

NOMOSLEHRBUCH

Brömmelmeyer

# Schuldrecht Besonderer Teil

Vertragliche Schuldverhältnisse

6. Auflage



Nomos

**NOMOSLEHRBUCH**

**Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer**  
Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)

# **Schuldrecht**

## **Besonderer Teil**

Vertragliche Schuldverhältnisse

6. Auflage



**Nomos**

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

ISBN 978-3-7560-0486-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-3811-8 (ePDF)

6. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Vorwort

Das von *Klaus Tonner* vor fast 20 Jahren begründete Lehrbuch „Vertragliche Schuldverhältnisse“ (1. Aufl. 2004) erscheint in sechster Auflage noch immer in einer Zeit des Umbruchs: Der Umbruch betrifft das Lehrbuch selbst – *Klaus Tonner* ist als Mitautor ausgeschieden –, er betrifft aber auch das Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse: Das Bürgerliche Gesetzbuch, das im 20. Jh. ganz auf den Handel mit (körperlichen) Waren zugeschnitten war, hat sich im Jahre 2021 endgültig auf die Digitalisierung und das *Internet of Things* eingestellt: Mit den Gesetzen zur Umsetzung der Richtlinie über den Warenkauf und der Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen v. 25.6.2021 (BGBl. I, S. 2133 und BGBl. I, S. 2123) hat das BGB die Konsequenz daraus gezogen, dass der Handel mit Smartphones, Smart-TVs und Apps heute größere Bedeutung hat als der Kauf vieler analoger Konsumgüter. Das Lehrbuch geht im Detail auf diese Entwicklungen ein. Konzeptionell hält es an der bewährten Linie fest, aktuelle (höchst-)richterliche Entscheidungen als Beispiele zu verwenden und auf Schaubilder, Definitionen und Wiederholungsfragen zu setzen.

Besonderen Dank schulde ich den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern *Patrick Bladosz*, *Sabrina Ehlers* und *Giulia Rizzo*, die sich immer wieder (mit Erfolg!) für plastischere Beispiele, prüfungsrelevantere Fälle und studierenden-freundlichere, klare und verständliche Texte eingesetzt haben. Bei der Redaktion haben uns die studentischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter *Chris Birla*, *Dominika Luckey*, *Noris-Elea Schmidt-Vökler* und *Jenny Schulz* vorbildlich unterstützt. Für Fehler, die das Lehrbuch trotzdem noch aufweisen sollte, bin ich allein verantwortlich. Sollten Sie Fehler entdecken, bitte ich Sie freundlich um einen entsprechenden Hinweis an „[sekretariat.broemmelmeyer@europa-uni.de](mailto:sekretariat.broemmelmeyer@europa-uni.de)“.

Frankfurt (Oder), im Februar 2023

*Christoph Brömmelmeyer*

## Inhaltsübersicht

<b>Vorwort</b>	5
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	23
<b>Literaturverzeichnis</b>	27
<hr/>	
Teil A: Einleitung	
<b>§ 1 Schuldrecht und vertragliche Schuldverhältnisse</b>	31
<b>§ 2 Vertragsrecht und Vertragsfreiheit</b>	37
<b>§ 3 Europäisierung des Vertragsrechts</b>	42
<b>§ 4 Schuldrechtliche Fälle</b>	50
<hr/>	
Teil B: Kaufrecht	
<b>§ 5 Kaufrecht als Rechtsgebiet</b>	53
<b>§ 6 Kaufvertrag</b>	60
<b>§ 7 Mangelbegriff</b>	77
<b>§ 8 Mängelrechte</b>	97
<b>§ 9 Regress in der Lieferkette</b>	134
<b>§ 10 Einschränkungen und Erweiterungen der Mängelhaftung</b>	142
<b>§ 11 Besondere Arten des Kaufs und Tausch</b>	154
<b>§ 12 Verbrauchsgüterkauf</b>	158
<b>§ 13 Internationales Kaufrecht</b>	185
<b>§ 14 Schenkung</b>	196

## Inhaltsübersicht

---

### Teil C: Finanzgeschäfte

---

<b>§ 15 Darlehen</b>	205
<b>§ 16 Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsvertrag</b>	223
<b>§ 17 Zahlungsdienste</b>	226
<b>§ 18 Bürgschaft</b>	234

### Teil D: Gebrauchsüberlassungsverträge

---

<b>§ 19 Miete</b>	247
<b>§ 20 Insbesondere: Mietverhältnisse über Wohnraum</b>	263
<b>§ 21 Pacht</b>	282
<b>§ 22 Finanzierungsleasing</b>	287
<b>§ 23 Leihe</b>	292

### Teil E: Dienst- und Werkvertrag

---

<b>§ 24 Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag</b>	297
<b>§ 25 Dienstvertrag</b>	300
<b>§ 26 Werkvertrag</b>	320
<b>§ 27 Besondere Werkverträge und ähnliche Verträge</b>	341
<b>§ 28 Touristische Dienstleistungen</b>	352

### Teil F: Sonstige Verträge

---

<b>§ 29 Maklervertrag</b>	367
<b>§ 30 Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag</b>	376
<b>§ 31 Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis</b>	387
<b>Definitionen</b>	392
<b>Stichwortverzeichnis</b>	409

## Inhalt

<b>Vorwort</b>	5
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	23
<b>Literaturverzeichnis</b>	27

### Teil A: Einleitung

---

<b>§ 1 Schuldrecht und vertragliche Schuldverhältnisse</b>	31
I. Schuldrecht und Schuldverhältnis	31
1. Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse	31
2. Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse	32
3. Gesetzliche Schuldverhältnisse	32
II. Besonderes Schuldrecht und Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse	33
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	36
<b>§ 2 Vertragsrecht und Vertragsfreiheit</b>	37
I. Vertragsrecht als Rechtsgebiet	37
II. Vertragsfreiheit	38
1. Grundlagen der Vertragsfreiheit	38
2. Dimensionen der Vertragsfreiheit	39
a) Abschlussfreiheit	40
b) Inhaltsfreiheit	40
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	41
<b>§ 3 Europäisierung des Vertragsrechts</b>	42
I. Richtlinien und Rechtsangleichung	42
1. Richtlinienrecht im BGB	43
2. Richtlinienkonforme Auslegung	44
II. Europäisches Verbrauchervertragsrecht	46
III. Allgemeines europäisches Vertragsrecht?	48
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	49
<b>§ 4 Schuldrechtliche Fälle</b>	50
I. Prüfung von Ansprüchen	50
II. Ineinandergreifen von Schuldrecht AT und BT	51

### Teil B: Kaufrecht

---

<b>§ 5 Kaufrecht als Rechtsgebiet</b>	53
I. Begriff und Systematik des Kaufrechts	53
II. Historische Entwicklung des Kaufrechts	55
1. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie	56
2. Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und richtlinienkonforme Auslegung	56

## Inhalt

---

3. Warenkaufrichtlinie	58
4. Umsetzung der Warenkaufrichtlinie	59
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	59
<b>§ 6 Kaufvertrag</b>	<b>60</b>
I. Begriff und gesetzliche Regelung des Kaufvertrags	60
1. Begriff	60
2. Gesetzliche Regelung	60
a) Digitalkauf	61
b) Sachkauf im Kontext der Digitalisierung	62
II. Vertragsschluss und Wirksamkeit des Kaufvertrags	64
1. Form	64
2. Rechts- oder Sittenwidrigkeit	65
3. Anfechtung	66
4. Widerruf	66
III. Kaufgegenstand	67
IV. Die Pflichten des Verkäufers	69
1. Übergabe und Eigentumsverschaffung	70
2. Mangelfreiheit	70
3. Nebenpflichten	71
V. Die Pflichten des Käufers	72
1. Kaufpreiszahlung	72
2. Abnahme	73
VI. Gefahrtragung	73
1. Leistungsgefahr	73
2. Preisgefahr	74
a) Gefahrübergang gemäß § 446 Satz 1 BGB	74
b) Gefahrübergang beim Versandkauf gemäß § 447 BGB	75
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	75
<b>§ 7 Mangelbegriff</b>	<b>77</b>
I. Einführung	77
II. Sachmangel	78
1. Regelungsstruktur des § 434 BGB	78
2. Subjektive Anforderungen	80
a) Beschaffenheitsvereinbarung	80
aa) Beschaffenheit	80
bb) Beschaffenheitsvereinbarung	82
b) Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung	84
c) Übergabe mit dem vereinbarten Zubehör und den vereinbarten Anleitungen	85
3. Objektive Anforderungen	86
a) Eignung für die gewöhnliche Verwendung	86
b) Übliche und zu erwartende Beschaffenheit	86
aa) Übliche Beschaffenheit	87
bb) Erwartungen aufgrund öffentlicher Äußerungen	88
c) Beschaffenheit einer Probe oder eines Musters	90
d) Zubehör und Anleitungen	90

## Inhalt

---

4. Montageanforderungen	91
5. Falschliefierung	91
6. Mangel bei Gefahrübergang	92
7. Parallelität des Mangelbegriffs bei Verträgen über digitale Produkte	92
III. Rechtsmangel	93
1. Begriff	93
2. Dingliche und obligatorische Rechte	94
3. Öffentlich-rechtliche Beeinträchtigungen	95
4. Buchrechte	95
IV. Rechtsfolgen	96
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	96
<b>§ 8 Mängelrechte</b>	<b>97</b>
I. Überblick	97
1. Rechte des Käufers bei Mängeln gemäß § 437 Nr. 1–3 BGB	99
a) Überblick	99
b) Gefahrübergang	99
2. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags	100
3. Die Mängel einrede	101
II. Nacherfüllung	101
1. Begriff und Rechtsnatur des Nacherfüllungsanspruchs	101
2. Der Vorrang der Nacherfüllung	102
3. Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung	104
4. Modalitäten der Nacherfüllung	105
a) Erfüllungsort	105
b) Kosten der Nacherfüllung	106
c) Nacherfüllung nach Fristablauf?	107
d) Rückgabe im Falle der Nachlieferung	108
5. Grenzen des Nacherfüllungsanspruchs	108
a) Echte Unmöglichkeit	109
b) Einrede der Unverhältnismäßigkeit	111
c) Einreden der Unmöglichkeit	114
6. Kein Recht zur Selbstvornahme	114
III. Rücktritt und Minderung	115
1. Rücktritt	115
a) Erfolgreiche Fristsetzung	115
b) Entbehrlichkeit der Fristsetzung	116
aa) Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 BGB	117
bb) Unverhältnismäßige Kosten der Nacherfüllung	118
cc) Fehlschlagen der Nacherfüllung	119
dd) Unzumutbarkeit der Nacherfüllung	119
ee) Unmöglichkeit der Nacherfüllung	120
ff) Verbrauchsgüterkauf	120
c) Erheblichkeit des Mangels und Verantwortlichkeit des Käufers	121
d) Rechtsfolgen des Rücktritts	122
2. Minderung	123
a) Voraussetzungen der Minderung	124
b) Rechtsfolgen der Minderung	124

## Inhalt

---

IV. Schadensersatz	125
1. Überblick	125
2. Schadensersatz statt der Leistung	127
a) Schadensersatz gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB	127
b) Schadensersatz gemäß §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 BGB (anfängliche Unmöglichkeit)	128
c) Schadensersatz gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB (nachträgliche Unmöglichkeit)	128
d) Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs	129
3. Einfacher Schadensersatz	129
a) Mangelfolgeschaden	129
b) Nutzungsausfallschaden	130
4. Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB (c.i.c)	130
V. Verjährung	131
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	132
<b>§ 9 Regress in der Lieferkette</b>	<b>134</b>
I. Überblick	134
II. Selbstständiger Regress	135
1. Kaufverktragskette	136
a) Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer („Verkauf“) über eine neu hergestellte Sache	136
b) Kaufvertrag zwischen Lieferant und Verkäufer über dieselbe Sache	136
2. Unternehmereigenschaft des Lieferanten	137
3. Mangel der Kaufsache im relevanten Zeitpunkt	137
4. Kein Ausschluss der Gewährleistung	138
5. Ersatz der Aufwendungen, die der Verkäufer im Rahmen der dem Käufer geschuldeten Nacherfüllung zu tragen hatte	138
III. Unselbstständiger Regress	138
IV. Verjährung von Rückgriffsansprüchen	139
V. Regress in der Lieferkette beim Verbrauchsgüterkauf	140
1. Ausweitung des Anwendungsbereichs der Beweislastumkehr	140
2. Halbzwingende Regelung	140
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	141
<b>§ 10 Einschränkungen und Erweiterungen der Mängelhaftung</b>	<b>142</b>
I. Überblick	142
II. Gesetzliche Haftungsausschlüsse und -beschränkungen	143
1. Kenntnis des Käufers	143
2. Grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers	144
III. Vertragliche Haftungsausschlüsse und -beschränkungen	145
1. Kein Haftungsausschluss bei Arglist oder Garantie (§ 444 BGB)	146
a) Arglistiges Verschweigen	146
b) Garantie	147
2. Kein Haftungsausschluss für vereinbarte Beschaffenheitsmerkmale	148
3. Grenzen beim Verbrauchsgüterkauf (§ 476 BGB)	148
4. Grenzen bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen	148

## Inhalt

---

IV. Garantien	149
1. Erscheinungsformen	151
2. Beschaffenheitsgarantie	151
3. Haltbarkeitsgarantie	151
4. Sonstige Garantien	152
5. Selbstständige und unselbstständige Garantien	152
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	153
<b>§ 11 Besondere Arten des Kaufs und Tausch</b>	<b>154</b>
I. Kauf auf Probe	154
II. Wiederkauf	154
III. Vorkauf	155
IV. Tausch	157
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	157
<b>§ 12 Verbrauchsgüterkauf</b>	<b>158</b>
I. Einleitung und Überblick	158
II. Anwendungsbereich der §§ 475 ff. BGB	159
1. Verbrauchsgüterkauf	159
a) Kaufvertrag	159
b) Verbraucher und Unternehmer	160
c) Ware	161
2. Keine Anwendung auf Verbrauchsgüterkäufe gebrauchter Waren in öffentlich zugänglichen Versteigerungen	162
a) Öffentlich zugängliche Versteigerung	162
b) Gebrauchte Sache	162
3. Anwendung auf den Kauf von Waren, die mit digitalen Produkten verknüpft sind?	164
a) Verbrauchsgüterkaufvertrag über körperliche Datenträger i.S. von § 475a Abs. 1 BGB	164
aa) Körperlicher Datenträger, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen soll	165
bb) Anwendbare Vorschriften	165
b) Verbrauchsgüterkauf über Waren mit digitalen Extras i.S. von § 475a Abs. 2 BGB	166
III. Sonderregelungen für den Verbrauchsgüterkauf	168
1. Fälligkeit und Erfüllbarkeit	168
2. Gefahrübergang beim Versandungskauf	168
3. Nichtanwendung der §§ 442, 445 und 447 Abs. 2 BGB	168
4. Modifikationen des Nacherfüllungsanspruchs	169
a) Befreiung von der Pflicht zur Herausgabe von Nutzungen bzw. zur Nutzungsentschädigung	169
b) Modalitäten der Nacherfüllung	169
5. Modifikationen des Rücktritts und der Haftung auf Schadensersatz	170
6. Garantien	172
7. Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen	173
a) Sachmangel i.S. von § 475b BGB	176

## Inhalt

---

b) Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Elemente	177
8. Sonderbestimmungen für die Verjährung	178
IV. Einschränkungen der Vertragsfreiheit	178
1. Halbzwingende Vorschriften	178
2. Umgehungsverbot	179
3. Eingeschränkte Möglichkeit der Verjährungsverkürzung	180
4. Keine Sonderregelung für Schadensersatzansprüche	181
V. Beweislastumkehr	181
1. Beweislastumkehr bei einem von §§ 434, 475b BGB abweichenden Zustand der Sache	181
a) Reichweite der Vermutung	182
b) Keine Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels	183
2. Beweislastumkehr bei einem von §§ 434, 475b BGB abweichenden Zustand der digitalen Elemente	183
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	184
<b>§ 13 Internationales Kaufrecht</b>	<b>185</b>
I. Einführung	185
II. Internationales Privatrecht	186
III. UN Kaufrecht (CISG)	187
1. Einführung	187
2. Anwendungsbereich	187
3. Vertragsschluss	189
4. Warenkauf	190
a) Pflichten des Verkäufers	190
aa) Lieferung einer vertragsgemäßen Ware	190
bb) Haftung nur für gerügte Mängel der Ware	191
cc) Rechtsbehelfe des Käufers bei vertragswidrigen Waren	191
b) Pflichten des Käufers	194
5. Lücken	194
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	195
<b>§ 14 Schenkung</b>	<b>196</b>
I. Gesetzliche Regelung	196
II. Vertragsgegenstand und Vertragsschluss	196
1. Vertragsgegenstand	196
2. Vertragsschluss	197
3. Notarielle Form des Schenkungsversprechens	197
III. Unentgeltliche Zuwendung	198
1. Überblick	198
2. Gemischte Schenkung	199
3. Zweckschenkung	200
4. Schenkung unter Auflage	200
IV. Privilegierungen des Schenkers	201
1. Haftungsprivilegierung	201
2. Rechts- und Sachmängel	202

**Inhalt**

---

3. Rückforderung wegen Verarmung	203
4. Widerruf	204
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	204
Teil C: Finanzgeschäfte	
<hr/>	
<b>§ 15 Darlehen</b>	205
I. Einführung	205
1. Systematik	205
2. Die Bestellung von Kreditsicherheiten	207
II. Vertragsschluss	207
III. Wirksamkeit des Darlehensvertrags	207
IV. Pflichten der Parteien	208
1. Pflichten des Darlehensgebers	208
2. Pflichten des Darlehensnehmers	209
V. Kündigung	210
1. Ordentliche Kündigung	210
2. Außerordentliche Kündigung	211
VI. Verbraucherdarlehen	212
1. Überblick	212
2. Richtlinienrechtlicher Hintergrund	213
3. Anwendungsbereich	214
4. Vorvertragliche Informationspflichten	215
5. Form und Inhalt	216
6. Widerrufsrecht	217
7. Verzugszinsen und Anrechnung von Teilleistungen	218
8. Gesamtfälligkeit	219
9. Besondere Kündigungsrechte im Verbraucherdarlehensvertrag	219
10. Kostenermäßigung, Vorfälligkeitsentschädigung	219
11. Kontoüberziehungen	220
12. Kreditwürdigkeitsprüfung	220
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	222
<b>§ 16 Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsvertrag</b>	223
I. Systematik	223
II. Finanzierungshilfen	223
III. Ratenlieferungsvertrag	224
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	225
<b>§ 17 Zahlungsdienste</b>	226
I. Einführung	226
II. Zahlungsdienstevertrag	227
III. Zahlungsdienste	228
1. Lastschrift	229
2. Zahlungskarten	229
a) Kreditkarte	229
b) Haftungsfragen	230

## Inhalt

---

3. Überweisung	232
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	233
<b>§ 18 Bürgschaft</b>	234
I. Begriff und Funktion der Bürgschaft	234
II. Bürgschaftsvertrag	235
1. Form der Bürgschaftserklärung	236
2. Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrags	237
3. Widerruf der Bürgschaftserklärung?	238
4. Besondere Erscheinungsformen der Bürgschaft	238
III. Akzessorietät der Bürgschaft	239
IV. Rechte und Pflichten des Bürgen	240
1. Einstandspflicht und Einrede der Vorausklage	240
2. Sonstige Einwendungen und Einreden	240
a) Einreden des Hauptschuldners	241
b) Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit	241
3. Rückgriff beim Hauptschuldner	242
a) Aufwendungsersatz	242
b) Hauptforderung	242
4. Anfechtung	243
V. Beendigung des Bürgschaftsverhältnisses	244
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	245

## Teil D: Gebrauchsüberlassungsverträge

---

<b>§ 19 Miete</b>	247
I. Begriff und Systematik des Mietrechts	247
II. Allgemeiner Teil	248
1. Zustandekommen des Mietvertrags	248
2. Hauptpflichten	249
3. Rechte bei einem Mangel	251
a) Mangel der Mietsache	251
aa) Sachmangel	252
bb) Rechtsmangel	253
cc) Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft	253
b) Mängelrechte	254
aa) Minderung	254
bb) Schadensersatz	255
cc) Mängelbeseitigung und Aufwendungsersatz	256
dd) Ausschluss der Mängelrechte	257
c) Mängelanzeige	257
d) Schadensersatzansprüche des Vermieters	257
4. Beendigung des Mietverhältnisses	258
5. Verwendungsrisiko	260
6. Verjährung	261
III. Verbraucherverträge über die Miete digitaler Produkte	261
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	261

## Inhalt

---

<b>§ 20 Insbesondere: Mietverhältnisse über Wohnraum</b>	263
I. Historische Entwicklung	263
II. Allgemeines	264
1. Schriftform des Mietvertrags	266
2. Kaution	267
3. Untervermietung	267
4. Bauliche Veränderungen	268
III. Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen	269
IV. Miete	270
1. Miete zu Beginn des Mietverhältnisses	270
2. Mieterhöhung im bestehenden Mietverhältnis	272
a) Betriebskosten	272
b) Grundmiete	274
V. Pfandrecht	276
VI. Wechsel der Vertragsparteien	276
VII. Beendigung des Mietverhältnisses (Kündigung)	277
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	280
<b>§ 21 Pacht</b>	282
I. Begriff und Rechtsnatur	282
II. Pflichten der Vertragsparteien	283
1. Pflichten des Verpächters	283
2. Pflichten des Pächters	284
III. Vertragsbeendigung	284
IV. Besondere Pachtverhältnisse	285
1. Die Landpacht	285
2. Sonstige Spezialfälle der Pacht	286
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	286
<b>§ 22 Finanzierungsleasing</b>	287
I. Begriff und Bedeutung	287
II. Rechte und Pflichten der Vertragsparteien	288
1. Pflichten im Verhältnis des Lieferanten zum Leasingnehmer und -geber	288
2. Pflichten im Verhältnis zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber	288
III. Sonderformen des Finanzierungsleasing	290
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	291
<b>§ 23 Leihe</b>	292
I. Begriff und Rechtsnatur	292
II. Pflichten der Parteien	293
1. Die Pflichten des Verleihers	293
2. Die Pflichten des Entleihers	295
III. Vertragsbeendigung	295
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	296

**Inhalt**

---

Teil E: Dienst- und Werkvertrag

---

<b>§ 24 Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag</b>	297
I. Einleitung	297
II. Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag	297
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	299
<b>§ 25 Dienstvertrag</b>	300
I. Begriff und gesetzliche Regelung	300
II. Vertragsschluss	301
III. Wirksamkeit	302
IV. Die Pflichten des Dienstleistenden	303
V. Die Pflichten des Dienstberechtigten	304
1. Zahlung der Vergütung	304
2. Nebenpflichten	305
VI. Besondere Regeln im Arbeitsverhältnis	306
1. Bereitstellung essentieller Arbeitsmittel	306
2. Maßregelungsverbot und Betriebsübergang	306
VII. Leistungsstörungen	307
1. Annahmeverzug und Betriebsrisiko	307
2. Vorübergehende Verhinderung	309
3. Haftung für Pflichtverletzungen	309
VIII. Beendigung des Dienstverhältnisses	311
1. Beendigung durch Zeitablauf	311
2. Beendigung durch Kündigung	311
a) Ordentliche Kündigung	311
b) Außerordentliche Kündigung	311
3. Beendigung durch Auflösungsvertrag	312
4. Beendigung durch den Tod des Dienstleistenden	313
IX. Behandlungsvertrag	313
1. Begriff und Rechtsnatur des Behandlungsvertrags	313
2. Pflichten des Behandlenden	315
a) Medizinische Behandlung des Patienten	315
b) Informationspflichten	315
c) Aufklärung und Einholung der Einwilligung vor der Durchführung medizinischer Maßnahmen	316
d) Dokumentation des Behandlungsgeschehens (Patientenakte)	316
3. Haftung für Behandlungsfehler	316
a) Behandlungsfehler	317
b) Verantwortlichkeit des Behandlenden	318
c) Schaden und Kausalität	318
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	319
<b>§ 26 Werkvertrag</b>	320
I. Begriff des Werkvertrags	320
II. Regelungssystematik	323
III. Vertragsschluss und Wirksamkeit	325

## Inhalt

---

IV. Hauptleistungspflichten der Parteien	326
1. Die Pflichten des Unternehmers	326
2. Die Pflichten des Bestellers	326
a) Vergütung	326
b) Abnahme und Abnahmefiktion	326
V. Gefahrtragung	328
VI. Mängelrechte des Bestellers	329
1. Überblick	329
2. Gewährleistung im Werkvertragsrecht	331
a) Mangelbegriff	331
b) Rechte des Bestellers bei Mängeln	332
aa) Nacherfüllung	332
bb) Selbstvornahme	333
cc) Rücktritt und Minderung	334
dd) Schadens- und Aufwendungsersatz	334
ee) Einschränkungen und Erweiterungen der Mängelhaftung	335
VII. Verjährung	336
VIII. Unternehmerpfandrecht	336
IX. Kündigung	337
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	340
<b>§ 27 Besondere Werkverträge und ähnliche Verträge</b>	<b>341</b>
I. Einleitung	341
II. Bauvertrag, Verbraucherbauvertrag und VOB/B	341
1. Bauvertrag	341
a) Begriff	341
b) Vertragsänderungen	342
c) Sicherungsrechte des Bauunternehmers	343
d) Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme und Schlussrechnung	344
e) Schriftform der Kündigung	345
2. Verbraucherbauvertrag	345
a) Informationspflichten, Vertragsinhalt, Herausgabe von Unterlagen und Besonderheiten bei Abschlagszahlungen	345
b) Widerrufsrecht	345
c) Einschränkung der Privatautonomie	346
3. VOB/B	346
III. Architektenvertrag und Ingenieurvertrag	347
1. Vertragstypische Pflichten	347
2. Einordnung und anwendbare Vorschriften	348
3. Vergütungsanpassung	348
4. Sonderkündigungsrechte	349
5. Teilabnahme und besonderes Leistungsverweigerungsrecht	349
IV. Bauträgervertrag	351
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	351

## Inhalt

---

<b>§ 28 Touristische Dienstleistungen</b>	352
I. Überblick	352
II. Pauschalreiserecht	353
1. Anwendungsbereich	354
2. Hauptpflichten des Reiseveranstalters und des Reisenden	355
3. Abgrenzung zum Reisevermittlungsvertrag	356
4. Vertragsänderungen (§§ 651f, 651g BGB)	358
5. Rücktritt vor Reisebeginn (§ 651h BGB)	358
6. Rechte wegen eines Mangels	360
7. Insolvenzsicherung	363
III. Teilzeitwohnrechtverträge (Time Sharing)	364
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	366

## Teil F: Sonstige Verträge

---

<b>§ 29 Maklervertrag</b>	367
I. Begriff und Rechtsnatur	367
II. Gesetzliche Regelung	368
III. Das Maklerverhältnis	369
1. Pflichten des Maklers	369
2. Pflichten des Auftraggebers	370
3. Pflichten des Dritten?	371
4. Alleinauftrag	372
IV. Beendigung des Maklervertrags	372
V. Besondere Maklerverträge	373
1. Darlehensvermittlung	373
2. Ehe- und Partnervermittlung	373
3. Immobilienvermittlung	373
a) Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser	373
b) Vermittlung von Mietverträgen über Wohnräume	374
4. Arbeitsvermittlung	374
VI. Handelsmakler	374
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	375
<b>§ 30 Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag</b>	376
I. Auftrag	376
1. Begriff und Rechtsnatur	376
a) Auftrag und Gefälligkeit	377
b) Auftrag und Vollmacht	378
2. Pflichten der Parteien	379
a) Pflichten des Beauftragten	380
b) Pflichten des Auftraggebers	381
3. Haftung des Auftraggebers	382
4. Beendigung des Auftragsverhältnisses	382

## **Inhalt**

---

II. Entgeltliche Geschäftsbesorgung	383
III. Haftung für Rat und Empfehlung	384
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	385
<b>§ 31 Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis</b>	<b>387</b>
I. Inhalt und Entstehung	387
II. Rechtsfolgen	388
III. Abgrenzung zum deklaratorischen Schuldanerkenntnis	390
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	391
<b>Definitionen</b>	<b>392</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b>	<b>409</b>

## § 2 Vertragsrecht und Vertragsfreiheit

► **Fall 2:** Das Gasversorgungsunternehmen V verwendet in seinen AGB eine Preisanpassungsklausel, wonach der Versorger auch während der laufenden Vertragsbeziehung die Gaspreise an die geänderten Bezugskosten des Versorgers anpassen und erhöhen darf. Bezugsgröße sollen die an den internationalen Märkten notierten Ölpreise sein. Der BGH hat diese Klausel gemäß § 307 Abs. 1 BGB für unwirksam erklärt. V meint, das BGH-Urteil verletze ihn in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), die die Vertragsfreiheit einschlieÙe, und legt Verfassungsbeschwerde ein.<sup>1</sup> ◀

### I. Vertragsrecht als Rechtsgebiet

In den U.S.A. gehört „Contract Law“ (Vertragsrecht) zu den Kernfächern des juristischen Studiums. Hört man „Contracts“ bspw. an der *Harvard Law School*, so erfährt man alles über den Vertragsschluss (Angebot und Annahme) und die Vertragsinhalte, über die Auslegung, die Wirksamkeit und die Erfüllung von Verträgen. Bei uns gibt es das Fach „Vertragsrecht“ so nicht, weil sich die Lehrpläne grundsätzlich an den fünf Büchern des BGB orientieren: Gelesen werden BGB AT, Schuldrecht AT und BT, Sachen-, Familien- und Erbrecht. Dementsprechend hört man in Vorlesungen wie „BGB AT“ alles über den Vertragsschluss (§§ 145 ff. BGB), man hört aber nichts über die einzelnen Vertragstypen. Umgekehrt hört man im „Schuldrecht BT“ alles über die einzelnen im BGB geregelten Verträge (Kauf-, Miet-, Dienstvertrag usw.) und damit über vertragliche Schuldverhältnisse, aber nichts über den Vertragsschluss. Das „Recht vertraglicher Schuldverhältnisse“ lässt sich also nicht einfach mit „Vertragsrecht“ gleichsetzen.

Dieses Lehrbuch behandelt das **Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse als Teil des Besonderen Schuldrechts**, sodass wir Fragen des BGB AT ausblenden. Das gilt u.a. für Fragen des Vertragsschlusses: Macht Verkäufer V einen Kaufpreisanspruch geltend (§ 433 Abs. 2 BGB) und streiten sich V und K darüber, ob man sich überhaupt geeinigt hat, so ist das eine Frage des BGB AT. Ebenso ausgeblendet wird grundsätzlich das Allgemeine Schuldrecht: Schließt Unternehmer U einen Kaufvertrag mit Verbraucher Viktor im Fernabsatz, so steht es Viktor gemäß §§ 312g Abs. 1, 355 Abs. 2 BGB frei, den Vertrag innerhalb von 14 Tagen zu widerrufen. Das ist jedoch keine Frage des Kaufrechts (§§ 433 ff. BGB) und damit des Besonderen Schuldrechts. Das Widerrufsrecht ist vielmehr allgemein, d.h. für alle Verbraucherverträge, im Schuldrecht AT geregelt.<sup>2</sup>

Das BGB folgt auch im Schuldrecht grundsätzlich der „*lex specialis*“- Regel: Es ordnet besondere, ggf. vorrangig anwendbare Vorschriften dem Schuldrecht BT und allgemeine, ggf. nachrangig anwendbare Vorschriften dem Schuldrecht AT zu. Die am 1.1.2022 in Kraft getretene **Kodifikation der Verträge über digitale Produkte**<sup>3</sup> (§§ 327 ff. BGB) hat diese Regelungsstruktur allerdings verändert. Verträge über digitale Produkte sind Verträge, welche die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen (digitale Produkte) gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand haben (§ 327 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dabei handelt es sich um Verbraucherverträge (§§ 327–327s

1 Nach BVerfG NJW 2011, 1339. Die zugrundeliegende BGH-Entscheidung ist in BGHZ 182, 59 veröffentlicht.

2 Siehe dazu *Brömmelmeyer* Schuldrecht AT § 17 Rn. 9 ff.

3 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen v. 25.6.2021, BGBl. I, S. 2123.

BGB), wenn der Produkthanbieter, der zur Bereitstellung verpflichtet ist, Unternehmer (§ 14 BGB) und der Produktnachfrager, der dafür den Preis zu zahlen hat, Verbraucher ist (§ 13 BGB). Liegt ein Verbrauchervertrag über digitale Produkte vor, kommt es zu einer mit der Regelungssystematik des BGB an sich unvereinbaren **Spezialität des Allgemeinen Teils**: Hat Kunde K (Verbraucher) bei Buchhändler B (Unternehmer) ein auf einer CD-ROM abgespeichertes Programm zur Abgabe seiner Einkommensteuererklärung gekauft, so richtet sich die Haftung für mögliche Mängel des Programms nicht nach Kaufrecht (§§ 433 ff. BGB), sondern nach dem (hier nicht im Einzelnen behandelten) Recht der Verträge über digitale Produkte (siehe §§ 475a Abs. 1, 327d ff. BGB).

- 4 Es liegt auf der Hand, dass ein **vollständiges Bild vertraglicher Schuldverhältnisse** erst dadurch entsteht, dass man BGB AT, Schuldrecht AT und BT miteinander verknüpft. Daher stellen wir z.B. im **Kauf- und Werkvertragsrecht** auch die Bezüge zum neuen Recht der Verbraucherverträge über digitale Produkte her. Im **Bürgschaftsrecht** (§§ 765 ff. BGB) spielt die mögliche Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) der Bürgschaft naher Angehöriger eine Schlüsselrolle. Dieses Thema behandeln wir auch hier (siehe § 18 Rn. 10), weil es charakteristisch gerade für das Bürgschaftsrecht ist.

## II. Vertragsfreiheit

### 1. Grundlagen der Vertragsfreiheit

- 5 Im 20. Jh. hat *Wieacker* das BGB als „spätgeborenes Kind des Liberalismus“ bezeichnet<sup>4</sup> und u.a. auf die Vertrags-, Eigentums- und Testierfreiheit sowie darauf verwiesen, dass das BGB keinen gerechten Preis (*iustum pretium*) kenne und dementsprechend auch keine Korrektur bei übermäßiger Übervorteilung einer Partei (*laesio enormis*) vorsehe.<sup>5</sup> Dieser Liberalismus weist erkennbare Bezüge zum **Freiheitsbegriff des Rechts** bei *Kant* auf. *Kant* hat sich in der *Metaphysik der Sitten* (1798) mit der Frage auseinandergesetzt, was „richtiges Recht“ ist und hat die Freiheit des Einzelnen als maßgebliches Kriterium identifiziert:<sup>6</sup> „Das Recht“, heißt es bei *Kant*, ist „der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“ Das heißt bspw. im Hinblick auf einen Kaufvertrag: Er kommt zustande, wenn sich Verkäufer und Käufer *freiwillig* auf Kaufgegenstand und Kaufpreis einigen; sie können einen Kaufvertrag abschließen (positive Vertragsfreiheit), sie können es aber auch lassen (negative Vertragsfreiheit). Haben sie einen Kaufvertrag abgeschlossen, so findet grundsätzlich keine rechtliche Überprüfung des Kaufpreises statt (siehe aber: §§ 138, 313 BGB); „es wird“, heißt es auch bei *Kant*, „nicht gefragt, ob jemand bei der Ware, die er zu seinem eigenen Handel von mir kauft, auch seinen Vorteil finden möge, oder nicht, sondern nur nach der Form im Verhältnis der beiderseitigen Willkür, sofern sie bloß als *frei* betrachtet wird [...]“.<sup>7</sup>
- 6 Haben sich die Parteien freiwillig auf bestimmte Rechte und Pflichten geeinigt, so läßt diese Einigung grundsätzlich den Rückschluss auf einen sachgerechten Interessenausgleich zu. Diese Idee findet sich schon bei *Schmidt-Rimpler*, der von einer **Richtigkeits-**

4 *Wieacker* Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in: *Wieacker* Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung (1974) S. 15.

5 Dazu ausführlich: *Repgen* Die soziale Aufgabe des Privatrechts (2001) S. 517 ff.

6 *Kant* Werke in zwölf Bänden, Band 8 (1977) S. 336–351.

7 *Kant* Werke in zwölf Bänden, Band 8 (1977) S. 336–351.

gewähr der Verträge spricht<sup>8</sup> und vereinfacht formuliert davon ausgeht, dass die Parteien im Regelfall selbst am besten wissen, was für sie das Richtige ist; nur, wenn sie sich und ihre Interessen in dem Vertrag wiederfinden, werden sie ihn auch abschließen. Damit diese Richtigkeitsgewähr trägt, darf allerdings kein zu großes Machtungleichgewicht herrschen; beide Parteien müssen die Chance haben, ihre Interessen im Vertrag durchzusetzen. Ist eine Partei vom Vertragsschluss abhängig und kann die andere Partei die Vertragsbedingungen – mangels funktionsfähigen Wettbewerbs – einseitig diktieren, muss die Rechtsordnung eingreifen.

Fragen der Vertragsfreiheit behandelt man auch unter der Überschrift der **Privatautonomie**. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) geht davon aus, dass Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit) Privatautonomie als *Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben* gewährleistet.<sup>9</sup> Maßgebliches Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen sei der Vertrag, mit dem die Vertragspartner im Rahmen des Rechts selbst bestimmen, wie ihre individuellen Interessen beim Vertragsschluss, während der Laufzeit des Vertrags und bei Vertragsende zueinander in einen angemessenen Ausgleich gebracht würden.<sup>10</sup> Der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lasse in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren habe.<sup>11</sup> Dabei hat auch das BVerfG erkannt, dass eine rein **formal verstandene Vertragsfreiheit** keineswegs immer zu fairen und interessengerechten Ergebnissen führt. Deswegen hat es bereits im Bürgschaftsurteil (1993) für ein **materiales Verständnis von Vertragsfreiheit** plädiert<sup>12</sup> und eine Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen angenommen, die einen der Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind. Daran hält das Bundesverfassungsgericht trotz aller Kritik fest, wobei es nunmehr verlangt, dass der Gesetzgeber eingreifen müsse, wenn die Selbstbestimmung sich in Fremdbestimmung zu verkehren drohe.<sup>13</sup> Die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen müssten tatsächlich gegeben sein.<sup>14</sup>

► **Beachte:** Die Frage, worin der Unterschied zwischen formaler und materialer Vertragsfreiheit liegt, können Sie mit *Roger Garaudy* und *Franz Wieacker* so beantworten: Formale Freiheit ist auch die Freiheit eines freien Fuchses in einem freien Hühnerstall (*Garaudy*),<sup>15</sup> materiale Freiheit ist die durch eine „materiale Ethik sozialer Verantwortung“ (*Wieacker*) überlagerte, für den Stärkeren eingeschränkte, aber erst dadurch auch für den Schwächeren eröffnete Freiheit. ◀

## 2. Dimensionen der Vertragsfreiheit

Man kann mehrere **Dimensionen der Vertragsfreiheit** unterscheiden: Unter Abschlussfreiheit versteht man die Freiheit einen Vertrag zu schließen oder nicht, unter Inhaltsfreiheit die Freiheit, den Inhalt des Vertrags (im gegenseitigen Einvernehmen) festzu-

8 Schmidt-Rimpler AcP 147 (1941) 130, 149.

9 BVerfG NJW 2005, 2376, 2377.

10 BVerfG NJW 2005, 2376, 2378.

11 BVerfG NJW 2005, 2376, 2378 m.w.N.

12 BVerfGE 89, 214, 232.

13 BVerfG VersR 2006, 961.

14 BVerfG NJW 2011, 1339.

15 Garaudy Le communisme et la morale (1954), S. 109.

## § 2 Teil A: Einleitung

---

legen, unter Formfreiheit die Freiheit, Verträge mündlich, schriftlich oder in jeder anderen gewählten Form abzuschließen.<sup>16</sup>

### a) Abschlussfreiheit

- 9 Die Abschlussfreiheit, d.h. die Freiheit des Einzelnen, darüber zu entscheiden, ob und mit wem er einen Vertrag abschließen will, besteht nicht uneingeschränkt, weil der Mensch auf bestimmte, auf vertraglicher Basis angebotene Leistungen angewiesen ist. Dementsprechend besteht ein **Kontrahierungszwang** insbesondere bei Leistungen der Daseinsvorsorge, nämlich bei der Energieversorgung (§§ 18, 36 ff. EnWG) und bei der Personenbeförderung mit Bus und Bahn (§§ 1, 22 PersBefG; § 10 Eisenbahngesetz).<sup>17</sup> Ein Kontrahierungszwang besteht auch für Banken und Sparkassen, die für jeden Kunden ein sogenanntes Basiskonto einrichten müssen (§ 31 ZKG), sowie für Kfz- (§ 5 PflVG) und Krankenversicherer (§ 193 Abs. 5 VVG). Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz,<sup>18</sup> das Diskriminierungen in bestimmten Lebensbereichen, insbesondere im Berufsleben, verhindern soll, sieht zwar keinen expliziten Kontrahierungszwang vor; im Einzelfall kann jedoch eine Haftung auf Schadensersatz gemäß § 21 Abs. 2 AGG zu einem Kontrahierungszwang führen.<sup>19</sup> Im Kartellrecht können sich Kontrahierungszwänge aus Art. 102 AEUV und aus § 19 Abs. 1 GWB ergeben, wenn der Nichtabschluss eines im Raum stehenden Vertrags dem Missbrauch von Marktmacht gleichkäme.<sup>20</sup>

### b) Inhaltsfreiheit

- 10 Die **Inhaltsfreiheit** hat der BGB-Gesetzgeber verwirklicht, indem er die Bestimmungen über vertragliche Schuldverhältnisse grundsätzlich **dispositiv**, d.h. so ausgestaltet hat, dass die Parteien abweichende Vereinbarungen treffen können. Bei einem Kaufvertrag steht es ihnen bspw. frei, die Rechte des Käufers bei Mängeln einzuschränken (e § 444 BGB). Im Laufe der Zeit sind neben das dispositive Vertragsrecht allerdings immer umfangreichere **halbzwingende Regelungen** getreten. Halbzwingend bedeutet, dass der Gesetzgeber abweichende Vereinbarungen *zum Nachteil der strukturell unterlegenen Partei* ausschließt. Halbzwingende Regelungen finden Sie vor allem bei **Verbraucherverträgen** (Begriff: § 310 Abs. 3 BGB), d.h. bei Verträgen zwischen einem Unternehmer (§ 14 BGB) und einem Verbraucher (§ 13 BGB). Der Unternehmer ist dem Verbraucher grundsätzlich überlegen, weil er als professioneller Marktteilnehmer agiert. Dementsprechend schützt das BGB den Verbraucher durch halbzwingendes Vertragsrecht: Die Parteien können nicht zum Nachteil des Verbrauchers von den Grundsätzen bei Verbraucherverträgen (§§ 312 ff. BGB) abweichen (§§ 312m Abs. 1 Satz 1, 361 Abs. 2 Satz 1 BGB). Bei einem Kaufvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher können sie die Rechte des Käufers bei Mängeln auch *nicht* bzw. nur eingeschränkt ausschließen (§ 476 Abs. 1 BGB).

---

16 Siehe: *Musielak* JuS 2017, 949 f.

17 Einzelheiten: *Brömmelmeyer* Schuldrecht AT § 2 Rn. 7.

18 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) v. 14.8.2006, BGBl. I, S. 1897, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 23.5.2022, BGBl. I, S. 768.

19 *Grüneberg-Grüneberg* § 21 AGG Rn. 7 m.w.N.

20 *Münch-Komm-Busche* vor § 145 Rn. 18; *Brömmelmeyer* Schuldrecht AT § 2 Rn. 8 f.; FFKomm zum Kartellrecht-*Weyer* § 19 GWB Rn. 247; plastisches Beispiel ist der bei *Musielak* JuS 2017, 949, 950 referierte *Rosignol-Fall*, BGH NJW 1976, 801.

Die Funktion dispositiver Regelungen liegt vor allem in der **Reduktion von Transaktionskosten**: Die Parteien müssen Details eines Vertrags nicht bei jedem Vertragsschluss neu verhandeln; sie können sich stattdessen auf die Vereinbarung der *essentialia negotii* beschränken und sich ansonsten auf die gesetzliche Regelung zurückfallen lassen. Das dispositive Recht bildet gewissermaßen eine „Reserverechtsordnung“. Kauft ein Unternehmer bspw. eine Kaffeemaschine für die Kantine, so braucht er nicht über mögliche Rechte für den Fall zu verhandeln, dass die Kaffeemaschine nicht funktionieren sollte; er kann ggf. einfach von den gesetzlichen Rechten des Käufers bei Mängeln (§ 437 Nr. 1–3 BGB) Gebrauch machen.

11

Die materiale Vertragsfreiheit ist auch dann gefährdet, wenn eine Vertragspartei der anderen nicht verhandelbare vorformulierte Vertragsbedingungen stellt.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber hat daher die Möglichkeit der richterlichen Kontrolle **Allgemeiner Geschäftsbedingungen** geschaffen (§§ 305 ff. BGB). Durch die AGB-Kontrolle wird die Dispositivität des Vertragsrechts auch dort zurückgedrängt, wo sie an sich noch gilt. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sieht nämlich vor, dass die Wirksamkeit einer Klausel davon abhängt, ob sie mit wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Rechts vereinbar ist. Daraus folgt: In AGB kann man zwar *grundsätzlich* von einer dispositiven gesetzlichen Regelung abweichen; bei der Inhaltskontrolle kommt ihr jedoch eine Leitbildfunktion zu, so dass abweichende Klauseln gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sein können.<sup>22</sup>

12

► **Lösungshinweise zu Fall 2:** Das Bundesverfassungsgericht hat die Feststellung des BGH, dass die Preisanpassungsklausel die Kunden unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 BGB) und unwirksam ist, trotz Vertragsfreiheit nicht beanstandet: „Der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien [...] lässt [an sich zwar] auf einen ... sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat. Ausnahmen hat das Bundesverfassungsgericht [jedoch] anerkannt, wenn aufgrund erheblicher ungleicher Verhandlungspositionen einer der Vertragspartner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann. Dann ist es Aufgabe des Rechts, ... zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt.“ Vor diesem Hintergrund ist die Inhaltskontrolle von Formularverträgen zu sehen. Sie ist nötig, weil es Allgemeine Geschäftsbedingungen der anderen Partei regelmäßig verwehren, eine abweichende Individualvereinbarung zu treffen. Die gerichtliche Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kompensiert die mangelnde Verhandlungsmacht des Vertragspartners des Verwenders. Die Beanstandung der Preisanpassungsklausel beruht im konkreten Einzelfall darauf, dass sie eine einseitige Verschiebung des durch die vertragliche Vereinbarung gefundenen Äquivalenzverhältnisses ermöglicht. Dagegen darf der BGH – auch unter Berücksichtigung der Vertragsfreiheit – einschreiten. ◀

## Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- > Wie hängen Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit zusammen?
- > Was versteht man unter „Richtigkeitsgewähr der Verträge“?
- > Was versteht das Bundesverfassungsgericht unter materialer Vertragsfreiheit?
- > Was zeichnet halbzwingende Vorschriften aus?

21 MünchKomm-Busche vor § 145 Rn. 26.

22 MünchKomm-Busche vor § 145 Rn. 26 m.w.N.