiten für ein gemeinsames Europäisches Vertragsrecht .....	44
bb) Gewährleistungsinhalte .....	46
cc) Vertragsfreiheit im Draft Common Frame of Reference .....	49
(1) Die Rechtsprinzipien der Freiheit, Sicherheit, Gerechtigkeit und Effizienz .....	49
(2) Grundannahme zugunsten formaler Vertragsfreiheit .....	50
(3) Gewährleistung materieller Vertragsfreiheit .....	51
(4) Die Bedeutung des gemeinsamen Europäischen Vertragsrechts für die Dogmatik der Vertragsfreiheit .....	54
(5) Vom formalen zu einem umfassenden Verständnis der Vertragsfreiheit .....	55
c) Gewährleistung der Vertragsfreiheit im BGB .....	57
II. <i>Funktion: Vertragsfreiheit als Grunddeterminante der Privatrechtsordnung</i> .....	58
1. Individuelle Funktionen der Vertragsfreiheit .....	59
a) Selbstbestimmungsfunktion: Instrument rechtlicher Persönlichkeitsentfaltung .....	59
b) Gerechtigkeitsfunktion: Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus .....	60
2. Überindividuelle Funktionen der Vertragsfreiheit .....	62
a) Ordnungsfunktion: Gerechte Güterverteilung durch Vertrag .....	62
b) Ökonomische Funktion: Effizienter Güteraustausch durch Vertrag .....	64

c) Soziale Funktion: Der Vertrag als Institut einer gerechten Sozialordnung .....	66
d) Demokratische Funktion: Emanzipation from status to contract ..	74
e) Stabilitätsfunktion: Ausgleich sozialer Spannungen .....	75
f) Konfliktbeilegungsfunktion: Privatautonome Streitbeilegung durch Vergleich .....	75
g) Rechtsfortbildungsfunktion: Gewährleistung rechtlicher Innovation .....	76
III. <i>Form: Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit</i> .....	77
1. Ausübungsformen der Vertragsfreiheit .....	77
a) Vertragsverhandlungen .....	77
aa) Positionsorientiertes Verhandeln .....	78
bb) Interessenorientiertes Verhandeln .....	81
b) Rechtliche Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit .....	85
aa) Abschlussfreiheit .....	86
bb) Inhaltsfreiheit .....	89
cc) Formfreiheit .....	91
2. Formale und materielle Vertragsfreiheit .....	96
a) Formale Vertragsfreiheit als normativ konstituierte Rechtsgestaltungskompetenz .....	96
b) Materielle Vertragsfreiheit als tatsächlich verfügbare Rechtsgestaltungsfähigkeit .....	97
IV. <i>Zusammenfassung</i> .....	100
§3 <i>Vertragsgerechtigkeit: Grundlagen, Funktion und Form</i> .....	105
I. <i>Grundlagen: Gerechtigkeit als Rechtsprinzip</i> .....	105
1. Vertragsgerechtigkeit und aktuelle Privatrechtsdogmatik .....	105
2. Rechtsphilosophische Grundlagen .....	109
a) Der Grundsatz des <i>sum cuique tribuere</i> als Ausgangspunkt .....	110
b) Die Goldene Regel als universaler Maßstab der Gerechtigkeit .....	111
aa) Ursprung und Bedeutung der <i>regula aurea</i> .....	112
bb) Die <i>regula aurea</i> als universeller Maßstab richtigen Handelns ..	112
cc) Bedeutung der <i>regula aurea</i> für die Privatrechtsdogmatik .....	113
dd) Der multilaterale Rollentausch und die moderne Verhandlungsforschung .....	115
ee) Die <i>regula aurea</i> und die kognitive Entwicklungspsychologie ..	116
c) Die aristotelische Gerechtigkeitstheorie .....	117
aa) Die Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Einzelgerechtigkeit .....	118
bb) Die allgemeine oder Gesetzesgerechtigkeit ( <i>iustitia generalis sive legalis</i> ) .....	119
cc) Die Verteilungsgerechtigkeit ( <i>iustitia distributiva</i> ) .....	120

dd) Die Tauschgerechtigkeit (iustitia commutativa) . . . . .	122
(1) Das Äquivalenzprinzip als Maßstab der Tauschgerechtigkeit . . . . .	122
(2) Gemeinsamer Nutzen (utilitas communis) als Vertragszweck . . . . .	122
(3) Preisgerechtigkeit . . . . .	123
ee) Gerechtigkeit und Recht: Die Frage der Inhaltskontrolle . . . . .	128
d) Rechtliche Grundlagen . . . . .	131
aa) Verfassungsrechtliche Gewährleistung . . . . .	132
bb) Europarechtliche Gewährleistung . . . . .	137
<i>II. Funktion: Vertragsgerechtigkeit als Zweck des Rechts</i> . . . . .	140
1. Funktionsebenen der Gerechtigkeit . . . . .	141
a) Friedens- und Befriedigungsfunktion . . . . .	141
b) Interessenverwirklichung, Persönlichkeitsentfaltung, Daseinsermöglichung . . . . .	142
c) Ordnungsfunktion und Förderung des Gemeinwohls . . . . .	143
2. Der Befund der interdisziplinären Gerechtigkeitsforschung . . . . .	144
a) Verhaltensökonomik und Spieltheorie . . . . .	144
b) Auswirkungen auf die Theorie vom gerechten Preis und die laesio enormis . . . . .	147
c) Die Wiederkehr der laesio enormis im Tatbestand des wucherähnlichen Geschäfts iSv. § 138 Abs. 1 BGB . . . . .	148
3. Gerechtigkeit als Strukturelement der Privatrechtsordnung . . . . .	149
4. Rezeption durch die Privatrechtslehre . . . . .	150
<i>III. Form: Ausprägungen materieller Gerechtigkeit im Privatrecht</i> . . . . .	157
<i>IV. Zusammenfassung</i> . . . . .	159
§ 4 Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit in der Privatrechtsordnung: Einheit in Komplementarität . . . . .	163
<i>I. Geschichtlicher Hintergrund</i> . . . . .	164
1. Der Ausgangspunkt: Der formal-liberale Grundansatz des BGB . . . . .	164
a) Sozial- und Menschenbild des klassischen Liberalismus . . . . .	165
b) Soziale Harmonie durch vertraglichen Ausgleich als Grundprämisse des Vertragsmodells . . . . .	166
c) Politische Emanzipation und Industrielle Revolution als prägender Rahmen . . . . .	168
2. Die weitere Entwicklung: Materialisierung durch Reformgesetzgebung und Rechtsprechung . . . . .	169
a) Gesellschaftlicher Wandel und Zusammenbruch der Grundannahmen des Wirtschaftsliberalismus . . . . .	170

b) Konflikt zwischen Freiheits- und Gleichheitsethos und Funktionswandel des Vertrages .....	171
c) Wandel von formaler Freiheitsethik in materiale Ethik sozialer Verantwortung .....	172
d) Effektuiierung der Privatautonomie durch Gewährleistung materieller Vertragsfreiheit .....	173
II. <i>Die dogmatische Diskussion: Ansätze zum Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit</i> .....	174
1. Grenzen der Diskussion .....	175
2. Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Grundkonstante der Privatrechtsordnung .....	177
3. Der aktuelle Stand der Diskussion .....	179
III. <i>Vertragsmodelle</i> .....	180
1. Selbstbestimmungstheorie (Flume) .....	180
a) Überblick .....	180
b) Kritik .....	183
2. Theorie der sozialen Funktion des Vertrages (Raiser) .....	185
a) Überblick .....	185
b) Kritik .....	189
3. Soziale Vertragstheorien (Zweigert) .....	191
a) Überblick .....	192
b) Kritik .....	194
4. Theorie der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit (Wolf) .....	196
a) Überblick .....	197
aa) Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit als Tatbestandsmerkmal der Willenserklärung .....	197
bb) Anforderungen an die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit .....	199
cc) Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit .....	200
b) Kritik .....	205
5. Theorie der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus (Schmidt-Rimpler) .....	208
a) Überblick .....	209
b) Kritik .....	221
aa) Richtigkeit und Richtigkeitsgewähr .....	221
bb) Vorrang der Vertragsgerechtigkeit .....	222
cc) Konzept der Vertragsgerechtigkeit .....	223
(1) Mangelnde Bestimmbarkeit des Inhalts der Vertragsgerechtigkeit .....	223
(2) Defizitäre Rezeption des Gerechtigkeitsbegriffs als Grundlage der Kritik .....	226
dd) Konzept der Vertragsfreiheit .....	228

e) Subjektiver Gerechtigkeitsmaßstab als Schwachpunkt der Theorie .....	230
<i>IV. Eigener Ansatz: Das vertragszweckorientierte Reziprozitätsmodell ..</i>	<i>234</i>
1. Zweck des Vertrages: Persönlichkeitsentfaltung durch selbstbestimmten und gerechten Interessenausgleich .....	236
a) Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentfaltung .....	236
b) Vertragszweck und Bindungswirkung .....	237
c) Angemessenheit des Interessenausgleichs als Inhalt der Vertragsgerechtigkeit .....	240
d) Bindung der Vertragsfreiheit an die Vertragsgerechtigkeit .....	241
2. Instrumente zur Verwirklichung des Vertragszwecks: Selbstbestimmung und Richtigkeitsgewähr .....	242
a) Bedeutung der Selbstbestimmung für die Interessenverwirklichung .....	242
b) Richtigkeitsgewähr als privatautonome Gewährleistung der Vertragsgerechtigkeit .....	243
3. Das Reziprozitätsprinzip der regula aurea als Kern des Vertragsmechanismus .....	243
a) Das interessenorientierte Verhandlungsmodell (Harvard Modell) im Licht der modernen Verhandlungsforschung .....	244
b) Wertschöpfende Integration der Interessen durch Kooperation ..	245
c) Korrektur von Wahrnehmungs- und Rationalitätsdefiziten .....	246
d) Die Überwindung des homo oeconomicus als Verhaltensmodell ..	248
e) Die regula aurea als Kern des Harvard Modells .....	250
f) Das Reziprozitätsprinzip der regula aurea und der Vertragsmechanismus .....	250
4. Vertragsparität als Voraussetzung der Richtigkeitsgewähr .....	256
a) Handlungsanreize für einen angemessenen Interessenausgleich ..	256
b) Würde und Gleichheit des Menschen als Ausgangspunkt .....	257
c) Die Bedeutung tatsächlicher Vertragsparität für die Richtigkeitsgewähr .....	259
5. Elemente eines Vertragskontrollmodells .....	260
a) Gerechtigkeit als Zweck des Rechts, Vertragsgerechtigkeit als Zweck des Vertrages .....	261
b) Die Bedeutung der Vertragsfreiheit für die Herstellung materieller Vertragsgerechtigkeit .....	262
c) Selbstbestimmung und materielle Vertragsfreiheit .....	263
d) Auflösung des Spannungsverhältnisses von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit? .....	263
e) Das Spannungsverhältnis zwischen formaler und materieller Vertragsfreiheit .....	264
f) Inhaltskontrolle und Vorrang formaler Vertragsfreiheit .....	265

g) Das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit .....	266
h) Das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und materieller Vertragsfreiheit .....	266
i) Vertragsimparität und Vertragsinhalt als Anknüpfungspunkte ...	268
j) Kriterien für die Ermittlung der Kontrollschwelle .....	269
aa) Vertragsfreiheit .....	269
bb) Vertragsgerechtigkeit .....	270
cc) Rechtssicherheit .....	272
(1) Schutzwürdigkeit des Vertrauens .....	273
(2) Der Gedanke des Rechtsmissbrauchs sowie der Gefährdungshaftung bzw. der Zurechnung von Risikosphären .....	274
dd) Vertragszweck als Maßstab einer Ergebniskontrolle .....	275
ee) Grundzüge eines Vertragskontrollmodells .....	276
V. Zusammenfassung .....	277
§5 Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit im Kontext der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	285
I. Bedeutung und Funktion vorformulierter Vertragstexte .....	285
1. Vorformulierte Vertragstexte in der Rechtspraxis .....	287
a) Einfache Einzelverträge .....	287
b) Komplexe Einzelverträge .....	288
c) Vertragsschluss im Kontext umfangreicher Verhandlungen .....	290
2. Funktionen und Risiken .....	291
a) Rationalisierungsfunktion .....	292
b) Typisierungs- oder Lückenausfüllungsfunktion .....	295
c) Risikoverlagerungstendenz .....	297
II. Die Rechtsnatur von AGB .....	301
1. Geschichtliche Ausgangslage .....	304
a) Die Diskussion im 19. Jh.: Rechtsnormähnlichkeit und Vertragscharakter .....	305
b) Erste Hälfte des 20. Jh.: Das Vordringen normtheoretischer Konzepte .....	306
c) Zweite Hälfte des 20. Jh.: Die Durchsetzung der Vertragstheorie ..	309
2. Die Normtheorien .....	311
a) Meyer-Cording: AGB als Wahlnormen .....	312
b) Pflug: AGB als para-legales Recht .....	313
c) Helm: AGB als Normen mit bedingter Rechtsgeltung .....	315
d) Schmidt: AGB als faktische Normen .....	317

e) Reuter: Arbeitsrechtliche Einheitsregelungen als gesellschaftliche Normen .....	318
3. Die Vertragstheorie .....	320
a) Kein Schluss vom rechtstatsächlichen Befund auf die rechtsdogmatische Begründung .....	320
b) Das Willenselement als zentrale Geltungsvoraussetzung .....	321
c) Der Wortlaut des § 305 Abs. 2 BGB .....	323
d) Unzulässigkeit des Rückgriffs auf „faktische Normen“ .....	324
e) Sicherung der Vertragsgerechtigkeit durch strenge Inhaltskontrolle .....	325
f) Ergebnis .....	327
III. Zusammenfassung .....	328
§ 6 Rechtsgeschichtliche Grundlagen der Inhaltskontrolle .....	333
I. <i>Das Kontrollinstrumentarium im 19. Jh.</i> .....	335
1. Inhalts- und Anwendungskontrolle durch die Rechtsprechung .....	335
2. Aufsichtsrechtliche Kontrolle durch die Verwaltung .....	339
3. Zwingendes Recht durch den Gesetzgeber .....	340
II. <i>Das Kontrollinstrumentarium im 20. Jh.</i> .....	341
1. Rechtsprechung: Von der Monopolrechtsprechung des Reichsgerichts zur Angemessenheitskontrolle des Bundesgerichtshofs .....	342
a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts: Entwicklung der Monopolrechtsprechung .....	342
b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs: Umfassende Angemessenheitskontrolle .....	346
2. Verwaltung: Von der Konzessionierung zum Wirtschaftsverwaltungsrecht .....	352
3. Gesetzgebung: Von der Sondergesetzgebung zum AGBG .....	356
III. Zusammenfassung .....	358
§ 7 Verfassungsrechtliche Grundlagen der Inhaltskontrolle .....	363
I. <i>Formale Vertragsfreiheit: Gewährleistung grundsätzlicher Autonomie vom Staat</i> .....	366
II. <i>Materielle Vertragsfreiheit: Schutz tatsächlicher Selbstbestimmung durch den Staat</i> .....	374
1. Handelsvertreterentscheidung .....	379
2. Bürgschaftsentscheidung .....	381
3. Unterhaltsverzichtsvertrag .....	387

4. Zahnarzthonorarentscheidung .....	390
5. Überschussbeteiligung .....	392
6. Rückkaufswert .....	394
7. Weitere Entscheidungen .....	398
<i>III. Feststellung eines Ungleichgewichts durch Fallgruppenbildung</i> .....	401
1. Wirtschaftliche Unterlegenheit .....	403
2. Psychische, intellektuelle oder emotionale Unterlegenheit .....	405
3. Situative Unterlegenheit .....	409
<i>IV. Zusammenfassung</i> .....	411
§ 8 Rechtlicher und dogmatischer Rahmen der Inhaltskontrolle ...	417
<i>I. Rechtlicher Rahmen: Einfachrechtliche Ausgestaltung der Inhaltskontrolle</i> .....	417
1. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle .....	419
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. § 305 Abs. 1 BGB .....	419
a) Vertragsbedingungen .....	420
b) Vielzahl von Verträgen .....	421
c) Vorformulierung .....	422
d) Stellen .....	423
e) Aushandeln .....	427
3. Erfasste Fallgruppen .....	431
a) Formularverträge und Vertragsmuster: Situative Unterlegenheit durch Informationsasymmetrie .....	431
b) „Garderobenmarken-, Fahrkarten- und Parkhausfälle“: Situative Unterlegenheit durch Leistungsmonopol .....	432
c) Einmalbedingungen: Sonderregelungen für Verbraucherverträge .	434
d) Großvolumige Verträge im unternehmerischen Geschäftsverkehr	435
<i>II. Dogmatischer Rahmen: Gewährleistung von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Ausgangspunkt</i> .....	438
1. Gewährleistung der Vertragsfreiheit .....	440
a) Funktion des Vertrages: Selbstbestimmung durch Interessenausgleich .....	443
b) Funktionsvoraussetzungen der Vertragsfreiheit: Tatsächliche Selbstbestimmung und Vertragsparität .....	445
aa) Kognitive Fähigkeiten .....	447
bb) Information .....	448
cc) Freiheit von Zwang bzw. wirtschaftliches und soziales Machtgleichgewicht .....	449
2. Gewährleistung der Vertragsgerechtigkeit .....	452
a) Funktion des Vertrages: Persönlichkeitsentfaltung durch gerechten Interessenausgleich .....	453

b) Funktionsvoraussetzung der Vertragsgerechtigkeit: Selbstbestimmung .....	457
3. Versagen der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus .....	458
a) Ursache: Vertragsimparität .....	459
b) Folge: Beeinträchtigung von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit .....	459
c) Abhilfe: Vertragskorrektur durch Inhaltskontrolle .....	460
III. Zusammenfassung .....	461
§ 9 Der Schutzzweck der Inhaltskontrolle .....	467
I. Individuelle Rechtfertigung .....	468
1. Schutz der Vertragsgestaltungsfreiheit .....	468
2. Vertragsparteien: Wirtschaftliche, soziale oder intellektuelle Unterlegenheit .....	472
a) Kompensation von Vertragsimparität durch Wettbewerb? .....	475
aa) Kein funktionierender Wettbewerb der Vertragsbedingungen. ....	476
bb) Tendenz des Marktes zur Selbstaufhebung .....	476
cc) Beschränktes Instrumentarium der Wettbewerbskontrolle. ....	477
dd) Überspannte Anforderungen an die Marktteilnehmer .....	478
ff) Kein Marktversagen im Hinblick auf Hauptleistungspflichten ....	481
gg) Kein Widerspruch zu den Grundwerten einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung .....	483
hh) Der Schutz der materiellen Vertragsfreiheit aus rechtshistorischer Perspektive .....	485
ii) Ausgleich von Vertragsimparität als Hauptaufgabe des Privatrechts .....	488
b) Mangelnde Konkretisierbarkeit .....	489
c) Typisierende Betrachtung als Ausweg? .....	491
3. Vertragsinhalt: Unangemessene Benachteiligung .....	495
a) Vertragsgerechtigkeit als Schutzzweck der Inhaltskontrolle .....	496
b) Unangemessene AGB als Indiz für ein Machtungleichgewicht ....	498
c) Bestimmbarkeit der Angemessenheit des Interessenausgleichs ....	500
d) Das geltende Recht als Angemessenheitskriterium .....	502
aa) Angemessenheit vertraglicher Nebenabreden .....	502
bb) Angemessenheit der Hauptleistung .....	504
cc) Fazit .....	506
4. Vertragsschlussmechanismus: Situative Unterlegenheit .....	507
a) Situative Unterlegenheit .....	508
aa) Informationsasymmetrie .....	511
bb) Verhandlungsimparität .....	514
5. Rechtsökonomischer Begründungsansatz .....	517
a) Der Grundansatz der ökonomischen Analyse des Rechts .....	517

aa)	Allokationseffizienz als Ziel . . . . .	518
	(1) Das Pareto-Kriterium . . . . .	518
	(2) Das Kaldor-Hicks-Kriterium . . . . .	519
bb)	Der homo oeconomicus als Verhaltensmodell . . . . .	521
	(1) Umfassende Information vs. Informationsdefizit . . . . .	521
	(2) Rationalitätsprinzip vs. bounded rationality . . . . .	522
	(a) Normative Kritik am homo oeconomicus . . . . .	522
	(b) bounded rationality . . . . .	523
	(c) behavioral economics . . . . .	525
	(3) Egoismus vs. Kooperation . . . . .	526
	(a) Kooperation . . . . .	527
	(b) homo socialis . . . . .	528
	(c) Gerechtigkeit . . . . .	529
cc)	Das Coase-Theorem als Modell effizienter Selbstregulierung .	531
dd)	Kritik der ökonomischen Analyse des Rechts . . . . .	532
b)	Die rechtsökonomische Rechtfertigung der Inhaltskontrolle . . . .	535
aa)	Die Ansicht Posners: Ablehnung einer Inhaltskontrolle und Selbstregulierung durch den Markt . . . . .	535
bb)	Prohibitive Transaktionskosten und Informationsasymmetrie	541
cc)	Marktversagen und adverse Selektion . . . . .	542
dd)	Akerlofs Markt der Zitronen und das „race to the bottom“ . . .	544
ee)	Eingreifen korrigierender Goodwill-Mechanismen . . . . .	546
	(1) Garantien und Gütesiegel . . . . .	546
	(2) Wiederholungskäufe und Erfahrungsaustausch . . . . .	549
	(3) Schwächen des Goodwill-Mechanismus . . . . .	550
	(4) Notwendigkeit staatlichen AGB-Rechts . . . . .	554
c)	Schwächen des rechtsökonomischen Ansatzes . . . . .	555
aa)	Rationalitätsbegrenzungen und Kosten-Nutzen-Analyse . . . .	555
bb)	Fehlende Berücksichtigung mangelnder Dispositionsbereitschaft . . . . .	557
cc)	Spannungsverhältnis zwischen ökonomischer und dogmatischer Perspektive . . . . .	558
dd)	Normativer Anspruch . . . . .	559
ee)	Mangelnder Maßstab für Inhaltskontrolle . . . . .	563
ff)	Keine Inhaltskontrolle bei Fehlen einer Informationsasymmetrie . . . . .	563
6.	Vertragstheoretischer Begründungsansatz . . . . .	567
a)	Beeinträchtigung der Vertragsgestaltungsfreiheit . . . . .	568
aa)	Informationsasymmetrie . . . . .	569
	(1) Mangelnde Berücksichtigung der AGB . . . . .	569
	(2) Bewusster Verzicht auf Kenntnisnahme . . . . .	571
	(a) Fehlen einer Kosten-Nutzen-Kalkulation . . . . .	572
	(b) Fälle positiver Transaktionskosten-Vertragswert-Relation	573

(c) Fehlende subjektive Erkennbarkeit aus ex-ante-Perspektive . . . . .	574
(d) Abschreckende Wirkung von AGB . . . . .	574
(e) Bereitschaft zur Kenntnisnahme von AGB . . . . .	576
(f) Fokussierung auf Hauptleistungspflichten und Aussichtslosigkeit von Verhandlungen . . . . .	577
(g) Berechtigtes Vertrauen . . . . .	579
(h) „Massenhafter Leichtsinn“ und die Ordnungsaufgabe des Privatrechts . . . . .	579
(i) Überindividuelle Schutzgründe und das Absatzinteresse des Verwenders als Vertrauenstatbestand . . . . .	582
(j) Der Gedanke gegenseitiger „Risikosphären“ und der „Gefährdungshaftung“ . . . . .	589
bb) Verhandlungsimparität . . . . .	592
b) Beeinträchtigung der Vertragsabschlussfreiheit . . . . .	596
aa) Ausweichen auf Alternativenanbieter . . . . .	596
(1) Fehlender Konditionenwettbewerb . . . . .	597
(2) Ausweichen auf AGB-lose Anbieter . . . . .	600
bb) Verzicht auf den Vertragsschluss . . . . .	604
(1) Zumutbarkeit der Abstandnahme vom Vertrag . . . . .	604
(2) Unzumutbarkeit bei existenznotwendigen Gütern . . . . .	609
(3) Grundsätzliche Unzumutbarkeit der Abstandnahme vom Vertrag . . . . .	611
II. <i>Überindividuelle Rechtfertigung</i> . . . . .	614
1. Schutz des Gemeinwohls . . . . .	615
2. Schutz des Marktes und des Rechtsverkehrs . . . . .	619
3. Institutioneller Schutz von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit . . . . .	622
a) Schutz vor einem Missbrauch der Vertragsfreiheit . . . . .	622
b) Rezeption durch die Rechtsprechung . . . . .	623
c) Institutioneller Schutz des Vertrags . . . . .	625
aa) Der Ansatz Raisers und die Institutionenlehre . . . . .	625
(1) Individualrechtsschutz und Ordnungsfunktion des Rechts . . . . .	625
(2) Rückbezug auf außerrechtliche Ordnungen . . . . .	626
(3) Zweckwidriger Institutsgebrauch als immanente Grenze subjektiver Rechte . . . . .	630
bb) Kritik der Institutionenlehre . . . . .	632
(1) Flucht in den normativen Institutionsbegriff? . . . . .	633
(2) Der Diskurs zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht als Grundlage . . . . .	636
(3) Tauglichkeit der Institutionenlehre als Begründungsmodell der Inhaltskontrolle . . . . .	642

cc) Die eigenständige Bedeutung des Schutzes vor institutionellem Rechtsmissbrauch .....	645
d) Institutionelle Gewährleistung der Vertragsgerechtigkeit .....	647
4. Verbraucherschutz .....	652
a) Gemeinsamer dogmatischer Rahmen für Verbraucherschutz im AGB-Recht .....	653
b) Vorformulierung als zentraler Anknüpfungspunkt nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB und Art. 3 Abs. 1, 2. S. 1 Klausel-RL .....	655
c) Verzicht auf das Merkmal des Stellens nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB und Art. 3 Abs. 1, 2. S. 1 Klausel-RL .....	659
d) Konkret-individueller Prüfungsmaßstab nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB und Art. 4 Abs. 1 Klausel-RL .....	660
<i>III. Das Verhältnis von individueller und überindividueller Rechtfertigung .....</i>	<i>663</i>
<i>IV. Das Regelungskonzept der §§ 305 ff. BGB im Licht des vertragsrechtlichen Schutzzweckmodells .....</i>	<i>666</i>
1. Vorformulierung .....	666
a) Situative Unterlegenheit als Schutzgrund .....	667
aa) Informationsasymmetrie .....	668
bb) Inhaltliche Unangemessenheit .....	669
cc) Mangelnde Dispositionsbereitschaft .....	669
b) Erforderlichkeit einer tatbestandlichen Beschränkung .....	671
2. Mehrfachverwendungsabsicht .....	672
a) Seriositätsschein des allgemein Üblichen .....	674
b) Anknüpfung an den Charakter der AGB als Massenphänomen ...	675
c) Mehrfachverwendung als Indiz überlegener Verhandlungsmacht ..	676
d) Informationsasymmetrie durch Mehrfachverwendung .....	677
3. Stellen .....	681
a) Informationsasymmetrie .....	681
b) Fehlende Dispositionsbereitschaft .....	682
4. Aushandeln gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB .....	684
<i>V. Zusammenfassung .....</i>	<i>685</i>
§ 10 Die Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....	691
<i>I. Legitimation der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....</i>	<i>692</i>
1. Ausgangspunkt: Die aktuelle rechtspolitische Diskussion .....	692
2. Entstehungsgeschichte: Die Diskussion vor Inkrafttreten des AGBG	695
a) Rechtsgeschichtliche Ausgangslage: Günstiger Zeitpunkt für gesetzliche Regelung .....	695

b) Rechtsprechung: Keine Differenzierung zwischen b2c- und b2b-Verkehr .....	696
c) Literatur: Konsens für richterliche Inhaltskontrolle im b2b-Verkehr .....	697
d) Die Diskussion auf dem 50. Deutschen Juristentag 1974: Votum für eine Inhaltskontrolle des b2b-Verkehrs .....	699
e) Die Reaktion des Gesetzgebers: Vom Verbraucherschutzgesetz zur umfassenden AGB-Kontrolle .....	703
f) Die weitere Entwicklung der gesetzlichen Regelung: Kaum inhaltliche Änderungen .....	706
g) Rezeption durch Wissenschaft und Praxis: Differenziertes Bild ...	709
3. Die aktuelle Reformdiskussion .....	713
a) Symposium und 69. Deutscher Juristentag 2012 .....	714
b) Wesentliche Argumentationslinien der Diskussion .....	716
aa) Kritik des geltenden AGB-Rechts .....	717
bb) Beibehaltung des gegenwärtigen Schutzniveaus .....	719
c) Grundtendenzen der gegenwärtigen Diskussion .....	721
aa) Fokussierung auf formaler und Ausblenden materieller Vertragsfreiheit .....	721
bb) Fokussierung auf großvolumige Transaktionen wirtschaftlich gleich starker Vertragspartner .....	724
cc) Breites Spektrum unterschiedlicher Fallkonstellationen (echte und unechte AGB) .....	726
dd) Forum Shopping und Flucht in das ausländische Recht .....	729
(1) Vorteile der Wahl schweizerischen Rechts für den Verwender .....	731
(2) Kollisionsrechtliche Probleme der Wahl schweizerischen Rechts .....	735
(3) Risiken der Wahl schweizerischen Rechts für beide Parteien .....	738
(4) Rechtspolitische Relevanz des Arguments der Rechtsflucht .....	741
(5) Rechtspolitische Diskussion in der Schweiz .....	744
4. Reformansätze .....	747
a) Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle .....	748
aa) Flexible Absenkung der Anforderungen an das Aushandeln ..	749
(1) Aushandeln als Verhandeln und Zulässigkeit fehlender Textänderungen .....	749
(2) Kriterienkatalog: Indizien für eine widerlegbare Vermutung des Aushandelns .....	751
(3) Schutzmechanismus gegen die AGB-Fälle .....	752
bb) Pauschalierende Beschränkung des Anwendungsbereiches der Inhaltskontrolle .....	752
(1) Vertragswert als Differenzierungskriterium .....	752
(2) Unternehmensgröße als Differenzierungskriterium .....	753

(3) Auslandsberührung als Differenzierungskriterium . . . . .	754
(4) Individualvertraglicher Verzicht auf Inhaltskontrolle . . . . .	757
b) Maßstab der Inhaltskontrolle . . . . .	758
5. Geltung des Schutzwerts der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr . . . . .	759
a) Relevanz persönlicher Schutzbedürftigkeit im AGB-Recht . . . . .	759
b) Geringere Schutzbedürftigkeit des Unternehmers? . . . . .	763
c) Handelsrechtlich geprägtes Unternehmerleitbild? . . . . .	764
aa) Schutzbedürftigkeitsmindernde Eigenschaften . . . . .	764
(1) Geschäftliche Erfahrung . . . . .	765
(2) Geschäftliche Gewandtheit und Durchsetzungsfähigkeit . . . . .	769
(3) Kompensation durch Versicherung . . . . .	772
(4) Kompensation durch Kalkulation . . . . .	774
bb) Schutzbedürftigkeitsbegründende Eigenschaften . . . . .	779
(1) Informationsasymmetrie und Verhandlungsimparität . . . . .	779
(2) Marktkonzentration und wirtschaftliche Abhängigkeit . . . . .	780
cc) Differenzierung innerhalb des b2b-Verkehrs? . . . . .	782
(1) Differenzierungskriterien . . . . .	783
(a) Kerngeschäfte unternehmerischer Tätigkeit . . . . .	784
(b) Kapitalkraft, Finanzausstattung, Organisationsvorteil . . . . .	785
(c) Unternehmensgröße . . . . .	788
(2) Kritik der an der These der „doppelten Differenzierung“ . . . . .	789
<i>II. Europarechtlicher Rahmen . . . . .</i>	790
1. Unionsrechtsakte . . . . .	790
a) Das verbraucherorientierte Schutzkonzept der Klauselrichtlinie . . . . .	791
b) Der Versuch der Vollharmonisierung durch die Verbraucherrechte-Richtlinie . . . . .	793
2. Kodifikationsprojekte zur europäischen Rechtsvereinheitlichung . . . . .	796
a) Principles of European Contract Law (PECL) . . . . .	797
b) Acquis-Principles (ACQP) . . . . .	799
c) Draft Common Frame of Reference (DCFR) . . . . .	801
d) Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) . . . . .	806
3. Schlussfolgerungen und Impulse für die rechtspolitische Diskussion . . . . .	810
<i>III. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle im b2b-Verkehr . . . . .</i>	811
1. Der restriktive Ansatz der Rechtsprechung . . . . .	813
a) Dispositionsbereitschaft des Verwenders und freie Einbeziehungsentscheidung des Kunden als Ausgangspunkt . . . . .	813
b) Bedeutung des Parteiverhaltens für die Annahme eines Aushandelns . . . . .	814
aa) Verhandlungen . . . . .	814
bb) Einräumen von Wahlmöglichkeiten . . . . .	818
cc) Unveränderte Übernahme des Vertragstextes . . . . .	820

dd) Umfang der Abänderungsbereitschaft des Verwenders . . . . .	825
ee) Informations- und Belehrungspflichten . . . . .	826
ff) Ausstrahlungswirkung und Paketlösungen . . . . .	827
2. Kritik an der geltenden Rechtslage und Reformvorschläge . . . . .	828
a) Kritik an den vom BGH entwickelten Kriterien: Zu hohe Anforderungen . . . . .	830
aa) Bedeutungsverlust der Individualabrede . . . . .	830
bb) Abänderungsbereitschaft und Überzeugung von sachlicher Richtigkeit . . . . .	832
cc) Konflikt mit unternehmerischen Geschäftsmodellen . . . . .	834
dd) Ungleichgewicht zwischen Selbstverantwortung des Verwenders und des Kunden . . . . .	838
ee) Gefahr der AGB-Fälle . . . . .	841
(1) Keine AGB-Fälle bei „echten AGB“ . . . . .	842
(2) Fehlen einer umfassenden Lösung . . . . .	843
(3) Konflikt mit dem Schutzzweck der Inhaltskontrolle . . . . .	844
ff) Umfang der Abänderungsbereitschaft . . . . .	846
gg) Keine Berücksichtigung von Paketlösungen und Belehrungspflicht . . . . .	848
hh) Überspannte Informations- und Belehrungspflicht . . . . .	849
ii) Strenge Anforderungen bei fehlender Textänderung . . . . .	850
jj) Praktische Probleme . . . . .	852
b) Kritik an der Anwendung der Kriterien: Inkonsistenz und Widersprüchlichkeit . . . . .	853
c) Verfassungsrechtliche Bedenken: Die Zahnarzt Honorarentscheidung des BVerfG . . . . .	855
3. Ansatzpunkte für eine Neuorientierung . . . . .	858
a) Auslegung des Merkmals des Aushandelns . . . . .	858
aa) Grammatische Auslegung . . . . .	858
(1) Etymologische Herkunft . . . . .	859
(2) Auslegung zur Zeit des Inkrafttretens des AGBG . . . . .	862
bb) Historische Auslegung . . . . .	865
cc) Systematische Auslegung . . . . .	872
dd) Teleologische Auslegung . . . . .	874
(1) Schutzzweck nach dem vertragstheoretischen Begründungsmodell . . . . .	875
(a) Informationsasymmetrie . . . . .	876
(b) Verhandlungsasymmetrie . . . . .	877
(2) Teleologische Anforderungen an ein Aushandeln . . . . .	880
(a) Abänderungsfähigkeit . . . . .	880
(b) Abänderungsbereitschaft . . . . .	885
ee) Konsequenzen für die Auslegung des Aushandelns . . . . .	886
(1) Information und Belehrung . . . . .	886
(2) Verhandlungen . . . . .	889

(3) Einräumen von Wahlmöglichkeiten . . . . .	892
(4) Unveränderte Übernahme des Vertragstextes . . . . .	895
(5) Umfang der Abänderungsbereitschaft . . . . .	897
(6) Ausstrahlungswirkung und Paketlösungen . . . . .	898
(7) Sonderfälle . . . . .	900
(a) Fokussierung auf bestimmte Klauseln . . . . .	900
(b) Positive Transaktionskosten-Vertragswert-Relation . . . . .	901
(c) Informations- und Verhandlungsobliegenheit . . . . .	902
b) Regelungsmöglichkeiten de lege ferenda . . . . .	903
aa) Flexible Absenkung der Anforderungen an eine Individualabrede . . . . .	904
(1) Verhandeln statt Aushandeln . . . . .	904
(2) Fingierte Zustimmung bei unveränderter Übernahme von Vertragsbedingungen . . . . .	910
(3) Kriterienkatalog . . . . .	910
bb) Vertragswertabhängige Bereichsausnahme . . . . .	912
IV. Maßstab der Inhaltskontrolle im b2b-Verkehr . . . . .	915
1. Der differenzierende Ansatz der Rechtsprechung . . . . .	915
a) Gesetzliche Ausgangslage . . . . .	916
b) Indizwirkung der Klauselverbote im b2b-Verkehr . . . . .	917
c) Das Berücksichtigungsgebot des § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB . . . . .	920
2. Kritik an der geltenden Rechtslage und Reformvorschläge . . . . .	923
a) Weitgehende Gleichbehandlung von b2b- und b2c-Verkehr . . . . .	923
b) Fehlende Berücksichtigung der Bedürfnisse des b2b-Verkehrs . . . . .	924
c) Rechtsunsicherheit und methodische Bedenken . . . . .	925
d) Stellungnahme . . . . .	926
aa) Keine pauschale Gleichbehandlung von b2c- und b2b-Verkehr . . . . .	926
bb) Tatsächliche Berücksichtigung der Bedürfnisse des b2b-Verkehrs . . . . .	927
cc) Risikoverlagerung als Ursache häufiger Unwirksamkeit . . . . .	931
dd) Dogmatische Fundierung der Rechtsprechung im Grundsatz von Treu und Glauben . . . . .	932
3. Ansatzpunkte für eine Neuorientierung . . . . .	933
a) Auslegung des Differenzierungsgebotes des § 310 Abs. 1 S. 1, 2 BGB . . . . .	934
aa) Grammatische Auslegung . . . . .	934
bb) Historische Auslegung . . . . .	935
(1) § 310 Abs. 1 S. 1, S. 2 Hs. 1 BGB: Unanwendbarkeit der §§ 308, 309 BGB . . . . .	936
(2) § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB: Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche . . . . .	939
cc) Systematische Auslegung . . . . .	942
dd) Teleologische Auslegung . . . . .	949

(1) Funktionale Verknüpfung von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Ausgangspunkt . . . . .	949
(2) Funktion des Angemessenheitsmerkmals als Indikator der Vertragsgestaltungsfreiheit . . . . .	950
(3) Vertragsgerechtigkeit im unternehmerischen Geschäftsverkehr . . . . .	951
(4) Keine Absenkung des Angemessenheitsmaßstabs im unternehmerischen Geschäftsverkehr . . . . .	953
(5) Berücksichtigung der Komplexität synallagmatischer Austauschverhältnisse zwischen Unternehmern . . . . .	954
(6) Indizwirkung der Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB . . . . .	956
(7) Das Berücksichtigungsgebot des § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB . . . . .	958
e) Konsequenzen für die Auslegung des Differenzierungsgebotes . . . . .	960
(1) Indizwirkung der Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB im b2b-Verkehr . . . . .	960
(2) Berücksichtigung der Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs, § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB . . . . .	962
b) Regelungsmöglichkeiten de lege ferenda . . . . .	964
aa) geringere Schutzbedürftigkeit von Unternehmern . . . . .	965
(1) Ansätze für eine schutzbedürftigkeitsabhängige Differenzierung . . . . .	965
(2) Situative Unterlegenheit als Geltungsgrund der Inhaltskontrolle . . . . .	967
(3) Keine geringere AGB-spezifische Schutzbedürftigkeit des Unternehmers . . . . .	968
bb) Ausschluss der Indizwirkung der Klauselverbote . . . . .	971
cc) Berücksichtigung der Besonderheiten des b2b-Verkehrs . . . . .	972
(1) Erforderlichkeit einer Neuregelung . . . . .	972
(2) Inhalt einer Neuregelung . . . . .	976
(a) Rechtssicherheit und Anknüpfung an die bestehende Rechtsprechung . . . . .	976
(b) Verhältnis von faktischen und normativen Kriterien . . . . .	978
(3) Integration der Interessen und Bedürfnisse des b2b-Verkehrs in die Abwägungsentscheidung . . . . .	983
V. Zusammenfassung . . . . .	986
§ 11 Gesamtergebnis und Thesen . . . . .	991
§ 12 Ausblick . . . . .	997

Literaturverzeichnis .....	999
Personenregister .....	1041
Sachregister .....	1043



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
A. B. A. Rep.	American Bar Association Reports
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACQP	Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles)
ad ed.	ad edictum
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ADR Currents	ADR Currents: The Newsletter of Dispute Resolution Law and Practice
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung, ABl. EU 2012 C 326, S. 47 ff.)
AG	Amtsgericht, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ABGB	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGBG-E	Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AK	Alternativkommentar
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. Soc'y Int'l L. Proc.	American Society of International Law Proceedings
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AnwBl. Online	Anwaltsblatt Online
AO	Abgabenordnung
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuR	<i>Arbeit und Recht</i>

AVB	<i>Allgemeine Versicherungsbedingungen</i>
b2b	business to business (Geschäfte zwischen zwei Unternehmern)
b2c	business to consumer (Geschäfte zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher)
BAnz AT	Bundesanzeiger, Amtlicher Teil
BauR	Baurecht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck Rechtssache
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGBL. NdB.	Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BSK	Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht
Bsp.	Beispiel
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BuschA	Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
bzw.	Beziehungsweise
C.	Codex Iustinianus
c2c	consumer to consumer (Geschäfte zwischen zwei Verbrauchern)
ca.	Circa
CC/2002	Código Civil 2002 (brasilianisches Zivilgesetzbuch von 2002)
CSLE	Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes
d. h.	das heißt
DAR	Deutsches Autorecht
DAV	Deutscher Anwaltverein
DAV-Vorschlag	Stellungnahme des Zivilrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins Nr. 23/2011 (AnwBl. 2012, 402 ff.)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
Dig.	Digesten
DJT	Deutscher Juristentag

DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
dt.	Deutsch
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
Econ. Theor.	Economic Theory
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft; Einführungsgesetz
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags von Nizza (ABl. EG 2001 C 80, S. 1 ff.)
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	Endgültig
ErwG	Erwägungsgrund
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrages von Lissabon (konsolidierte Fassung, ABL. EU 2010 C 83, S. 1 ff.)
EuZPR	Europäisches Zivilprozessrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FernUSG	Fernunterrichtsschutzgesetz
FF	Forum Familienrecht
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
Front. Hum. Neurosci.	Frontiers in Human Neuroscience
FS	Festschrift
GEK	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GEK-E	Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht v. 11.10.2011, KOM(2011) 635
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz

ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GOZ	Gebührenordnung für Zahnärzte
GPR	Zeitschrift für Unionsprivatrecht
GRCH	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. EU 2010 C 83, S. 389ff.)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Harv. Negot. L. Rev.	Harvard Negotiation Law Review
HdbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
Hrsg.	Herausgeber
IBR	Immobilien- und Baurecht
ICC	International Chamber of Commerce
IHR	Internationales Handelsrecht
Inst.	Institutionen
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
iSd.	im Sinne des
iSv.	im Sinne von
ITRB	Der IT-Rechts-Berater
iVm.	in Verbindung mit
J. Confl. Resol.	Journal of Conflict Resolution
J. Econ. Behav. Organ.	Journal of Economic Behavior and Organization
J. Pers. Soc. Psychol.	Journal of Personality and Social Psychology
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
J. L. & Econ.	Journal of Law & Economics
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jh.	Jahrhundert
JhJb	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
Klausel-RL	Klauselrichtlinie = Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen v. 5.4.1993 (ABl. EG 1993 L 95, S. 29ff.)
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KNVO	Kartellnotverordnung

KOM	Dokument der Europäischen Kommission
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KVO	Kartellverordnung
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
LG	Landgericht
Lk	Lukasevangelium
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
M. Q.	Mediation Quarterly
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MieterschutzVO	Mieterschutzverordnung
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MMR	MultiMedia und Recht
Motive	Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (1888)
MSchG	Mieterschutzgesetz
Mt.	Matthäusevangelium
Mugdan	Mugdan, Benno (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1 Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, 1899.
MünchKomm	Münchener Kommentar
mwN.	mit weiteren Nachweisen
N.	Note
n. Chr.	nach Christus
n. F.	neue Fassung
Negotiation J.	Negotiation Journal
Nev. L. J.	Nevada Law Journal
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
No.	Number
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
ÖAR	Ökonomische Analyse des Rechts
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
Ohio St. J. on Disp. Resol.	Ohio State Journal on Dispute Resolution
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	Obligationenrecht
Organ. Behav. Hum.	Organizational Behavior and Human Decision

Decis. Process.	Processes
Ox.Econ.P.	
Oxford Econ. Pap. N. S.	Oxford Economic Papers New Series
PECL	Principles of European Contract Law
PfIVG	Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter
pr.	principium
PreußVersZ	Preußische Versicherungszeitschrift
Psychol. Bull.	Psychological Bulletin
q.	quaestio
Q.J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit,
RdV	Recht der Datenverarbeitung
RdW	Recht der Wirtschaft
RegE	Regierungsentwurf
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
RMG	Reichsmietengesetz
Rn.	Randnummer
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 17.6.2008 (ABl. EU 2008 L 177, S. 6)
RPostG	Reichspostgesetz
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RuS	Recht und Schaden
RW	Recht der Wohnungswirtschaft
S.	Satz, Seite
S. Cal. L. Rev.	Southern Californian Law Review
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SchuldRModG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
SeuffBl.	J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung Süddeutsche Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte
ST	Der Schweizer Treuhänder
st.	ständige
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review

SZ	Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TarifvertragsVO	Tarifvertragsverordnung
Tob.	alttestamentliches Buch Tobit
TranspR	Transportrecht
u. a.	und andere
u. U.	unter Umständen
UPr	Unidroit-Principles of International Commercial Contracts
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
Urt.	Urteil
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom, von
v. Chr.	vor Christus
v. a.	vor allem
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Verbraucherrechte-RL	Verbraucherrechte-Richtlinie = Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte von Verbrauchern v. 25. 10. 2011 (ABl. EU 2011 L 304, S. 64 ff.)
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
Vor	Vorbemerkung
Vorb.	Vorbemerkung
VS	Vorsokratiker, in: <i>Diels, Hermann/Kranz, Walther</i> (Hrsg.), <i>Die Fragmente der Vorsokratiker</i> : griechisch und deutsch, Band. 1–3, 6. Aufl. 1951–1952
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Versicherungswirtschaft
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WMG	Wohnungsmangelgesetz
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z. B.	zum Beispiel
Zahlungsverzugs-RL	Zahlungsverzugs-Richtlinie = Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung) v. 16. 2. 2011 (ABl. EU 2011 L 48, S. 1 ff.)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZFE	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht

XL

*Abkürzungsverzeichnis*

ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZfSch	Zeitschrift für Schadensrecht
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGPÖR	Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechtes
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGRBay	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZphF	Zeitschrift für Philosophische Forschung
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG Rom. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

## Einführung

„Aufgabe der Zivilrechtsdogmatik wird es nun sein, in Anlehnung an diese Vorgänge schrittweise die Erkenntnis auszubilden, wie sich rechter Gebrauch vom Mißbrauch der Vertragsfreiheit als eines Rechtsinstituts der rechtlich verfaßten Marktwirtschaft unterscheiden läßt und wo es gilt, dem Mißbrauch die Anerkennung zu versagen, um der Vertragsgerechtigkeit zum Sieg zu verhelfen.“<sup>1</sup>

*Volenti non fit iniuria.* Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht.<sup>2</sup> Diese im 19. Jh. durch Umformulierung eines in den Digesten überlieferten Fragments aus

<sup>1</sup> Raiser, FS 100 Jahre DJT (1960), S. 101, 134.

<sup>2</sup> Bei dem Rechtsspruchwort *volenti non fit iniuria*, das sich so bei keinem antiken Autor findet, handelt es sich um die erst sehr spät nachweisbare sprichwörtliche Umformulierung eines Satzes, der in der Digestenstelle eines Ediktskommentars von *Ulpian* seinen Ursprung hat: Dig. 47.10.1.5 (Ulpianus 56 ad ed.) „Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia *nulla iniuria est, quae in volentem fiat.*“ Übersetzung nach *Sintenis*, in: Otto/Schilling/Sintenis (Hrsg.), *Corpus Juris Civilis* (1831), S. 811, 879: „Unseren Kindern widerfahrene Iniurien berühren unsere Ehre sogar soweit, dass, wenn jemand einen Sohn mit seinem Willen verkauft hat, seinem Vater im eigenen Namen die Iniurienklage zusteht, namens des Sohnes aber nicht, *weil jemandem mit seinem Willen keine Iniurie widerfährt.*“ Der Satz wird in seiner ursprünglichen Bedeutung erst verständlich, wenn er im Kontext der genannten Digestenstelle gelesen wird, und kann daher keinesfalls dogmatisch als Ausdruck eines generellen Prinzips angesehen werden. Wie *Obly*, *Volenti non fit iniuria* (2002), S. 25 eingehend gezeigt hat, bezieht sich der Begriff *iniuria* nicht auf das Unrecht im Allgemeinen, sondern lediglich auf den Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung nach dem klassischen römischen Deliktsrecht. Die griffige Formel des *volenti non fit iniuria* kann sich daher nicht auf die Autorität antiker Autoren berufen. Sie wird darüber hinaus weder im Naturrecht, insbesondere den großen Naturrechtskodifikationen, noch bei *Kant* oder *Hegel* näher erörtert. Vgl. *Obly*, *Volenti non fit iniuria* (2002), S. 26 ff. Sie findet sich erst im Anschluss an die Entstehung des subjektiv-rechtlichen Denkens und die Unterscheidung zwischen Vermögensrechten und unveräußerlichen Persönlichkeitsrechten in den partikularrechtlichen Kodifikationen und Kodifikationsentwürfen der zweiten Hälfte des 19. Jh., wie etwa dem sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1863 (§ 118: „Wer von seinem Recht Gebrauch macht oder mit der Einwilligung des Verletzten handelt, begeht keine Rechtsverletzung.“, § 780: „Willigt der Verletzte in die Rechtsverletzung ein, so hat er keinen Anspruch auf Schadenersatz.“) sowie dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1861/1864 (Art. 221: „Jeder muss den Schaden selbst tragen, welchen er sich selbst zugezogen oder welchen ihm mit seiner Einwilligung ein anderer zugefügt hat.“) Nach *Obly*, *Volenti non fit iniuria* (2002), S. 31 ff. mwN. Kritisch zu dieser Regel *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser (1974), S. 3, 22. Hervorhebungen durch den Autor.

dem Ediktskommentar des *Ulpian*<sup>3</sup> hervorgegangene *Maxime* scheint das Verhältnis zwischen *Freiheit* und *Gerechtigkeit* in einer griffigen Formel prägnant auf den Punkt zu bringen. Danach verwirklicht sich *Gerechtigkeit* stets in der *Freiheit* des Einzelnen. Wer frei verantwortlich handelt, hat auch die Folgen seiner Entscheidung zu tragen. Dies gilt vor allem im Bereich des Rechts und hier insbesondere im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Bindung durch Vertrag. *Pacta sunt servanda*. Der Grundsatz der *Vertragstreue* als unabdingbare Voraussetzung jeder Privatrechtsordnung findet seine Rechtfertigung in der Relevanz des Willens und damit in der eigenverantwortlichen Freiheitsbetätigung des Einzelnen.<sup>4</sup>

Allerdings ist mit der Anerkennung einer vertraglichen Bindung noch keine Aussage über die *Gerechtigkeit* des Vereinbarten oder die tatsächliche *Freiheit* getroffen, in der die Vertragspartner gehandelt haben. Die Tatsache, dass die Rechtsordnung selbst sowohl mit Verweis auf die inhaltliche Unangemessenheit der Vereinbarung als auch auf die mangelnde *Freiheit* der Handelnden die vertragliche Bindung in einer Vielzahl von Fällen wieder aufhebt<sup>5</sup> zeigt, dass die scheinbar griffige Faustformel des *volenti non fit iniuria*, die sich in dieser Form keineswegs auf *Ulpian* berufen kann, dem Problem des Spannungsverhältnisses zwischen *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* nicht gerecht zu werden vermag. Wahre *Freiheit* ist nur im Dienst der *Gerechtigkeit* denkbar.<sup>6</sup> Denn je mehr der Einzelne das Gute tut, desto freier wird er. Und weil das Recht in seinem Kern auf die Verwirklichung der *Gerechtigkeit* gerichtet ist,<sup>7</sup> so steht auch die von der

<sup>3</sup> Dig. 47.10.1.5 (Ulpianus 56 ad ed.).

<sup>4</sup> Vgl. zu dem ursprünglich aus dem *kanonischen Recht* stammenden Grundsatz der *Vertragstreue* und seiner Beziehung zu *Selbstbestimmung* und *Selbstverantwortung* der Parteien eingehend *Weller*, *Vertragstreue* (2009), S. 37 ff., 153 ff., 157 ff. (der die Selbstbindung als „ethisches Korrelat der Selbstbestimmung“ charakterisiert) sowie *Auer*, *Materialisierung* (2005), S. 13 ff. (zu Selbstbindung und Selbstverantwortung als notwendigen Kehrseite der Selbstbestimmung); *Larenz/Wolf*, *BGB AT* (9. Aufl. 2004), S. 481 f., 769 f.; *Lorenz*, *Schutz* (1997), S. 1; *Bydlinski*, *System und Prinzipien* (1996), S. 154; *Larenz*, *Richtiges Recht* (1979), S. 57 ff.; *Wolf*, *Entscheidungsfreiheit* (1970) ff; *Bydlinski*, *Privatautonomie* (1967), S. 53 ff. Zu den Grenzen der Selbstverantwortung sowie zu Geltung und Reichweite der *Vertragstreue* vgl. *Bydlinski*, *Privatautonomie* (1967), S. 109 ff.

<sup>5</sup> Neben den Vorschriften der §§ 134, 138, 242 BGB und der Inhaltskontrolle von AGB gem. §§ 305 ff. BGB gehören hierzu vor allem die zahlreichen Regelungen des Verbraucherschutzrechts wie etwa §§ 312 ff., 474 BGB, §§ 1 ff. FernUSG oder § 8 VVG.

<sup>6</sup> Zum Verhältnis von *Freiheit* und *Gerechtigkeit* vgl. nur die klassischen Überlegungen bei *Thomas von Aquin*, *Summa Theologica*, II<sup>a</sup>–II<sup>ae</sup> q. 58 11 f.; II<sup>a</sup>–II<sup>ae</sup> q. 117, 5 f.

<sup>7</sup> Vgl. nur BVerfGE 3, 225 = NJW 1954, 65, 66: „In entschiedener Abkehr von einer Haltung, die in Recht und Gerechtigkeit keine Werte zu sehen vermochte, war er [der Parlamentarische Rat] bemüht, im GG die *Idee der Gerechtigkeit* zu *verwirklichen*. Dieses Prinzip [das rechtsstaatliche Prinzip] seinerseits gehört zu den im GG getroffenen Grundentscheidungen, die *echte Gerechtigkeitspostulate verwirklichen wollen*.“ Hervorhebungen durch den Autor. Vgl. zuletzt auch BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221, 1225 sowie BVerfGE 95, 96 = NJW 1997, 929, 931. Vgl. zur Diskussion *Wiegand*, *Unrichtiges Recht* (2004), S. 143 ff. und vor allem *Radbruch*, *Rechtsphilosophie* (1963), S. 146 ff., 280, der zwar in der *Gerechtigkeit* einen maßgeblichen Zweck des Rechts sieht, ihr jedoch ebenfalls *Zweckmäßigkeit* und *Rechtssicherheit* als komplementäre „Seiten der Rechtsidee“ beistellt.

Rechtsordnung mit Geltungskraft versehene vertragliche Bindung des Einzelnen unter dem Vorbehalt materieller Gerechtigkeit. Daher behält sich die Rechtsordnung ausdrücklich die Befugnis vor, eine bereits eingegangene vertragliche Bindung wieder zu lösen, wenn dem tatsächlich oder auch nur scheinbar Einwilligenden gleichwohl Unrecht geschieht.<sup>8</sup>

Und so ist es bezeichnenderweise nicht der Grundsatz der Freiheit, sondern jener der Gerechtigkeit, den die römischen Juristen ihren Darstellungen des Rechts vorangestellt haben: Nicht *volenti non fit iniuria*, sondern *ius est ars boni et aequi*<sup>9</sup> und *ius iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*<sup>10</sup> sind die Maximen, die danach das *Wesen* des Rechts kennzeichnen. Es ist das *Primat der Gerechtigkeit*, die sich freilich durch die Freiheit des Einzelnen verwirklicht, die das Recht in seinem Zweck bestimmt und damit erst konstituiert. *Freiheit in Gerechtigkeit* ist damit die Formel, mit der sich das Spannungsverhältnis zwischen beiden Rechtsprinzipien am treffendsten kennzeichnen lässt. Die Dichotomie zwischen *Recht* und *Billigkeit*, *Law* und *Equity*, *Formalität* und *Materialität* ist Ausdruck jenes Spannungsverhältnisses, zwischen dessen Polen sich das geltende Recht im Gang der Geschichte seit jeher bewegt.<sup>11</sup>

## I. Gegenstand der Untersuchung: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit als Grunddeterminanten der Privatrechtsordnung

Die Grundsätze der *Vertragsfreiheit* und der *Vertragsgerechtigkeit* gehören zu den tragenden Rechtsprinzipien der Privatrechtsordnung. Mit der Bestimmung ihres Verhältnisses zueinander und ihrer Verwirklichung durch das geltende Recht sind zentrale Fragen des Privatrechts aufgeworfen. Ihr Hauptanwendungsfeld findet die Frage nach dem rechten Verhältnis von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* in der materiellen Korrektur formal wirksamer Verträge im Rahmen der *richterlichen Inhaltskontrolle*. Hier ist in letzter Zeit vor allem die *Inhaltskontrolle* allgemeiner Geschäftsbedingungen im *unternehmerischen Geschäftsverkehr* vermehrt in den Mittelpunkt des wissenschaftlichen Interesses gerückt.<sup>12</sup> Anlass hierfür bildete zum einen die wachsende Bedeutung allgemeiner Geschäftsbedingungen im Wirtschaftsleben, zum anderen die strenge Rechtspre-

<sup>8</sup> Vgl. hierzu bereits oben S. 2, Fn. 5.

<sup>9</sup> Dig. 1.1.1 pr. (Ulpian): „Das Recht ist die Kunst des Guten und Gerechten“.

<sup>10</sup> Inst. 1, 1. pr. „Die Gerechtigkeit ist der unwandelbare und ewige Wille, jedem das Seine [das ihm Zustehende, sein Recht] zukommen zu lassen.“ Vgl. hierzu näher unten S. 110f., 261f.

<sup>11</sup> Vgl. zur Oszillation zwischen den beiden Polen der Formalität und Informalität *Haager*, *Konflikt und Konsens* (2001), S. 40 sowie schon *Pound*, 29 A. B. A. Rep. 395, 397f. (1906) (Neuabdruck in *Pound*, in: Levin/Wheeler (Hrsg.), *The Pound Conference* (1979), S. 377ff.).

<sup>12</sup> Für einen Überblick über die aktuelle Diskussion vgl. nur Staudinger/*Wendland*, *Eck-*

chung des BGH mit Blick auf die Voraussetzungen des *Aushandelns* iSd. §305 Abs.1 S.3 BGB, die auch Vereinbarungen zwischen Unternehmern regelmäßig einer umfassenden Inhaltskontrolle unterwirft.<sup>13</sup> Verschärft wird die Problematik durch die höchstrichterliche Judikatur zur Indizwirkung der im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern nicht unmittelbar anwendbaren Klauselverbote der §§308, 309 BGB. Es war jene Indiz-Rechtsprechung, die dem BGH den Vorwurf eingetragen hatte, die inhaltliche Angemessenheit von AGB im unternehmerischen Verkehr weitgehend an den gleichen Maßstäben zu messen, die auch für den Verkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern gelten.<sup>14</sup>

### 1. Die aktuelle Diskussion um die Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr

Diese Entwicklung ist auf erhebliche Kritik gestoßen: Die weitgehende Gleichbehandlung von *business-to-business* (b2b) und *business-to-consumer* (b2c) Geschäften werde den *Besonderheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs* nicht gerecht und schränke die Vertragsfreiheit der Parteien unverhältnismäßig ein.<sup>15</sup> Darüber hinaus widerspreche sie dem gesetzlichen *Differenzierungsgebot* des §310 Abs.1 S.2 Hs.2 BGB, das von einer grundsätzlich geringeren Schutzbedürftigkeit der Parteien im unternehmerischen Geschäftsverkehr ausgeht.<sup>16</sup> Die Ausweitung der Inhaltskontrolle im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen, so die Befürchtung, werde zu erheblichen Nachteilen für die *Wettbewerbsfähigkeit* des deutschen Rechts im internationalen Vergleich führen und eine Flucht in liberalere ausländische Rechtsordnungen – wie etwa das schweizerische Recht<sup>17</sup> – zur Folge haben. „*Law made in Germany*“ werde so unattraktiv.

pfeiler des Zivilrechts (6. Aufl. 2018), Rn.25b–e. Eingehend hierzu unten 713 ff. mwN. Zur Diskussion vor Inkrafttreten des AGBG 1976 vgl. unten S. 695 ff. mwN.

<sup>13</sup> Vgl. nur die empirische Untersuchung von *Leuschner*, Abschlussbericht (2014), S. 2 ff., 9 ff., 43 ff., 137 ff., 287 ff.

<sup>14</sup> Eingehend hierzu unten S. 828 ff. m. w. N.

<sup>15</sup> So etwa *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309, 309 („massive Einschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit“); *Brauch*, FS v. Westphalen (2010), S. 31, 31 („Abschied von der Vertragsfreiheit“); *Bruns*, JZ 2007, 385, 389, 394 ff. („Movement from Contract to Status“); *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2156 („Abschied von der Privatautonomie“). Zur Diskussion im schweizerischen Recht *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 537 („Gefahr für die Vertragsfreiheit?“). Vgl. hierzu eingehend unten S. 717 ff. mwN.

<sup>16</sup> *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309, 310 ff.; *Dauner-Lieb*, AnwBl. 2013, 845, 845; *Oetker*, AcP 212 (2012), 202, 250; *Berger*, NJW 2010, 465, 469 f.; *Berger*, FS v. Westphalen (2010), S. 13, 22, 25 ff.; *Berger/Kleine*, NJW 2007, 3526, 3527; *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2151 ff. Zurückhaltender und für eine Lösung durch die Rechtsprechung plädierend dagegen *Kaeding*, BB 2016, 450, 452 ff.

<sup>17</sup> Vgl. nur *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 163; *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2149; *Brachert/Dietzel*, ZGS 2005, 441, 441; *Hobeck*, DRiZ 2005, 177, 178; *Hobeck*, SchiedsVZ 2005, 112, 112. Kritisch hierzu bereits *Axer*, AGB-Kontrolle (2012), S. 159 ff. Zu den tatsächlichen Risiken eines *forum shopping* und der „Flucht in das schweizerische Recht“ vgl. eingehend unten

Es drohe gar ein „Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr“<sup>18</sup>. Auftrieb erhält die Diskussion vor dem Hintergrund verstärkter *Materialisierungstendenzen* durch Rechtsetzungsakte auf *europäischer Ebene*, die eine Ausweitung und Intensivierung der Inhaltskontrolle zur Folge haben.<sup>19</sup> In diesem Zusammenhang wird eine systematische Zurückdrängung der *Vertragsfreiheit* im europäischen Privatrecht sowie ihre Einschränkung durch europäisches Sekundärrecht festgestellt.<sup>20</sup> Zugleich zeigt der empirische Befund, dass etwa die Vereinbarung wirksamer Haftungsbeschränkungen in AGB häufig an den vom BGH entwickelten Maßstäben scheitert.<sup>21</sup>

## 2. Das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit

Der Gang der Diskussion legt nahe, dass die Frage nach Maßstab und Reichweite der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr über die isolierte Diskussion der Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 305, 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB deutlich hinausgeht. Hinter dem aufgeworfenen Problem verbirgt sich eine Problematik von grundlegender dogmatischer Bedeutung: die Frage nach der *Rechtsnatur* und dem *Geltungsgrund* allgemeiner Geschäftsbedingungen. Und um die Suche nach einer tragfähigen *Legitimation materieller Vertragskorrektur* durch *richterliche Inhaltskontrolle*.

Angesprochen ist damit zugleich eine Kernfrage des Privatrechts, die auf eine Vielzahl weiterer Einzelprobleme ausstrahlt: Die Frage nach dem rechten Verhältnis der Gestaltungskräfte der *Vertragsfreiheit* und der *Vertragsgerechtigkeit* im Gefüge der Privatrechtsordnung. Die Frage nach dem notwendigen, aber auch zulässigen Maß der *Materialisierung*, nach Inhalt und Stellung der *Vertragsfreiheit* und ihrer Beziehung zum Rechtsprinzip der *Vertragsgerechtigkeit* ist ein juristischer „Dauerbrenner“ und betrifft das *Wesen des Rechts* selbst: Unser Verständnis davon, was Recht *ist* und was Recht *sein soll*. Das Ringen um das „richtige“ Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit berührt damit eine der zentralen Grundfragen des Vertragsrechts.

---

S. 729ff. Ausgeklammert wird bei entsprechenden Überlegungen allerdings die rechtspolitische Diskussion in der Schweiz um eine Verschärfung der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle vgl. nur jüngst *Rehmann*, SJZ 2017, 129, 138 sowie *Schwenzer*, Obligationenrecht AT (7. Aufl. 2016), Rn. 46.06. Entsprechende Überlegungen gab es bereits im Kontext der UWG-Reform 2012, hierzu *Thowenin*, BSK, UWG 8 N. 68 ff.; *Brunner*, in: Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer (Hrsg.), AGB nach neuem Schweizer Recht (2014), S. 13; *Vischer*, AJP 2014, 964; *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262, 271; *Hess/Ruckstuhl*, AJP 2012, 1188; *Schmid*, ZBJV 2012, 1; *Thowenin*, Jusletter 29.10.12; *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 537.

<sup>18</sup> So *Berger*, ZIP 2006, 2149, 2149.

<sup>19</sup> Hierzu eingehend *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber/Karakostas* (Hrsg.), Inhaltskontrolle (2009), S. 49, 53 ff.

<sup>20</sup> Vgl. die Nachweise oben Fn. 15.

<sup>21</sup> *Leuschner*, Abschlussbericht (2014), S. 2 f., 43 ff.

Vor dem Hintergrund der Diskussion um die Reichweite der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen im b2b-Verkehr hat die aufgeworfene Problematik nun an Aktualität gewonnen und dogmatischen Klärungsbedarf aufgedeckt. Denn die Diskussion hat gezeigt, dass ein Grundkonsens über *Geltungsgrund* und *Legitimation* der *Inhaltskontrolle* wie auch über die Bedeutung der *Vertragsfreiheit* in ihrem Verhältnis zur *Vertragsgerechtigkeit*, den man lange Zeit als gesichert annehmen konnte, in dieser Form wohl nicht (mehr) uneingeschränkt besteht. Verschärft wird die aktuelle rechtspolitische Diskussion durch überlagernde Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene. So sehen die rechtsvereinheitlichenden Kodifikationsprojekte, wie etwa der *DCFR*<sup>22</sup> sowie der hierauf gründende – und letztlich gescheiterte – Verordnungsvorschlag für ein *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK)*<sup>23</sup> weitreichende Möglichkeiten der Inhaltskontrolle auch im b2b-Verkehr vor, die zwar teilweise einen flexibleren Maßstab als das geltende deutsche AGB-Recht enthalten, zum Teil jedoch auch über das derzeitige Schutzniveau deutlich hinausgehen.<sup>24</sup> Darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung der *Zahlungsverzugs-Richtlinie*<sup>25</sup> das deutsche AGB-Recht in §308 Nr. 1a Hs. 2, Nr. 1b Hs. 2 BGB erstmals um eigene Klauselverbote für den unternehmerischen Geschäftsverkehr ergänzt<sup>26</sup> und damit jendefalls zum Teil jene Rechtsprechung des BGH bestätigt, die in das Zentrum der Kritik geraten war.<sup>27</sup> Die Auswirkungen dieser Entwicklung sind umso erheblicher, als der Gesetzgeber über die Mindestanforderungen der *Zahlungsverzugs-Richtlinie* deutlich hinausgegangen ist und – in Anlehnung an die höchstrichterliche Rechtsprechung – etwa in §308 Nr. 1b Hs. 2 BGB die zulässige Höchstdauer für die Vereinbarung einer Überprüfungs- und Abnahmefrist in AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr von 30 auf 15 Tage halbiert hat.<sup>28</sup> Mit dem damit für AGB-Klauseln geltenden strengeren Maßstab erkennt der Gesetzgeber damit faktisch eine besondere Schutzbedürftigkeit der – vor allem dem Bereich der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zugehörigen<sup>29</sup> – unter-

<sup>22</sup> v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), DCFR (Outline Edition) (2009); Schulze/Zimmermann, *Europäisches Privatrecht: Basistexte* (2016), III.25. Vgl. hierzu eingehend unten S. 801 ff.

<sup>23</sup> Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht vom 11. 10. 2011, KOM(2011) 635 endg. Vgl. hierzu eingehend unten S. 806 ff.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu eingehend unten S. 801 ff., 806 ff.

<sup>25</sup> Zum Umsetzungsgesetz vgl. BGBl. I 2014, S. 1218 ff. (Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr) sowie BT-Drucks. 18/1309. Vgl. hierzu auch *Haspl*, BB 2014, 771; *Spitzer*, MDR 2014, 933; v. *Westphalen*, BB 14/2014, Die erste Seite; *Pfeiffer*, BB 2013, 323; v. *Westphalen*, BB 2013, 515.

<sup>26</sup> Art. 3 Abs. 3 b) iv) der Richtlinie 2011/7/EU sah hier noch eine Höchstfrist von 30 Tagen vor. Zur Begründung vgl. BT-Drucks. 18/1309, S. 10.

<sup>27</sup> Bei der Bestimmung der Höchstfrist für den Zahlungsverzug orientierte sich der Gesetzgeber an der bestehenden Rechtsprechung, vgl. BT-Drucks. 18/1309, S. 21.

<sup>28</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/1309, S. 20f.

<sup>29</sup> Hierauf weisen sowohl der deutsche Gesetzgeber als auch der europäi-

nehmerischen Klauselgegner an: Eine Frage, die im Rahmen der aktuellen rechtspolitischen Diskussion als nach wie vor hoch umstritten gelten darf.<sup>30</sup> Schließlich vollzieht sich auch in der *Schweiz*, dessen verweenderfreundliches AGB-Recht<sup>31</sup> die Gefahr einer Rechtsflucht heraufbeschworene hatte<sup>32</sup>, eine Entwicklung hin zu einer verstärkten Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsklauseln.<sup>33</sup> Zwar war die mit der UWG-Reform 2012 verbundene Verschärfung des AGB-Rechts auf den b2c-Verkehr beschränkt.<sup>34</sup> Allerdings sah der ursprünglich vom Bundesrat vorgelegte Entwurf eine deutliche Erhöhung des Schutzniveaus auch für unternehmerische Kunden im b2b-Verkehr und damit einen *umfassenden persönlichen Anwendungsbereich* entsprechend dem deutschen Modell vor.<sup>35</sup> Auch wenn sich die geplante Ausweitung der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr im schweizerischen Recht vorerst politisch noch nicht durchzusetzen vermochte, so sind doch deutliche Entwicklungstendenzen hin zu einem umfassenderen Kontrollregime unverkennbar.<sup>36</sup> Die Vorlage für die ursprünglich geplanten Änderungen des schweizerischen Gesetzgebers bildete dabei ausdrücklich gerade jenes Schutzmodell des deutschen AGB-Rechts, das im Mittelpunkt der aktuellen Debatte steht.<sup>37</sup>

Das aufgeworfene Problem offenbart damit einen erheblichen *Diskussionsbedarf*, der *drei grundlegende Abstraktionsebenen* betrifft: 1) auf der Ebene des *materiellen Rechts* die Frage nach der Zulässigkeit, der Reichweite und dem Maßstab der *AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr*, 2) auf der nächsthöheren Ebene der AGB-rechtlichen Dogmatik die Frage nach Rechtsnatur, Gel-

---

sche Verordnungsgeber hin, vgl. BT-Drucks. 18/1309, S. 8, 16 sowie ErwG Nr. 6 der Zahlungsverzugs-RL.

<sup>30</sup> Hierzu eingehend unten S. 759 ff.

<sup>31</sup> Zu den *Vorteilen des schweizerischen Rechts* für die *Verwenderseite* eingehend unten S. 731 ff.

<sup>32</sup> Vgl. zum Rechtsfluchtargument eingehend unten S. 729 ff. sowie die unten S. 729 Fn. 286 genannten Nachweise.

<sup>33</sup> Eingehend hierzu unten S. 744 ff.

<sup>34</sup> *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 541 mwN. Vgl. hierzu auch *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262, 267 sowie eingehend unten S. 744 ff.

<sup>35</sup> *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 541.

<sup>36</sup> Vgl. aus dem aktuellen Schrifttum nur *Rehmann*, SJZ 2017, 129, 138, die Kriterien für eine allgemeine vertragliche Inhaltskontrolle vorlegt. Für einen stärkeren Schutz der KMU ebenfalls *Schwenzer*, *Obligationenrecht AT* (7. Aufl. 2016), Rn. 46.06. Zur Diskussion um die UWG-Reform 2012 eingehend *Ferrari/Hofer/Vasella*, in: Amstutz/Roberto/Trüb (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, (3. Auflage 2016), Art. 8 UWG Rn. 1 mwN; *Thowenin*, BSK, UWG 8 N. 68 ff.; *Brunner*, in: *Brunner/Schnyder/Eisner-Kiefer* (Hrsg.), *AGB nach neuem Schweizer Recht* (2014), S. 13; *Vischer*, AJP 2014, 964; *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262, 271; *Hess/Ruckstuhl*, AJP 2012, 1188; *Schmid*, ZBJV 2012, 1; *Thowenin*, Jusletter 29.10.12; *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 537. Zur Systematik des schweizerischen AGB-Rechts eingehend *Schwenzer*, *Obligationenrecht AT* (7. Aufl. 2016), Rn. 44.01 ff. Näher hierzu unten S. 744 ff.

<sup>37</sup> Hierzu näher *Wildhaber*, SJZ 2011, 537, 538 ff.; *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262, 268.

tungsgrund und Legitimation der *Inhaltskontrolle* allgemeiner Geschäftsbedingungen und 3) auf der Ebene des *Vertragsmodells* schließlich das Verhältnis von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* in der Privatrechtsordnung. Gegenstand der Untersuchung ist damit das dogmatische Verhältnis von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* sowie seine Umsetzung im AGB-Recht, insbesondere im Rahmen der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr.

## II. Eingrenzung des Themas:

Die Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr als dogmatisches Problem

Diesem Untersuchungsprogramm folgend, sind auf der Ebene des *materiellen Rechts* daher zunächst *Voraussetzungen*, *Reichweite* und *Maßstab* der *Inhaltskontrolle* allgemeiner Geschäftsbedingungen *im unternehmerischen Geschäftsverkehr* zu klären. Dabei ist insbesondere die Frage zu untersuchen, ob die aktuelle Rechtsprechung des BGH vor dem Hintergrund der *Besonderheiten* des Rechtsverkehrs zwischen Unternehmern und der Anforderungen des *Differenzierungsgebotes* des § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB tragfähig oder vielmehr eine Änderung geboten ist. Auf der Ebene der Dogmatik des *AGB-Rechts* erscheint eine Vergewisserung über den *Geltungsgrund* der Inhaltskontrolle angezeigt. Auf der Ebene des allgemeinen Vertragsrechts ist schließlich eine Klärung des Verhältnisses von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* als zentralen Gestaltungs Kräften der Privatrechtsordnung geboten.

## III. Gang der Untersuchung:

Vom Vertragsmodell zur AGB-Kontrolle

Den aufgeworfenen Fragen soll im Folgenden aus dogmatischer Perspektive nachgegangen werden. Dabei wird das zunächst Verhältnis von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* eingehend untersucht. Anschließend werden die Ergebnisse auf das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Bestimmung von *Voraussetzungen*, *Reichweite* und *Maßstab* der *Inhaltskontrolle* im *unternehmerischen Geschäftsverkehr* angewendet und für die aktuelle Reformdiskussion *fruchtbar* gemacht. Durch diesen Ansatz soll gewährleistet werden, dass das konkrete Rechtsproblem auf gesicherter dogmatischer Grundlage gelöst wird. Die Arbeit nähert sich dem Problem dabei, der Bewegung vom *Allgemeinen* zum *Besonderen* folgend, in einem *Dreischritt*:

In einem ersten Schritt wird in einem *Allgemeinen Teil* das Verhältnis von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* im Privatrecht dogmatisch geklärt. Hierzu

werden in jeweils eigenen Kapiteln die privatrechtlichen Gestaltungskräfte der Vertragsfreiheit (§2) und der Vertragsgerechtigkeit (§3) im Hinblick auf die drei Kategorien ihrer *Grundlagen, Funktion* und *Form* untersucht und einer grundlegenden Klärung unterzogen. Anschließend werden die Ergebnisse der Untersuchung in einer Synthese zusammengeführt und für die Bestimmung des Verhältnisses beider Prinzipien herangezogen. Dabei wird auf die unterschiedlichen *dogmatischen Begründungsansätze* zum Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit eingegangen und auf interdisziplinärer Grundlage in Weiterentwicklung des klassischen Ansatzes von *Walter Schmidt-Rimpler* ein eigener Ansatz für ein tragfähiges Vertragsmodell im Privatrecht vorgestellt (§4).

In einem zweiten Schritt wendet sich die Arbeit in einem *Besonderen Teil* dem Problem der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen zu, das sie ausgehend von der Klärung ihrer *Funktion* und *Rechtsnatur* (§5), der *geschichtlichen Entwicklung der Inhaltskontrolle* (§6), ihrer *verfassungsrechtlichen Grundlagen* (§7) und ihres *rechtlichen* und *dogmatischen Rahmens* (§8) näher untersucht, um schließlich ihre *Legitimation* vor dem Hintergrund eines zu entwickelnden *vertragstheoretischen Begründungsmodells* in den Blick zu nehmen (§9). In einem letzten Kapitel wird der Ertrag der Untersuchung auf das Problem der Reichweite der *Inhaltskontrolle* allgemeiner Geschäftsbedingungen *im unternehmerischen Geschäftsverkehr* angewendet und die Rechtsprechung des BGH einer umfassenden Kritik unterzogen. Auf der Grundlage des so herausgearbeiteten Befundes werden schließlich Inhalt wie Reichweite der Inhaltskontrolle im b2b-Verkehr näher bestimmt und es wird abschließend zur Erforderlichkeit einer gesetzlichen Neuregelung Stellung genommen (§10). Vor dem Hintergrund des damit umrissenen Untersuchungsprogramms erweist sich eine nähere Auseinandersetzung mit grundlegenden Systemfragen des Privatrechts als unausweichlich. Neben der Klärung des Problems der *Legitimation* und *Reichweite* der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr wird die Untersuchung daher gleichsam *en passant* drei Grundsatzfragen des Privatrechts eingehend in den Blick nehmen und hierzu eigene Lösungsansätze vorlegen:

1. Die *Dichotomie* von *Vertragsfreiheit* und *Vertragsgerechtigkeit* als Grunddeterminanten der Privatrechtsordnung.

2. Die dogmatische Klärung der *Vertragsgerechtigkeit* und die Entwicklung eines eigenständigen Konzeptes der Vertragsgerechtigkeit, das mit dem römisch-rechtlichen Grundsatz des *sum cuique tribuere*, der *regula aurea* und der *aristotelisch-thomistische Gerechtigkeitslehre* die drei wesentlichen, die europäische Privatrechtsentwicklung wie auch die Rechtsphilosophie prägenden Entwicklungslinien in einer Gesamtsynthese integriert.

3. Die Fortentwicklung des auf der Theorie der *Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus* beruhenden *Schmidt-Rimplerschen Vertragsmodells* unter Rückgriff auf das *Harvard-Modell* interessenorientierter Verhandlung.

Die Ergebnisse werden durch den Befund der *interdisziplinären Forschung* auf dem Gebiet der Verhaltensökonomik (*behaviorial economics*) und der empirischen Gerechtigkeitsforschung abgesichert. Die Arbeit folgt damit methodisch einem *interdisziplinären* Ansatz und greift auf *rechtsvergleichende, rechtshistorische, rechtsphilosophische* sowie *verfassungsrechtliche Untersuchungen* zurück, um auf diese Weise ein möglichst verlässliches Fundament für die Beantwortung der untersuchten Forschungsfragen zu legen. Darüber hinaus werden ergänzend aktuelle Ansätze aus dem Bereich der Verhandlungsforschung (*Harvard Modell* interessenorientierter Verhandlung) sowie der Entwicklungspsychologie (*Kohlbergs Stufenmodell*) herangezogen und für die Fortentwicklung des Vertragsmodells fruchtbar gemacht.

## Personenregister

- Adams, Michael 545, 552, 559  
Akerlof, George A. 544, 546, 686  
Aristoteles 109, 118
- Betti, Emilio 68  
Bydlinski, Franz 22
- Campe, Joachim Heinrich 859  
Canaris, Claus-Wilhelm 31, 131  
Cimbali, Enrico 68  
Coase, Ronald 531
- Duguits, Léon 68  
Durkheim, Emile 108
- Fechner, Erich 151  
Fezer, Karl-Heinz 534  
Fisher, Roger 81  
Flume, Werner 30, 180, 231, 278
- Gorman, William M. 520  
Grimm, Jacob/Wilhelm 860  
Grunsky, Wolfgang 698
- Hedemann, Justus W. 488  
Hollerbach, Alexander 150
- Jastrow, Hermann 510, 893, 908  
Jesus Christus 112  
Justinian 110
- Kohlberg, Lawrence 116  
Kondring, Jörg 758  
Kötz, Hein 543, 558, 699
- Larenz, Karl 18  
Lieb, Manfred 675
- Neumann, John von 522  
Nipperdey, Hans C. 488
- Nowak, Martin 117
- Ockenfels, Axel 117, 144  
Ott, Claus 529
- Pappenheim, Max 487, 647  
Patton, Bruce 81  
Posner, Richard A. 520, 533, 540–541
- Radbruch, Gustav 106, 131, 154  
Raiser, Ludwig 67, 127, 185, 192, 221,  
278, 334, 354, 613, 615, 619, 625, 630,  
649f., 664, 695  
Raiser, Thomas 664  
Rehbinder, Manfred 695
- Schlosser, Peter 710  
Schmidt-Rimpler, Walter 9, 51, 60, 62,  
69–70, 72, 114, 160, 175, 181, 208, 242,  
248–250, 256, 260, 267, 278, 298, 383,  
439, 498  
Schmidt-Salzer, Joachim 488, 695, 698,  
701  
Scitkovsky, Tibor 520  
Simon, Herbert A. 524  
Singer, Reinhard 476, 478, 489  
Smith, Adam 527  
Stieler, Kaspar von 860
- Thomas von Aquin 110, 118, 143, 147
- Ulpian 2, 110  
Ury, William 81
- von Jhering, Rudolf 68  
von Münch, Ingo 133
- Wolf, Manfred 29, 47, 196, 222, 231, 248  
Zweigert, Konrad 192, 279, 352



## Sachregister

- Abänderungsbereitschaft, *siehe unter*
  - Dispositionsbereitschaft
- Absatzinteresse des Verwenders 582
- Abschlussfreiheit, *siehe unter*
  - Vertragsfreiheit
- Abschlusszwang 515
- Abwehrrecht 31f., 59, 66, 102, 365ff., 374, 376, 411 f.
- abschreckende Wirkung 574ff.
- Acquis-Principles (ACQP) 799ff.
- ADR-Bewegung 76, 84, 115, 151, 254, 256, 258, 295
- adverse Selektion 542ff.
- AGB-Banken 539
- AGB-Falle 717, 749, 752, 841ff., 902
- AGB-Gesetz 357ff., *siehe auch*
  - Rechtsgeschichte
- Akerlof's Zitronenmarkt 544ff.
- Allgemeine Geschäftsbedingungen
  - Anwendungskontrolle 335ff.
  - aufsichtsrechtliche Kontrolle 339f.
  - Aushandeln 427ff., 684f., 749ff., 811ff.
  - b2b-Verkehr, *siehe unter* unternehmerischer Geschäftsverkehr
  - Bedeutung 285ff.
  - Begriff 419ff.
  - Dritt-AGB 516, 660
  - echte 726ff.
  - Einmalbedingungen 434f.
  - Ein-Satz-AGB 432ff., 515, 563, 592f., 606, 670, 683, 687, 881
  - Fahrkartenfälle 432ff., 437, 463, 514, 563, 593, 606, , 683, 687, 881
  - Fallgruppen 431ff.
  - Formularverträge 431ff.
  - *forum shopping* 4, 694, 718, 729ff., 744, 747
  - Funktion 291ff.
  - Garderobenmarkenfälle 432ff., 463, 467, 563, 593, 606, 683, 687, 881
  - großvolumige Verträge 535ff., 721ff.
  - Kenntnisnahme 577
  - Komplexität 288ff.
  - Lückenausfüllungsfunktion 295ff.
  - Massenphänomen 675.
  - Mehrfachverwendungsabsicht 423, 462, 509, 513f., 593, 631, 656ff., 666, 668, 670, 672ff., 676ff., 682, 792, 800, 803, 805, 808ff., 872, 876, 988
  - Normenqualität 305ff.
  - Normtheorie 306ff., 311ff.
  - Parkhausfälle 432ff., 463, 471, 514f., 563, 593, 606, , 683, 687, 881
  - Rationalisierungsfunktion 292ff.
  - Rechtsnatur 301ff.
  - Reformvorschläge 747ff.
  - Risiken 297ff.
  - Risikoverlagerungstendenz 297ff.
  - Seriositätsschein 674f.
  - Stellen 423ff., 659f., 681ff.
  - Typisierungsfunktion 295ff.
  - unechte 726ff.
  - unternehmerischer Geschäftsverkehr 691ff.
  - Verbraucherverträge 434f.
  - Verbreitung 285ff.
  - Verhandlungen 290f.
  - Vertragsbedingungen 420f.
  - Vertragsmuster 431ff.
  - Vertragstheorie 320ff.
  - Vielzahl von Verträgen 421f.
  - Vorformulierung 421f., 655ff., 666ff.
  - Wahlmöglichkeiten 818ff.
  - Wahlnormen 312
- Alles-oder-Nichts-Lösungen 914, 989
- Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB) 157, 306, 340, 361

- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) 156
- Alternative Streitbeilegung (ADR) 75 f., 84, 115, 151, 254, 256, 258, 295
- Altruismus 526
- Anchoring 257, 525, 826
- Angemessenheitsmaßstab 240 f., 498 ff., 502 ff., 669, 950 f., 953 f.
- Anwendungskontrolle 335 ff., *siehe auch* Rechtsgeschichte
- Äquivalenzprinzip 122
- Arbeit auf Abruf-Entscheidung (BVerG) 404, 410, 481 Anwendungsbereich (Inhaltskontrolle) 419 ff., 748 ff., 811 ff.
- Arbeitsrecht 171 f., 271, 273, 396, 31 ff., 325, 340 ff., 356, 360 f., 476, 481 f., 486
- Arbeitszeitverordnung (1918) 357, *siehe auch* Rechtsgeschichte
- aristotelische Gerechtigkeitstheorie, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit
- aufsichtsrechtliche Kontrolle 339 f., *siehe auch* Rechtsgeschichte
- Auktions-Entscheidungsregel 520
- Ausgleich der Interessen, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit: Interessenausgleich Aushandeln
- Auslegung 858 ff.
  - Ausstrahlungswirkung 827 f., 848 ff., 870, 898 ff., 911
  - Belehrungspflichten 826 f., 848 f., 886 ff.
  - Bereichsausnahme, *siehe unter* vertragswertabhängige Bereichsausnahme
  - bring-or-pay-Entscheidung (BGH) 821 ff., 828, 835 ff.
  - Dispositionsbereitschaft 557 ff., 669 ff., 682 f., 813 ff., 825 f., 832 ff., 846 ff., 880 ff., 897 f.
  - grammatische Auslegung 858 ff.
  - historische Auslegung 865 ff.
  - Informationsobliegenheit 902 f.
  - Informationspflichten 826 f., 849 f., 886 ff.
  - Kritik an der Rechtsprechung des BGH 828 ff.
  - Paketlösungen 827 f., 848 ff., 898 ff.
  - Reformvorschläge *de lege ferenda* 903 ff.
  - systematische Auslegung 872 ff.
- teleologische Auslegung 874 ff.
  - Umfang der Dispositionsbereitschaft 825 f., 897 f.
  - Unveränderte Übernahme des Vertragstextes 820 ff., 850 ff., 895 ff.
  - Verfassungsrechtlicher Rahmen 855 ff.
  - Verhandeln, Verhältnis zum 814 ff., 889 ff., 904 ff.
  - vertragswertabhängige Bereichsausnahme 912 ff.
  - Wahlmöglichkeiten 818 ff., 892 ff.
- Ausnutzung, unfaire (Art. 51 GEK-E) 64, 71, 79 f., 91, 95, 106, 149, 161
- Ausnutzung, unfaire (Art. II. – 7:207 DCFR) 54, 139
- außerrechtliche Ordnungen 626 ff.
- Auslandsberührung, als Differenzierungskriterium 754 ff.
- Auslegung, *siehe unter* Aushandeln
- Ausstrahlungswirkung 827 f., 848, 898 ff.
- b2b-Verkehr, *siehe unter* unternehmerischer Geschäftsverkehr
- Befriedungsfunktion, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit
- behavioral economics*, *siehe unter* Verhaltensökonomik
- Belehrungspflichten 826 f., 848 ff., 886 ff.
- Benachteiligung, unangemessene 495 ff., 498 ff.
- bounded rationality* 522 ff., 530, 557
- bounded willpower* 526, 530
- berechtigtes Vertrauen 274, 579
- bring-or-pay-Entscheidung (BGH) 821 ff., 828, 835 ff.
- Bereichsausnahme, *siehe unter* vertragswertabhängige Bereichsausnahme
- Bergpredigt Jesu 112, 159
- Berücksichtigungsgebot (§ 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB) 920 ff., 958 ff.
- brasilianisches Recht 68 ff.
- Beweislastverteilung
- Acquis-Principles (ACQP) 799
  - Aushandeln 427, 815, 856
  - benachteiligende 297, 390 f., 501, 546
  - doppeltes Differenzierungsgebot 789
  - Draft Common Frame of Reference (DCFR) 804

- Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) 806
- Klauselrichtlinie 792
- Verwender 895
- Betriebsreglements für Eisenbahnen und Post 357f.
- Bindung (Vertrag) 237ff.
- bonum commune*, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit: Gemeinwohl
- Bundesverfassungsgericht 374ff.
- Bürgerschaftsentscheidung (BVerfG) 32, 98, 136, 158, 174, 195, 257, 271, 368, 381ff., 401, 406, 414, 424, 441, 445ff., 478, 483f., 489, 723, 907
  
- Coase-Theorem 531f., 686
- counteracting institutions* 545f.
  
- Daseinsermöglichung 142f.
- demokratische Funktion der Vertragsfreiheit 74ff.
- Deutscher Juristentag
  - 50. DJT 1974 699ff.
  - 69. DJT 2012 714ff.
- Differenzierungsgebot (§ 310 Abs. 1 S. 1, 2 BGB) 934ff., 958ff.
- Dispositionsbereitschaft 557ff., 669ff., 682f., 813ff., 825f., 832ff., 846ff., 880ff., 897f.
- Draft Common Frame of Reference (DCFR) 49ff., 801ff.
- Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts 157, 486ff., 510, 567, 908
- Dritt-AGB 516, 660
  
- Effizienz 49, 62ff., 80, 83, 146, 518ff., 531ff., 554, 559, 560ff., 620, 687
- Egoismus 525ff.
- Einschätzungsprärogative 34, 102, 367, 412, 451
- Emanzipation, *siehe unter* Vertragsfreiheit
- empirische Forschung
  - AGB-Recht 5, 720, 741ff.
  - *behavioral economics* 151, 248, 525ff., 529ff.
  - Entwicklungspsychologie 116f.
  - Gerechtigkeitsforschung 10, 108, 117, 141, 144ff., 149, 161
  - Kognitionspsychologie 247ff., 253, 281, 525, 527, 534, 992ff.
  - *Kohlberg's* Stufenmodell 10, 116f., 160, 235, 254, 281, 991, 993
  - Verhaltenspsychologie 151, 281
  - Verhandlungsforschung 76, 80, 83, 249, 254, 256, 281
- englisches Recht 754f.
- Entscheidungsverhalten 145, 522, 524f., 532, 687
- Entwicklungspsychologie 116f., 160, 235, 254f., 992
- Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) 38, 40ff., 46, 102, 137, 161
- Europäischer Gerichtshof 42f.
- Europäisches Vertragsrecht 44ff.
- Europarecht 36 ff.
  - Acquis-Principles (ACQP) 799ff.
  - Draft Common Frame of Reference (DCFR) 801ff.
  - Effizienz 49
  - Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) 38, 40ff., 46, 102, 137, 161
  - Europäischer Gerichtshof 42f.
  - *Feasibility Study* (Machbarkeitsstudie) 45, 49, 54f., 473, 806f.
  - Gemeinsamer Referenzrahmen, *siehe unter* Draft Common Frame of Reference (DCFR)
  - Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) 806ff.
  - Grundfreiheiten 37ff., 46, 102, 137
  - Grundrechtecharta der EU (GRCh) 38, 41f., 46f., 102, 137, 161
  - Inhaltskontrolle 790ff.
  - Klauselrichtlinie 138, 161, 358, 361, 419ff., 462, 473, 648, 652ff., 659, 661ff., 698, 694, 791ff., 858
  - Kodifikationsprojekte 6, 44, 46, 139, 794, 796ff., 810f., 819f., 988
  - Machbarkeitsstudie, *siehe unter* Feasibility Study
  - Principles of European Contract Law (PECL) 797ff.
  - Rechtsvereinheitlichung *siehe unter* Kodifikationsprojekte

- Verbraucherrechte-Richtlinie 793 ff.
- Vertragsfreiheit, Gewährleistung der 36 ff.
- Vertragsgerechtigkeit, Gewährleistung der 137 f.
- Vertragsrecht, gemeinsames Europäisches 44 ff., 54 ff.
- Feasibility Study* (Machbarkeitsstudie) 45, 49, 54 f., 473, 806 f.
- Flucht in das ausländische Recht 4, 7, 436, 617, 694, 709, 715, 718, 729 ff., 741 ff., 755, 810, 829, 987
- formale Vertragsfreiheit, *siehe unter* Vertragsfreiheit
- forum shopping* 4, 694, 718, 729 ff., 744, 747
- französisches Recht 41, 106, 140, 156, 176, 312, 336, 359, 602, 694, 744
- Friedensfunktion, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit
- Garantien 546 ff.
- Gebrauchtwagen 544 ff.
- Gefährdungshaftung 274 f., 589 ff., 643, 662
- Gefälligkeitsverhältnis 500
- Gefangenendilemma 528
- Geltungsanspruch des Rechts 316, 319, 325, 629, 649, 651, 736, 773
- Gemeinsamer Referenzrahmen, *siehe unter* Draft Common Frame of Reference (DCFR)
- Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) 806 ff.
- gemeinsames Europäisches Vertragsrecht, *siehe unter* Europäisches Vertragsrecht
- Gemeinwohl (*bonum commune*) 143 f.
- Generalklausel
  - allgemein 33, 137, 238, 259, 267, 380, 441, 732, 737, 745
  - Inhaltskontrolle (§ 307 BGB) 501, 706, 711, 798 ff., 914 ff., 931 ff., 941 ff., 957 f., 961 ff., 971 ff., 980, 985
  - Treu und Glauben (§ 242 BGB) 33, 91, 157, 743
  - wucherähnliches Geschäft (§ 138 Abs. 1 BGB) 33, 91, 107, 130, 148 ff., 482, 917, 926
- Gerechtigkeit, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit
- Gerechtigkeitsforschung 10, 108, 117, 141, 144 ff., 149, 161
- Gerechtigkeitsgefühl 114, 211
- Gewinn 54, 79, 125 ff., 161, 526, 546, 549, 553 f., 610, 778
- Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs 920 ff., 939 ff., 958 ff., 962 ff.
- Glaubersalttankentscheidung (BGH) 918 ff.
- Gleichheit, *siehe unter* Vertragsparität
- Goldene Regel, *siehe unter regula aurea*
- Goodwill-Mechanismen 546 ff., 686
- GOZ 390, 855 ff., *siehe auch* Zahnarzt-honorarentscheidung (BVerfG)
- großvolumige Verträge 535 ff., 721 ff.
- Grundfreiheiten 37 ff., 46, 102, 137
- Grundrechte (Deutschland) 30 ff., 33 ff., 319, 365 ff., 317 ff., 412, 533, 629
- Grundrechtecharta der EU (GRCh) 38, 41 f., 46 f., 102, 137, 161
- Gütesiegel 546 ff.
- gutes Verhandlungsergebnis, *siehe unter* Verhandeln
- Handelsvertreterentscheidung (BVerfG) 379 ff.
- Handlungsfreiheit, allgemeine (Art. 2 Abs. 1 GG) 30 f., 36, 102, 237, 365, 411, 610, 836 f.
- Harvard Modell 81 ff., 115 ff., 160, 235 f., 244 ff., 253 ff., 280 f., 992 ff.
- Hauptleistungspflichten 504 ff., 577 ff.
- Hausarbeitsgesetz (1911) 357, *siehe auch* Rechtsgeschichte
- Hicks-Kriterium 519 ff.
- homo oeconomicus* 144 ff., 248 ff., 521 ff., 531 f., 534 ff., 540, 555, 559, 563, 569, 686 f. 992 f.
- homo socialis* 528 f.
- Housing Court 142
- Individualabrede 717 f., 817 f., 830 ff., 867 f., 904 ff.

- Individualrechtsschutz 625 ff.
- Indizwirkung der Klauselverbote 917 ff., 956 ff., 960 ff., 971 f.
- industrielle Revolution 168 f.
- Informationsasymmetrie 511 ff., 541 f., 563 ff., 569 f., 668 f., 677 ff., 681 f., 876 f., *siehe auch* Inhaltskontrolle
- Informationsdefizit 521 f.
- Informationsobliegenheit 902 f.
- Informationspflichten 826 f., 886 ff.
- Inhaltsfreiheit, *siehe unter* Vertragsfreiheit
- Inhaltskontrolle
- Anwendungsbereich 419 ff., 748 ff., 811 ff.
  - b2b-Verkehr, *siehe unter* unternehmerischer Geschäftsverkehr
  - Begründung, *siehe unter* Legitimation
  - Dogmatik 260 ff., 265 f., 276 f., 438 ff.
  - europarechtlicher Rahmen 790 ff.
  - Generalklausel (§ 307 BGB) 501, 706, 711, 798 ff., 914 ff., 931 ff., 941 ff., 957 f., 961 ff., 971 ff., 980, 985
  - gesetzliches Regelungskonzept 419 ff., 666 ff.
  - individuelle Rechtfertigung 468 ff., 663 ff.
  - Indizwirkung der Klauselverbote 917 ff., 956 ff., 960 ff., 971 f.
  - Institutionenlehre als Begründungsansatz (*Raiser*) 622 ff.
  - Klauselverbote 917 ff., 956 ff., 960 ff., 971 f.
  - konkret-individueller Maßstab 660 ff.
  - Kontrollschwelle, 269 ff.
  - Legitimation 438 ff., 467 ff., 692 ff.
  - Maßstab 660 ff., 758 f., 915 ff.
  - Rechtsgeschichte 333 ff.
  - rechtlicher Rahmen 417 ff.
  - rechtsökonomischer Begründungsansatz 535 ff.
  - Schutzzweck 467 ff., 496 ff., 759 ff., 841 ff., 875 ff.
  - überindividuelle Rechtfertigung 582 ff., 614 ff., 663 ff.
  - unternehmerischer Geschäftsverkehr 691 ff.
  - verfassungsrechtliche Grundlagen 363 ff.
  - Vertragsgerechtigkeit 325 ff., 496 ff.
  - Vertragsgestaltungsfreiheit 468 ff., 950 f.
  - vertragstheoretischer Begründungsansatz 567 ff.
  - Verzicht 757 f.
- Institutionenlehre (*Raiser*) 625 ff.
- Institutionen- und Verfahrenslehre (*Ful-ler*) 63, 226, 236, 279, 949, 994
- interdisziplinäre Forschung
- *behavioral economics* 151, 248, 525 ff., 529 ff.
  - Entwicklungspsychologie 116 f., 160, 235, 254 f., 992
  - Gerechtigkeitsforschung 10, 108, 117, 141, 144 ff., 149, 161
  - Spieltheorie 144 ff., 528 f., 992 f.
  - Verhandlungsforschung 76, 80, 83, 249, 254, 256, 281
- Interessenausgleich, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit
- interessenorientiertes Verhandeln 142 f.
- Internationales Privatrecht 735 ff.
- Invarianzthese 532, 686
- iustitia commutativa*, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit: Tauschgerechtigkeit
- iustitia distributiva*, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit: Verteilungsgerechtigkeit
- iustitia legalis*, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit: Gesetzesgerechtigkeit
- iustitia particularis*, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit: Einzelgerechtigkeit
- iustum pretium*, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit: Preisgerechtigkeit
- Kaldor-Hicks-Kriterium 519 f.
- Kinderschutzgesetz (1903) 357
- Klauselrichtlinie 138, 161, 358, 361, 419 ff., 462, 473, 648, 652 ff., 659, 661 ff., 698, 694, 791 ff., 858
- Klauselverbote 917 ff., 956 ff., 960 ff.
- kleine und mittlere Unternehmen (KMU) 6, 708, 718 f., 725 ff., 741, 744 f. 771 f., 787, 939, 970, 987, 995
- Kodifikationsprojekte 6, 44, 46, 139, 794, 796 ff., 810 f., 819 f., 988

- Kognitionspsychologie 247ff., 253, 281, 525, 527, 534, 992ff.
- Kohlberg's* Stufenmodell 10, 116f., 160, 235, 254, 281, 991, 993
- Kollisionsrecht 735ff.
- Kommerzialisierung von Rechtsansprüchen 540, 609, 778
- Konditionenmarkt 476ff.
- Konditionenwettbewerb 392ff., 468ff., 542f., 551f., 597ff., 688f., 877ff.
- Konfliktbeilegung 75f.
- Konkordanz, praktische 32, 35f., 364f., 379, 400f., 406, 412, 443, 457, 485, 875
- Kontrahierungszwang 86ff., 97, 485, 610, 643
- Kooperation 65f., 79ff., 115, 117, 244ff., 280f., 527ff., 687 992
- Kosten-Nutzen-Analyse 520, 522, 555ff., 569, 686
- Krise des liberalen Vertragsdenkens 21, 55, 173f., 373, 376ff.
- laesio enormis* 106f., 130ff., 147ff., 166, 168, 176, 486, 505, 992
- *duplum* 107, 130, 147f., 155, 162, 176, 992
- geschichtliche Entwicklung 156f.
- *querela laesionis* 130, 148, 155
- *remedium ex l. 2. C. de rescindenda venditione* 148
- Rezeption 150, 155ff.
- wucherähnliches Geschäft 107, 130, 148f., 155, 157, 505
- Landarbeitsordnung (1919) 357
- land-grabbing 519
- Law Commissions von England und Schottland 753, 788
- Leichtsinn 579ff.
- Leistungsverweigerungsrecht 501
- lex Cincia de donis et muneribus* 372
- lex divina* 128ff., 147f., 161
- lex Falcidia* 373
- lex furia de sponsu* 372
- lex humana* 128ff., 147, 161, 256
- lex Iulia de dote fundali* 372
- Liberalismus 109, 150, 156ff., 164ff., 250, 277, 447, 626,
- Lückenausfüllungsfunktion 295ff.
- Lukasevangelium 112
- M&A-Bereich 295f., 435ff., 500, 576, 594, 724, 771, 831, 842, 843, 852, 881, 903, 914, 929, 995
- Machbarkeitsstudie, *siehe unter* Feasibility Study
- Machtungleichgewicht 29f., 401ff., 498ff.
- Fallgruppen 401ff.
- Kompensation durch Wettbewerb 472ff.
- psychische, intellektuelle oder emotionale Unterlegenheit 405ff., 472ff.
- situative Unterlegenheit 409ff., 508ff., 667ff., 967ff.
- soziale Unterlegenheit 449ff., 472ff.
- Vertragsfreiheit 29f.
- Wettbewerb 472ff.
- wirtschaftliche Unterlegenheit 403ff., 449ff., 472ff., 780ff.
- Marktpreis 123ff., 127, 155, 160f., 176, 240, 505
- Marktversagen 481ff., 542ff.
- Marktzutrittskosten 553f.
- Maßstab der Inhaltskontrolle 660ff., 758f., 915ff.
- Matthäusevangelium 112, 122, 160
- Materialisierung, *siehe unter* Vertragsfreiheit
- materielle Vertragsfreiheit, *siehe unter* Vertragsfreiheit
- Mediation 76f., 82, 115ff.
- Menschenbild 81, 165ff., 170, 187, 447, 523, 527, 529, 531
- Menschenwürde 13ff., 16ff., 20f., 23, 31, 100f., 255, 257ff., 262f., 265, 610, 618
- Mieterschutzverordnung (1917, 1918) 357
- Monopolrechtsprechung des RG 172, 190, 342ff., 359f., 474, 487, 579, 581, 654, 664, 696, 702, 883
- Moral 128f., 161, 165
- Mutterschutzgesetz (1927) 357
- Nationalsozialismus 18f., 33, 69, 74, 132f., 175, 177, 187, 208f., 308, 330, 341, 346, 355, 361, 641

- Naturrecht 17 ff.
- ökonomische Zweckmäßigkeitsüberlegungen, Verhältnis zu 19 ff.
  - Privatautonomie 17 ff.
  - Rechtspositivismus, Verhältnis zum 18 f., 636 ff.
  - überpositive Wertgrundsätze der Privatrechtsordnung 17 f.
- Nebenabreden 5092 ff.
- Neurowissenschaften 532
- niederländisches Recht 754 f., 788
- Normtheorie 306 ff., 311 ff., *siehe auch* Allgemeine Geschäftsbedingungen
- Nullsummenmythos (zero sum bias) 81, 244, 526, 532
- Nullsummenspiel (zero sum game) 154, 244 f.
- Nutzen, gemeinsamer (*utilitas communis*) 65, 82, 85, 122 ff., 127, 994
- objektive Gestaltungskräfte, *siehe unter* Vertragsfreiheit
- ökonomische Analyse des Rechts
- Allokationseffizienz 518 ff.
  - *behavioral economics* 525 f.
  - *bounded rationality* 522 ff., 530, 557
  - *bounded willpower* 526, 530
  - Coase-Theorem 531 f., 686
  - Grundansatz 517 ff.
  - Hicks-Kriterium 519 f.,
  - *homo oeconomicus* 144 ff., 248 ff., 521 ff., 531 f., 534 ff., 540, 555, 559, 563, 569, 686 f. 992 f.
  - *homo socialis* 528 f.
  - Informationsdefizit 521 f.
  - Kooperation 527 f.
  - Kritik 532 ff.
  - Pareto-Kriterium 518 f.
  - Rationalitätsprinzip 522 ff.
  - REM-These 521, 527, 539 f., 555, 687
- österreichisches Recht 106, 140, 156, 176, 510
- Online-Shops 547 ff.
- Ordnungsfunktion des Privatrechts 579 ff., 625 f.
- Ordnungen, außerrechtliche 626 ff.
- pacta sunt servanda* 2, 70, 239, 251
- Paketlösungen 225 ff., 827 f., 848 f., 863, 898 f., 948
- Pareto-Effizienz 65 f., 80 ff., 160, 244 f., 280, 518 ff., 531 f. 994
- Persönlichkeitsentfaltung 30 ff., 58 ff., 74 f., 142 f., 236 ff., 453 ff., 651, 761, 845, 994
- Perspektivwechsel 115 f., 179, 246 f., 250, 253 ff., 729
- positionsorientiertes Verhandeln, *siehe unter* Verhandeln
- Positivismus, *siehe unter* Rechtspositivismus
- Preisgerechtigkeit, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit
- preußisches Recht 156, 340 f.
- Principles of European Contract Law (PECL) 797 ff.
- Privatautonomie 16 ff.
- Begriff 16
  - Begründung 17
  - Effektuiierung 173
  - gesetzgeberischer Rahmen 34
  - Grenzen 26
  - Individualgarantie 31
  - Institutsgarantie 31
  - Menschenwürde 16, 18 ff., 23, 31
  - menschliche Freiheit 16 ff.
  - Nationalsozialismus 18
  - naturrechtliche Begründung 17 ff.
  - ökonomische Zweckmäßigkeitserwägungen 19
  - Positivismus 18
  - Rechtsgeschäft 21
  - Rechtsordnung 18
  - Schranken 33, 36
  - Selbstbestimmung 23
  - staatlicher Eingriff 13, 46, 59, 154
  - überpositive Wertgrundsätze 17
  - verfassungsrechtliche Gewährleistung 17
  - Vertragsfreiheit 16
  - Willen 21
- prohibitive Transaktionskosten 53, 463 f., 486 f., 541 f., 544 f., 594 f., 607 f., 765 f., 774 f., 882 f., 968
- Psychische, intellektuelle oder emotionale Unterlegenheit 405 ff.

- Psychologie
- Entwicklungspsychologie 116f., 160, 235, 254f., 992
  - Kognitionspsychologie 247ff., 253, 281, 525, 527, 534, 992ff.
  - kognitive Fähigkeiten 447, 464
  - Kohlberg's Stufenmodell 10, 116f., 160, 235, 254, 281, 991, 993
  - Neurowissenschaften 532
  - Rationalitätsdefizite 246ff.
  - Verhaltenspsychologie 151, 281
  - Wahrnehmungsverzerrungen 246ff.
- race to the bottom* 544ff.
- Radbruchsche Formel 266
- Rationalisierungsfunktion 292ff.
- Rationalitätsdefizite 246ff., 555ff.
- Rechtsflucht, *siehe unter* Flucht in das ausländische Recht
- Rechtsfortbildung 76f.
- rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit (Wolf), *siehe unter* Vertragsmodell
- Rechtsgeschäftslehre, *siehe unter* Vertragsfreiheit
- Rechtsgeschichte 340f., 356ff.
- Rechtsmissbrauch 274f.
- Rechtsnatur von AGB, *siehe unter* Allgemeine Geschäftsbedingungen
- Rechtsökonomik, *siehe unter* ökonomische Analyse des Rechts
- rechtsökonomischer Begründungsansatz (Inhaltskontrolle) 535ff.
- Rechtspositivismus 18f., 636ff.
- Naturrecht, Verhältnis zum 18f., 636ff.
- Rechtssicherheit 266ff.
- Rechtsstaatsprinzip 133f., 136, 161, 501
- Rechtsvereinheitlichung, *siehe unter* Kodifikationsprojekte
- Rechtswahl 731ff.
- Reformdiskussion, *siehe unter* rechtspolitische Diskussion
- Reformvorschläge 747ff., 903ff., 964ff.
- regula aurea* 110ff., 159f., 243f., 250ff., 274, 277, 280f., 530, 991ff.
- Reichsmietengesetz (1922) 357
- REM-These 521, 527, 539f., 555, 687
- Reputationseffekte 537ff., 542, 582, 587, 598
- Restatements
- Reziprozitätsprinzip 243ff., 250f.
- Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus 60ff., 208ff., 256ff., 261ff.
- Risikosphären, Zurechnung von 274f. 589ff.
- Risikoverlagerungstendenz 297ff.
- Rollentausch, *siehe unter* Perspektivwechsel
- Rücksichtnahmegebot 113, 116, 120, 123, 139, 252, 254, 625, 935
- Rückkaufswert (BVerfG) 394ff.
- sächsisches Recht 157
- Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 358
- Schutzzweck, *siehe unter* Inhaltskontrolle
- schweizerischen Recht 731ff., 738ff., 744ff.
- Seemannsordnung (1902) 357
- Seefrachturteil (BGH) 949
- Selbstbestimmungsprinzip, *siehe unter* Vertragsfreiheit, Vertragsgerechtigkeit
- Selbstbestimmungstheorie (Flume), *siehe unter* Vertragsmodell
- Selbstregulierung 535ff.
- Selbstverantwortung 838ff.
- Selektion, adverse 542ff.
- situative Unterlegenheit 409ff., 508ff., 667ff., 967ff.
- soziale Funktion des Vertrages (Raiser), *siehe unter* Vertragsmodell
- soziale Vertragstheorie (Zweigert), *siehe unter* Vertragsmodell
- Sozialstaatsprinzip 33, 35, 36, 67, 364, 369, 383, 397, 412, 453, 489
- Spieltheorie 144ff., 528f., 992f.
- Entscheidungsverhalten 145, 522, 524f., 532, 687
  - Gefangenendilemma 528
  - Ultimatum-Spiel 145, 147, 162, 529
- Stufenmodell, *siehe unter* Kohlberg's Stufenmodell
- sum cuique tribuere* 110f.
- Tauschgerechtigkeit, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit

- Theorie der ökonomische Analyse des Rechts, *siehe unter* ökonomische Analyse des Rechts
- Theorie der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit (*Wolf*) 196 ff.
- Theorie der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus (Schmidt-Rimpler), *siehe unter* Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus
- Tobit, Buch 112, 159
- Transaktionskosten 541 ff., 573 ff., 901 f.
- Transaktionskosten-Vertragswert-Relation 573 f., 901 f.
- Treu und Glauben (§242 BGB) 932 ff.
- Typisierungsfunktion 295 ff.
- überindividuelle Rechtfertigung (Inhaltskontrolle) 614 ff.
- Gemeinwohl 615 ff.
  - Markt 619 ff.
  - Rechtsverkehr 619 ff.
  - institutioneller Schutz von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit 622 ff.
- Überschussbeteiligung (BVerfG) 392 ff.
- Ultimatum-Spiel 145, 147, 162, 529
- unangemessene Benachteiligung 495 ff., 498 ff., 669
- unfaire Ausnutzung, *siehe unter* Ausnutzung, unfaire
- UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts 44
- Unterhaltsverzichtsvertrag (BVerfG) 387 ff.
- Unterlegenheit, *siehe unter* Machtungleichgewicht
- Unternehmensgröße als Differenzierungskriterium 753 f.
- Unternehmer
- geschäftliche Erfahrung 765 ff.
  - geschäftliche Gewandtheit 769 ff.
  - Informationsasymmetrie 779 ff.
  - Marktkonzentration 780 ff.
  - Schutzbedürftigkeit 759 ff.
  - Verhandlungsimparität 779 ff.
  - wirtschaftliche Abhängigkeit 780 ff.
- unternehmerischer Geschäftsverkehr 691 ff.
- aktuelle Diskussion 713 ff.
  - Auslandsberührung, als Differenzierungskriterium 754 ff.
  - Differenzierung innerhalb des b2b-Verkehrs 782 ff.
  - Diskussion vor dem AGB-Gesetz 695 ff.
  - Legitimation der Inhaltskontrolle 692 ff.
  - rechtspolitische Diskussion 692 ff., 713 ff.
  - rechtspolitische Diskussion 692 ff., 713 ff.
  - Reformvorschläge 747 ff., 903 ff., 964 ff.
  - Schutzbedürftigkeit des Unternehmers 759 ff., 965 ff.
  - Unternehmensgröße, als Differenzierungskriterium 753 f., 788 f.
  - Unternehmerleitbild 764 ff.
  - Vertragsgerechtigkeit 951 f.
  - Vertragswert, als Differenzierungskriterium 752 f.
  - Verzicht auf Inhaltskontrolle 757 f.
- utilitas communis, siehe unter* Vertragsgerechtigkeit: Nutzen, gemeinsamer
- Verbraucherrechte-Richtlinie 793 ff.
- Verbraucherschutz 652 ff., 703 ff.
- Verbraucherverträge 434 f.
- Verfassungsmäßige Ordnung 33 ff.
- Verfassungsrecht 30 f.
- Arbeit auf Abruf-Entscheidung (BVerfG) 404, 410, 481
  - Bundesverfassungsgericht 374 ff.
  - Bürgerschaftsentscheidung (BVerfG) 381 ff.
  - Handelsvertreterentscheidung (BVerfG) 379 ff.
  - Inhaltskontrolle 363 ff.
  - Rückkaufswert (BVerfG) 394 ff.
  - Überschussbeteiligung (BVerfG) 392 ff.
  - Unterhaltsverzichtsvertrag (BVerfG) 387 ff.
  - Vertragsfreiheit, Gewährleistung der 30 f.
  - Vertragsgerechtigkeit, Gewährleistung der 137 f.

- Zahnarzthonorarentscheidung (BVerfG) 390ff., 855ff.
- Verhaltensökonomik (*behavioral economics*) 144ff., 151, 247ff., 253f., 281, 525f., 530ff., , 535, 555, 559, 686, 840, 913, 991
- Verhaltenspsychologie 151, 281
- Verhandeln 77ff., 244f.
  - Bedeutung 110f., 112
  - Entwicklungspsychologie 116f.
  - gutes Verhandlungsergebnis 82, 85, 246
  - *Harvard Modell* 81ff., 115ff., 160, 235f., 244ff., 253ff., 280f., 992ff. Perspektivwechsel 115f.
  - interessenorientiertes 81ff.
  - positionsorientiertes 78ff.
  - Privatrechtsdogmatik 113ff.
  - Reziprozitätsprinzip 243ff.
  - universales Gerechtigkeitsprinzip 112f.
  - Ursprung 112
  - Verhandlungsforschung 115f.
  - Vertragsmodell 243ff.
  - Vertragsparität 256ff.
- Verhandlungsforschung 115f., 244f.
- Verhandlungsobliegenheit 902f.
- Verkehrsschutz 23ff.
- Vermutung, des Aushandelns 751f.
- Versicherung 772ff.
- Verteilungsgerechtigkeit, *siehe unter* Vertragsgerechtigkeit
- Vertragsabschlussfreiheit, *siehe unter* Vertragsfreiheit: Abschlussfreiheit
- Vertragsfreiheit 13ff.
  - Abschlussfreiheit, *siehe unter* Vertragsabschlussfreiheit
  - Anerkennung durch die Rechtsordnung 26ff.
  - aristotelische Gerechtigkeitstheorie 117ff.,
  - Ausgestaltung durch den Gesetzgeber 34ff.
  - Ausübungsformen 77ff.
  - demokratische Funktion 74ff.
  - Draft Common Frame of Reference 49ff.
  - Effizienz 62ff.
  - Emanzipation 74ff., 168
  - Erscheinungsformen 77ff., 85ff.
  - europarechtliche Gewährleistung 36ff.
  - Form, der 77ff.
  - formale 50f., 55ff., 96f., 164ff., 264ff., 366ff., 721ff.
  - Formfreiheit 91ff.
  - Funktion 58ff., 66ff.
  - Gerechtigkeitsfunktion 50ff.
  - Gerechtigkeitsgefühl 114, 211
  - Gesetzesgerechtigkeit (*ius iustitia legalis*) 118f.
  - Gewährleistung, einfachgesetzliche 57f.
  - Gewährleistungsinhalte 46ff., 440ff.
  - Grundlagen, dogmatische 13ff.
  - Grundlagen, rechtliche 20ff.
  - Grundrechte 33ff.
  - Individualgarantie 31ff.
  - Information 448f.
  - Informationsasymmetrie 29f.
  - Inhaltsfreiheit, *siehe unter* Vertragsgestaltungsfreiheit
  - Inhaltskontrolle 438ff.
  - Inhaltskontrolle 269f.
  - institutionelle Gewährleistung 622ff., 625ff.
  - Institutsgarantie 31ff.
  - Konfliktbeilegungsfunktion 75f.
  - Machtungleichgewicht 29f.
  - Materialisierung 169ff.
  - materielle 51ff., 55ff., 97ff., 264f., 374ff., 485ff., 721ff.
  - Missbrauch 622ff.
  - naturrechtliche Begründung 17ff.
  - objektive Gestaltungskräfte 21ff.
  - ökonomische Funktion 62ff.
  - Ordnungsfunktion 62ff.
  - Privatrechtsordnung 58ff.
  - Rechtsfortbildungsfunktion: 76f.
  - Rechtsgeschäftslehre 25ff.
  - Rechtssicherheit 266ff.
  - Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus 208ff., 222ff.
  - Schranken 33ff.
  - Selbstbestimmungsfunktion 59, 443ff.

- Selbstbestimmungsprinzip 23 ff., 59, 180 ff., 236 f., 263 ff., 374 ff., 443 ff., 445 ff., 457 ff.
- soziale Funktion 66 ff., 172 f., 185 ff.
- soziale Verantwortung 172 f.
- Stabilitätsfunktion 75
- überindividuelle Funktion 62 ff.
- Verfassungsmäßige Ordnung 33 ff.
- verfassungsrechtliche Gewährleistung 30 f.
- Verkehrsschutz 23 ff.
- Vertragsabschlussfreiheit 596 ff., 604 ff.
- Vertragsgerechtigkeit, *siehe unter* Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit (Verhältnis)
- Vertragsgestaltungsfreiheit 89 ff., 468 ff., 568 ff., 950 f.
- Vertragsparität 256 ff., 268 f., 445 ff.
- Vorrang formaler Vertragsfreiheit 265 f.
- Wille 21 ff., 25 ff., 321 ff.
- Zwang 449 ff.
- Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit (Verhältnis) 23 ff., 60 ff., 163 ff., 261 ff.
- Vertragsfunktion 171 f., 180 ff., 236 ff., 443 ff.
- Vertragsgerechtigkeit 105 ff.
  - Angemessenheitsmaßstab 240 f., 498 ff., 502 ff., 669, 950 f., 953 f.
  - Ausgestaltung durch den Gesetzgeber 157 ff.
  - Ausgleich der Interessen, *siehe unter* Interessenausgleich
  - Befriedigungsfunktion 141 f.
  - *bonum commune*, *siehe unter* Gemeinwohl
  - Daseinsermöglichung 142 f.
  - Einzelgerechtigkeit (*iustitia particularis*) 118 f.
  - empirische Forschung, *siehe unter* Forschung
  - europarechtliche Gewährleistung 137 f.
  - Forschung, empirische 10, 108, 117, 141, 144 ff., 149, 161
  - Friedensfunktion 141 f.
  - Funktion 140 ff.
  - Gemeinwohl (*bonum commune*) 143 f.
  - Gesetzesgerechtigkeit (*iustitia legalis*) 118 f.
  - goldene Regel, *siehe unter regula aurea*
  - Grundlagen 109 ff., 131 ff.
  - Inhaltskontrolle 270 ff.
  - institutionelle Gewährleistung 647 ff.
  - interdisziplinäre Forschung 144 ff.
  - Interessenausgleich 240 f., 443 ff., 453 ff., 498 ff.
  - Interessenverwirklichung 142 f.
  - *iustitia commutativa*, *siehe unter* Tauschgerechtigkeit
  - *iustitia distributiva*, *siehe unter* Verteilungsgerechtigkeit
  - *iustitia legalis*, *siehe unter* Gesetzesgerechtigkeit
  - *iustitia particularis*, *siehe unter* Einzelgerechtigkeit
  - *iustum pretium*, *siehe unter* Preisgerechtigkeit
  - *laesio enormis* 106 f., 130 ff., 147 ff., 166, 168, 176, 486, 505, 992 *siehe auch* Haupteintrag *laesio enormis*
  - Moral 128 f., 161, 165
  - Nutzen, gemeinsamer (*utilitas communis*) 65, 82, 85, 122 ff., 127, 994
  - Ordnungsfunktion 143 f.
  - Persönlichkeitsentfaltung 142, 236 ff., 453 ff.
  - Preisgerechtigkeit (*iustum pretium*) 107, 123 ff., 146 f., 152 ff., 176, 187, 227 f., 505
  - Privatrechtsdogmatik 105 ff., 149 f., 150 ff.
  - Privatrechtsordnung 149 f.
  - Recht, Verhältnis zum 128 ff., 140 ff., 261 ff.
  - Rechtssicherheit 266 ff., 272 ff.
  - *regula aurea* 110 ff., 159 f., 243 f., 250 ff., 274, 277, 280 f., 530, 991 ff.
  - Selbstbestimmungsprinzip 457 ff.
  - Spieltheorie 144 ff.
  - *sum cuique tribuere* 110 f.
  - Tauschgerechtigkeit 122 ff.
  - unternehmerischer Geschäftsverkehr 951 ff.

- *utilitas communis*, *siehe unter* Nutzen, gemeinsamer
- verfassungsrechtliche Gewährleistung 132 ff.
- Verhaltensökonomik (*behavioral economics*) 144 ff.
- Verteilungsgerechtigkeit 120 ff.
- Vertragsfreiheit, *siehe unter* Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit (Verhältnis)
- Vertragsgestaltungsfreiheit, *siehe unter* Vertragsfreiheit: Inhaltsfreiheit
- Vertragskontrolle, *siehe unter* Inhaltskontrolle
- Vertragsmodell 180 ff.
  - geschichtliche Entwicklung 166 ff.
  - Selbstbestimmungstheorie (*Flume*) 180 ff.
  - soziale Funktion des Vertrages (*Raiser*) 185 ff.
  - soziale Vertragstheorie (*Zweigert*) 191 ff.
  - Theorie der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit (*Wolf*) 196 ff.
  - Theorie der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus (*Schmidt-Rimpler*)
  - vertragszweckorientiertes Reziprozitätsmodell (*Wendland*) 234 ff.
- Vertragsparität 256 ff., 268 f., 445 ff., 459 f., 475 ff., 488 f., 514 ff., 592 ff., 876 ff., *siehe auch* Machtungleichgewicht
- vertragstheoretischer Begründungsansatz (Inhaltskontrolle) 567 ff.
  - Abschlussfreiheit, *siehe unter* Vertragsabschlussfreiheit
  - Alternativenanbieter 596 ff., 600 ff.
  - existenznotwendigen Güter 609 ff.
  - Gefährdungshaftung 274 f., 589 ff., 643, 662
  - Hauptleistungspflichten 577 ff.
  - Informationsasymmetrie 569 ff., 876 f.
  - Konditionenwettbewerb 597 ff.
  - Kosten-Nutzen-Kalkulation 572 f.
  - Leichtsinn, massenhafter 579 ff.
  - Risikosphären 589 ff.
  - Transaktionskosten-Vertragswert-Relation 573 f.
  - überindividuelle Schutzgründe 582 ff.
  - Verhandlungsimparität 592 ff., 877 ff.
  - Vertragsabschlussfreiheit 596 ff., 604 ff.
  - Vertragsgestaltungsfreiheit 568 ff.
  - Vertrauen 579, 582 ff.
  - Verzicht auf den Vertragsschluss 604 ff.
  - Zumutbarkeit 604 ff., 609 ff., 611 ff.
- Vertragstheorie 320 ff.
- Vertragsverhandlung, *siehe unter* Verhandeln
- Vertragswert als Differenzierungskriterium 752 f.
- vertragswertabhängige Bereichsausnahme 912 ff.
- Vertragszweck 122 f., 234 ff., 242 ff., 275 f., 443 ff., 453 ff.
- vertragszweckorientiertes Reziprozitätsmodell (*Wendland*) 234 ff.
  - Richtigkeitsgewähr 243 f.
  - Selbstbestimmung 236 f., 242 f.
  - Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit 241 f., 261 ff.
  - Vertragszweck 234 ff., 242 ff.
- Vertrauen, berechtigtes 274, 579
- Vertrauensschutz 273 ff.
- Wahlmöglichkeiten 818 ff., 892 ff.
- Wahrnehmungsverzerrungen 246 ff.
- Wertwerkvertragsentscheidung (BGH) 922 f., 977, 984
- Wertschöpfung, *siehe unter* Verhandeln
- Wettbewerb der Vertragsbedingungen 476 ff.
- Wiederholungskäufe 649 f.
- Wille, *siehe unter* Vertragsfreiheit
- Willenserklärung, *siehe unter* Vertragsfreiheit
- wirtschaftliche Unterlegenheit 403 ff., 449 ff., 472 ff., 780 ff.
- Wirtschaftsordnung 37, 67, 124, 153, 168, 483 f., 518, 533, 613, 619, 664, 907
- Wirtschaftsverwaltungsrecht 352 ff.
- Wohnungsmangelgesetz (1923) 357

Würde des Menschen 13 ff., 16 ff., 20 f.,  
23, 31, 100 f., 255, 257 ff., 262 f., 265,  
610, 618

Zahnarzthonorarentscheidung (BVerfG)  
390 ff., 855 ff.

Zitronenmarkt (Akerlof) 544 f.

Zurechnung von Risikosphären, *siehe*  
*unter* Risikosphären

