

Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht

*Çiçek Ersoy Artunç**

Hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas

(Dies will ich, so befehle ich, als Begründung dient der Wille)

Decimus Iunius Iuvenalis

I. Privatautonomie

1. Begriff der Privatautonomie

Beruhend auf der Idee des wirtschaftlichen Liberalismus des 19. Jahrhunderts¹ geht das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) davon aus, dass jeder Mensch in der Lage ist, seine Lebensverhältnisse autonom, d.h. unabhängig von der feudalen, religiösen oder politischen Autorität zu regeln². Der Idee der liberalen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung entsprechend gewährt die Rechtsordnung dem Einzelnen einen staatsfreien Spielraum zur Selbstbestimmung seiner privaten Rechtsverhältnisse. Die Freiheit des Bürgers zur Gestaltung seiner privaten Angelegenheiten sei-

* Doktorandin an der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilian-Universität, München. Für ihre Hilfe bedanke ich mich herzlich bei Kivılcım Ersoy-Nürnberg und Gerald Nürnberg.

¹ Mit dem Motto „*Laissez faire et laissez passer, le monde va de lui-même*“ (Lasst sie machen und lasst sie passieren, die Welt wird von alleine weitergehen) von *Vincent de Gournay* hat die Idee der wirtschaftlichen Liberalismus zum Ausdruck gebracht, dass auf staatliche Interventionen in das Wirtschaftsleben zu verzichten sind.

² ZWEIGERT/ KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen 1996, S. 315.

nem eigenen Willen nach nennt man das Prinzip der Privatautonomie³, die eine der unverzichtbaren Grundwerten der modernen Privatrechtsordnungen ist.

Die privatautonome Gestaltung setzt die Selbstbestimmung des Einzelnen voraus und verbietet damit jede Fremdbestimmung durch den Staat oder einen Dritten⁴. Die Selbstbestimmung erfolgt durch den freien Gestaltungswillen des Einzelnen, der von der Rechtsordnung mit Rechtsverbindlichkeit ausgestattet ist⁵.

³ *Ellenberger* in PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, vor § 104 BGB Rn. 1. MERZ, Privatautonomie Heute, Grundsatz und Rechtswirklichkeit, 1970 S. 2; HÖNN, Zur Problematik der Privatautonomie, Jura 1984, S. 57; WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, S. 19.

In der Literatur gibt es zwar zahlreiche Definitionen des Begriffes der Privatautonomie, hier werden aber nur einige davon ausgesucht:

„Privatautonomie ist die Selbstbestimmung durch rechtliche Selbstgestaltung“ CANARIS, die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 413.

„Privatautonomie ist die rechtliche Anerkennung der Möglichkeit, durch Willenserklärungen Rechtsfolgen herbeizuführen oder verhindern.“ BYDLINSKI, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, S. 127.

„Die Privatautonomie ist die Anerkennung der Selbstherrlichkeit des Einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse.“ FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, § 1 5.

„Die Zivilrechtsdogmatik spricht von Privatautonomie als einem für den Aufbau des Zivilrechts charakteristischen Prinzip, wonach dem Einzelnen für eine selbstbestimmende und selbstverantwortliche Gestaltung seiner gesellschaftlichen Verhältnisse freier Spielraum gelassen werden soll.“ SEROZAN, Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken, JurBl. (Juristische Blätter), 1983, S. 561.

⁴ BVErfGE 7.2.1990, BvR 26/84; NJW 1990, S. 1469-1472. „Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich. Sie bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang. Der Staat hat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren.“

BVErfGE 6.2.2001, NJW 2001 957-961. „Der auf der Grundlage der Privatautonomie aus GG Art. 2 Abs. 1 zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat.“

⁵ FLUME, § 1, 4, WOLF in Athenäum Zivilrecht Band I, Grundlagen des Vertrags- und Schuldverhältnisses, S. 20, BYDLINSKI, S. 116.

Der Geltungsgrund jedes privatautonomen Handelns ist der von der Rechtsordnung anerkannte autonome Wille des Einzelnen⁶. Daraus ergeben sich zwei entscheidende Merkmale für die Rechtswirkung der privatautonomen Gestaltung: nämlich erstens *der autonome Wille des Einzelnen* und zweitens *die rechtsverbindliche Anerkennung dieses Willens durch die Rechtsordnung*. Die Rechtswirkungen einer Rechtsgestaltung treten ein, nicht nur, da sie von dem Einzelnen gewollt sind, sondern auch, da das objektive Recht der geschaffenen Beziehung ihm eine solche Wirkung gewährt. Die privatautonome Gestaltung hat Rechtswirksamkeit, wenn und soweit der autonome Wille des Einzelnen von der Rechtsordnung anerkannt ist. Mit anderen Worten darf die privatautonome Gestaltung nur wie ein Rechtssatz wirken, solange der Gesetzgeber ihr freien Raum gewährt. Dieses Merkmal rechtfertigt dann die Einschränkung des privatautonomen Handelns durch den Gesetzgeber.

Hier ist es jedoch darauf zu achten, dass die Anerkennung der Selbstbestimmung durch die Rechtsordnung der privatautonomen Gestaltung nicht die materielle Qualifikation des Rechts erlauben kann⁷. Die Rechtsordnung gewährt den Privatpersonen nicht die Befugnis wie der Gesetzgeber Recht zu setzen⁸.

Die Rechtssubjekte haben das Recht zur privatautonomen Gestaltung nur hinsichtlich ihrer privaten Angelegenheiten⁹. Bei ihren öffentlichen Angelegenheiten haben sie jedoch eine durch staatliche Organe beschränkte Freiheit zur autonomen Gestaltung¹⁰. Im Gegenteil zum öf-

⁶ FLUME, § 1, 4 und 5. WOLF in Athenäum Zivilrecht, S. 20; SCHELLHAMMER, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, samt BGB allgemeiner Teil, Rn. 1882.

⁷ FLUME, § 1, 4. „Wie der Einzelne nicht in eigener Sache Richter sein kann, kann er auch nicht Gesetzgeber sein. Allerdings soll es so Rechtens sein, wie der Einzelne das Rechtsverhältnis in Selbstbestimmung gestaltet.“

⁸ Andersfalls würde die staatliche Befugnis zur Rechtssetzung auf private Personen übertragen werden. Eine solche Übertragung i.S.d. Art. 80 GG ist nicht zulässig.

⁹ HÖNN, S. 57.

¹⁰ Privatautonomie ist ein entscheidendes Merkmal für die Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Recht. Öffentliches Recht ist der Teil der Rechtsordnung, in dem die Gestaltungsfreiheit des Bürgers durch hoheitliche Gewalt beschränkt ist. Dagegen wird dem Bürger im privatrechtlichen Bereich eine umfangreiche Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit eingeräumt. PAWLOWSKI, Rn. 9-10.

fentlichen Recht, können die Rechtssubjekte im Bereich des Privatrechts ihre Beziehungen grundsätzlich umfangfrei regeln.

Das technische Mittel zur Verwirklichung der Privatautonomie ist das *Rechtsgeschäft*¹¹. Bei der Bestimmung des zulässigen Umfangs und der Grenzen von privatautonomer Gestaltung wird zwischen den einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäften bzw. Verträgen unterschieden. Bei zweiseitigen Rechtsverhältnissen bzw. Verträgen haben beide Parteien grundsätzlich die Möglichkeit, ihre Beziehungen umfangreich privatautonom zu regeln. Die Privatautonomie wirkt jedoch bei den einseitigen Geschäften in eingeschränktem Umfang¹². Dies lässt sich mit der Annahme erklären, dass bei den einseitigen Rechtsgeschäften an die vertragliche Zustimmung des anderen Teils fehlt und eine einseitige Eingriff in die Rechtsphäre eines anderen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist¹³. Dem Prinzip der Selbstbestimmung entsprechend, ist der Einzelne nicht berechtigt, durch eine einseitige privatautonome Gestaltung selbst zu Gunsten eines anderen ein Rechtsverhältnis zu begründen, zu ändern oder aufzuheben¹⁴. Der Einzelne hat jedoch ausnahmsweise in folgenden Bereichen die Möglichkeit, die einseitige Rechtsgeschäfte privatautonom zu gestalten¹⁵: bei Belastung seines eigenen Vermögens (Eigentumsaufgabe, Bestellung einer Eigentümergrundschuld), bei Ausübung eines durch den Vertrag oder den Gesetzgeber gewährtes Gestaltungsrechts (Kündigungsrecht, Anfechtung, Widerruf, Rücktritt), bei einer einseitigen privatautonomen Gestaltung, die in die Rechtssphäre eines anderen nicht eingreift (Aneignung einer herrlosen Sache) oder

¹¹ SCHELLHAMMER, Rn. 1919 und 1924; LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 34 Rn. 2; „Dazu gehören die auf Seiten des Erklärenden die Voraussetzungen für die Ermöglichung einer sachgerechten Willensbildung als Ausdruck der freien Selbstbestimmung. Das BGB sieht dafür die Geschäftsfähigkeit (§§ 104ff.) als die generelle Fähigkeit zur selbstverantwortlichen Interessenwahrnehmung und vernunftbestimmenden Willensbildung vor und will mit den Vorschriften über die Willensmängel (§§ 116 ff.) sicherstellen, dass irrtümlich abgegebene und andere mangelbehaftete Willenserklärungen nicht bindend zugerechnet werden.“

¹² HÖNN, S. 58; FLUME § 1 6. LARENZ/ WOLF, § 34, Rn. 5ff.

¹³ LARENZ/ WOLF, § 34, Rn. 6.

¹⁴ FLUME, § 1, 6; LARENZ/ WOLF § 34, Rn. 8.

¹⁵ SCHELLHAMMER, § 33 Rn. 1882; FLUME, § 1, 6.

bei den Willenserklärungen, die für andere nur rechtlicher Vorteil mitbringen (Offerte zum Vertragsschluss, Testament, Auslobung).

Das Prinzip der Privatautonomie ist im deutschen Grundgesetz nicht ausdrücklich geregelt¹⁶. Nach der Rechtsprechung ist sie jedoch als der instrumentelle Teil der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG¹⁷) verfassungsrechtlich gewährleistet¹⁸. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit ist eine Erscheinungsform der allgemeinen Handlungsfreiheit, die im Prinzip ihre Grenze am Freiheitsraum der anderen Mitglieder der Gesellschaft findet.

2. Erscheinungsformen der Privatautonomie

Die Privatautonomie wirkt sich in verschiedenen Bereichen des Privatrechts aus. Während sie eine sehr begrenzte Anwendung in den Bereichen des Sachen-, Familien- und Erbrechts findet, ist sie im Bereich des Schuldrechts dagegen umfangreicher geprägt.

Die wichtigste Erscheinungsform der Privatautonomie ist die *Vertragsfreiheit*, da die eigenverantwortliche Begründung und Gestaltung von Rechtsverhältnissen zwischen den Beteiligten grundsätzlich durch Verträge erfolgt¹⁹. Unter Vertragsfreiheit versteht man die Freiheit des Einzelnen, ob mit wem und mit welchem Inhalt er einen Vertrag schließen will. Sie ist als ein Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) grundgesetzlich gewährleistet und gilt daher als ein Grundrecht.

¹⁶ Dagegen war sie in der Weimaren Verfassung ausdrücklich garantiert (Art. 152 Abs. 1). WOLF, in Athenäum Zivilrecht Bd. I, S. 29.

¹⁷ Art. 2 Abs. 1 GG „Jeder hat das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“

¹⁸ *Ellenberger* in PALANDT, vor § 145 BGB Rn. 7. BVerfGE 89, 214, NJW 1994, 36ff. „Bürgschaftsurteil“: „die Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen ist Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit. (Vgl. BVerfGE 8, 274(328), NJW 1959, 475; BVerfGE 72, 155(170), NJW 1986, 1859) Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die Privatautonomie als Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben.“

¹⁹ *Ellenberger* in PALANDT, vor § 145 BGB, Rn. 7.

Eine weitere Ausprägung der Privatautonomie ist die Ausübungsfreiheit von subjektiven Rechten²⁰. Dabei kommt vor allem die *Eigentumsfreiheit* in Betracht, die die Herrschaft und die freie Verfügung des Einzelnen über subjektive Rechte (z.B. Eigentum, Urheberrecht, Patentrecht, Persönlichkeitsrecht und Gestaltungsrechte) garantiert. Dem Eigentümer wird hier die Freiheit darüber gewährt, ob und wie er die Sache nutzt und über sie verfügt. Gemäß § 137 BGB sind diejenigen Vereinbarungen nichtig, die die Abschaffung der Verfügungsfreiheit mit dinglicher Wirkung zur Folge haben²¹. Die Eigentumsfreiheit ist im Art. 14 Abs. 1 GG²² und § 903 BGB²³ geregelt. Art. 14 GG dient dazu, dem Einzelnen eine Basis für die freie Entfaltung und eigenverantwortliche Lebensgestaltung im vermögensrechtlichen Bereich zu gewährleisten und zugleich diese Freiheit gegenüber Maßnahmen der öffentlichen Gewalt zu bewahren (Eigentumsgarantie)²⁴.

Die Erscheinungsform der Privatautonomie im Bereich des Erbrechts ist die *Testierfreiheit*, die durch Art. 14 Abs. 1 GG abgesichert ist. Den Einzelnen berechtigt sie, privatautonom über das Vermögen von Todes wegen (bzw. durch Testament oder Erbvertrag) zu verfügen²⁵.

²⁰ WOLF in Athenäum Zivilrecht S. 21.

²¹ BREHM/BERGER, Sachenrecht, S. 66.

²² Art. 14 Abs. 1 GG: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.“

²³ § 903 I Satz 1 BGB „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“

²⁴ WIEWEG/WERNER, Sachenrecht, § 3, Rn. 1. BVerfG NJW 1992, 36ff. „Die Eigentumsgarantie soll dem Grundrechtsträger einen freien Raum im vermögensrechtlichen Bereich erhalten und dem Einzelnen damit die Entfaltung und eigenverantwortliche seines Lebens ermöglichen. Zu diesem Zweck soll der Bestand der geschützten Rechtspositionen gegenüber Maßnahmen der öffentlichen Gewalt bewahrt werden.“ Siehe auch BVerfGE 50, 290(339); 68, 193(222).

²⁵ MERZ, S. 2; LARENZ/ WOLF, § 34, Rn. 60; *Edenhofer* in PALANDT, § 1937 BGB, Rn. 3. BVerfG NJW 99, S. 1853ff. „Die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfasst die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einer von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken.“

Der Erblasser kann nach seinem freien Willen bestimmen, wen sein Vermögen nach seinem Tod zufallen soll. Eine verfassungsrechtliche Pflicht des Erblassers ist aber zu verneinen, seine Abkömmlinge gleich zu behandeln²⁶. Die gesetzlichen Vorschriften greifen nur dann ein, wenn keine wirksame letztwillige Verfügung des Erblassers vorhanden ist. Testierfreiheit ist sowohl durch allgemeine Normen des BGB als auch durch die Sondernormen des Erbrechts (besonders bei den Pflichtteilsansprüchen nach § 2303 BGB²⁷) eingeschränkt²⁸.

Eine weitere Konkretisierung der Privatautonomie ist die *Vereinigungsfreiheit* (*Assoziationsfreiheit*), die durch Art. 9 Abs. 1 und 2 GG²⁹ verfassungsrechtlich garantiert ist³⁰. Danach hat jeder Bürger das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden und ihre Angelegenheiten durch Satzungen oder durch Mehrheitsbeschlüsse ohne staatliche Intervention zu regeln. Hier wird aber auch aufgrund der Interessen Dritter und der Allgemeinheit Grenzen gesetzt. Der Grundsatz des Rechtsformzwangs in Gesellschafts- und Vereinsrecht verbietet den Parteien, die juristischen Personen in beliebiger Form zu schaffen. Die Arten von juristischen Personen sind von dem Gesetzgeber fest bestimmt³¹.

3. Einschränkungen der Privatautonomie

Privatautonomie erfolgt nur im Rahmen der von der Rechtsordnung bestimmenden Grenzen³². Es wird durch den Gesetzgeber, durch

²⁶ *Edenhofer* in PALANDT, § 1937 BGB, Rn. 3. BVerfGE NJW 85, S. 1455ff.

²⁷ Pflichtteile können aber auch unter bestimmten Voraussetzungen entzogen werden (§§ 2333ff. BGB)

²⁸ WOLF, in Athenäum Zivilrecht, S. 21.

²⁹ Art. 9 Abs. 1 und 2 GG „Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten.“

³⁰ *Ellengerber* in PALANDT, § 21 BGB, Rn. 14.

³¹ LARENZ/WOLF, § 33 Rn. 62.

³² BVerfGE 89, 214 „Bürgerschaftsurteil“; BVerfGE 81, 242 „Handelsvertreterurteil“ „Privatautonomie besteht nur im Rahmen der geltenden Gesetze und diese sind ihrerseits an die Grundrechte gebunden Solche Schranken sind unentbehrlich „

die Rechtsprechung und neuestens durch die Richtlinien und Richtlinienvorschläge der EG bestimmt, wie weit und unter welchen Voraussetzungen der privatautonomen Gestaltung Raum gegeben werden soll.

Die Einschränkungen der Privatautonomie haben verschiedene Gründe: Rechtssicherheit, Schutz der Allgemeinheit (besonders im Wettbewerbsrecht) und Schutz des Schwächeren (besonders im Verbraucher-, Miet- und Arbeitsrecht)³³. Beispielsweise wird die Privatautonomie im Bereich des Familienrechts zum Schutz der Interessen der Allgemeinheit und der Dritter erheblich eingeschränkt. Für familienrechtliche Verhältnisse sieht der Gesetzgeber zahlreiche zwingende Vorschriften, z.B. Haushaltsführung (§ 1356 I BGB), Sorgerecht gegenüber Kindern, Unterhaltsanspruch als Mindestinhalt (§§ 1614, 1360a III BGB)³⁴.

Die verfassungsrechtlichen Beschränkungen der Privatautonomie sind Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz (Art. 2 Abs. 2 GG).

II. Vertragsfreiheit

1. Allgemeines

Der wichtigste Bestandteil der Privatautonomie ist die Vertragsfreiheit³⁵, die die autonome Gestaltung der Lebensverhältnisse durch Verträge ermöglicht. Als Rechtsbegriff ist sie zwar im BGB nicht ausdrücklich erwähnt, wird jedoch im § 311 I BGB und §§ 145 ff. BGB als selbstverständliches Prinzip des Schuldrechts vorausgesetzt³⁶.

In der Marktwirtschaft, wo die Güter und Leistungen frei nach Angebot und Annahme ausgetauscht werden, müssen die Marktteilnehmer die Möglichkeit haben, über Preis und Leistungen sowie andere Vertrags-

³³ Dazu ausführlich, SEROZAN.

³⁴ LARENZ/WOLF, § 34 Rn. 58.

³⁵ Die Begriffe der „Privatautonomie“ und „Vertragsfreiheit“ werden häufig synonym angewendet. FLUME, § 1, 8.

³⁶ FIKENTSCHER/ HEINEMANN, Schuldrecht, § 20 II Rn. 110.

bedingungen frei verhandeln zu können. Die Marktteilnehmer können die Vertragsverhandlungen zum Schutz eigener Interessen am besten selbst und frei vornehmen, da sie über ihre Bedürfnisse am Besten selbst Bescheid wissen können. Aus diesen Gründen setzt eine funktionierende Marktwirtschaft das Bestehen der Vertragsfreiheit voraus³⁷.

Vertragsfreiheit ist zwar kein Element des Vertragsbegriffes, ist sie jedoch hinsichtlich des Zustandekommens des Vertrages von großer Bedeutung, da sie das technische Mittel privatautonomer Rechtsgestaltung ist³⁸.

Das Prinzip der Vertragsfreiheit gewährt den Rechtssubjekten die Möglichkeit, Verträge frei und selbstverständlich abzuschließen, auszugestalten und aufzulösen. Daraus folgt, dass sie drei Ausübungsformen hat, nämlich die Vertragsbegründungs-, Vertragsgestaltungs- und Vertragsauflösungsfreiheit.

2. Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit

Vertragsfreiheit konkretisiert sich in der Freiheit bezüglich der Vertragsbegründung und -aufhebung sowie der Wahl des Kontrahenden, der inhaltlichen Gestaltung und des Vertragstyps.

2.1. Vertragsbegründungsfreiheit

Vertragsbegründungsfreiheit ist die von der Rechtsordnung gewährte Freiheit der Rechtssubjekte, sich frei zu entscheiden, ob und mit wem sie einen Vertrag abschließen. Aus dieser Definition folgt, dass die Vertragsbegründungsfreiheit sich nur auf das Zustandekommen des Vertrags bezieht und daher zwei Aspekte beinhaltet, nämlich die Abschlussfreiheit und die Partnerwahlfreiheit.

³⁷ LARENZ/WOLF, § 34 Rn. 23.

³⁸ *Armbrüster* in ERMAN, vor § 145 BGB Rn. 26.

2.1.1. Abschlussfreiheit

Im Rahmen der Abschlussfreiheit haben die Rechtssubjekte die Möglichkeit, entweder den Vertrag abzuschließen oder ihn nicht abzuschließen.

2.1.1.1. Positive Abschlussfreiheit

Positive Abschlussfreiheit ist die Freiheit des Einzelnen, einen nach § 145 BGB angebotenen Vertragsabschluss anzunehmen und dadurch eine vertragliche Beziehung zu begründen³⁹.

Positive Abschlussfreiheit ist in bestimmten Fällen zum Schutz der Schwächeren oder der Allgemeinheit durch Abschlussverbote eingeschränkt. Gemäß §§ 22ff. Jugendarbeitsschutzgesetz sind z.B. die Verträge, in denen Jugendliche zu bestimmten gefährlichen oder gesundheitsschädlichen Arbeiten verpflichtet werden, nicht erlaubt. Beim Vorliegen eines solchen Abschlussverbotes findet grundsätzlich § 134 BGB Anwendung⁴⁰. Demnach ist gegen ein Abschlussverbot verstoßender Vertrag nichtig, soweit nicht durch eine spezielle Vorschrift eine andere Rechtsfolge geregelt wird. Ein weiteres Beispiel für die Einschränkung der positiven Abschlussfreiheit sind die Fälle, in denen die Wirksamkeit eines Vertrags von einer staatlichen Genehmigung abhängt, z.B. Vertrag zur Veräußerung eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks (Grundstückverkehrsgesetz). Der Vertrag kann hier erst nach der Genehmigung der Behörde wirksam werden⁴¹.

2.1.1.2. Negative Abschlussfreiheit

Unter negativer Abschlussfreiheit versteht man die Freiheit des Einzelnen, einen nach § 145ff. BGB angebotenen Vertragsabschluss

³⁹ Bork in STAUDINGER, vor § 145 BGB Rn. 13; Armbrüster in ERMAN vor § 145 BGB Rn. 26; Wolf in SOERGEL, Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil II, §§ 104-245, vor § 145 BGB Rn. 49.

⁴⁰ BROX/ WALKER, Allgemeines Schuldrecht, § 4 Rn. 7.

⁴¹ BROX/ WALKER, § 4 Rn. 7.

abzulehnen und damit auf den Vertragsabschluss zu verzichten. Die Einschränkung der Abschlussfreiheit, nämlich der Abschluss- oder Kontrahierungszwang ist in der Praxis von erheblicher Bedeutung.

2.1.1.2.1. Abschlusszwang (Kontrahierungszwang)

Die negative Abschlussfreiheit kann ausnahmsweise zur Verhinderung der Missbräuche oder Unzuträglichkeiten in der Marktwirtschaft eingeschränkt werden. Eine solche Einschränkung kommt dann in Betracht, wenn derjenige Vertragspartner, der eine bestimmte Leistung begehrt, zum Abschluss des Vertrags verpflichtet ist. Beim Vorliegen einer Abschlusspflicht kann das Zustandekommen des Vertrags durch Klage und Vollstreckung erzwungen werden (gemäß § 894 ZPO). Die Verletzung der Abschlusspflicht kann unter bestimmten Voraussetzungen eine Schadenersatzpflicht zur Folge haben⁴².

Bei einem Abschlusszwang besteht nicht nur die Verpflichtung einen Vertrag abzuschließen, sondern auch den Vertrag zu angemessenen und gleichen Bedingungen abzuschließen⁴³. Daraus folgt, dass eine Abschlusspflicht sich nicht nur auf das Zustandekommen des Vertrags, sondern unmittelbar auch auf den Vertragsinhalt bezieht. Anderenfalls wäre es möglich, dass der Abschlusszwang durch den Vertragsabschluss zu angemessenen Bedingungen umgegangen wird.

Der Abschlusszwang ersetzt nicht die zum Vertragsabschluss notwendige Annahmeerklärung des Abschlusspflichtigen. Schweigt aber der Abschlusspflichtige auf ein entsprechendes Vertragsangebot, so gilt dies regelmäßig als eine konkludente Annahme⁴⁴. Der bloße Zugang des

⁴² LARENZ/ WOLF, § 34 Rn. 30; Bork in STUDINGER vor § 145 BGB Rn. 33; Kramer in MÜNCHNER KOMMENTAR, vor § 145, Rn. 13.

⁴³ NIPPERDEY, S. 31 ff. „Kontrahierungszwang ist die aufgrund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtsobjekt ohne seine Willensbildung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhaltes abzuschließen.“ Wolf in SOERGEL, vor § 145 BGB Rn. 50; LARENZ/ WOLF, § 34 Rn. 29; Kramer in MÜNCHNER KOMMENTAR, vor § 145 BGB Rn. 9.

⁴⁴ Ellenberger in PALANDT, vor § 145 BGB Rn. 11; Wolf in SOERGEL, vor § 145 BGB

Angebots ist dagegen zum Zustandekommen des Vertrags nicht ausreichend⁴⁵.

Der Abschlusszwang ergibt sich entweder unmittelbar aus gesetzlichen Regelungen oder mittelbar aus einer Schadenersatzpflicht gemäß § 826 BGB⁴⁶ sowie aus dem § 20 I und II GWB i.V.m. § 33 Satz 1 GWB.

a. Unmittelbarer Abschlusszwang

Wird die Verpflichtung einer Partei zum Vertragsabschluss durch ein spezielles Gesetz ausdrücklich geregelt, handelt es sich um einen so genannten unmittelbaren Abschlusszwang⁴⁷. In diesen Fällen kommt der Vertrag kraft Gesetzes zustande. Einer solchen gesetzlichen Abschlusspflicht unterliegen meistens öffentliche Versorgungsträgern mit Monopolstellung im Bereich der Daseinvorsorge⁴⁸. In Betracht kommt ein unmittelbarer Abschlusszwang z.B. bei Personen- oder Gütertransporten (§ 22 Personenbeförderungsgesetz), bei der Versorgung mit Strom und Gas (§ 10 Energiewirtschaftsgesetz), bei den Pflichtversicherungen (Pflichtversicherungsgesetz § 5 II), bei der Pflichtleistungen der Post (§ 8 Postgesetz, § 3 PostdienstleistungsVO)⁴⁹. Hier ist zu achten, dass diese spezielle Vorschriften i.V.m. der Sozialstaatsklausel des Art 28 GG Anwendung finden, da es dabei um ein öffentliches Angebot der Leistungen für Lebensführung geht und für die Kunden keine weitere Möglichkeit der Deckung des Bedarfs vorhanden ist⁵⁰.

Rn. 51; OGHZ 2, 356.

⁴⁵ *Ellenberger* in PALANDT, vor § 145 BGB Rn. 11; *Bork* in STAUDINGER, vor § 145 BGB Rn. 29-30.

⁴⁶ § 826 BGB „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“

⁴⁷ Ausführlich dazu NIPPERDEY, Kontrahierungszwang und Diktierter Vertrag 1920.

⁴⁸ *Ellenberger* in PALANDT vor § 145 BGB Rn. 8; LARENZ/WOLF § 34, Rn. 31; *Kramer* in MÜNCHNER KOMMENTAR, vor § 145 BGB Rn. 10.

⁴⁹ Für weitere spezialgesetzlichen Anordnungen, aus denen ein Kontrahierungszwang ergibt siehe: *Bork* in STAUDINGER, vor § 145 BGB Rn. 17a.

⁵⁰ LARENZ/ WOLF, § 34, Rn. 33.

b. Mittelbarer Abschlusszwang

Beim Fehlen einer vom Gesetz ausdrücklich geregelten Abschlusspflicht kann der Abschlusszwang sich mittelbar entweder aus § 826 BGB oder aus § 20 GWB i.V.m § 33 GWB ergeben.

Eine Pflicht zum Vertragsabschluss kann sich mittelbar aus dem Deliktsrecht (aus § 826 BGB) ergeben, wenn jemand durch die Ablehnung eines Vertragsangebots sittenwidrigerweise geschädigt wird⁵¹. Ein solcher Abschlusszwang ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt aber er wird durch die Rechtsprechung für den Anwendungsbereich des § 826 entwickelt⁵². In diesem Fall sieht § 826 BGB i.V.m. dem *Naturalrestitutionsprinzip nach § 249 BGB*⁵³ und dem *Sozialstaatsprinzip nach Art. 28 GG* eine Schadenersatzpflicht in Form des Vertragsabschlusses vor⁵⁴. In der Praxis kommt ein Abschlusszwang i.S.v. § 826 BGB vor allem in Betracht, wenn ein Unternehmer mit Monopolstellung eine lebensnotwendige Güter- oder Dienstleistung willkürlich und ohne sachlich gerechtfertigten Grund verweigert⁵⁵. Beim Vorliegen einer solchen Verweigerung des Vertragsabschlusses kann der Verbraucher als Schadenersatz den Abschluss des abgelehnten Vertrages verlangen⁵⁶. Folgende Voraussetzungen müssen aber erfüllt sein: Erstens es darf keine anderweitige Beschaffungsmöglichkeit bestehen, und zweitens muss der

⁵¹ Wolf in SOERGEL, vor § 145 BGB Rn. 53; FIKENTSCHER/HEINEMANN § 20, IV Rn. 113; BROX/WALKER § 4 Rn. 10; SCHELLHAMMER Rn. 1888.

⁵² Ellenberger in PALANDT, vor § 145 BGB Rn. 9. RG (Reichsgericht) Band 115, Seite 258; Band 148, Seite 334.

⁵³ § 249 I BGB „Wer zum Schadenersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.“

⁵⁴ Wolf in SOERGEL, vor § 145 BGB Rn. 53.

⁵⁵ FIKENTSCHER/ HEINEMANN, § 20 IV Rn. 113. „Sittenwidrigkeit ist auch dann anzunehmen, wenn eine Leistung allgemein angeboten wird, aber Einzelnen vorbehalten wird, ohne dass zumutbare Ausweichmöglichkeiten für den Nachfrager bestehen. So fügt der Landarzt, der nachts gerufen wird, dem Kranken sittenwidrig und vorsätzlich Schaden zu, wenn er sich aus einem nichtigen Grund weigert, den Kranken aufzusuchen.“

⁵⁶ Die Abschlusspflicht gemäß § 826 BGB ist für Verhältnisse zwischen Verbraucher und Unternehmer von Bedeutung. Zwischen den Unternehmen kommen jedoch die Regelungen des GWB in Betracht.

Vertragsabschluss für den Verbraucher zumutbar sein⁵⁷. Dies gilt z.B. für Theater, Museen, Krankenhäuser oder städtische Badeanstalten, jedoch nicht für Lebensmittelhändler oder für Kreditinstitute, da hier für den Verbraucher andere Beschaffungsmöglichkeiten bestehen⁵⁸.

Umstritten ist die Antwort zur Frage, ob eine faktische Monopolstellung des Unternehmens ohne weiteres einen Abschlusszwang begründen kann. Nach der Ansicht von *Larenz* ist ein Unternehmen mit Monopolstellung ohne weiteres zum Vertragsabschluss verpflichtet, soweit es eine Versorgungsaufgabe für öffentliche Interessen erfüllt⁵⁹. Eine solche Abschlusspflicht setzt nicht unbedingt die Verwirklichung der Tatbestände des § 826 BGB voraus. Die rechtlichen Grundlagen zur Annahme eines solchen allgemeinen Abschlusszwangs stellen zum einen die Gesamtanalogie zu den Vorschriften, die einen Kontrahierungszwang ausdrücklich regeln, und zum anderen das Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 und 28 GG dar. Dagegen ist nach der Ansicht von *Armbrüster* ein allgemeiner Abschlusszwang des Monopolinhabers abzulehnen, da eine solche unbestimmte Ausdehnung nicht mit der Marktwirtschaft vereinbar ist⁶⁰.

Ein Abschlusszwang kann sich auch mittelbar aus § 20 I und II GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) i.V.m. § 33 GWB ergeben. Gemäß § 20 I GWB ist es verboten, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen unbillig behindert oder gegenüber gleichartigen Unternehmen unterschiedlich behandelt. Ähnlicherweise verbietet § 20 II GWB den Missbrauch marktbeherrschender Stellung, wenn für einen Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen eine derartige Abhängigkeit von dem marktbeherrschenden Unternehmen besteht, dass es keine ausreichende oder zumutbare Ausweichmöglichkeiten auf andere Un-

⁵⁷ *Wolf* in SOERGEL, vor § 145 BGB Rn. 53; *Bork* in STAUDINGER, vor § 145 BGB Rn. 21-22. *Ellenberger* in PALANDT, vor § 145 BGB Rn. 10.

⁵⁸ Zu den Entscheidungen darüber siehe *Ellenberger* in PALANDT, vor § 145 BGB Rn. 10.

⁵⁹ LARENZ/WOLF § 34, Rn. 33; *Kramer* in MÜNCHNER KOMMENTAR, vor § 145 BGB, Rn. 14.

⁶⁰ *Armbrüster* in ERMAN, vor § 145 BGB Rn. 29.

ternehmen vorhanden sind. Gemäß § 33 S. 1 GWB ist das gegen das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 20 I und II GWB verstoßende marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen zum Schadenersatz verpflichtet. Ist die Ablehnung eines Vertragsabschlusses als unbillige Behinderung oder unterschiedliche Behandlung i.S.v. § 20 I GWB anzusehen, unterliegt das Unternehmen nach § 33 GWB i.V.m. dem Naturalrestitutionsprinzip einem Abschlusszwang⁶¹.

Schließlich besteht ein mittelbarer Kontrahierungszwang bei der Vergabe von Domain-Namen in Deutschland, der den DENIC (Deutsches Network Information Center) aufgrund seiner Monopolstellung dazu verpflichtet, dass sie bei jedem Antrag auf Registrierung eine Annahmeerklärung abgibt und damit einen Vertrag abschließt. Der Anspruch auf Vertragsabschluss beruht hier auf dem Diskriminierungsverbot des § 20 GWB⁶².

2.1.1.2.2. Diktierter Vertrag

Eine weitere Einschränkung der Abschlussfreiheit ist der diktierter Vertrag⁶³, der im heutigen Rechtsleben nicht von Bedeutung ist⁶⁴. Beim diktierter Vertrag werden die Parteien durch Hoheitsakt (Verwaltungsakt oder gerichtliches Gestaltungsurteil) gezwungen, den Vertrag abzuschließen, dessen gesamter Inhalt bereits festgelegt ist⁶⁵. Beispielsweise kann der Richter gemäß § 5 der Hausratsverordnung bei der Scheidung

⁶¹ FIKENTSCHER/ HEINEMANN, § 20 IV Rn. 112. *Ellenberger* in PALANDT, vor § 145 BGB Rn. 9; *Wolf* in SOERGEL, vor § 145 BGB Rn. 54.

⁶² Ausführlich dazu siehe: NORDEMANN Jan Bernd/ CZYCHOWSKI Christian/ GRÜTER Patrick, Das Internet, die Nameserver und das Kartellrecht, NJW 1999, S. 1990ff.

⁶³ Ausführlich zum Begriff siehe LOEBER, Der hoheitlich gestaltete Vertrag, 1969; BUSCHE, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 116 ff.

⁶⁴ BROX/WALKER, § 4, Rn. 11; *Kramer* in MÜNCHNER KOMMENTAR, vor § 145 BGB, Rn. 11. Diktierter Verträge hatten in der Zeit der Zwangsbewirtschaftung (nach dem zweiten Weltkrieg) eine erheblichere Rolle da sie der Verhinderung von Zurückhaltung verknappter Waren dient.

⁶⁵ BROX/WALKER, § 4, Rn. 11. *Wolf* in SOERGEL, vor § 145 BGB Rn. 56. FIKENTSCHER/ HEINEMANN, § 20 IV Rn. 113.

einer Ehe zu Gunsten eines der geschiedenen Ehegatten ein Mietverhältnis an der bisherigen Wohnung begründen.

2.1.2. Partnerwahlfreiheit

Der zweite Aspekt der Vertragsbegründungsfreiheit ist die Partnerwahlfreiheit, die den Parteien die Freiheit gewährt, ihre Kontrahenden frei zu wählen. Ein Eigentümer vermietet sein Haus z.B. nicht an denjenigen, der die Wohnung am dringsten benötigt, sondern an denjenigen, der den höchsten Preis anbietet.

Der Partnerwahlfreiheit setzt das AGG (das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz vom 14.8.2006)⁶⁶ Grenzen⁶⁷, das die Benachteiligung aufgrund der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verbietet (§§ 1 und 7 AGG). § 21 I AGG sieht einen Abschlusszwang unter der Voraussetzung vor, dass diskriminierungsfreies Verhalten nur beim Vertragsabschluss beseitigt werden kann. Ausgenommen davon sind aber gemäß § 19 V AGG die Schuldverhältnisse, bei denen ein besonders Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird (z.B. Mietverhältnisse).

2.2. Vertragsgestaltungsfreiheit

2.2.1. Förmliche Gestaltungsfreiheit

Zu den Ausübungsformen der Vertragsfreiheit gehört auch die förmliche Gestaltungsfreiheit (bzw. Formfreiheit), die der Erleichterung rechtsgeschäftlicher Kontakte dient und dadurch die ungehinderte

⁶⁶ Durch den Erlass des AGG wird die Umsetzung folgender vier Richtlinien erfolgt: Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG vom 29.6.2000, Rahmen-Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000, Gleichbehandlungs-Richtlinie 2002/73/EG vom 23.9.2002, Gleichstellungs-Richtlinie 2004/113/EG vom 13.12.2004.

⁶⁷ BROX/WALKER, § 4 Rn. 9. *Ellenberger* in PALANDT, vor § 145 BGB Rn. 8; SCHELLHAMMER, Rn. 1896ff.

Abwicklung des Massenrechtsverkehrs ermöglicht⁶⁸. Das BGB sieht für Schuldverträge grundsätzlich keine Form vor⁶⁹. Die Vertragspartner sind daher frei, sich darüber zu entscheiden, in welcher Weise sie ihre Willenserklärungen abgeben und dadurch einen Vertrag begründen. Daraus folgt, dass grundsätzlich nicht nur der schriftliche, sondern auch der mündliche (einschließlich telefonischen oder wortlos durch schlüssigen Verhaltens) Abschluss zulässig ist.

In Ausnahmefällen besteht jedoch die Pflicht, den Vertrag in einer bestimmten Form abzuschließen⁷⁰. Diese Formpflicht kann entweder aus der Vereinbarung der Parteien oder aus einer gesetzlichen Regelung ergeben und sich entweder nur auf eine oder auf beide Parteien beziehen. Beim Vorliegen eines solchen Formzwangs führt das Fehlen der Form gemäß § 125 BGB⁷¹ zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.

Der Formzwang dient erstens der staatlichen Kontrolle bestimmter Verträge zwecks des Schutzes bestimmter öffentlichen Interessen (Kontrollfunktion), zweitens der Warnung vor dem übereilten Abschluss des Vertrags (Warnfunktion), drittens der Sicherung des Beweises (Klarstellungs- und Beweisfunktion) und letztens der Anstrengung der Beratung über die Auswirkungen des Rechtsgeschäfts (Beratungsfunktion)⁷².

Das BGB enthält drei Arten von Formvorschriften, nämlich die schriftliche Form (§§ 126, 126a, 126b, 127 BGB), die öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB) und die notarielle Beurkundung (§§ 127a, 128 BGB). Diese Formvorschriften sind meistens im besonderen Teil des Schuldrechts oder in den speziellen Gesetzen zum Schutz höherrangiger Interessen vorgesehen, z.B. die Schriftform zur Kündigung von Wohnraum (§ 568 I BGB)

⁶⁸ LARENZ/ WOLF, § 34, Rn. 63.

⁶⁹ Zu achten ist aber hier, dass das BGB im Bereich des Sachen-, Familien- und Erbrechts zahlreiche Formvorschriften enthält.

⁷⁰ Im Schuldvertragsrecht sind beispielsweise die folgenden Rechtsgeschäfte formbedürftig: Grundstückskauf (§ 311b I BGB), Schenkungsversprechen (§ 518 BGB), langfristiger Mietvertrag (§ 550 BGB) und Bürgschaft (§ 766 BGB).

⁷¹ § 125 BGB „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel durch das Rechtsgeschäft bestimmenden Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.“

⁷² *Kramer* in MÜNCHNER KOMMENTAR, vor § 145 BGB, Rn. 6ff.

oder zur Ausübung des Widerrufsrechts des Verbrauchers (§ 355 I BGB) oder zum Abschluss der Bürgschaftsverträge (§ 766 BGB).

2.2.2. Inhaltliche Gestaltungsfreiheit

Die inhaltliche Gestaltungsfreiheit ist ein Bestandteil der Vertragsfreiheit, der im Schuldvertragsrecht eine besondere Bedeutung zukommt. Im Rahmen der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit sind die Parteien grundsätzlich frei, den Inhalt des Vertrags ihrem Belieben nach zu bestimmen. Im Bereich des Schuldrechts findet inhaltliche Gestaltungsfreiheit in einem weiten Umfang Anwendung, da grundsätzlich dabei die Rechte und Interessen der Vertragsparteien betroffen sind, aber nicht Dritter⁷³.

Ausnahmsweise setzt die Rechtsordnung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit mit den Zielen Grenzen, den schwächeren Vertragspartner, den Dritten oder die Allgemeinheit zu schützen⁷⁴. Die allgemeinen Einschränkungen der Vertragsfreiheit im BGB sind § 134 (Verstoß gegen ein Verbotsgesetz), § 138 (Verstoß gegen die guten Sitten) und § 242 BGB (Treu und Glauben). Darüber hinaus sieht das BGB in § 311b II und IV BGB vor, dass die Vereinbarungen bezüglich der Verpflichtung über das künftige Vermögen des Vertragspartners oder des Nachlasses eines noch lebenden Dritten nicht zulässig sind. Ähnlicherweise grenzen §§ 276 III und § 444 BGB die Vertragsfreiheit zum Schutze des Vertragspartners so ein, dass sie bestimmte Haftungsfreistellungen zu Gunsten einer Partei ausschließen. Eine weitere Grenze der Vertragsfreiheit stellen die §§ 305 ff. BGB für die Fallkonstellationen dar, in denen der Vertrag durch Allgemeine Geschäftsbedingungen gestaltet wird. Für einzelne Vertragsarten gibt es im BGB weitere Verbote, nämlich § 444 (Gewährleistungsausschluss beim Kauf), § 551ff. (soziales Mietrecht), §§ 611a, 611b, 611c, 612 III, 612a, 613a, 618, 619 (Dienst- und Arbeitsvertrag), § 651m (Pauschalreisevertrag).

⁷³ LARENZ/WOLF, § 33 Rn. 46. Dementsprechend kommt im Bereich des Schuldrechts relative Rechte zwischen Schuldner und Gläubiger sowie die grundsätzliche Unzulässigkeit der Verträge zu Lasten Dritter in Betracht.

⁷⁴ WOLF in Athenäum Zivilrecht S. 36; Kramer in MÜNCHNER KOMMENTAR, vor § 145 BGB, Rn. 19ff.

Ein wichtiger Aspekt der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit ist die *Typenfreiheit*⁷⁵. Ausgehend von dem § 311 I BGB und damit auch dem Prinzip der Vertragsfreiheit, sind die Parteien bei der Vertragsgestaltung frei, sich darüber zu entscheiden, ob sie einen gesetzlich geregelten Vertragstyp (§§ 433ff. BGB) auswählen oder den Vertrag nicht in einer im Gesetz vorgesehenen Weise ausgestalten⁷⁶. Diesen Aspekt der Vertragsfreiheit nennt man die Typenfreiheit, die im Schuldvertragsrecht von großer Bedeutung ist. Sie ermöglicht die Entwicklung von neuen Vertragstypen durch die Parteien, dessen wesentliche Elemente keinen der geregelten Verträge entsprechen (atypische Verträge) und zudem den Abschluss der Verträge, die die Elemente verschiedener gesetzlicher Vertragstypen miteinander verbinden (gemischte Verträge)⁷⁷. Im Rahmen der Typenfreiheit können die Parteien auch einen gesetzlich vorgesehenen Vertragstyp wählen, aber bestimmte gesetzliche Regeln abbedingen⁷⁸.

Typenfreiheit gilt im Schuldvertragsrecht unbeschränkt. Dagegen sind die Parteien im Sachen-, Familien- und Erbrecht gezwungen, ihre Rechtsverhältnisse innerhalb der vom Gesetz bestimmten Weise zu gestalten⁷⁹.

2.3. Vertragsauflösungsfreiheit (Beendigungsfreiheit)

Als Pendant zur Abschlussfreiheit gewährt die Vertragsauflösungsfreiheit den Parteien das Recht, ein vertragliches Schuldverhältnis beliebig zu beenden. Im Rahmen der Vertragsauflösungsfreiheit sind sie frei, darüber zu entscheiden, ob sie an den geschlossenen Vertrag noch gebunden sein wollen oder nicht⁸⁰. Die Parteien können das vertragliche Schuldverhältnis

⁷⁵ Ausführlich zum Begriff der Typenfreiheit siehe DILCHER, Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960, S. 1040ff.

⁷⁶ Kramer in MÜNCHENER KOMMENTAR vor § 145 BGB Rn. 18.

⁷⁷ BROX/WALKER, § 4 Rn. 13.

⁷⁸ BROX/WALKER, § 4 Rn. 14.

⁷⁹ Im Sachenrecht konkretisiert sich diese feste Beschränkung in Form des Typenzwangs und des numerus clausus der Sachenrechte, wonach dingliche Rechte nur in den gesetzlich vorgesehenen Formen begründet werden können. LARENZ/WOLF, § 34 Rn. 54.

⁸⁰ LARENZ/WOLF, § 34 Rn. 27; Kramer in MÜNCHENER KOMMENTAR, vor § 145,

grundsätzlich durch einen anderen Aufhebungsvertrag einvernehmlich beenden. Bei den Dauerschuldverhältnissen kann eine einseitige Aufhebung durch (ordentliche oder außerordentliche) Kündigung in Betracht kommen. Eine besondere Art der Beendigungsfreiheit kommt bei den Verträgen in Betracht, bei denen dem Verbraucher ein gesetzliches Widerrufsrecht zusteht⁸¹. Dabei kann Verbraucher innerhalb einer Überlegungsfrist die vertragliche Bindung lösen (§ 312 I und § 495 I BGB).

Die Vertragsauflösungsfreiheit kann ausnahmsweise zum Schutz der schwächeren Vertragspartei beschränkt werden. Eine solche Beschränkung kommt besonders im Bereich des Arbeitsrechts (Kündigungsschutz, Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels) sowie im Bereich des Miet- und Pachtrechts in Betracht.

3. Verfassungsrechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit

Vertragsfreiheit ist zwar im Grundrechtskatalog des Grundgesetz (GG) nicht ausdrücklich gewährleistet, sie wird jedoch von der Rechtsprechung und Literatur als ein Teil der durch Art. 2 Abs. 1 GG geregelten freien Entfaltung der Persönlichkeit angesehen⁸². Diese Vorschrift schützt als Auffanggrundrecht jede menschliche Handlungsfreiheit, wozu auch die Handlungsfreiheit im wirtschaftlichen und rechtsgeschäftlichen Bereich gehört. Die wichtigste Ausprägung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit ist dabei die schuldrechtliche Vertragsfreiheit.

Als Auffanggrundrecht greift Art. 2 Abs. 1 GG allerdings nur, wenn die Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit nicht durch spezielle Grundrechtsvorschriften geregelt werden⁸³. Im Bereich des Erb-, Sachen- oder Ehevertragsrecht sind zur Gewährleistung der Vertragsfreiheit Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG anzuwenden. Auf dem Gebiet des Schuldvertragsrechts findet dagegen unter Ausschluss der durch Art. 9

Rn. 17.

⁸¹ LARENZ/ WOLF, § 34 Rn. 28.

⁸² BVErfGE 6, 32 (Elfesurteil); BVerfGE 8, 274 (328); BVErfGE 89, 214 (231); *Ellenberger* in PALANDT, vor § 145 BGB Rn. 7; FIKENTSCHER/ HEINEMANN, § 20 II Rn. 109.

⁸³ BADURA, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, S. 213 und 256; FIKENTSCHER/ HEINEMANN, § 20 II Rn. 109.

Abs. 1 GG gewährleisteten gesellschaftlichen Vertragsfreiheit und unter teilweise Ausschluss der durch Art. 12 GG gewährleisteten arbeitsrechtlichen Vertragsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG als *lex generalis* Anwendung.

Allgemeine Handlungsfreiheit und damit auch die Vertragsfreiheit hat als ein Grundrecht zwei Funktionen⁸⁴: Erstens steht die Vertragsfreiheit dem Einzelnen ein subjektives Recht als *Individualgarantie* zu. Sie schützt damit den Einzelnen gegen die nicht von der Rechtsordnung gerechtfertigte und seine persönliche Entfaltungsfreiheit beeinträchtigende Eingriffe des Staates⁸⁵. Die Anerkennung der Vertragsfreiheit als ein subjektives Recht bedeutet jedoch nicht, dass sie nicht beschränkt werden darf. Sie kann durch zwingende Normen beschränkt werden, soweit der elementare Kern des Grundrechts geschützt wird. Die zweite grundrechtliche Funktion der Vertragsfreiheit i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GG ist die *Institutsgarantie*. Danach ist der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Rechts- und Wirtschaftsordnung verpflichtet, auf die Gewährleistung der Vertragsfreiheit zu achten. Art. 2 Abs. 1 GG richtet sich als ein objektiver Ordnungsgrundsatz zwar an den Gesetzgeber, muss jedoch auch vom Richter berücksichtigt werden.

Gemäß Art. 2 Abs. 1 GG hat der Einzelne die Freiheit zur vertraglichen Gestaltung soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Aus dieser Vorschrift ergeben sich drei generelle Schranken der Vertragsfreiheit (die so genannten Schrankentrias)⁸⁶. Die weiteren speziellen Schranken werden jedoch vom Gesetzgeber nach den Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebiets geregelt.

Die erste und die bedeutendste verfassungsrechtliche Einschränkung der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit ist *die verfassungsmäßige Ordnung*⁸⁷, die der Entgegenwirkung gegen soziale und wirtschaftliche Ungleichgewicht dient und damit die Ersetzung der Selbstbestimmung

⁸⁴ LARENZ/WOLF, § 34 Rn. 22.

⁸⁵ ENNECCERUS/ NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 182.

⁸⁶ FIKENTSCHER/ HEINEMANN, § 20 II Rn. 109, 110; BROX/WALKER, § 4 Rn. 3; SCHELLHAMMER, Rn. 1884.

⁸⁷ BVerfG 12, 347; *Ellenberger* in PALANDT vor § 145 BGB Rn. 7.

durch schrankenlosen Fremdbestimmung verhindert⁸⁸. Nach der Rechtsprechung versteht man unter der verfassungsmäßigen Ordnung „die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen“⁸⁹. Sie umfasst damit Bundes- und Landesgesetze, Verordnungen, Satzungen und auch das Richterrecht. Daraus ergibt sich, dass Art. 2 Abs. 1 GG für die Einschränkung der Vertragsfreiheit einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt und damit sie keine weitere Bedingung außer Rechtsstaatlichkeit voraussetzt⁹⁰. Nach der Ansicht von *Laufke* ist die Privatrechtsordnung als ein Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung anzusehen und jede Regelung der Privatrechtsordnung kann grundsätzlich die autonome vertragliche Gestaltung des Einzelnen beschränken, soweit die formellen Voraussetzungen der Gesetzgebung erfüllt werden⁹¹. Eine andere Ansicht lehnt jedoch diese weitgehende Beschränkung der Vertragsfreiheit ab⁹². Danach setzt jede Einschränkung der Vertragsfreiheit neben der Rechtsstaatlichkeit die überragende Forderungen des Gemeinwohls unabdingbar voraus.

Grundrechte und weitere Normen des GG (einschließlich der Sozialstaatsklausel des Art. 20 und 28 GG) können Vertragsfreiheit nicht unmittelbar einschränken da die Grundrechte ausschließlich dem Schutz

⁸⁸ BVerfG 26, 84, NJW 1990, S. 1469ff. „Privatautonomie beruht auf dem Prinzip der Selbstbestimmung, vorausgesetzt, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräfteausgleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern. Gesetzliche Vorschriften, die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken, verwirklichen hier die objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip.“

⁸⁹ BVerfGE 6, 32 (38) (Elfesurteil); *Di Fabio* in MAUNZ/ DÜRIG, Art. 2 GG Rn. 39; FIKENTSCHER/ HEINEMANN, § 20 II Rn. 110; BROX/WALKER § 4 Rn. 3.

⁹⁰ BVerfGE 6, 32, (38) (Elfesurteil).

⁹¹ LAUFKE, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Festschrift für Lehmann, Bd. 1, S. 164; HEINRICH, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit S. 95.

⁹² *Di Fabio* in MAUNZ/DÜRIG Art. 2 GG Rn. 38; WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 21ff.

des Einzelnen vor staatlicher Macht dienen, aber nicht voreinander⁹³. Eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte ist daher zu verneinen. Möglich ist dagegen, dass sie durch Generalklauseln des BGB (§§ 138, 242, 826) mittelbar in das Privatrecht einwirken da sie eine objektive Wertordnung aufgerichtet sind, die für die ganze Rechtsordnung verbindlich ist⁹⁴. Diese unmittelbare Drittwirkung lässt sich mit der *Schutzgebotsfunktion* der Grundrechte erklären. Zu beachten ist aber hier, dass der Gesetzgeber und die Richter doch dazu verpflichtet sind, die Grundrechte der Einzelnen zu berücksichtigen, wenn es sich um vertragliche Beeinträchtigungen handelt, die sich insbesondere aus Ungleichgewicht der Beteiligten ergeben⁹⁵.

Die weiteren verfassungsrechtlichen Beschränkungen der Vertragsfreiheit sind die *Rechte anderer* und das *Sittengesetz*, die in der Praxis keine selbständige Bedeutung haben, da sie durch den Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung umfasst werden.

Unter *Rechte anderer* sind alle subjektiven privaten und öffentlichen Rechte der am Vertrag unbeteiligten Dritten zu verstehen⁹⁶. Erfasst werden dabei auch die gerichtlich gesicherten Anwartschaftsrechte und die Forderungsrechte. Die bloßen Interessen des Einzelnen, sowie die Rechte des Staates als Fiskus und als Hoheitsträger und die kollektiven Interessen der Gemeinschaft sind jedoch nicht als Rechte Anderer anzusehen⁹⁷. Geschützt sind selbstverständlich die nur vom GG als schutzwürdig

⁹³ BROX/WALKER § 4 Rn. 4.

⁹⁴ Emberger in PALANDT, vor § 145 Rn. 7.

⁹⁵ BROX/WALKER, § 4 Rn. 5. BVerfGE 81, 242, (255ff.) „Handelsvertreterurteil“; 89, 214 (232); „Vielmehr greifen dann ergänzend solche zivilrechtlichen Generalklauseln ein, die als Übermaßverbote wirken, vor allem die §§ 138, 242, 315 BGB. Gerade bei der Konkretisierung und Anwendung dieser Generalklauseln sind die Grundrechte zu beachten. Der entsprechende Schutzauftrag der Verfassung richtet sich hier an den Richter, der den objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte in Fällen gestörter Vertragsparität mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen hat und diese Aufgabe auch auf vielfältige Weise wahrnimmt.“ Siehe auch BVerfG 98, 365 (395).

⁹⁶ Di Fabio in MAUNZ/DÜRIG, Art. 2 GG, Rn 44; Jarass in JARASS/PIEROTH, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 GG Rn. 18.

⁹⁷ Jarass in JARASS/PIEROTH GG Art. 2 Rn. 18; Di Fabio in MAUNZ/DÜRIG Kommentar Art. 2 GG, Rn. 44.

anzusehenden Interessen der Rechtssubjekte, nicht aber jedes beliebige Einzelinteresse.

Eine weitere Begrenzung der Vertragsfreiheit ist das *Sittengesetz*, das die von der Allgemeinheit anerkannte Moral und Wertvorstellungen darstellt⁹⁸. Es bezieht sich auf die allgemeinen Normen, die für das Verhalten des Menschen im sittlichen Bereich gelten⁹⁹. Auf dem Gebiet des Privatrechts ist das Sittengesetz in § 138 BGB (Verbot des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts) und in § 242 BGB (Grundsatz des Treu und Glaubens) konkretisiert.

der Einschränkung der Grundrechte und dadurch der Vertragsfreiheit ist der Gesetzgeber verpflichtet, die bestimmten verfassungsrechtlichen Grundsätze (die so genannten Schranken der Schranken) zu berücksichtigen. Dabei sind der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁰⁰, die Wesengehaltgarantie nach Art. 19 Abs. 2 GG¹⁰¹, das Verbot des einschränkenden Einzelfallgesetzes nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG¹⁰², das Zitiergebot nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG¹⁰³ und der Bestimmtheitsgrundsatz¹⁰⁴ zu beachten.

⁹⁸ Das Sittengesetz umfasst dagegen nicht die subjektive Anerkennung des Einzelnen. EN-NECCERUS/NIPPERDEY, S. 102.

⁹⁹ Jarass in JARASS/PIEROTH, Art. 2 Rn. 19.

¹⁰⁰ Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit müssen die grundrechtseinschränkenden Regelungen geeignet, erforderlich und angemessen dem legitimen Zweck verfolgen. PIEROTH/SCHLINK, Rn. 279ff.

¹⁰¹ Nach dem Prinzip der Wesengehaltgarantie, ein durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgendes Einschränkung eines Grundrechts darf das Grundrecht nicht in seinem Wesengehalt angetastet werden. BADURA, S. 115.

¹⁰² Nach dem Verbot des einschränkenden Einzelfallgesetzes kann ein grundrechtseinschränkendes Gesetz nur dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn es allgemein und nicht für den Einzelfall gilt. PIEROTH/SCHLINK, Rn. 307ff.

¹⁰³ Nach dem Zitiergebot kann ein Gesetz nur verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn es das eingeschränkte Grundrecht unter Angabe des Artikels nennt. PIEROTH/SCHLINK, Rn. 310.

¹⁰⁴ Nach Bestimmtheitsgrundsatz ist das grundsatzzeinschränkende Gesetz rechtsstaatlich klar und bestimmt sein. PIEROTH/SCHLINK, Rn. 312.

Literaturverzeichnis

- BADURA**, Peter, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, München 2003.
- BREHM**, Wolfgang/ **BERGER**, Christian, Sachenrecht, Tübingen 2006.
- BROX**, Hans/ **WALKER**, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, München 2009.
- BUSCHE**, Jan, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1999.
- BYDLINSKI**, Franz, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien 1967.
- CANARIS**, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München, 1971.
- DILCHER**, Hermann, Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960, S. 1040ff.
- EMMERICH**, Volker/ **GERHART**, Walter/ **GRUNSKY**, Wolfgang/ **HUHN**, Diether/ **SCHMIDT**, Eike/ **TEMPEL**, Otto/ **WOLF**, Manfred, Athenäum Zivilrecht, Band I Grundlagen des Vertrags- und Schuldverhältnisses, Frankfurt am Main 1972.
- ENNECCERUS** Ludwig/ **NIPPERDEY** Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Tübingen 1950.
- ERMAN** Kommentar zum BGB, Band I (§§ 1-758 BGB), Köln 2008.
- FIKENTSCHER**, Wolfgang/ **HEINEMANN** Andreas, Schuldrecht, Berlin 2006
- FLUME**, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, Berlin 1979.
- HÖNN**, Günther, Zur Problematik der Privatautonomie, Jura 1984, S. 57ff.
- JARASS** Hans/**PIEROTH** Bodo Kommentar zum Grundgesetz, München 2009.
- KNOBEL**, Ulrike, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, Berlin 2000.

- LARENZ**, Karl/ **WOLF**, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2004.
- LAUFKE**, Franz, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Festschrift für Lehmann, Bd. 1, 1956, S. 164.
- LOEBER**, Dietrich, Der hoheitlich Gestaltete Vertrag, 1969.
- MAUNZ** Theodor/ **DÜRIG** Günter, Kommentar zum Grundgesetz, München 2009.
- MERZ** Hanz, Privatautonomie Heute, Grundsatz und Rechtswirklichkeit, 1970.
- MÜNCHENER KOMMENTAR** zum BGB, 1. Halbband, München 2006.
- NIPPERDEY**, Hans Carl, Kontrahierungszwang und Diktierter Vertrag, 1920.
- NORDEMANN**, Jan Bernd/ **CZYCHOWSKI**, Christian/ **GRÜTER** Patrick, Das Internet, die Nameserver und das Kartellrecht, NJW 1999, S. 1897ff.
- PALANDT**, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 68. Auflage, München 2009.
- PAWLOWSKI**, Hans-Martin, Allgemeiner Teil des BGB, Grundlehren des bürgerlichen Rechts, Heidelberg 2003.
- PIEROTH** Bodo/**SCHLINK** Bernhard, Grundrechte II, Staatsrecht, 2006.
- SCHELLHAMMER**, Kurt, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, samt BGB allgemeiner Teil, Heidelberg 2008.
- SEROZAN**, Rona, Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken, JurBl. (Juristische Blätter), 1983, S. 561 ff.
- SOERGEL** Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil II, §§ 104-245, 13. Auflage, 1999.
- STAUDINGER** Kommentar zum BGB, Buch I, Allgemeiner Teil, §§ 134-163, Berlin 2003.
- WIEWEG**, Klaus/ **WERNER**, Almuth, Sachenrecht, München 2005.
- WOLF**, Manfred, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970.
- ZWEIGERT** Konrad/ **KÖTZ** Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen 1996.