

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. Wohlfandeffekte	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 Rationalität 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 Marktconstitutives und marktcompensatorisches zwingendes Vertragsrecht ...	65
I. Marktconstitutives 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 <i>iustum pretium</i>	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. Marktconstitutives 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 markt kompensatorische 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