

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 429

Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht

**Zugleich ein Beitrag zum Recht
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

Von

Matteo Fornasier



Duncker & Humblot · Berlin

MATTEO FORNASIER

Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 429

Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht

Zugleich ein Beitrag zum Recht
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Von

Matteo Fornasier



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung
des Stifterverbands für die Deutsche Wissenschaft

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Wintersemester 2011/2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-13852-4 (Print)
ISBN 978-3-428-53852-2 (E-Book)
ISBN 978-3-428-83852-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2011/2012 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Sommer 2010 fertiggestellt. Für die Veröffentlichung wurde es auf den Stand von Juli 2012 gebracht. Bei der Aktualisierung war neben der neueren Rechtsprechung und Literatur vor allem dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die im Herbst 2011 verabschiedete europäische Richtlinie über Verbraucherrechte 2011/83/EU – anders als ursprünglich geplant – keine grundlegende Reform der Klauselrichtlinie 93/13/EWG mit sich geführt hat.

Zur Entstehung dieses Buchs haben viele Personen beigetragen, denen ich zu großem Dank verpflichtet bin: Professor *Claus-Wilhelm Canaris* hat die Arbeit als Doktorvater betreut. Schon viel früher hat er meine Faszination für das Zivilrecht und die Wissenschaft geweckt, als er mir noch während des Studiums die Möglichkeit bot, an seinem Lehrstuhl tätig sein zu dürfen. Professor *Thomas Ackermann* hat das Zweitgutachten erstellt. Professor *Jürgen Basedow* hat mich als Mitarbeiter an das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg geholt, wo ich die Dissertation geschrieben habe. Er hat sich von Anfang an sehr für das Thema der Untersuchung interessiert und auch mein Verständnis für die Wechselwirkungen zwischen Recht und Markt entscheidend gefördert. Professor *Guido Calabresi* von der Yale Law School hat mich mit dem Law and Economics-Ansatz vertraut gemacht und mir gezeigt, dass die ökonomische Perspektive im juristischen Diskurs häufig Zusammenhänge offenbart, die bei einer rein rechtlichen Betrachtung verborgen blieben. Meine Kollegen am Max-Planck-Institut, allen voran *Anatol Dutta* und *Christian Heinze*, haben mir in zahllosen Gesprächen wertvolle Anregungen gegeben und das Blickfeld meiner Forschung geweitet. Der Arbeitskreis Wirtschaft und Recht des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft hat einen großzügigen Druckkostenzuschuss gewährt. Die Esche Schümann Commichau Stiftung hat die Arbeit mit einem Förderpreis ausgezeichnet.

Besonders möchte ich meiner Frau *Anna* für ihre Unterstützung danken. Sie war die erste Leserin und hat mit zahlreichen Hinweisen und Fragen maßgebend zur Verbesserung der Arbeit beigetragen. Meine Kinder *Federico* und *Tiziana* sind zwar beide zur Welt gekommen, als die Dissertation bereits fertiggestellt war – ohne sie hätte die Vollendung dieses Buchs jedoch sicherlich mehr Zeit in Anspruch genommen. Der größte Dank gilt meinen Eltern und meiner Schwester

Francesca, die mich immer auf jede erdenkliche Weise unterstützt haben. A loro dedico questo libro.

Hamburg, im Juli 2012

Matteo Fornasier

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	15
I. Freier Markt: Die ordnungspolitische Dimension des Vertragsrechts	16
II. Zwingendes Vertragsrecht: Begriffsbestimmung und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	19
III. Gang der Untersuchung und methodische Vorbemerkung	20

1. Teil

Grundlegung	23
--------------------	----

§ 2 Der Markt: Eine ökonomische Perspektive	23
I. Der idealtypische Markt	23
1. Der Marktprozess als Kombination von Kooperation und Konkurrenz .	23
2. Wohlfandseffekte	25
a) Allokationseffizienz durch Tauschgeschäfte	25
aa) Die Produktivität des Tauschs	25
bb) Tauschgeschäfte und Pareto-Effizienz	27
b) Produktive Effizienz	29
c) Dynamische Effizienz	30
3. Individuelle Freiheit	30
a) Das Prinzip der dezentralen Koordination und die Rolle des Preis- mechanismus	31
b) Wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Individuums	33
c) Verhältnis zwischen individueller Freiheit und Wohlstand in der Marktwirtschaft	35
d) Marktmechanismus als Mittel der Disziplinierung der individuel- len Willkür	37
4. Gerechtigkeit	37
a) Gerechtigkeit im Verhältnis der Transaktionspartner (iustitia com- mutativa)	39
aa) Die sog. „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“	39
bb) Der Wettbewerb als „Entmachtungsinstrument“	41
b) Verteilungsgerechtigkeit auf gesamtgesellschaftlicher Ebene (iustitia distributiva)	42
II. Vom Idealtypus zur Realität: Risiken des Marktversagens	44

1. Abweichungen der Institutionenökonomik vom neoklassischen Modell perfekter Konkurrenz: Friktionen infolge von beschränkter Rationali- tät und Transaktionskosten	45
2. Folgen aus beschränkter Rationalität und Transaktionskosten	47
a) Opportunismus: Bedeutung und Ursache	47
aa) Opportunistisches Verhalten ex ante	48
bb) Opportunistisches Verhalten ex post: versteckte Handlungen und hold-up	48
b) Die Auswirkungen auf den Markt	51
aa) Auswirkungen auf der Mikroebene: Gefährdung der „Richtig- keitsgewähr des Vertragsmechanismus“	51
bb) Auswirkungen auf der Makroebene: Kooperationsstörungen durch präventive Abwehrstrategien der Marktakteure	53
3. Institutionen als Instrument zur Überwindung von Kooperations- störungen	54
III. Zusammenfassung	56
§ 3 Markt und Recht	57
I. Die Legitimationsfunktion der Rechtsordnung	57
1. Normative Wertentscheidungen zugunsten einer marktwirtschaftlich verfassten Gesellschaftsordnung	58
2. Grenzen der Marktwirtschaft	60
II. Der Schutz der Funktionsbedingungen des Marktes durch das Recht	62
III. Zusammenfassung	64

2. Teil

Die Funktionen des zwingenden Vertragsrechts	65
§ 4 Marktkonstitutives und marktkompensatorisches zwingendes Vertragsrecht ...	65
I. Marktkonstitutives zwingendes Vertragsrecht	66
1. Zwingendes Vertragsrecht zum Schutz des Konkurrenzelements des Marktes	67
a) Anwendungsbeispiele	67
b) Bewertung	69
2. Zwingendes Vertragsrecht zum Schutz des Kooperationselements des Marktes	69
a) Schutz der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit	70
aa) Begriff und Bedeutung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit im Marktsystem	70
bb) Anwendungsbeispiele	73
(1) Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ..	73
(2) Nichtdispositive Haftung gewerblicher Leistungsanbieter ..	73

(3) Zinseszinsverbot, § 248 Abs. 1 BGB	74
(4) § 138 BGB bei Ausnutzung der Unerfahrenheit der Vertragspartei	75
cc) Zwingende Normen zum Schutz der Entscheidungsfreiheit als Beitrag zur Materialisierung der Vertragsfreiheit	77
dd) Das Verhältnis zum Informationsmodell	79
ee) Besondere Merkmale des marktkonstitutiven zwingenden Rechts: Subjektive Äquivalenz im Gegensatz zu objektiver Äquivalenz und iustum pretium	82
ff) Zusammenfassung	86
b) Schutz vor ex-post-opportunistischem Verhalten in längerfristigen Verträgen	87
aa) Die Gefahr ex-post-opportunistischen Verhaltens und ihre Ursachen	87
bb) Kontrolle einseitiger Anpassungsrechtsklauseln	89
(1) Gesetzliche Spezialregelungen zu einseitigen Anpassungsrechtsklauseln	89
(2) Die Beurteilung von Anpassungsrechtsklauseln am Maßstab allgemeiner Regeln (§§ 305 ff. BGB)	90
(a) Legitimes Interesse an Leistungsanpassung	91
(b) Transparenzanforderungen	91
(c) Gebot der Äquivalenzwahrung	92
(d) Die Rolle alternativer Schutzmechanismen	93
cc) Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 BGB	98
dd) Exkurs: Opportunistisches Verhalten durch Erschwerung legitimer Vertragsanpassungen	99
ee) Inhaltskontrolle von ad-hoc-Anpassungsverträgen?	101
(1) „Spontane“ Anpassungsverträge	101
(2) Anpassungsverträge infolge von Neuverhandlungspflichten	102
(a) Vertragliche Neuverhandlungspflicht	103
(b) Gesetzliche Neuverhandlungspflicht	104
ff) Zusammenfassung	106
3. Marktkonstitutives zwingendes Vertragsrecht zur Verhinderung sonstigen Marktversagens	106
a) Schutz vor negativen externen Effekten	107
aa) Negative Externalitäten als Form des Marktversagens	107
bb) Die Frage der schutzwürdigen Drittinteressen	108
(1) Unmittelbar durch den Marktmechanismus vermittelte Externalitäten und „psychologische Effekte“	108
(2) Verträge zulasten Dritter	109
(3) Sonstige Beeinträchtigung von Rechtspositionen und Vermögensinteressen Dritter – Abwägungsfälle	110

cc) Der Drittschutz in den „Abwägungsfällen“	111
(1) Doppelverkauf und rechtsgeschäftliche Haftungsprivilegierung: Der Relativitätsgrundsatz als Kriterium für die Bestimmung des Drittschutzes	111
(2) Die Grenzen des Relativitätsgrundsatzes	113
(3) Die maßgebenden Kriterien für die Bestimmung des Drittschutzes: Möglichkeit und Zumutbarkeit des Selbstschutzes	115
(4) Die Frage der Einschränkung der Vertragsfreiheit zum Schutz sonstiger Gläubiger einer Vertragspartei: der Grundsatz des caveat creditor	116
(5) Beschränkung der Vertragsfreiheit in Durchbrechung des Grundsatzes des caveat creditor	117
(6) Speziell: Einschränkung der Vertragsfreiheit bei der Kollision von Sicherungsglobalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt	119
(7) Materialisierungstendenzen auch im zwingenden Recht zum Schutz Dritter?	120
dd) Zusammenfassung zum zwingenden Vertragsrecht zum Schutz vor negativen externen Effekten	121
b) Schutz spezifischer Märkte	121
aa) Versicherungsvertragliche Regelungen gegen eine „Überversicherung“ als Beispiel	121
bb) Das Verbot des Insiderhandels als weiteres Beispiel	123
II. Marktkompensatorisches zwingendes Vertragsrecht	123
1. Totale Transaktionsverbote	124
2. Marktergebniskontrolle	126
a) Allgemeine Merkmale: Distributive Zielsetzung und Prinzip der objektiven Äquivalenz	126
b) Innervertragliche Gerechtigkeit und gesamtgesellschaftliche Umverteilung	128
c) Gegenstände der Marktergebniskontrolle	130
aa) Preisregulierung	130
(1) Sektorale Preiskontrolle	131
(2) Allgemeine Preiskontrolle	133
(a) Die Äquivalenzkontrolle nach § 138 BGB	133
(b) Die kartellrechtliche Preiskontrolle im Rahmen der Missbrauchsaufsicht	135
bb) Zwingende Leistungsmerkmale in Ergänzung zur Preiskontrolle	138
(1) Beispiele aus dem Wohnraummietrecht	138
(2) Beispiele aus dem Arbeitsrecht	139

cc) Ausbeutungsschutz durch zwingende Leistungsstandards ohne gleichzeitige Preiskontrolle?	140
(1) Verteilungseffekte innerhalb des Vertragsverhältnisses	141
(2) Verteilungseffekte zwischen den Beteiligten unterschiedlicher Vertragsverhältnisse	142
3. Zusammenfassung zum marktkompensatorischen zwingenden Vertragsrecht	144

3. Teil

Anwendungsfälle des marktkonstitutiven zwingenden Vertragsrechts	145
§ 5 Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	145
I. Ursachen für die gestörte Richtigkeitsgewähr bei der Verwendung von AGB	147
1. Wirtschaftliches Machtgefälle	148
a) Begründungsansatz	148
b) Bewertung und Kritik	149
2. Intellektuelle Überlegenheit des Verwenders	151
a) Begründungsansatz	151
b) Bewertung und Kritik	152
3. Fehlendes Aushandeln der Klauselinhalts	152
a) Begründungsansatz	152
b) Bewertung und Kritik	153
4. Informations- und Motivationsgefälle	154
a) Ungleiche Verteilung der Transaktionskosten zwischen den Vertragsparteien	155
aa) Kontrollbedürfnis nur für Klauseln zur wiederholten Verwendung	156
bb) Begrenztes Kontrollbedürfnis hinsichtlich essentialia negotii ..	157
cc) Rationalität des Verwendungsgegners	158
b) Folgen des Informations- und Motivationsgefälles	159
aa) Folgen für das konkrete Vertragsverhältnis: Beeinträchtigung der materialen Entscheidungsfreiheit des Verwendungsgegners („Vertragsversagen“)	160
bb) Folgen auf der überindividuellen Ebene: Ausschluss der AGB vom Konditionenwettbewerb und Wohlfahrtsverluste infolge adverser Selektion	161
II. Regelungsansätze der §§ 305 ff. BGB zur Überwindung des Marktversagens bei der Verwendung von AGB	163
1. Das Informationsmodell	164
a) Gesetzliche Umsetzung	164

b) Die begrenzte Leistungsfähigkeit des Informationsmodells	165
c) Abschluss- oder Abwicklungstransparenz als Ziel des Informationsmodells im AGB-Recht?	166
2. Beschränkung der Gestaltungsfreiheit durch zwingendes Recht	169
a) Gesetzliche Umsetzung	169
b) AGB-rechtliche Inhaltskontrolle als zwingendes Vertragsrecht? ...	170
c) Der Beitrag der Inhaltskontrolle zur Überwindung des Marktversagens	171
aa) Schutz im Vertragsverhältnis: Sicherung der Selbstbestimmung	172
(1) Die konkret-individuelle Inhaltskontrolle im Rahmen des Überraschungsverbots gemäß § 305c Abs. 1 BGB	174
(2) Die abstrakt-generelle Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB	175
(a) Beitrag zum Schutz der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit	175
(b) Die Grenze der Gestaltungsfreiheit	176
bb) Wirkungen auf der überindividuellen Ebene	180
(1) Eindämmung der adversen Selektion durch Gewährleistung eines materiellen Mindeststandards	180
(2) Wettbewerbsfördernde Funktion durch Standardisierung der vertraglichen Nebenbestimmungen	181
3. Prävention durch das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	182
a) Bedeutung des Grundsatzes vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	182
b) Rechtfertigung des Grundsatzes	184
c) Ausnahmen vom Grundsatz bei fehlendem Präventionsbedürfnis? .	185
III. Zwischenresümee	187
1. Recht der AGB-Kontrolle als marktkonstitutives Recht	187
2. Anwendung des AGB-Rechts zu anderen Zwecken?	188
IV. Einzelfragen des AGB-Rechts	190
1. Begriff der AGB und Abgrenzung zur Individualvereinbarung	190
a) Die Kontrollfreiheit von Individualvereinbarungen	190
b) Tatbestandsanforderungen für das „Aushandeln im Einzelnen“	191
c) Die „Tarifwahl“ als besondere Form der Individualabrede	192
2. Das „Stellen“ von AGB	194
3. Die Kontrollfreiheit der essentialia negotii und anderer „produktprägender“ Leistungsbestimmungen, die am Konditionenwettbewerb teilnehmen	196
a) Gesetzliche Grundlagen und Gründe für die Kontrollausnahme ...	197
b) Umfang des kontrollfreien Bereichs	199

aa) Keine Inhaltskontrolle der essentialia negotii auch im Rahmen des § 305c Abs. 1 BGB	199
bb) Ausweitung der Kontrollschranken auch auf „produktprägende“ Nebenbestimmungen, die am Konditionenwettbewerb teilnehmen	200
c) Transparenz als Voraussetzung für die Kontrollfreiheit	203
aa) Inhaltsaufklärung	203
bb) Marktvergleich	205
d) Anwendungsbeispiel: Die AGB-Kontrolle von Entgeltabreden der Bankwirtschaft	208
aa) Die Grundsätze der Rechtsprechung	210
bb) Kritik am Lösungsansatz der Rechtsprechung	212
cc) Marktkonformer Lösungsansatz zur AGB-Kontrolle von Entgeltklauseln	215
(1) Transparenzkontrolle von Entgeltabreden	216
(2) Inhaltskontrolle von Entgeltabreden für hypothetische Ereignisse, mit denen der Kunde bei Vertragsschluss nicht rechnet	218
(3) Zusammenfassung	219
4. Die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr	219
a) Die Verteilung der Transaktionskosten als maßgebendes Kriterium	220
b) Der Rückgriff auf marktkompensatorische Regeln zum Schutz gegen AGB-unabhängige Ausbeutung	223
5. Das Preisargument	224
a) Praktische Einwände gegen das Preisargument	224
b) Preisargument als Einfallstor für planwidrige objektive Äquivalenzkontrolle des Vertragsinhalts	225
c) Erwägungsgründe der Klauselrichtlinie keine Rechtfertigung für das Preisargument	226
d) Preisargument und adverse Selektion	227
e) Abschließende Bewertung	228
6. Die Verwendung unwirksamer AGB und das Lauterkeitsrecht	228
a) Verwendung unwirksamer AGB gegenüber Verbrauchern	230
aa) Verstoß gegen berufliche Sorgfaltspflicht	230
bb) Wesentliche Beeinflussung des Verbraucherverhaltens	231
b) Verwendung unwirksamer AGB gegenüber Unternehmern	233
§ 6 Zwingende Haftung gewerblicher Leistungsanbieter	234
I. Gestörte „Richtigkeitsgewähr“ als Rechtfertigung für das Verbot individualvertraglicher Haftungsausschlüsse?	238
1. Ökonomische Analyse privatautonomer Haftungsregelungen	239
a) Haftungsvereinbarungen unter Idealbedingungen und in der Realität	239

b) Die Gefahr systematischer Risikounterschätzung als Rechtfertigung zwingender Haftungsregeln	240
aa) Das Phänomen der systematischen Risikounterschätzung aus traditioneller (neoklassischer) ökonomischer Sicht	240
bb) Empirische Erkenntnisse des „Behavioral Law and Economics“-Forschungsansatzes	242
2. Folgerungen aus der ökonomischen Analyse für das Vertragsrecht	244
a) Die Notwendigkeit einer „Übersetzung“ der ökonomischen Erkenntnisse in vertragsrechtliche Kategorien	244
b) Gefährdung der faktischen Selbstbestimmung des Kunden infolge Informationsmängeln	245
3. Legitimität des zwingenden Rechts?	247
a) Wahrung der Vertragsfreiheit dank Einflussnahmemöglichkeit auf Haftungsvoraussetzungen?	247
b) Vergleich mit der Beschränkung der Vertragsfreiheit im Rahmen der AGB-Kontrolle	250
c) Die schützende Wirkung AGB-fester dispositiver gesetzlicher Regelungen	252
4. Zusammenfassung	253
II. Epilog: Zwingende Anbieterhaftung als Zwangsversicherung zugunsten des Kunden?	254
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	257
Ergebnisse zu § 2	257
Ergebnisse zu § 3	258
Ergebnisse zu § 4	259
Ergebnisse zu § 5	261
Ergebnisse zu § 6	264
Literaturverzeichnis	266
Sachwortverzeichnis	291

„The so-called paradox of freedom is the well-known idea that freedom in the sense of absence of any restraining control must lead to very great restraint, since it makes the bully free to enslave the meek.“

Karl Popper, The Open Society and Its Enemies, Bd. 1, S. 226.

§ 1 Einleitung

Diese Arbeit beschäftigt sich mit einer Paradoxie. Generell gilt die Freiheit als wichtigster Garant für die Funktionsfähigkeit des Marktes.¹ Die Anhänger einer marktwirtschaftlich verfassten Gesellschaftsordnung treten folglich für Deregulierung und Liberalisierung ein, sie fordern eine „Verfassung der Freiheit“², „freedom to choose“³ oder „Mehr Freiheit wagen“⁴. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist indessen die Frage, inwiefern die Negation der Freiheit – der Zwang und insbesondere das zwingende Vertragsrecht – die Funktionsbedingungen des Marktmechanismus erhalten und verbessern kann.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Formel geprägt, die Beschränkung der Vertragsfreiheit könne in bestimmten Fallgestaltungen zur Kompensation der „strukturellen Unterlegenheit eines Vertragsteils“⁵ erforderlich sein. Teilweise spricht es auch vom zwingenden Vertragsrecht als Mittel zur Korrektur „gestörter Vertragsparität“⁶. Die Schwäche dieser Rechtfertigungsansätze liegt in ihrer Unbestimmtheit. Worauf muss sich das Ungleichgewicht zwischen den Parteien beziehen? Kommt es auf wirtschaftliche, intellektuelle oder informationelle Unterlegenheitsmomente an? Ohne eine nähere Präzisierung der Eingriffsvoraussetzungen droht eine maßlose Beschränkung der Vertragsfreiheit. Doch ebenso verfehlt erscheint es, jegliche Form zwingenden Vertragsrechts als paternalistisch und illiberal kategorisch abzulehnen. Unbeschränkte Freiheit – und dies gilt nicht nur für die Vertragsfreiheit – steht in der ständigen Gefahr, sich selbst aufzuhe-

¹ Vgl. speziell im Zusammenhang mit der Vertragsfreiheit *Kessler*; FS Wolff, S. 67, 69: „Nur der freie Vertrag, und nicht Tradition oder Zwang, ist der einem solchen [scil. freien und offenen] Wirtschaftssystem für den Warenaustausch adäquate Mechanismus“.

² *von Hayek*, Die Verfassung der Freiheit.

³ *M. Friedman/R. Friedman*, Free to choose.

⁴ *Basedow*, Mehr Freiheit wagen.

⁵ BVerfGE 89, 214, 234; BVerfG NJW 1994, 2749, 2750; vgl. auch BVerfG NJW 2007, 286, 287 („strukturelles Ungleichgewicht“).

⁶ BVerfGE 81, 242; BVerfGE 89, 214, 233; BVerfG NJW 1994, 2749, 2750; BVerfG NJW 1996, 2021; BVerfG NJW 2006, 596, 598. Ähnlich („erheblich ungleiche Verhandlungspositionen“) BVerfGE 103, 89, 101; BVerfGE 114, 1, 34; BVerfGE 114, 73, 90.

ben. Dieses Freiheitsparadoxon⁷ scheint in der Diskussion um die Berechtigung zwingenden Vertragsrechts nicht immer hinreichend Beachtung zu finden. Beispielhaft hierfür sind die Reaktionen der letzten Jahre auf europäische Gesetzgebungsinitiativen. Jede neue zwingende Norm löst geradezu reflexartig heftige Proteststürme aus: Vom Ende der Vertragsfreiheit ist dann rasch die Rede, ja vom Ende des liberalen Gesellschaftsmodells insgesamt.⁸ Eine differenzierte Auseinandersetzung mit den möglichen sachlichen Gründen für die Beschränkung der vertraglichen Inhaltsfreiheit findet häufig nicht statt.

Die vorliegende Studie wählt eine marktbezogene Perspektive, um die Grenzen der Vertragsfreiheit sachgerecht zu bestimmen. Aus der Berücksichtigung der entmachtenden Wirkung des Wettbewerbs folgt zum einen die Erkenntnis, dass nicht jede Ungleichgewichtslage einen staatlichen Eingriff zum Schutz der unterlegenen Partei erforderlich macht. Ebenso wichtig ist allerdings auf der anderen Seite die Einsicht, dass ohne gewisse Einschränkungen der Vertragsfreiheit die Voraussetzungen für eine funktionsfähige Marktwirtschaft und damit auch für eine freiheitliche Gesellschaftsordnung nicht gewährleistet sind.

I. Freier Markt: Die ordnungspolitische Dimension des Vertragsrechts

Zunächst mag es verwundern, dass das Vertragsrecht mit einem Regelungsziel wie der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Marktes in Verbindung gebracht wird. Der Marktschutz ist eine Aufgabe, die man in erster Linie Disziplinen wie dem Kartell- oder dem Wettbewerbsrecht zuschreiben würde. Tatsächlich ist die Rolle des allgemeinen Zivilrechts für die Marktordnung lange Zeit vernachlässigt worden.⁹ Auf der Zivilrechtslehrertagung 2005 stellte *Karsten Schmidt* fest:

⁷ Siehe grundlegend zum Freiheitsparadoxon – neben dem eingangs zitierten *Popper* – *Fikentscher*; Die Freiheit und ihr Paradox, der den Gedanken von der Staatstheorie auf das Wirtschaftssystem überträgt.

⁸ Vgl. zur Kritik z.B. *H. Roth*, in: Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2011: Verbraucherschutz – Entwicklungen und Grenzen*, S. 5, 41 und 52; *Honsell* ZIP 2008, 621, 623; *Storme* ERPL 2007, 233, 249; *Bruns* JZ 2007, 385, 394; *Adomeit* NJW 2004, 579.

⁹ Vgl. allerdings schon vor bzw. unabhängig von der Rezeption des amerikanischen „Law and Economics“-Ansatzes die Beiträge der Freiburger Schule des Ordoliberalismus [dazu näher unten § 2 I. 3. b)] – hier vor allem *Mestmäcker* JZ 1964, 441 – sowie ferner *Reinhardt*, FS Schmidt-Rimpler, S. 115 (speziell zum zwingenden Recht S. 125: „Daneben kennt unsere Privatrechtsordnung Regeln über die Beschränkung persönlicher Freiheit, die dazu dienen, denjenigen Zustand gesellschaftlicher Gegebenheiten aufrechtzuerhalten, der offensichtlich für das Funktionieren eines auf dem Einsatz privater Initiative und privaten Interesses beruhenden Ordnungssystems notwendig ist.“); *Reich*, Markt und Recht; *Rebe*, Privatrecht und Wirtschaftsordnung; *Pflug*, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; *Rittner* AcP 188 (1988), 101; *Canaris*, FS Lerche, S. 873.

„Das andere, hier zu diskutierende Defizit der BGB-Zivilistik betrifft den Markt. Das BGB denkt in den Kategorien individueller Rechtszuweisung (Eigentümer/Nichteigentümer, Berechtigter/Nichtberechtigter) und relativer Beziehungen (Gläubiger/Schuldner). Schon die berühmten Dreiecksverhältnisse – Vertragsübernahme, Vertrag mit Drittwirkung und Drittschadensprobleme eingeschlossen – gelten als Kraftproben, und die überindividuellen Prämissen privatautonomen Handelns liegen gleichsam im Unterbewussten des Gesetzes. Gewiss: Wer die ökonomische Analyse des Rechts auf seine Fahnen schreibt, wird vorweisen können, wie man BGB-Problemen mit Argumenten der Institutionenökonomik zu Leibe rückt. Aber es fällt doch schwer, dem BGB selbst etwas über die wettbewerblichen Voraussetzungen der Privatautonomie oder gar über den Markt als Vertragsgegenstand und als Schutzgut zu entnehmen.“¹⁰

Das allgemeine Zivilrecht und insbesondere das Vertragsrecht sind für eine funktionierende Marktwirtschaft ebenso wichtig wie das Kartell- und Wettbewerbsrecht. Der Vertrag als freiwillig eingegangenes, rechtlich bindendes Tauschgeschäft bildet den Nukleus des marktwirtschaftlichen Systems.¹¹ Die Wirtschaftswissenschaften haben die Bedeutung des Vertrags für das reibungslose Funktionieren des Marktmechanismus längst erkannt. Die ältere neoklassische Theorie suchte die Ursachen des Marktversagens noch hauptsächlich in Wettbewerbsbeschränkungen wie etwa Kartellen oder Monopolen.¹² Hingegen richten die zur sogenannten Neuen Institutionenökonomik gehörenden jüngeren Forschungsansätze den Blick auf den Vertrag.¹³ Die Umstände, die die Ökonomen als Quellen für Vertragsstörungen ermitteln – Transaktionskosten, Informationsasymmetrien, irrationales Entscheidungsverhalten, Opportunismus etc. –, sind dem Juristen höchstens in der Terminologie unbekannt. In der Sache jedoch handelt es sich dabei um die gleichen Probleme, die die Vertragsrechtsordnung mit ihrem breit gefächerten Instrumentarium an Anfechtungs-, Nichtigkeits-, Schadensersatz- und Rücktrittsregelungen zu lösen sucht.¹⁴ Neu für den Rechtswissenschaftler ist allein die Erkenntnis, dass die ihm geläufigen Vertragsstörungen nicht allein die konkret betroffenen Vertragsparteien berühren, sondern darüber hinaus Auswirkungen auf den Markt insgesamt haben. Um ein einfaches

¹⁰ K. Schmidt AcP 206 (2006), 169, 171.

¹¹ Siehe auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 224.

¹² Vgl. etwa *Coase*, in: Fuchs (Hrsg.), Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization, S. 59, 67, mit seiner Aussage über die neoklassische ökonomische Theorie: „... if an economist finds something – a business practice of one sort or other – that he does not understand, he looks for a monopoly explanation“.

¹³ Vgl. bereits *Buchanan* in seinem Plädoyer „A Contractarian Paradigm for Applying Economic Theory“, *American Economic Review* 65 (1975), No. 2, 225, 229: „... economics comes closer to being a ‚science of contract‘ than a ‚science of choice‘ [...]. The unifying principle becomes *gains-from-trade*, not maximization“ (Hervorhebung im Original). Zum Perspektivenwechsel der Neuen Institutionenökonomik s. auch unten § 2 II.

¹⁴ Näher zur Rolle des Vertragsrechts bei der Überwindung von Kooperationsstörungen unten § 2 II. 3., § 3 II.