

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

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

Allgemeiner Teil

§2 Vertragsfreiheit: Grundlagen, Funktion und Form	13
I. <i>Grundlagen: Menschenwürde und Freiheit</i>	13
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 Gestaltungskräften	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
II. <i>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
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
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
<i>II. 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
<i>III. 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
<i>III. Zusammenfassung</i>	461
§ 9 Der Schutzzweck der Inhaltskontrolle	467
<i>I. Individuelle Rechtfertigung</i>	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-Falle	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
II. <i>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
III. <i>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