

Teil I: Wirtschaftsprivatrecht

A Privatrechtliche Grundlagen

Marian Paschke¹

Kapitel 1 Einführung und Grundlagen

§ 1 Konzeption des Wirtschaftsvertragsrechts

I. Rechtlicher Charakter

Das Wirtschaftsvertragsrecht stellt keine eigenständige Rechtsdisziplin dar. Es ist Bestandteil des Wirtschaftsrechts, enthält zugleich Elemente des Vertragsrechts und ist das Vertragsrecht der Wirtschaft. Das Vertragsrecht der Wirtschaft insgesamt weist eine hybride Struktur auf, enthält sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Bereiche. Der öffentlich-rechtliche Bereich ist vor allem dann eröffnet, wenn der Staat mit der Wirtschaft bzw. den Akteuren der Wirtschaft Verträge schließt. Öffentlich-rechtliche Verträge stehen im Wirtschaftsverkehr unter eigenen, durch das öffentliche Recht geprägten Regelungsgrundsätzen. **1**

Das hier behandelte Wirtschaftsvertragsrecht hat eine ausschließlich privatrechtliche Struktur. Seine Eigenart ergibt sich aus dem Bezug zur privaten Wirtschaft einerseits und zum privaten Vertragsrecht andererseits. Sein Charakteristikum ist der Wirtschaftsbezug des privaten Vertragsrechts. Die Besonderheit des Wirtschaftsvertragsrechts besteht in seinem wirtschaftsbezogenen Regelungsbereich. Im Unterschied zum privaten Lebensbereich, erfasst das Private Wirtschaftsvertragsrecht ausnahmslos solche Regelungsbereiche, die den außerhalb der privaten Sphäre liegenden Wirtschaftsverkehr betreffen. Seine Regelungen betreffen nur solche Sachverhalte, bei denen mindestens eine Vertragspartei am Wirtschaftsleben teilnimmt, sei es als Unternehmer, sei es als Vertragspartner eines Unternehmers. **2**

Das Wirtschaftsrecht ist zu unterscheiden vom Handelsrecht. Das Handelsrecht wird nach hergebrachtem Verständnis in Deutschland als Sonderprivatrecht des Kaufmanns (subjektives System) definiert. Ein so verstandenes Handelsrecht hat keine dauerhafte Bestandperspektive, weil für die moderne Rechtsentwicklung nicht das auf den Stand der Person abstellende Rechtsverständnis im Vordergrund steht, sondern die die Wirtschaft gestaltenden und an ihr beteiligten Einheiten. Insofern gehört die Zukunft dem Unternehmens- oder Wirtschaftsrecht. Das Wirtschafts- und Wirtschaftsvertragsrecht ist Teil dieser modernen Entwicklung der Rechtsordnung zu einem Recht der Unternehmen, zu einem Recht der Wirtschaft. **3**

II. Besonderheiten

Inhaltlich ist das Wirtschaftsvertragsrecht durch die Geltung der Grundsätze des allgemeinen Vertragsrechts geprägt. Es beruht somit auf dem Grundsatz der Privatautonomie und der Gewährleistung der Privatautonomie durch sie schützende Normen. Davon unbenommen setzt sich zunehmend die Erkenntnis durch, dass Wirtschaftsprivatrecht auch auto- **4**

¹ Unter wertvoller Mitarbeit von wiss. Mitarbeiter Maximilian Bahnsen.

mieübergreifend verfasste, gemeinwohlorientierte Aufgaben zu bewältigen hat. Im Hinblick auf die entsprechenden Staatszielbestimmungen des Art. 20a GG ist verfassungsverbindlich vorgegeben, dass die öffentliche Hand „in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung“ zu schützen hat. Gemäß dieser Maxime ist auch das vom Staat gesetzte Wirtschaftsvertragsrecht an Gemeinwohlbindungen zu orientieren; seit je her setzt der Staat für das Vertragsrecht der Wirtschaft die Rahmenordnung, innerhalb derer sich die Autonomie jedes Einzelnen für das eigene Wohl, aber auch das Wohl der Gemeinschaft verantwortlich entfalten kann. Jeder Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr trifft die grundrechtliche Freiheit und Bindung, mit seinem Eigentum in der Weise verantwortlich umzugehen, dass den grundrechtlichen Anforderungen des Art. 14 Abs. 2 GG, nach der Eigentum verpflichtet und sein Gebrauch zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen soll, entsprochen wird. Im Vertragsrecht sind die Wirtschaftsvertragsparteien auf die Beachtung der Maxime von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet. Das Wirtschaftsvertragsrecht beruht in seiner normativen Verfassung auf dem Grundsatz der Freiheit des Handelns und des Handels, die von der Verantwortlichkeit jedes einzelnen Wirtschaftsverkehrsteilnehmers für sein Handeln und seine Handelstätigkeit (free trade-Prinzip) geprägt ist. Das entwickelte Wirtschaftsvertragsrecht wird nicht durch den Grundgedanken „freien Handelns und Handels“, sondern durch den des „fairen und verantwortlichen Handelns und Handels“ (responsible trade-Prinzip) geprägt. Hierin gründen letztlich sowohl die komplementär wirkenden Maximen ökonomische Effizienz zur Vermeidung von Transaktionskosten, als auch die auf ökologische Effizienz abzielende Maxime nachhaltiger Transaktionen, die in der jüngeren Rechtssetzung der EU insbesondere zu Nachhaltigkeitsanforderungen im Recht des Warenkaufs und bei der Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen² sowie der Einhaltung von Menschenrechten, Arbeitnehmerbelangen und Umweltstandards in dem in Deutschland geplanten sog. Lieferkettengesetz³ zunehmend an Bedeutung gewinnt.

- 5 Gegenüber dem allgemeinen Vertragsrecht weist das Wirtschaftsvertragsrecht eine Reihe von Besonderheiten auf:
1. Es beruht auf einer freiheitlicheren Konzeption im Vergleich zum allgemeinen Vertragsrecht (beispielsweise sind formfreie, mündliche Rechtsgeschäfte in weitem Maße wirksam).
 2. Es dient der Rationalisierung des Geschäftsverkehrs, das heißt es soll diesen vereinfachen und beschleunigen (bei Verletzung der kraft Gesetzes bestehenden Rügeobliegenheiten verliert der Anspruchsberechtigte seinen Anspruch).
 3. Es dient der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere dadurch, dass bestehende Handelsbräuche als Rechtsquelle anerkannt werden.
 4. Es strebt – empirisch und normativ betrachtet – nach universeller Geltung. Dies zeigt sich durch die Geltung von Einheitsrecht für internationale Wirtschaftsverträge (z. B. Einheitskaufrecht für Handelskaufverträge durch die Convention on International Sales of Goods, CISG).

2 Vgl. insbesondere die Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlamentes und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs und die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen. Näher dazu *Lommatzsch/Albrecht/Priifer*, GWR 2020, 331; *Bach/Wöbbeking*, NJW 2020, 2672; *Tonner*, VuR 2019, 363 ff.

3 Dazu *Rünz*, ZVertriebsR 2020, 291 ff.

Kapitel 2 Allgemeines Wirtschaftsvertragsrecht

§ 1 Privatautonomie als Grundlage marktwirtschaftlichen Vertragsrechts

I. Privatautonomie und Vertragsfreiheit

Das Vertragsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union beruht auf dem Grundsatz der Privatautonomie. Darunter versteht man die verfassungsrechtlich verbürgte Befugnis aller Privatrechtssubjekte, also der natürlichen und juristischen Personen gleichermaßen, ihre Rechtsverhältnisse grundsätzlich autonom, nach den je eigenen Vorstellungen und Bedürfnissen im Rahmen der Rechtsordnung zu regeln. **6**

Private Autonomie kommt insbesondere in dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zum Ausdruck, der sich seinerseits in den Grundsätzen der Abschlussfreiheit, der Gestaltungsfreiheit und der Beendigungsfreiheit niederschlägt. Die Privatrechtssubjekte sind danach grundsätzlich frei in der Entscheidung, ob und mit wem sie Verträge schließen, wie sie diese gegebenenfalls inhaltlich gestalten und wann sie diese beenden. **7**

Die entwickelte, moderne Privatrechtsordnung kennt diese Grundsätze allerdings nicht (mehr) uneingeschränkt an. Die Abschlussfreiheit ist durch einen unter bestimmten Voraussetzungen insbesondere für Unternehmen der Daseinsvorsorge und marktbeherrschende Unternehmen kraft Gesetzes bestehenden Kontrahierungszwang ergänzt worden. Der Inhalt von Verträgen unterliegt, namentlich bei Vereinbarung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, einer gesetzlichen Inhaltskontrolle und an die Stelle der Beendigungsfreiheit ist in wichtigen Regelungsbereichen, namentlich am Arbeitsrecht und Mietrecht, der Gedanke des Kündigungsschutzes gesetzlich verankert worden. **8**

II. Vertragsfreiheit und Wettbewerbsrecht

Der den Grundsatz der Privatautonomie konkretisierende Grundsatz der Vertragsfreiheit steht in der marktwirtschaftlichen Ordnung der Europäischen Union und der Bundesrepublik nicht allein und für sich. Die marktwirtschaftliche Ordnung entfaltet sich im Wettbewerb, der seinerseits vom Wettbewerbsrecht geschützt wird. Nur durch die Wettbewerbsverfassung ist gewährleistet, dass die Vertragsfreiheit die ihr zugeordneten Ergebnisse erreichen kann. **9**

Dem Wettbewerbsrecht kommt die fundamentale Aufgabe zu, die Freiheit der am Wirtschaftsleben Beteiligten insbesondere bei der Begründung, der Gestaltung und der Beendigung von Vertragsbeziehungen mit anderen Teilnehmern am Wirtschaftsverkehr zu schützen. Dieser Freiheitsschutz wird nach aller empirischen Erfahrung zu aller erst durch funktionsfähigen Wettbewerb gewährleistet. Der Staat ist mittels hoheitlicher Planung und dirigistischer Eingriffe in das freiheitlich organisierte Wirtschaftsgeschehen nicht in vergleichbarer Weise in der Lage, die Freiheitsrechte aller Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr zu gewährleisten. **10**

Es ist dies die wesentliche Erkenntnis, auf der die freiheitliche Verfassung einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung beruht. Sie hat in den Europaverträgen und im nationalen Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland ihren systembildenden rechtlichen Niederschlag gefunden. Diese Freiheitsverfassung für die Wirtschaft (und andere Lebensbereiche der Gesellschaft) schließt nicht aus, dass der Staat in das Wirtschaftsgeschehen durch hoheitliche Maßnahmen und Regelungen eingreift. Solche Eingriffe sind aber nach der normativen Grundkonzeption nur in den Fällen des Marktver- **11**

sagens und zur Erreichung von Regelungszielen im Interesse des Gemeinwohls ausnahmsweise zulässig.

- 12** Die Wettbewerbsordnung schützt den funktionierenden Wettbewerb insbesondere vor freiheitsgefährdender Machtansammlung in den Händen weniger, aber marktmächtiger Wirtschaftsteilnehmer (sog. Monopol- oder Missbrauchskontrolle), sowie vor einer den Wettbewerb ausschließenden und damit freiheitsgefährdenden Kartellbildung.
- 13** Dann wenn sich Wettbewerb nicht von selbst einstellt, hat der Staat die Aufgabe, Wettbewerb in möglichst vielen Bereichen des Wirtschaftslebens herzustellen. Verkrustete oder gar monopolisierte Marktstrukturen sind aufzubrechen und in eine Wettbewerbswirtschaft zu überführen. Die Liberalisierung der Telekommunikations- und Energiewirtschaft durch europäische und nationale Regelungen sind anschauliches Beispiel für die Möglichkeiten einer zunehmenden Marktöffnung; auch von Wirtschaftsbereichen, die bisher als natürliches Monopol galten und für Wettbewerb als unzugänglich angesehen wurden. Der Übergang von einem Wirtschaftsmonopol zur Markt- und Wettbewerbsöffnung eines Wirtschaftssektors muss vom Gesetzgeber des Wirtschaftsrechts sorgfältig begleitet und durch maßvolle Regulierung durch staatliche Behörden überwacht und gesteuert werden. Erst wenn dieser Transformationsprozess abgeschlossen ist, kann das Private Wirtschaftsvertragsrecht und die darin geltende Vertragsfreiheit unter Bedingungen effektiven Wettbewerbs zur Geltung kommen.

§ 2 Die Ausprägungen der Vertragsfreiheit

I. Abschlussfreiheit, Zustandekommen von Wirtschaftsverträgen

1. Abschlussfreiheit

- 14** Die Abschlussfreiheit ist derjenige Grundsatz des Wirtschaftsvertragsrechts, der gewährleistet, dass sich die am Wirtschaftsvertrag beteiligten Partner frei entscheiden können, ob sie einen Vertrag schließen oder nicht. Die sog. positive Abschlussfreiheit bezeichnet dabei die Fähigkeit, sich (positiv) für einen Vertragsschluss, die negative Abschlussfreiheit die Fähigkeit, sich gegen einen Vertragsschluss entscheiden zu können.
- 15** Die Freiheit umfasst sowohl die Wahl des Vertragspartners als auch die Auswahl des Vertragsgegenstandes. Beide Freiheitsbereiche verdienen nur dann diese Bezeichnung, wenn eine echte Wahlfreiheit in dem Sinne besteht, dass dem am Vertragsschluss interessierten Wirtschaftsverkehrsteilnehmer tatsächlich Alternativen zur Verfügung stehen. Wahlfreiheit in dem genannten Sinn besteht nur dann, wenn mehrere mögliche Vertragspartner und mehrere mögliche Vertragsgegenstände zur Wahl stehen. Dass diese Voraussetzungen vorliegen, ist eine Funktionsbedingung des privatrechtlichen Vertragsmodells im Wirtschaftsrecht. Ist diese nicht erfüllt, kann die Vertragsabschlussfreiheit nicht die Wirkungen erreichen, die mit ihr verbunden sein sollen.
- 16** Die Wahlfreiheit hat eine (unsichtbar) steuernde Wirkung, weil die Wirtschaftsverkehrsteilnehmer aus ihrem eigenen Nutzenkalkül heraus keine für sie inakzeptablen Verträge schließen werden. Da jede Vertragspartei und jeder Wirtschaftsverkehrsteilnehmer denselben utilitaristischen Impuls spürt und verfolgt, hat die Gewährleistung von Abschlussfreiheit eine insgesamt die allgemeine Wohlfahrt steigernde Bedeutung.
- 17** Die Abschlussfreiheit gibt den Wirtschaftsverkehrsteilnehmern die Möglichkeit, einen Vertragsschluss abzulehnen. Diese Freiheit geht soweit, dass sie die Fähigkeit zur Diskriminierung einschließt. Die Diskriminierung beim Vertragsschluss ist deshalb grundsätzlich kein Missbrauch der Abschlussfreiheit, sondern sie ist von ihr als Ausdruck der

Abschlussfreiheit gedeckt. Sie ist gerechtfertigt und erträglich, weil in einer Wettbewerbswirtschaft der abgelehnte Vertragsschluss mit einem anderen Vertragspartner geschlossen werden kann. Wenn neuerdings der europäische und der deutsche Gesetzgeber ein allgemeines Anti-Diskriminierungsgesetz für erforderlich hält, insbesondere Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse oder der Religion zu unterbinden, so ist dies ein Akt ordnungspolitisch gewollter Steuerung, der die Freiheitsrechte der Wirtschaftsverkehrsteilnehmer einschränkt.

2. Kontrahierungszwang

In den Fällen, in denen die Funktionsbedingungen des Grundsatzes der Abschlussfreiheit nicht gegeben sind, versagt das Instrument der Abschlussfreiheit als Steuerungsinstrument für das Wirtschaftsgeschehen. Deshalb werden in solchen Fällen Monopolanbieter von wichtigen Leistungen der Daseinsfürsorge von der Rechtsordnung zum Vertragsschluss gezwungen. Es besteht dann ausnahmsweise ein Vertragsabschluss- oder Kontrahierungszwang.

Der Kontrahierungszwang gibt einen gesetzlich gesicherten Anspruch auf Abschluss eines nicht freiwillig gewährten Vertrages. Der Anspruch kann vor den Zivilgerichten durchgesetzt werden. Regelmäßig hat der Gesetzgeber auch dafür zu sorgen, dass der Inhalt des Vertrages in solchen Fällen gesetzlich vorgeformt ist, damit nicht der Anspruch auf Abschluss des Vertrages durch das Fordern unangemessener Vertragsbedingungen konterkariert werden kann.

Ein Kontrahierungszwang besteht in einer marktwirtschaftlichen Ordnung nur ausnahmsweise. In der Bundesrepublik Deutschland sieht die Rechtsordnung solche Fälle nur dann vor, wenn eine Monopol- oder monopolnahe Situation bei bestimmten Produkten oder Dienstleistungen für die Versorgung des Einzelnen mit wichtigen Gütern, die zum angemessenen Dasein gehören, den Kontrahierungszwang erforderlich macht. Er kann dann gestützt auf Generalklauseln des Privatrechts eingefordert und erforderlichenfalls vor den Gerichten eingeklagt werden. Spezielle Fälle des Kontrahierungszwangs sieht auch das Energierecht, das Telekommunikationsrecht und das Eisenbahnverkehrsrecht vor, indem es den Wettbewerbern eines marktstarken Anbieters in den betroffenen Wirtschaftsbereichen einen Anspruch auf Zugang zu der für ihre Wirtschaftstätigkeit unabdingbar notwendigen Infrastruktur ermöglicht. Auf diese Weise haben Unternehmen der angesprochenen besonderen Wirtschaftsbereiche die Möglichkeit, das Stromnetz, das Telefonnetz oder das Schienennetz ihres marktmächtigen Wettbewerbers am Markt gegen Zahlung einer angemessenen Gegenleistung diskriminierungsfrei mitzubeneutzen.

Daneben kennt das europäische und das deutsche Kartellrecht einen Anspruch auf Vertragsschluss in allen Fällen, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktstellung dadurch missbräuchlich ausnutzt, dass es den Vertragsschluss insbesondere über wichtige Einrichtungen und Leistungen (sog. essential facilities) mit einem Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund ablehnt. Im deutschen Recht ist dieser Anspruch dahingehend erweitert, dass ohne Rücksicht auf die marktbeherrschende Stellung der Anspruch auf Vertragsschluss schon immer dann besteht, wenn ein kleineres oder mittleres Unternehmen von einem anderen abhängig, also auf seine Leistungen angewiesen ist. Insbesondere die Hersteller von bekannten Markenartikeln unterliegen insofern einem erweiterten Kontrahierungszwang.

3. Formfreiheit

Zum Grundsatz der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsvertragsrecht gehört ferner der Grundsatz der Formfreiheit. Verträge und Rechtsgeschäfte sonstiger Art bedürfen grundsätzlich keiner besonderen Form, weil die Autonomie der Parteien so verstanden wird,

18

19

20

21

22

dass es ihnen grundsätzlich selbst überlassen wird, für die Dokumentation von rechtserheblichen Erklärungen und deren Beweisbarkeit zu sorgen, sowie die zutreffende Einschätzung der Bedeutung eines Vertrages vorzunehmen. Deshalb sind grundsätzlich alle mündlichen und schriftlichen, unmittelbar oder auf technischem Wege übermittelten Erklärungen gleichermaßen erheblich und wirksam. Der Gesetzgeber trägt damit dem Bedürfnis des Wirtschaftsverkehrs Rechnung, der insbesondere die Abwicklungen von Willenserklärungen über das Telefon, das Telefax oder via E-Mail oder durch das Internet nutzen möchte, ohne an besondere Formanforderungen gebunden zu sein. Die Gewährleistung der Beweis- und Warnfunktion, die der Gesetzgeber mit besonderen Formvorschriften typischerweise verfolgt, muss im Wirtschaftsvertragsrecht grundsätzlich von den Wirtschaftsverkehrsteilnehmern selbst beachtet werden.

- 23** Ausnahmen bestätigen diese Regel. Diese Ausnahmen rühren von den Regelungen des allgemeinen Vertragsrechts her und haben deshalb keinen wirtschaftsvertragsrechtlichen Hintergrund. Beispielsweise ist der Abschluss eines Grundstückskaufvertrages formbedürftig (er unterliegt dem Erfordernis einer notariellen Beurkundung); dies ist bei Wirtschaftsverträgen nicht anders als bei Verträgen zwischen Privatpersonen gleichermaßen zwingend vorgeschrieben, um die damit verbundene Beratungsfunktion durch den Notar erfüllen zu können. Ein spezifisches Formerfordernis im Wirtschaftsvertragsrecht gibt es nicht. Verträge sind deshalb im Wirtschaftsrecht grundsätzlich formlos wirksam. Verträge, die im allgemeinen Vertragsrecht einer besonderen Form unterstellt sind – etwa der Bürgschaftsvertrag, der ohne Einhaltung der Schriftform unwirksam ist –, sind im Wirtschaftsvertragsrecht vielfach sogar ohne Einhaltung einer besonderen Form wirksam.
- 24** Im Hinblick auf den elektronischen Geschäftsverkehr mittels Internet und via E-Mail hat der Gesetzgeber die sog. elektronische Form eingeführt, die immer dann, wenn das Gesetz ausnahmsweise die Schriftform verlangt, genutzt werden kann und die Schriftform der Erklärung ersetzt. Diese vom europäischen Recht europaweit eingeführte Möglichkeit ist für den digitalen Wirtschaftsverkehr von erheblicher Bedeutung. Die elektronische Form beruht auf einem Verschlüsselungssystem, das durch bestimmte zertifizierte Unternehmen am Markt angeboten wird. Durch die Benutzung solcher sog. qualifizierten elektronischen Signaturen wird die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform wirksam ersetzt.
- 25** Die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit ermöglichen den Wirtschaftsverkehrsteilnehmern, Formvorschriften zu vereinbaren. Solche Vereinbarungen können insbesondere zum Gegenstand haben, dass die Begründung oder die Änderung eines Vertrages nur bei Einhaltung der vereinbarten Schriftform wirksam ist. Solche Formvereinbarungen sind wirksam und führen bei Nichteinhaltung vereinbarungsgemäß zur Unwirksamkeit der Erklärung bzw. des Vertrages. Allerdings ist zu beachten, dass die Parteien eine vereinbarte Schriftformregelung auch wieder aufheben können. Wegen des Grundsatzes der Formfreiheit ist nicht nur die Vereinbarung, sondern auch die Aufhebung der Schriftform formfrei möglich. Insofern ist bei vereinbarter Schriftform regelmäßig zu prüfen, ob die Parteien diese Vereinbarung ausdrücklich oder angesichts der Umstände konkludent wieder aufgehoben haben. In einem solchen Fall gilt die vereinbarte Schriftform nicht mehr.
- 26** Wirtschaftsverträge sind nicht anders im allgemeinen Vertragsrecht auf dem Konsens der Parteien aufbauend und in ihrer Wirksamkeit nur von diesem Konsens abhängig (sog. Konsensprinzip). Konsensualverträge haben in der Rechtswirklichkeit unserer Tage sog. Realverträge, deren Wirksamkeit neben dem Konsens der Vertragspartner ein zusätzliches reales Moment (etwa die Übergabe von Gegenständen) voraussetzt, beinahe vollständig verdrängt. In einem Teilbereich des Wirtschaftsvertragsrecht, nämlich im

Eisenbahntransportrecht, hat sich allerdings ein bedeutsames realvertragliches Element erhalten: Ohne den erforderlichen Stempel der Eisenbahngesellschaft kommt der Vertrag nach den einschlägigen internationalrechtlichen Bestimmungen nicht wirksam zustande (Art. 11 CIM; nähere Angaben im Kapitel zum Transportrecht).

II. Inhaltsfreiheit, Inhalt von privaten Wirtschaftsverträgen

1. Gestaltungsfreiheit

Die Freiheit Rechtsgeschäfte und insbesondere Verträge inhaltlich frei zu gestalten ist ein weiterer Grundsatz des Wirtschaftsvertragsrechts. Es gehört zur verfassungsrechtlich geschützten Autonomie der Wirtschaftsverkehrsteilnehmer, dass sie selbst die Handlungsformen festlegen, die sie für ihr wirtschaftliches Handeln für angemessen und richtig halten. Die Parteien des Vertrages sind dabei auch befugt, von den Bestimmungen des Gesetzesrechts abzuweichen, wenn sie das im Konsens vereinbaren. Eine Ausnahme bilden nur diejenigen Gesetzesbestimmungen, die nicht-dispositives Recht, nämlich zwingendes Gesetzesrecht, enthalten. 27

Verträge können jedenfalls grundsätzlich frei gestaltet werden, ohne dass der Gesetzgeber besondere Vorkehrungen für die Kontrolle des Vertragsgeschehens vorsehen muss. Dies erscheint nur auf den ersten Blick überraschend und keine gerechten Ergebnisse versprechend. Auf den zweiten Blick zeigt sich, dass es wiederum der Wettbewerb im marktwirtschaftlichen Geschehen ist, dem die Fähigkeit zugemessen wird, für Fairness und Gerechtigkeit in den Vertragsbeziehungen zu sorgen. Der regulierenden Hand des Gesetzgebers bedarf es deshalb nicht und er soll sich aus dem Inhalt von Verträgen auch bewusst heraushalten, weil die Parteien am besten wissen, welche Inhalte der Vertrag sinnvoller Weise aufweisen sollte. Kommen die Parteien bei den Vertragsverhandlungen nicht zu einem Konsens über den zu vereinbarenden Inhalt, werden sie von einem Vertragsschluss absehen und den Vertrag mit einem anderen Vertragspartner schließen. Vereinbarungen über den Vertragsinhalt – so lässt sich der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit zusammenfassen – sind richtig und vernünftig, weil die vertragsschließenden Parteien sie so wollen. 28

Die Gestaltungsfreiheit erlaubt den Vertragsparteien Verträge zu erfinden, die im Gesetz gar nicht vorgesehen sind. Im Wirtschaftsverkehr ist beispielsweise der Leasing-Vertrag durchaus beliebt und gelangt häufig zur Anwendung, obwohl das deutsche Zivilrecht diesen Vertrag nicht regelt, zumal er sich vom gesetzlich geregelten Mietvertrag dadurch grundsätzlich unterscheidet, dass der Leasingvertrag typischerweise als Vertrag über die Finanzierung wirtschaftlich genutzter Güter des Vermögens eines Unternehmens vereinbart wird. Dennoch bestehen an der prinzipiellen Wirksamkeit von Leasing-Verträgen nicht die geringsten Zweifel, weil eben die Gestaltungsfreiheit auch die Freiheit umfasst, neue, kreativ gestaltete Vertragsformen und -varianten zu vereinbaren. 29

2. Geschäftsbedingungen

Ein besonderes und regelungsbedürftiges Phänomen stellen die Standardbedingungen eines Vertrages dar, die sog. Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Sie sind dadurch definiert, dass eine Vertragspartei diese Bedingungen einseitig aufstellt und vorformuliert. In Bestellformularen, vordruckten Vertragsurkunden und im PC gespeicherten Vorlagen finden Allgemeine Geschäftsbedingungen häufige Verwendung. Werden diese Bedingungen nun Vertragsinhalt, so ist die Richtigkeitsgewähr des vertraglichen Konsenses nicht gegeben, weil sie eben einseitig aufgestellt und vorformuliert sind, ohne dass der andere Vertragspartner auf sie Einfluss nehmen konnte und ihren Inhalt verändert hat. In dieser Situation findet nach der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland eine Kontrolle des Inhalts dieser Geschäftsbedingungen statt. Nach der europäischen Rechts- 30

lage ist dies nur für Verträge mit Verbrauchern geboten; in Deutschland besteht die Kontrollmöglichkeit aber über die Verbrauchergeschäfte hinaus im Wirtschaftsvertragsrecht insgesamt.

- 31** Der Gesetzgeber sieht eine Kontrolle vor, die in § 307 BGB darauf abstellt, ob die Bedingungen die Interessen des Vertragspartners unangemessen benachteiligen. Es findet somit eine Fairness-Kontrolle des Inhalts der Geschäftsbedingungen statt. Das Abweichen von wesentlichen Grundgedanken vorhandener gesetzlicher Regeln ist ein weiterer Prüfungsgegenstand der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Insgesamt wird damit die Vertragsfreiheit, nämlich die inhaltliche Gestaltungsfreiheit durch Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, erheblich eingeschränkt. Die Kontrolle findet als gerichtliche Kontrolle vor den Zivilgerichten statt. Sie kann dadurch erfolgen, dass sich eine Partei in einem Zivilprozess auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruft. Das Gericht hat dann die Wirksamkeit der Geschäftsbedingungen nach den soeben genannten Gesichtspunkten der gesetzlichen Kontrolle zu überprüfen. Möglich ist auch eine vom Einzelfall unabhängige, sog. abstrakte Kontrolle; diese kann von den dazu autorisierten Verbänden und Einrichtungen des Wirtschaftsverkehrs (Industrieverbände, Verbraucherverbände, Handelskammer) ebenfalls bei den Zivilgerichten klageweise geltend gemacht werden.
- 32** Mit den International Commercial Terms (INCOTERMS) stellt die Internationale Handelskammer zu Paris (ICC) dem Wirtschaftsverkehr ein allgemein anerkanntes Klauselwerk zur Verfügung, das für die Aufnahme in Wirtschaftsverträge gedacht und geeignet ist. Die INCOTERMS entstanden 1936 in ihrer ursprünglichen Fassung aus dem Wunsch, die Trade Terms international zu vereinheitlichen, und sie regeln bestimmte Fragen der Risikoverteilung zwischen Vertragsparteien, die insbesondere im grenzüberschreitenden und damit internationalen Handelsverkehr eine große praktische und auch rechtliche Bedeutung haben. Es geht bei den INCOTERMS vor allem um Fragen der vertraglichen Risikoverteilung zwischen Verkäufer und Käufer und um die Verteilung der Kosten für den Transport, die Versicherung, die Verpackung und die Zollfreimachung von Waren.
- 33** Zu diesem Zweck hat die ICC insgesamt 11 Klauseln entworfen bzw. aus der international verbreiteten Vertragspraxis entnommen und diese in zahlreichen Modernisierungen immer wieder den sich verändernden Verhältnissen angepasst. In der Novelle von 1980 beispielsweise erfolgte eine Berücksichtigung des Containerverkehrs bei der Klauselgestaltung und die Novelle von 1990 stellte die INCOTERMS ein auf die Verhältnisse des elektronischen Daten- und Dokumentenverkehrs im internationalen Handel. Die geltende Fassung bilden die INCOTERMS 2020, bei deren Neufassung vor allem die Änderung der Klausel von DAT zu DPU hervorzuheben ist, mit der deutlich gemacht werden soll, dass der Bestimmungsort ein beliebiger Ort sein kann und nicht ein „Terminal“ sein muss. Wie die vorherigen Fassungen befassen sich auch die INCOTERMS 2020 nur mit dem Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer in Bezug auf einige ausgewählte Punkte des Kaufvertrags, enthalten aber keine umfassende Regelung aller Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag und auch keine Regelungen zu dem Beförderungsvertrag.
- 34** Die ICC-Klauseln sind in vier Gruppen aufgeteilt, die ihrerseits nochmals unterteilt sind, und enthalten Pflichteninhalte, die beginnend mit einer reinen Abholklausel (exw = „ex works“) dem Käufer weitgehende Risiken und Pflichten der genannten Art auferlegen; auf der anderen Seite des Spektrums stehen die sog. D-Klauseln, die wiederum dem Verkäufer weitgehende Verpflichtungen und Risiken auferlegen (bei der DDP-Klausel („delivery duty paid“) hat der Verkäufer die geschuldete Ware auf eigene Kosten und auf eigenes Risiko dem Käufer zu liefern. Die beiden anderen Klauselgruppen variieren das Pflichtenprogramm zwischen den Vertragsbeteiligten: Bei der FOB-