

GOEDOC - Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität Göttingen

2010

Helmut Kliege

Rechtsprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklausel

Originalausgabe von 1966, erweitert mit dt. und engl. Vorwort

Für die elektronische Ausgabe wurden Vorwort und die Druckausgabe (erschieden 1966 als: Göttinger rechtswissenschaftliche Studien. Bd. 61 im Verlag Otto Schwarz, Göttingen) vom Autor zusammengestellt.

Kliege, Helmut (2010):

Rechtsprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse :
unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklausel

Originalausg. von 1966, erw. mit dt. u. engl. Vorw.

Göttingen : GOEDOC, Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität

Verfügbar:

PURL: <http://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl/?webdoc-1593>

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Es steht unter Creative Commons Lizenz 2.0 als freie Onlineversion über den GOEDOC - Dokumentenserver der Georg-August-Universität Göttingen bereit und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.



Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dipl.-Kfm. Dr. iur. Helmut Kliege

Economic Analysis of Law
of Standard Form Contracts
(German: Allgemeine Geschäftsbedingungen)
Göttingen 1966

Preface

The following publication is a thesis written 1964/1965 at the faculty of law at the University of Göttingen (Germany) and was printed as Volume 61 of "Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien" in 1966. The dissertation was monitored by Prof. Dr. Erwin Deutsch, the university-professor who has meanwhile been highly honoured with numerous international academic degrees.

The study is an independent precursor of Economic Analysis of Law (EAL), which has been spread in the law schools since the early 1970s. The thesis comprises almost all aspects of the EAL-theories. Unfortunately, the paper remained rather unknown, as at that time the catchword in catalogues was the first substantive in the title, "Rechtsprobleme", and that was too general. However, even when the book was mentioned in scientific discussions pertaining to of legal problems of standard form contracts, nobody realised that it was an early example of EAL. By the way: The same happened to a study on certain aspects of Property Rights by *Fritz Machlup (Princeton), An Economic Review of the Patent System, written for an US-Committee on Judiciary, 85th Congress, published in Germany in 1962 as special print of the journal "Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht"*. Moreover, at the end of the 19th century there had already been literature in Germany and Austria on liability for torts, which hardly is recognised as precursor of EAL, such as:

Victor Mataja, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, Leipzig 1888, or E. Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechtes über den Ersatz von Vermögensschäden, Wien 1888 or Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895.

- In an Introduction *Kliege* starts his study by illustrating the relationship between economic analysis and jurisprudence as well as the differences in methods and their ways of thinking.
- In part A of the thesis the author checks the operational impact for the company and the functional justification of typical standard form contract clauses.
- Part B raises the question of "Equivalents for the Counterpart?" and explains price/sales functions and cost functions as well as the mechanism of markets. Certain models are discussed, in particular, in how far costs of the seller (e. g. costs of insurance) might be included in the price of goods or not, and risks might be directly loaded on the buyer via the clauses.

See for parallel the readings by H.-B. Schäfer and C. Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, 4th ed., Berlin 2005, p. 72 ff

It should be observed that Kliege does not assume perfect competition, but starts from the model of "polypolistic" competition, as a market with an imperfect floating demand, where numerous suppliers compete but each one may take advantage – to a certain degree – from preferences the customers grant him.

- Part C deals with the subject of "contractual autonomy" and we still find more parallels to the recent literature of EAL (see: *Schäfer / Ott, Chapter 12*). The author grades the various approaches of the judicial practice to define the limits of free agreements. Then he focuses on the functioning of the market mechanism. He postulates this "institution" to be protected, because this way is a precondition for freedom of consumption and social peace and only well working markets can channel resources to the place of optimal usage.
- But the steering function of the market deteriorates, if prices do not reflect the real limitation of resources and if the real capability of a seller is not transparent, because he can load certain unnoticed costs or risks on the buyer directly or on the community, instead of including them in his price calculation. Consequently *Kliege* takes up the concept of "social costs". But he does not refer to *R. H. Coase, The Problem of Social Costs (issued 1962)*, but to an earlier paper of *K. William Kapp, The Social Costs of Private Enterprise (1950)*. He therefore did not have to deal with the theorem of reciprocal consequences of alternative allocation of rights and the strange "transactions costs". Unfortunately he has also missed the two essays of *Guido Calabresi* (1961 and 1965) about compensation for accidents. However, he knows the above mentioned *V. Mataja* and contemporary authors of 19th century who had given profound economic input to this subject at the time, when new civil law was codified in Germany and Austria.
- Finally *Kliege* takes into account the productive efficiency of liability provisions and their impact on the welfare level. He mentions the criteria of *Pareto* and of *Kaldor* and *Hicks*. But he keeps the welfare discourse rather short, because he postulates economic science not to be competent to define social justice.
"To guard the mechanism of the market against distortion by social costs must be the supreme principle."

The author is convinced that his thesis of 1965 may still give an input to the analysis of legal problems by methods of economics. Therefore, he now presents his study in the internet. It should be an example of working with economic models and gradually reducing the level of abstraction and not working by common sense application on isolated two party case studies like those of *R. A. Posner, Economic Analysis of Law, Boston 1973*.

About the Author

Helmut Kliege, born 1935, studied law at the university of Münster and graduated with the "first state examination in law" 1959. He then studied economics and got the academic degree of "Diplomkaufmann" at the University of Cologne. After being promoted Doctor of Jurisprudence by the University of Göttingen in early 1965 he started his professional life in business. During more than 30 years he was an Internal Audit Manager in national and international enterprises.

Dipl.-Kfm. Dr. iur. Helmut Kliege

**Ökonomische Analyse des Rechts
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)
Göttingen 1966**

Vorwort

Die nachstehende Veröffentlichung ist eine Dissertation, die 1964 / 1965 an der juristischen Fakultät der Universität Göttingen unter einem etwas anders formulierten Titel geschrieben wurde. Sie ist 1966 als Band 61 der Göttinger Rechtswissenschaftlichen Studien gedruckt worden. Die Dissertation wurde von *Professor Dr. Erwin Deutsch* betreut, der im Laufe seines wissenschaftlichen Wirkens mit zahlreichen akademischen Graden international hoch geehrt worden ist.

Die Studie ist ein eigenständiger Vorläufer der „Ökonomischen Analyse des Rechts (ÖAR)“, der Forschungsrichtung, die seit Anfang der 1970er Jahre Verbreitung gefunden hat. Die Arbeit enthält auf dem Rechtsgebiet der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) fast alle methodischen Ansatzpunkte der heutigen ÖAR. Sie ist leider weitgehend unbekannt geblieben, vermutlich weil damals für die Katalogisierung nach Schlagworten das erste Substantiv im Titel maßgeblich war. „Rechtsprobleme“ im ursprünglichen Titel war dafür zu unspezifisch. Soweit wissenschaftliche Beiträge zum Problem der gerichtlichen Kontrolle der AGB diese Dissertation zitierten, wurde ihre Bedeutung als frühes Beispiel für eine ökonomische Analyse des Rechts nicht erkannt; siehe z.B. *Joachim Beimowski, Zur Ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, München 1989*. Aber trösten wir uns, es sind ja auch andere Vorläufer von den Lehrmeistern der ÖAR noch nicht entdeckt worden, z. B. *Fritz Machlup (Princeton, USA, ca. 1961), An Economic Review of the Patent System*.¹ Auch die Vorläufer im ausgehenden 19. Jahrhundert werden kaum einmal erwähnt, z. B. *Viktor Mataja, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, Leipzig 1888*; oder *E. Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechtes über den Ersatz von Vermögensschäden, Wien 1888*; *Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895*.

- Wie die neuere Literatur der Ökonomischen Analyse des Rechts macht *Kliege* zu Beginn einige Ausführungen über das Verhältnis von Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft.

Ergänzend sei auf die Beiträge von *H. Coing und W. Stützel in L. Raiser, H. Sauer mann, E. Schneider (Hrsg.) „Das Verhältnis von Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik Bd. 33 NF, Berlin 1964* hingewiesen.

- In Teil A der vorliegenden Arbeit betrachtet der Autor die betriebswirtschaftliche Bedeutung und funktionale Berechtigung der AGB-Klauseln.
- Im Teil B werden unter der Fragestellung „Äquivalente für den Vertragspartner?“ zunächst Preisabsatzfunktionen und Kostenfunktionen und sowie die Wirkungsweise des Marktes dargestellt, aus denen in verschiedenen Modellannahmen abgeleitet werden

kann, wie Risiken bzw. Kosten vom Anbieter auf den Abnehmer im Preis überwälzt werden können.

Als Parallele dazu siehe z.B. Darstellungen bei H.-B. Schäfer / C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts*, 4. Aufl. Berlin 2005, S. 72 ff.

Dabei sei darauf aufmerksam gemacht, dass *Kliege* gar nicht erst vom Modell einer vollständigen Konkurrenz ausgeht, sondern gleich von einer „polypolitischen Konkurrenz“ d. h. einer unvollkommen beweglichen Nachfrage, einem Markt, auf dem zwar zahlreiche Anbieter konkurrieren, jeder aber in gewissen Grenzen Präferenzen ausnutzen kann, die er bei den Abnehmern genießt.

- Im Teil C ergeben sich zum Thema Vertragsfreiheit weitere Parallelen zur neuen Literatur (vgl. *Schäfer/Ott*, a.a.O. Kapitel 12). Nach Erörterung der juristischen Ansätze, die Grenzen der Vertragsfreiheit zu bestimmen, legt der Autor das Schwergewicht auf die Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus, die er als rechtlich zu schützende Institution darstellt, weil nur über einen funktionierenden Markt Konsumfreiheit und sozialer Frieden gewährleistet sei und über den Marktmechanismus die Produktionsfaktoren (Ressourcen) an die Stelle ihrer optimalen Verwendung gelenkt werden. Dabei werden die Zusammenhänge zwischen einer neo-liberalen (ordo-liberalen) Wirtschaftsordnung und einem Sozialen Rechtsstaat angesprochen, ähnlich wie z. B. 1978 *H.-D. Assmann*² das Verhältnis von Wirtschaftsordnung, Privatrechtsordnung und Sozialmodell erörtert.
- Diese Lenkungsfunction des Marktes wird aber beeinträchtigt, wenn der Preis nicht die wahre Knappheit der Produktionsfaktoren spiegelt und die wahre Leistungsfähigkeit eines Anbieters verschleiert wird, weil er gewisse Kosten ohne Einbeziehung in seine Preiskalkulation auf die Abnehmer oder die Allgemeinheit abwälzen kann. Folgerichtig greift *Kliege* den Begriff der „Social Costs“ auf. Dies allerdings nicht ausgehend *R. H. Coase* und dessen Beitrag *The Problem of Social Costs*,³ sondern ausgehend von *K. William Kapp*, *The Social Costs of Private Enterprise* (1950). Glücklicherweise – so meint der Autor heute – hat er sich daher nicht mit dem Coase-Theorem der reziproken Wirkung alternativer Rechtszuordnungen und mit den ominösen „Transaktionskosten“ befassen müssen.⁴ Leider aber sind ihm auch die Aufsätze von *Calabresi* (1961 und 1965) entgangen, die seiner eigenen Betrachtungsweise mehr entsprochen hätten. Aber dafür hatten ja schon *Mataja* und andere (s. o.) im vorhergehenden Jahrhundert zur Zeit der Kodifizierung des neuen Zivilrechts in Deutschland und Österreich das Thema fundiert behandelt.
- Schließlich berücksichtigt *Kliege* auch die Fragen nach der produktiven Effizienz von Haftungsregelungen („Haftung nach Tragfähigkeit“ *J. Unger*, *Handeln auf eigene Gefahr*, Jena 1893; „Prinzip des kleinsten Schadens“ *H. Sperl*, 31. *Deutscher Juristentag 1912* – vgl. „cheapest cost avoider“) und ihre Auswirkungen auf das Wohlfahrtsniveau (*Pareto-Kriterium* und *Kaldor-Hicks-Kriterium*). Letztes wird relativ kurz abgehandelt, da sich nach Meinung des Autors, der Begriff der sozialen Gerechtigkeit ebenso wenig konkretisieren lässt, wie der Begriff der Vertragsgerechtigkeit.
 „Schutz des Marktmechanismus vor Verzerrungen durch social costs muss der oberste Grundsatz bleiben“.

Nach Überzeugung des Autors kann seine Arbeit von 1965 auch heute noch methodische Gesichtspunkte zur Analyse von Rechtsproblemen aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht beisteuern. Daher stellt er seine damalige Studie jetzt ins Internet. Es reicht nicht, Rechtsprobleme ökonomisch (wirtschaftlich) zu erörtern. Erforderlich ist eine *wirtschaftswissen-*

schaftliche Arbeitsweise. Und dazu gehört insbesondere die Schlussfolgerung aus Modellen mit schrittweiser Herabsetzung des Abstraktionsgrades und nicht aus einzelnen bilateralen Fallbeispielen mit erfundenen Zahlen. Der Autor findet, dass dies jedenfalls in den Anfängen der *Economic Analysis of Law* noch zu kurz kam. ⁵ Posner selbst hat ja wohl geschrieben, dass die *meisten Gedanken in der ökonomischen Analyse des Rechts* durch „konkrete Anwendung anstatt durch abstrakte Theorie“ entwickelt werden. ⁶

¹ deutsche Übersetzung 1962: Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, Sonderdruck aus der Zeitschrift „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht“, Weinheim/Bergstraße

² in: Heinz-Dieter Assmann, Christian Kirchner, Erich Schanze (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg/Ts. Deutschland, 1978, S. 21 ff.

³ Laut E. Schanze (in Assmann / Kirchner / Schanze, a.a.O. S. 21 Fn. 5) veröffentlicht 1962 im *Journal of Law and Economics*, Band. III, der auf 1960 zurück datiert sei.

⁴ Transaktionskosten = Kosten der Nutzung des Preismechanismus? Überflüssig oder Entgelt für Dienstleistungen mit volkswirtschaftlichem Nutzen? Abzugrenzen von Produktionskosten, Verwaltungskosten, Marketingkosten oder darin enthalten? (vgl. Horst Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl., Tübingen 2005 S. 97 ff). Nach Ansicht des Autors ist der Begriff ist nicht geeignet, die Unvollkommenheit der Märkte zu kennzeichnen.

⁵ z. B. bei den Beispielen von R. A. Posner (*Economic Analysis of Law*, Boston 1973), mit denen dieser zeigen will, dass die volkswirtschaftliche Effizienz (wo ist die genaue Definition?) auch durch einen Vertragsbruch gesteigert werden kann. Nach Jahrtausenden wird der Grundsatz „pacta sunt servanda“ als ineffizient angesehen

⁶ So zitiert von A. M. Polinsky in: *Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*, *Harvard Law Review* 1974; hier wiedergegeben nach Assmann/ Kirchner/ Schanze, a.a.O.

Über den Autor:

Helmut Kliege, geboren 1935, hat nach einem juristischen Studium an der Universität Münster und dem ersten juristischen Staatsexamen 1959 noch ein betriebswirtschaftliches Studium an der Universität Köln absolviert und 1962 als Diplom-Kaufmann abgeschlossen. Nach Promotion zum Doktor der Rechte. an der Universität Göttingen Anfang 1965 ergriff er einen Beruf in der Wirtschaft und war gut 30 Jahre lang Manager Interne Revision (Internal Audit Manager) in verschiedenen nationalen und internationalen Industriekonzernen.

GÖTTINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE STUDIEN

Herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

BAND 61

Helmut Kliege

Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher
Analyse

unter besonderer Berücksichtigung
der Freizeichnungsklauseln



VERLAG OTTO SCHWARTZ & CO · GÖTTINGEN 1966

RECHTSPROBLEME
DER ALLGEMEINEN GESCHÄFTS-
BEDINGUNGEN IN WIRTSCHAFTS-
WISSENSCHAFTLICHER ANALYSE
unter besonderer Berücksichtigung
der Freizeichnungsklauseln

VON

DR. HELMUT KLIEGE

Diplom-Kaufmann



VERLAG OTTO SCHWARTZ & CO · GÖTTINGEN 1966

Alle Rechte vorbehalten
Verlag Otto Schwartz & Co., 34 Göttingen, 1966
Gesamtherstellung: Otto Schwartz & Co., 34 Göttingen

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG

Grundgedanken, Fragestellung und Methodik der Untersuchung

I. Grundgedanken der Untersuchung	1
II. Fragestellung der Untersuchung	4
III. Systematik der Untersuchung	5
IV. Exkurs über die juristische Relevanz wirtschaftswissenschaftlichen Fachwissens	8
1. Subsumtionsdenken und Modelldenken	9
2. Rechtsbegriffe und wirtschaftswissenschaftliche Begriffe	11
3. Rechtspolitik und Wirtschaftspolitik	13
V. Methodik und Terminologie der Untersuchung	14

TEIL A

Die funktionale Berechtigung der AGB

§ 1. Vereinheitlichungseffekte	17
I. Rationalisierung des Vertriebs oder des Einkaufs	17
II. Verringerung der Ungewißheit in der Planung	18
§ 2. Verheimlichungseffekte	19
I. Verweisungseffekte	20
II. Verklausulierungseffekte	21
III. Ungenügende Beachtung in der Rechtsprechung	22
§ 3. Gestaltungseffekte	28
I. Betriebstechnische Funktionen	28
1. Verwaltungstechnische Klauseln	29
2. Beschaffungstechnische Klauseln	29
3. Produktionstechnische Klauseln	29
4. Absatztechnische Klauseln	30
5. Finanzierungstechnische Klauseln	30
II. Risikopolitische Funktionen	31
1. Begrenzung der Prozeßrisiken	32
a) Ausmaß der Streitverhütung	32
b) Methoden der Streitverhütung	33

2. Begrenzung der Debitoren-Risiken	34
a) Methoden der Sicherung	34
b) Zulässigkeit der Bestimmungen	35
3. Begrenzung der Haftungsrisiken	37
a) Methoden der Haftungsbegrenzung	37
b) Zulässigkeit der Begrenzungen	38
aa) Einschränkungen aus dem Risikobegriff	38
bb) Versicherbarkeit der Risiken	40
cc) Steuerliche Behandlung der Risiken	41

TEIL B

Die Äquivalente für den Vertragspartner

§ 4. Belastungswirkungen	45
§ 5. Preisargumente	48
I. Juristische Beachtlichkeit der Argumente	49
II. Wirtschaftstheoretische Stichhaltigkeit	51
1. Grundbegriffe	51
2. Preistheoretischer Ausgangsfall	54
3. Modifizierung der Prämissen	58
a) Anderer Verlauf der Nachfragekurve	58
b) Anderer Verlauf der Kostenkurven	59
c) Andere Maxime wirtschaftlichen Handelns	60
d) Totalanalyse	62
4. Herabsetzung des Abstraktionsgrades	65
5. Juristische Folgerungen	67
III. Einige Beispielfälle	68
1. Speditionsgewerbe	68
2. Versorgungsunternehmen	69
3. Schiffsbewachungsbetriebe	70
4. Bahnamtliche Gepäckaufbewahrung	71
5. Auskunftsteien	71
§ 6. Sonstige Argumente	73
I. Milderung aus Kulanz	73
II. Milderung durch Weiterwälzen	74
III. Interessenausgleich durch Aushandeln	75
IV. Interessenschutz durch staatliche Kontrolle	77

TEIL C

Die Belange der Gemeinschaft

§ 7. Allgemeine Geschäftsbedingungen als Problem der Vertragsfreiheit	81
I. Formaler Begriff der Vertragsfreiheit	81
1. Begrenzung durch § 138 I BGB	82
2. Begrenzung durch § 242 BGB	83
3. Begrenzung durch Analogie zu § 315 BGB	84
4. Begrenzung durch Art. 20 I, 28 I GG	87
5. Begrenzung durch Art. 2 I GG	92

II. Materialer Begriff der Vertragsfreiheit	95
1. Gemeinschaftsinteresse an der Vertragsgerechtigkeit	95
2. Rechtssystematische Verankerung des materialen Begriffs	101
a) Begrenzung durch das Verbot des Rechtsmißbrauchs	102
b) Lückenausfüllung durch teleologische Reduktion des Prinzips der Vertragsfreiheit	102
III. Funktionaler Begriff der Vertragsfreiheit	104
1. Der Marktmechanismus als geschützte Institution	106
2. Wirkungsweise und Schutzwürdigkeit des Marktmechanismus	107
a) Konsumlenkung	108
b) Produktionslenkung	110
3. Tragweite des Schutzes (Die Stellung des Marktmechanismus in der Wirtschaftsordnung)	111
§ 8. Volkswirtschaftliche Maßstäbe	115
I. Auswirkungen auf den Marktmechanismus	116
1. Monopolisierungsgrad	116
2. Markttransparenz	121
3. social costs	122
II. Volkswirtschaftliche Verluste	125
1. Schadensprävention	125
2. Volkswirtschaftlicher Leerlauf	126
III. Auswirkungen auf die wirtschaftliche Dynamik	128
IV. Exkurs über die Freizeichnungsklauseln für mittelbare Schäden	130
V. Auswirkungen auf das Wohlfahrtsniveau	132
1. Vermögenslage als Haftungsgrund	134
2. Versicherbarkeit als Haftungsgrund	134
3. Fehlende welfare-Kriterien	136
SCHLUSS	
Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	139
Literaturverzeichnis	143

Abkürzungsverzeichnis

Zu Abkürzungen für Zeitschriften siehe Literaturverzeichnis C

a. A.	= anderer Ansicht
ADSp.	= Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
AEB	= Allgemeine Einkaufsbedingungen
AGB	= Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	= Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. 9. 1953
AktG	= Aktiengesetz vom 30. 1. 1937
ALB	= Allgemeine Lieferbedingungen
BAnz.	= Bundesanzeiger (Köln)
BayV	= Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. 12. 1946
BerIV	= Verfassung von Berlin vom 1. 9. 1950
BFH	= Bundesfinanzhof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896
BGBL.	= Bundesgesetzblatt, zitiert mit Teil (römische Ziffer) und Seitenzahl, Jahr jeweils wie vorausstehendes Datum
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung, Berlin und Köln), zitiert mit Band und Seite der Leitsätze, in Klammern genaue Seite des Zitats.
BörsG	= Börsengesetz vom 22. 6. 1896
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BT-Drucks.	= Bundestagsdrucksachen, zitiert mit Legislaturperiode (römische Ziffer) und Nr.
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung, Tübingen), zitiert wie BGHZ
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGG	= Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. 9. 1952
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung, Berlin), zitiert wie BGHZ

X	Abkürzungsverzeichnis
DepotG	= Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 4. 2. 1937
DJT	= Deutscher Juristentag
ECE	= Economic Comission for Europe, Europäische Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen
EnergieWiG	= Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13. 12. 1935
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949
GNT	= Güternahverkehrstarif
GüKG	= Güterkraftverkehrsgesetz vom 17. 10. 1952
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. 1. 1877 (neue Bekanntmachung vom 12. 9. 1950)
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. 7. 1957
HessV	= Verfassung des Landes Hessen v. 1. 12. 1946
HGB	= Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung, Berlin (Entscheidungsammlung)
HypBG	= Hypothekendarlehenbankgesetz vom 13. 7. 1899
KG	= Kammergericht
KVO	= Verordnung TS Nr. 12/58 über Tarife für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 23. 12. 1958 (BAnz. Nr. 249)
KWG	= Gesetz über das Kreditwesen vom 10. 7. 1961
LG	= Landgericht
LM	= Lindenmaier, Fritz und Möhring, Philipp (Hrsg.) Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, München und Berlin, Loseblatt (Entscheidungs.)
LSÖ	= Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund der Selbstkosten bei Leistungen für öffentliche Auftraggeber, Anlage zur Verordnung über die Preisermittlung usw. vom 15. 11. 1938 (RGBl. I S. 1623)
LSP	= Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten, Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 des Bundesministers für Wirtschaft vom 21. 11. 1953 (BAnz. Nr. 244)
OLG	= Oberlandesgericht
RG	= Reichsgericht
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RGRK	= Kommentar von Reichsgerichtsräten bzw. (später:) Bundesrichtern

RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung, Leipzig o. Berlin), zitiert wie BGHZ
Rh.-Pf.V	= Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18. 5. 1947
r. Sp. o.	= rechte Spalte oben, entsprechend für linke Spalte
Rspr. OLG	= Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (Hrsg. B. Mugdan und R. Falkmann), Berlin und Leipzig
StAnpG	= Steueranpassungsgesetz vom 16. 10. 1934
SVS	= Speditionsversicherungsschein
VAG	= Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen vom 6. 6. 1931
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VO	= Verordnung
VVDStL	= Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WarnRspr.	= Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Hrsg. Otto Warneyer)
WG	= Wechselgesetz vom 21. 6. 1933
ZPO	= Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877 (neue Bekanntmachung vom 12. 9. 1950)

EINLEITUNG

Grundgedanken, Fragestellung und Methodik der Untersuchung

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind vorformulierte Regelungen vertraglicher Rechtsbeziehungen, die dazu bestimmt sind, bei zahlreichen Geschäftsabschlüssen eines Unternehmens Vertragsinhalt zu werden. Vier wirtschaftsgeschichtliche Prozesse¹⁾: der Übergang zur großbetrieblichen Massenproduktion im 19. Jahrhundert, die um 1870 einsetzenden Konzentrations- und Kartellierungsvorgänge sowie die Konstituierung von Wirtschaftsverbänden, die folgenden Wirtschaftskrisen und Inflationen und die nach 1933 angestrebte ständische Gliederung der Wirtschaft, haben die AGB zu einem bedeutenden Faktor im heutigen Wirtschaftsleben werden lassen. Obwohl sich die Rechtsprechung schon vor der Jahrhundertwende mit den Problemen der AGB zu befassen hatte, setzte die juristische Diskussion dieses Phänomens erst in den zwanziger Jahren ein. Wie aber die jüngste Rechtsprechung zeigt, ist die Problematik heute noch hochaktuell.

I. Grundgedanken der Untersuchung

Die Volkswirtschaftslehre erklärt das wirtschaftliche Geschehen als ein Zusammenspiel von sechs Faktoren: Bevölkerungsstand, Bedürfnisstrukturen, Naturgegebenheiten, Kapitalausstattung, technischem Wissen und rechtlich-sozialer Ordnung. Diese Größen werden in ihrem Bestand und ihren Veränderungen als sogenannte Daten hingegenommen, deren Analyse nicht mehr in den Aufgabenbereich der nationalökonomischen Theorie fällt. Das sechste Datum, die rechtliche und soziale Ordnung, ist von besonderem Interesse für die Wirtschaftspolitik. Denn nur über die Gestaltung der Rechts- und Sozialordnung kann auf die übrigen Daten und damit auf den Wirtschaftsablauf Einfluß genommen werden. Wirtschaftspolitik kann grundsätzlich jeder betreiben, der über genügend weitreichende Macht verfügt. Private Machtgruppen werden dabei in erster Linie durch ökonomischen Zwang oder durch die Aufstellung von moralischen Normen für ein bestimmtes

¹⁾ Vgl. A. K n u r, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Staatslexikon Bd. I, 6. Aufl., Freiburg 1957; P. B o b r o w s k i, Liefervertrag und Lieferbedingungen, Karlsruhe 1956, S. 1—2; H. W e b e r, Die wirtschaftliche Bedeutung der allgemeinen Lieferbedingungen der Eisen schaffenden, Eisen weiterverarbeitenden und Maschinenindustrie in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Tübingen 1960, S. 23 ff.

soziales Wohlverhalten (Berufsethos, Solidaritätsappelle) Einfluß auf die Sozialordnung nehmen. Soweit die Wirtschaftspolitik dagegen von Hoheitsträgern durchgeführt wird, vollzieht sie sich fast immer als Veränderung der Rechtsordnung. Staatliche Wirtschaftspolitik ist durchweg Rechtspolitik²⁾.

Andererseits ist nicht zu übersehen, daß die konkrete Bedeutung bestimmter Rechtsinstitute durch wirtschaftspolitische Maßnahmen mittelbar verändert wird, sei es offen durch Rückwirkung anderer Rechtsnormen, z. B. des Wirtschaftsverwaltungsrechts auf das bürgerlich-rechtliche Eigentum, oder unbemerkt durch Einwirkung der ökonomischen Verhältnisse auf die Rechtsanwendung³⁾. So ist in einer zentral geleiteten Wirtschaft der formale Eigentumsbegriff des § 903 BGB materiell ein anderer als in einer Wirtschaftsordnung des laissez faire und wieder ein anderer in einer sozialen Marktwirtschaft. So hat der Grundsatz der Vertragsfreiheit in einer gelenkten Wirtschaft und einer freien Marktwirtschaft einen ganz unterschiedlichen Anwendungsbereich und wird in einer marktwirtschaftlichen Verfassung zudem von den verschiedenen Marktformen faktisch modifiziert. Zwischen Rechtsordnung und Wirtschaftsordnung bestehen daher außerordentlich enge Beziehungen⁴⁾.

Umso bedauerlicher ist die Entfremdung, die im Laufe der letzten hundert Jahre zwischen Rechtsdenken und nationalökonomischem Denken eingetreten ist⁵⁾. Zur Zeit des Liberalismus glaubte man, unter einer freiheitlichen Rechtsordnung werde sich eine brauchbare Wirtschaftsordnung von selbst ergeben. Zur Zeit der nationalsozialistischen Wirtschaftslenkung dagegen setzte man sich mit rechtlichen Machtdiktaten über die wirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten hinweg. Die „Synthese der individualistisch-kapitalistischen These mit der sozialistisch-kollektivistischen Antithese“⁶⁾, die man in den 20er Jahren erwartete, mißlang. Das „konkrete Ordnungsdenken“ (Carl Schmitt) scheiterte daran, daß man sich „Institutionen“ nur als ständische und hierarchische Gebilde, nicht aber als einen Mechanismus des freien Kräftespiels, vorstellen konnte⁷⁾. Heute erst setzt sich die Erkenntnis durch,

²⁾ Vgl. jedoch auch die „Wirtschaftspolitik mit dem Zeigefinger“ (moral suasion).

³⁾ Vgl. schon K. G. W u r z e l, Das juristische Denken, Wien 1904, S. 66 f.

⁴⁾ Vgl. die Beiträge auf der 3. Arbeitstagung der Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, gesammelt in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik N. F. Bd. 33, Berlin 1964 (Hrsg.: L. R a i s e r, H. S a u e r m a n n, E. S c h n e i d e r).

⁵⁾ Vgl. W. E u c k e n, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl., Berlin — Göttingen — Heidelberg 1959, S. 241.

⁶⁾ K. G e i l e r, Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht, in: Gruchots Beitr., 68. Jg. (1927) S. 610.

⁷⁾ „Freiheit ist kein Institut“. — Carl S c h m i t t, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: Festschr. der Handelshochschule Berlin 1931, S. 26; vgl. auch C. S c h m i t t, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934, S. 56.

daß gerade eine freiheitliche Wirtschaftsverfassung „aus einem Naturprodukt zu einer bewußt gestalteten rechtlichen Institution“⁸⁾ werden muß und daß dabei viele Rechtsgebiete, darunter auch das Recht der AGB, „nach Inhalt und Auslegung von der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gesamtentscheidung wesentlich abhängen“⁹⁾.

Dabei muß beachtet werden, daß die staatliche Wirtschaftspolitik nicht nur von Gesetzgebung und Verwaltung, sondern effektiv auch von der Rechtsprechung getragen wird¹⁰⁾. Ebenso wird auch die Rechtspolitik als gestaltende Stellungnahme des Staates zur Rechtsordnung nicht nur vom Gesetzgeber und — im Rahmen seiner Ermächtigungen — von der Exekutive durchgeführt, sondern auch von den Gerichten. Das generelle und abstrakte Gesetzesrecht bedarf einer Konkretisierung durch das Richterrecht. Dieses ist als eine Rechtsquelle anzuerkennen¹¹⁾. Rechtspolitische Betrachtungen müssen somit nicht immer *de lege ferenda* angestellt werden, sondern können sich durchaus im Rahmen des geltenden, positiven Rechts bewegen.

Die Rechtsprechung sollte sich in Anbetracht dieser ihrer rechts- und wirtschaftspolitischen Funktion in allen Bereichen des Rechts der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheidungen, soweit sie der Gesetzgeber getroffen hat, bewußt sein. Damit soll keineswegs der Satz: „Recht ist, was dem deutschen Volke frommt!“¹²⁾ wiedererweckt werden. Die Gerechtigkeit soll weder durch die ökonomische Zweckmäßigkeit *definiert*, noch durch sie *ersetzt* werden. Aber Gerechtigkeit und Wohlstand auf individueller wie sozialer Ebene sind Ziele, die heute gleichzeitig verwirklicht werden müssen und die sich sehr wohl *ergänzen* können, wenn wir heute erkennen, daß es für die Erreichung beider Ziele wesentlich auf die Zubilligung ausreichender Freiheitsrechte an das einzelne Rechts- und Wirtschaftssubjekte ankommt.

Will sich die Rechtsprechung an die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheidungen des Gesetzgebers halten, so ist es unumgänglich, daß sie auch die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften berücksichtigt. Wie der Gesetzgeber bei der Rechtsschöpfung Prognosen über die Auswirkungen seiner Anordnungen anstellen muß, so kann auch der Richter, wo er den Gesetzgeber vertritt, fachwissenschaftliche Urteile anderer Disziplinen nicht

⁸⁾ L. Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben (Festschr.) Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 131.

⁹⁾ W. Eucken, a. a. O. S. 241; vgl. auch H. Coing, Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaften, in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik N. F. Bd. 33, S. 7.

¹⁰⁾ Um nur ein offensichtliches Beispiel zu nennen: vgl. die gegensätzlichen Ansichten über die Verfassungsmäßigkeit des § 2 Preisgesetz (Übergangsgesetz über Preisbildung und Preisüberwachung vom 10. 4. 1948 — WiGBI. S. 27) in BVerwGE 1, 104 ff. (II. Senat) und BVerwGE 4, 22 ff. (V. Senat) und die Entscheidung in BVerfGE 8, 274 ff.

¹¹⁾ Vgl. O. Bülow, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885, S. 6 und 28 ff.; F. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956, S. 15; siehe auch § 137 GVG, § 47 II BVerwGG, § 45 II, 2 AGG.

¹²⁾ R. Freisler, Der Rechtswahrer im Kampfe des Vierjahresplanes, in: DJ 1936 II. Halbj. S. 1630.

einfach außer acht lassen¹³⁾. Wohin eine gegenläufige Entwicklung führen kann, zeigt ein Urteil des OLG Bremen¹⁴⁾, dessen Bezugnahme auf die „soziale Marktwirtschaft“ zur Begründung eines rechtsgestaltenden Eingriffs in die Preisvereinbarung der Parteien von wirtschaftswissenschaftlicher Ignoranz zeugt.

Die Berücksichtigung wirtschaftswissenschaftlicher Ergebnisse kann ihren Platz insbesondere dort finden, wo zur Konkretisierung von allgemeinen Rechtsbegriffen, zur Ausfüllung von Generalklauseln und zur Beseitigung von Gesetzeslücken auf die Methode der außergesetzlichen Wertungen¹⁵⁾ oder die „Natur der Sache“ zurückgegriffen wird¹⁶⁾. Es ist nicht einzusehen, warum sich die Rechtswissenschaft dagegen sträuben sollte, daß aus den Systemen und Erkenntnissen anderer Wissenschaften „System und Geist einer Rechtsordnung . . . mit neuem Anschauungs- und Urteilsstoff bereichert werden“¹⁷⁾.

II. Fragestellung der Untersuchung

Ausgehend von diesen Grundgedanken, will die vorliegende Arbeit ein Versuch zur *Synthese* der beiden bisher isolierten Wissenschaften sein, der sich verständlicherweise auf ein abgegrenztes Rechtsgebiet beschränken muß. Die Rechtsprobleme der AGB wurden in der bisherigen Diskussion von zwei verschiedenen Standpunkten aus betrachtet. Den kritischen Argumenten der Rechtslehre wurden beschwichtigende Argumente der Wirtschaftspraxis entgegengestellt. Die Diskussionsbeiträge aus beiden Lagern lassen jedoch im allgemeinen eine ausreichende Differenzierung der Tatbestände¹⁸⁾ und erst recht nachprüfbare Zahlenangaben¹⁹⁾ vermissen. Es scheint daher notwendig zu sein, einen neuen — vielleicht vermittelnden — Standpunkt einzunehmen. Das könnte geschehen, indem die beiderseitigen Argumente an den Erkenntnissen der *Wirtschaftstheorie* überprüft werden²⁰⁾.

Es könnte sich dabei zeigen, daß einzelne Argumente der Wirtschaftspraxis unabhängig von ihrer noch ausstehenden Verifizierung schon theore-

¹³⁾ Vgl. K. Englisch, Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg 1950, S. 20 Anm. 28.

¹⁴⁾ NJW 1963 S. 1456/57; zur rechtlichen Unhaltbarkeit der Entscheidung vgl. W. Zeiss, Gerichtliche Änderung vertraglich vereinbarter Preise? in: NJW 1964 S. 477 ff.

¹⁵⁾ Vgl. K. Lorenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin — Göttingen — Heidelberg 1960, S. 128—133.

¹⁶⁾ Vgl. H. Coing, in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N. F. Bd. 33, S. 5 und 6.

¹⁷⁾ J. Esser, Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht, in: *summum ius summa iniuria*, Tübingen 1963, S. 40.

¹⁸⁾ Die Notwendigkeit zur Differenzierung wird ebenfalls ausgesprochen in BGHZ 22, 90 (96/97).

¹⁹⁾ So W. Herschel in: DR 1940 S. 1452/53 gegen G. Lancelli, ebenda.

²⁰⁾ Die m. W. einzige wirtschaftswissenschaftliche Untersuchung zum AGB-Problem von Heinz Weber, a. a. O. (Diss. Tübingen 1960), bringt gegenüber den Erörterungen im juristischen Schrifttum keine neuen Ansatzpunkte.

tisch nicht stichhaltig sein können. Vielleicht ergibt sich daraus auch für die Rechtsprechung die Notwendigkeit, nach neuen Entscheidungsgrundlagen zu suchen. Besonders die Methode der Interessenabwägung in Form von Billigkeitsüberlegungen, für welche die Rechtslehre einen Fächer rechtsdogmatischer Möglichkeiten entwickelt hat, bedarf einer kritischen Prüfung. Sollte sich erweisen, daß die bisherigen Lösungsversuche wesentliche wirtschaftliche Sachverhalte unberücksichtigt lassen, so müßte unter strenger Beachtung der juristischen Methodologie ein rechtsdogmatisch vertretbarer Weg zur Berücksichtigung der neuen Aspekte eröffnet werden. Die Zielsetzung der Arbeit ist also eine zweifache:

- a) eine kritische Untersuchung der Einzelargumente, die für und gegen die AGB vorgebracht wurden, und
- b) eine Überprüfung der Gesamtkonzeption, die den bisherigen rechtlichen Erörterungen zugrunde gelegt wurde.

III. Systematik der Untersuchung

Diese Fragestellung bestimmt schon den Aufbau der Arbeit. Er muß sich an dem Argumentationsschema der Rechtsprechung orientieren. Die Rechtsprechung prüft die Wirksamkeit der streitigen Klauseln in drei Stufen und folgt dabei jeweils dem Konzept der Interessenabwägung²¹⁾:

1. bei der Frage, ob die Klauseln Vertragsbestandteil geworden sind (Integrationsproblem, Frage des „Geltungsgrundes“),
2. bei der Auslegung der Klauseln (Interpretationsproblem),
3. bei der Frage ihrer inhaltlichen Zulässigkeit (offene Inhaltskontrolle).

Im Rahmen des *Integrationsproblems* kommt es zu einer Interessenabwägung, wenn eine stillschweigende Unterwerfung des einen Vertragspartners unter die Standardkonditionen des anderen in Frage steht. Eine stillschweigende Zustimmung zu den AGB kann nach ständiger Rechtsprechung nur hinsichtlich solcher Klauseln angenommen werden, die üblicherweise zu erwarten sind²²⁾. Als unüblich werden dabei nicht nur solche Bestimmungen angesehen, die hinsichtlich ihrer Verbreitung selten sind („Überraschklauseln“, v. N o t b e c k), sondern häufig auch solche, die wegen ihrer Unbilligkeit ungewöhnlich wirken. Die Feststellung der Unbilligkeit enthält dabei eine Interessenabwägung.

Geht es bei dieser ersten Prüfung um eine Auslegung der Willenserklärung des Kunden, so wird auf der zweiten Stufe eine *Auslegung der AGB* als Willenserklärung des Unternehmers erforderlich. Dabei gilt die „Unklarheitenregel“: in dubio contra stipulatorem²³⁾. Dieser Grundsatz kann jedoch

²¹⁾ Vgl. L. R a i s e r, Das Recht der AGB, Hamburg 1935, S. 109; W. M e i s s, Zur Frage der Zulässigkeit des Haftungsausschlusses, in: VersR 1960 S. 963.

²²⁾ Vgl. RGZ 103, 84 (86); 112, 253; RG in BankA 1928/29 S. 185; RG in JW 1931 S. 1958 Nr. 4; RG in JW 1936 S. 2093; BGHZ 17, 1 (3); 33, 216 (219).

²³⁾ Vgl. RGZ 120, 18 (20); 145, 21 (26); BGHZ 5, 111 (115); LG Duisburg in NJW 1964 S. 160.

erst angewandt werden, wenn bei einer Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf Verkehrssitte oder Handelsbrauch zwei oder mehrere Auslegungsmöglichkeiten bestehen bleiben²⁴). Eine Interpretation gem. §§ 133, 157 BGB, § 346 HGB erfordert aber eine Betrachtung der Interessen, die beide Parteien mit dem Geschäft und der betreffenden Klausel verfolgt haben²⁵).

Für die *offene Inhaltskontrolle* schließlich hat die Rechtsprechung im Laufe der Zeit drei Ansatzpunkte gefunden²⁶):

- a) den § 138 I BGB, nach dem die Klauseln wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein sollen, wenn eine absolute oder relative Monopolstellung in einem gesamtwirtschaftlich unentbehrlichen Gewerbe mißbraucht wird zur Freizeichnung von eigenem Verschulden (oder vom Verschulden leitender Angestellter)²⁷) oder zur Vereinbarung eines auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung²⁸);
- b) den § 242 BGB, nach dem die Berufung auf eine Klausel nicht nur in casu²⁹), sondern auch generell unzulässig sein kann³⁰);
- c) eine Analogie zu § 315 BGB, wonach der Richter zum Schutz des AGB-Untertworfenen gestaltend in die Vertragsbedingungen eingreifen kann³¹).

Für alle drei Korrekturmöglichkeiten muß — abgesehen vom Fall der Freizeichnung für eigenes Verschulden — ein Mißverhältnis zwischen den gegenseitigen Vertragsrechten vorliegen, womit es auch auf der dritten Stufe zu einer Interessenabwägung kommt.

Beurteilt werden nun nicht die speziellen Parteiinteressen im Einzelfall, sondern die „sphärentypischen Interessen“ (H u r s t), d. h. die Interessen der

²⁴) Vgl. RGZ 87, 335 (338); BGH in LM Nr. 6 zu § 377 HGB.

²⁵) Vgl. RGZ 86, 162 (164); 89, 6 (9/10); 89, 324 (329); 98, 122 (123!); 104, 307; 132, 305 (310); RG in DR 1941 S. 1726 Nr. 9 (S. 1727 l. Spalte unten); RGZ 170, 233 (240); 171, 43 (48).

²⁶) Eine ausführlichere Darstellung, auch der Rechtslehre, folgt im § 7 dieser Arbeit.

²⁷) Vgl. RGZ 20, 115 (117); 103, 82 (84); 106, 386; RG in LZ 1924, Spalte 464 (466); RG in JW 1925 S. 1395 Nr. 26; RGZ 115, 218; RG in LZ 1927, Spalte 636; RG in JW 1931 S. 2719 Nr. 19.

²⁸) Vgl. RGZ 62, 264 (266); 99, 107 (109 ff.); auch: RGZ 79, 224 (229) (kein AGB-Fall);

vgl. ferner D. S c h n e i d e r, Beschränkung von Gewährleistungsrechten in ALB, in: NJW 1954 S. 133; Das Bestehen einer solchen Rechtsprechung wird bestritten von K. S i m i t i s, Gute Sitten und ordre public, Marburg 1960, S. 25 Anm. 23.

²⁹) Vgl. RGZ 104, 98; HRR 1940, 1075; BGHZ 13, 198; BGH in BB 1955 S. 142 f.; OLG München in NJW 1955 S. 1319 (1320); BGH in LM Nr. 10 (Bl. 2) zu AGB.

³⁰) Angedeutet schon vom RG in DR 1941 S. 1726 Nr. 9; deutlicher in RGZ 168, 321 (329) und BGH in MDR 1954, S. 345; Entscheidungsgrundlage in BGHZ 20, 164 (167); 22, 90 (96 ff.); 33, 216 (219/220); 37, 94 (98/99).

³¹) Vgl. BGHZ 38, 183 (185).

jeweils typischen Unternehmer- und Kundenschichten³²⁾. Die Erörterung der Interessenlage, die Lösung der sog. „Zumutungsfrage“³³⁾ vollzieht sich in den Urteilen stets nach dem gleichen Schema³⁴⁾:

1. Es werden zunächst die Gründe des Unternehmers beleuchtet. War die streitige Klausel eine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit³⁵⁾? War sie gerechtfertigt durch eine rule of reason³⁶⁾? Hatte sie eine iusta causa³⁷⁾?
2. Zweitens wird erörtert, ob der benachteiligte Vertragspartner ein Äquivalent erhalten hat. Zahlte er ein iustum pretium? Erhielt er einen angemessenen Ausgleich für seine verschlechterte Rechtsposition?
3. Ließen sich danach sowohl eine iusta causa als auch ein iustum pretium finden, so war die Klausel gerechtfertigt. — Leider aber wird in den Entscheidungen nicht immer der Maßstab deutlich, nach welchem die Berechtigung der Gründe und die Angemessenheit der Gegenleistung beurteilt wird. Im Schrifttum wird auf das dispositive Gesetzesrecht als präsumtiv angemessene Regelung hingewiesen³⁸⁾. Auch für die Rechtsprechung scheint dieses der Maßstab zu sein³⁹⁾. Im übrigen wird häufig das „Gemeinschaftsinteresse“ als das tertium comparationis hingestellt⁴⁰⁾, ohne daß jemals klar würde, was damit gemeint ist. Es müßte jedoch möglich sein, dieses Gemeinschaftsinteresse durch volkswirtschaftliche Kriterien zu erläutern.

Nach diesen Überlegungen ergibt sich die Gliederung der Arbeit aus der Frage nach der iusta causa (A), dem iustum pretium (B) und dem tertium comparationis (C).

³²⁾ Vgl. RGZ 170, 233 (240 f.); BGHZ 22, 90 (98); 33, 216 (219); W. Bernhardt, Die AGB als Rechtsnormen, in DR 1942 S. 1173; W. Hurst, Inwieweit kann Gesetzesrecht durch AGB abbedungen werden? Diss. Köln 1958, S. 25.

³³⁾ RG in JW 1931 S. 3085 Nr. 9 (S. 3086).

³⁴⁾ Vgl. Hurst, a. a. O. S. 26; K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgem. Teil, 6. Aufl., München und Berlin 1963, § 8 IV (S. 95) und als Beispiele: RGZ 99, 107 (110 f.); 106, 386; OLG Frankfurt/M. in JW 1925 S. 654 Nr. 26.

³⁵⁾ Vgl. RG in JW 1914, S. 204 Nr. 20 (S. 205).

³⁶⁾ Terminus in Anlehnung an das amerikanische Kartellrecht, wo er allerdings mehr gesamtwirtschaftliche Rechtfertigungsgründe beinhaltet, vgl. J. Kaskell, Standard Contracts and General Clauses in the United States, in: WuW 1951/52, S. 103 ff., und A. Gleiss, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Dekartellierungsrecht, ebenda S. 114.

³⁷⁾ Vgl. A. Brandt, die AGB und das sogen. dispositive Recht, in: DRw. 5. Bd. 1940 S. 81 und 84.

³⁸⁾ Vgl. Raiser, a. a. O. (1935) S. 100; zentrales Kriterium bei: Hurst, a. a. O. S. 103 und 119; B. v. Nottbeck, Über die Grenzen der Freizeichnung in ALB, Diss. Göttingen 1960, S. 98 ff.

³⁹⁾ Z. B. RGZ 103, 82 (84); 89, 324 (329); OLG München in HRR 1940, 1075.

⁴⁰⁾ RGZ 170, 233 spricht ausdrücklich von „Gemeinschaftsbelangen“.

IV. Exkurs über die juristische Relevanz wirtschaftswissenschaftlichen Fachwissens

„Weit mehr als die Gesetze, sind es die Denkgewohnheiten der Juristen, die sich von Geschlecht zu Geschlecht forterben: Sie sind der hartnäckigste und eigensinnigste Bestandteil des Juristenrechts“⁴¹⁾. Die Zähigkeit des überlieferten Begriffssystems⁴²⁾ führt leicht zu einer Antipathie gegen ungewohnte Denkprozesse⁴³⁾ und könnte den Juristen veranlassen, die juristische Relevanz wirtschaftswissenschaftlichen Fachwissens vorsorglich zu leugnen. Die Argumentation dieser ablehnenden Einstellung bezieht sich hauptsächlich auf die unterschiedlichen Zielsetzungen und Methoden der beiden Wissenschaften. Tatsächlich stellen sich dem Versuch, die juristische Betrachtungsweise durch eine wirtschaftswissenschaftliche zu ergänzen, in erster Linie methodologische Hindernisse in den Weg⁴⁴⁾. Ein Vergleich der Denk- und Arbeitsweisen der Rechtswissenschaft und der Wirtschaftswissenschaft könnte einige Vorurteile ausräumen.

Sowohl der Jurist als auch der Wirtschaftswissenschaftler muß sich mit der Tatsachenermittlung befassen. Dieser Tätigkeitsbereich, dessen Darstellung nur den Charakter einer Kunstlehre hat, soll hier nicht näher betrachtet werden. Abgesehen von der Aufgabe der Sachverhaltsklärung können in beiden Wissenschaften ein theoretisch-dogmatischer und ein gestaltend-politischer Bereich unterschieden werden⁴⁵⁾. Es ist angebracht, bei einem Vergleich auf pauschale Aussagen über die Rechts- bzw. Wirtschaftswissenschaft im ganzen zu verzichten und vielmehr Rechtsdogmatik und Wirtschaftstheorie sowie Rechtspolitik und Wirtschaftspolitik einander getrennt gegenüberzustellen. Dabei sollen hier nicht die heuristischen und hermeneutischen⁴⁶⁾ Methoden interessieren, wie sie die Wissenschaftslogik herausarbeitet, sondern die

⁴¹⁾ E. Ehrlich, Die juristische Logik, Tübingen 1918, S. 161; vgl. auch H. Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947, S. 126: „Tradition ist also die Luft, in der ein juristisches Denksystem sich bildet; der Zusammenarbeit von vielen Geschlechtern bedarf es“.

⁴²⁾ Vgl. Coing, a. a. O. (oberste Grundsätze) S. 129/130.

⁴³⁾ Z. B. E. Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., Neuwied — Berlin - Spandau — Darmstadt 1958, Einf. Ziff. 2:

„Die Volkswirtschaftslehre kann es sich leisten, weniger exakt zu denken als die Rechtswissenschaft. Sie muß es sogar; denn sie stellt die großen Theorien auf, die über Menschenalter hinweg die Wirtschaftsgeschichte mitbestimmen. Eine solche Theorie ist die von der ‚Sozialen Marktwirtschaft‘ ... Sie ist für den Volkswirtschaftler wahrscheinlich ein durchaus brauchbares Denkmodell, mit dem er arbeiten kann, Nicht so für den Juristen ...“ — Gegen jeden Satz dieses Textes bestehen Bedenken.

⁴⁴⁾ Vgl. Wurzel, a. a. O. S. 100.

⁴⁵⁾ Für die Rechtswissenschaft vgl. J. Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, Wien 1949, S. 44.

⁴⁶⁾ Vgl. dazu H. Coing, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln — Opladen 1959.

Strukturen der typischen Denkprozesse, wie sie demjenigen begegnen, der in diesen Wissenschaften tätig wird⁴⁷⁾.

1. Subsumtionsdenken und Modelldenken

Aufgabe der Rechtsdogmatik ist die Ermittlung des Norminhalts, die Entwicklung eines Normensystems und bisweilen die Hilfe bei der Normbildung. Traditionellerweise werden ihre Konstruktionen unter der Prämisse von der Einheit des Rechts⁴⁸⁾ nach den Spielregeln der formalen Logik⁴⁹⁾ aus den schon existierenden Rechtssätzen entwickelt. Für die Rechtsanwendung, in deren Dienst letztlich die abstrakten Ergebnisse der Rechtsdogmatik stehen, gelten wiederum besondere Methoden. Um zu konkreten Rechtsergebnissen zu gelangen, werden die zuvor durch Tatsachenermittlung geklärten Sachverhalte unter die Rechtssätze subsumiert, die von der Rechtsdogmatik aufbereitet worden sind. Die dabei angewandte Subsumtionstechnik ist gekennzeichnet durch eine *retrograde* Verfahrensweise⁵⁰⁾. Von der Rechtsfolge schreitet man zum Tatbestand zurück und von den Tatbestandsbegriffen weiter zu den Subdefinitionen, welche die Rechtsbegriffe soweit konkretisieren, daß die deskriptiven Alltagsbegriffe der Sachverhaltsfeststellung ohne weitere logische Zwischenglieder in die Definitionen einsetzbar sind⁵¹⁾. Die Verknüpfung der einzelnen Schritte dieses Rekurses ist dabei eine *konditionale*⁵²⁾.

Im Gegensatz dazu wäre die Arbeitsweise der theoretischen Nationalökonomie⁵³⁾ als *progressiv* und *funktional*⁵⁴⁾ zu bezeichnen: Die Analyse

⁴⁷⁾ Vgl. das ähnliche Vorgehen bei W. E u c k e n , Was leistet die nationalökonomische Theorie? in: W. E u c k e n , Kapitaltheoretische Untersuchungen, 2. Aufl., Tübingen — Zürich 1954.

⁴⁸⁾ Vgl. E h r l i c h , a. a. O. S. 121 ff.

⁴⁹⁾ Vgl. dazu U. K l u g , Juristische Logik, 2. Aufl., Berlin — Göttingen — Heidelberg 1958, S. 101 ff.

⁵⁰⁾ Unzutreffend dürfte die Schilderung des „juristischen Denkens“ sein bei: E. H u b e r , Recht und Rechtsverwirklichung, Berlin 1921, S. 292, der den „Tatbestand“ (= Sachverhalt) umbaut, bis er unter den Rechtssatz paßt. Zwar besteht das Subsumtionsproblem logisch in der Aufstellung eines Untersatzes innerhalb eines Syllogismus (vgl. F. K a u f m a n n , Die Kriterien des Rechts, Tübingen 1924, S. 33). Dieser Untersatz wird jedoch mit Alltagsbegriffen gebildet. Die juristische Problematik liegt in der stufenweisen Erschließung der Rechtsnorm als des Obersatzes, vgl. Ph. H e c k , Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914, S. 89 f.

⁵¹⁾ Vgl. K. E n g i s c h , Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., Stuttgart 1956, S. 69/70.

⁵²⁾ Vgl. E n g i s c h , a. a. O. (Einführung) S. 32.

⁵³⁾ Es möge gestattet sein, den Vergleich hier auf die Volkswirtschaftslehre zu beschränken, da die wirtschaftswissenschaftlichen Gedanken dieser Arbeit vorwiegend volkswirtschaftlicher Herkunft sind.

⁵⁴⁾ Vgl. hierzu F. G o l d i n e r , Kausalität und Funktionalität in der Wirtschaftstheorie, in: ZfNÖ 10. Jg. (1944) S. 561 ff. (570).

wirtschaftlicher Zusammenhänge geht von den Lebenssachverhalten (Erfahrungsobjekten) aus und gewinnt aus den empirischen Befunden durch Abstraktion und u. U. durch Hinzufügung plausibler, gelegentlich aber auch bewußt unrealistischer Sachverhaltshypothesen ein Modell (Erkenntnisobjekt), ein „Wirkungssystem“ (J. v. K e m p s k i), das sich als ein Netzwerk bestimmter Prämissen darstellt⁵⁵). Durch gedankliche Veränderung einer oder weniger dieser Prämissen *ceteris paribus* werden danach die Wirkungen ermittelt, die ein Vorgang im Modell hervorruft⁵⁶). Diese Wirkungen haben hinsichtlich ihres Aussagewertes für die ökonomische Wirklichkeit nur in wenigen Fällen den ein eindeutigen Charakter des klassischen naturwissenschaftlichen Gesetzes⁵⁷), auch nicht den imperativen Wesenszug der Rechtsnormen, sondern sind im allgemeinen statistische Regelmäßigkeiten⁵⁸).

Der Jurist begreift das reale Geschehen ausschließlich in *kausalen* Kategorien. Er verfolgt isolierte Ketten von Situationen, wobei die Priorität einer Erscheinung denknotwendig ist⁵⁹). Ihn interessiert die *conditio sine qua non*. Formeln wie „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ sind noch leere Wortschablonen. *Judex non calculat*. — Das Weltbild des Wirtschaftswissenschaftlers dagegen ist in erster Linie ein *statistisches*. Er sieht die Wirklichkeit in Wahrscheinlichkeitskategorien und denkt in „relationslogischen Begriffen“ (O. M o r g e n s t e r n). Er muß in der Lage sein, eine Fülle von Interdependenzen und Rückwirkungen zu beachten, nicht nur intertemporale, sondern auch simultane Beziehungen zu erfassen⁶⁰), nicht nur linear, sondern auch zirkular zu denken.

Dennoch sollte die Sorge, durch statistische Aussagen über alle — die niemals Aussagen über jeden sein können⁶¹) — das einzelne Rechtssubjekt als Bezugspunkt des Rechts aus den Augen zu verlieren, nicht dazu führen, daß Durchschnittsbegriffe als „fiktiv“ abgelehnt werden⁶²). Eine Beschäftigung mit den Begriffen der Statistik könnte die Jurisprudenz vielleicht bereichern. Wenn zum objektiven Fahrlässigkeitsbegriff Maßstäbe für die erforderliche Sorgfalt gesucht werden, wenn bei bestimmten Generalklauseln von „Standards“ (ordentlicher Kaufmann, lauterer Wettbewerb usw.) die Rede ist,

⁵⁵) Vgl. H. H a l l e r, Typus und Gesetz in der Nationalökonomie, Stuttgart und Köln 1950, S. 106. E u c k e n, a. a. O. (Was leistet . . .) S. 7.

⁵⁶) Vgl. N. K l o t e n und H. K u h n, Wirtschaftswissenschaften: Methodenlehre, in: HDSW Bd. 12, 1964, S. 309, 316 ff.

⁵⁷) Vgl. F. K a u f m a n n, Methodenlehre der Sozialwissenschaften, Wien 1936, S. 219 ff., H a l l e r, a. a. O. S. 49 ff. (insbes. S. 53).

⁵⁸) Vgl. N. K l o t e n und H. K u h n in: HDSW Bd. 12, S. 308; F. G o l d i n e r in ZfNÖ 1944, S. 586; H a l l e r, a. a. O. S. 113/114.

⁵⁹) Bezeichnend die sogen. juristische (oder logische) Sekunde.

⁶⁰) Vgl. G o l d i n e r in ZfNÖ 1944, S. 464 ff. und 586.

⁶¹) E. N o e l l e, Umfragen in der Massengesellschaft, Hamburg 1963 (Rowohlt rde Bd. 177/178) S. 31.

⁶²) Wie z. B. bei K.-H. v. K ö h l e r, Welche Stellung hat der Wettbewerb in unserer Rechtsordnung? in: NJW 1964 S. 571/572 und 573 rechte Spalte oben.

wenn die Frage der Adäquität eines Kausalverlaufs ansteht, wenn es um psychologische oder soziologische Tätertypen geht, wenn der objektive Erklärungswert einer Willenserklärung ermittelt werden soll, so sind immer Aussagen „über alle“, Durchschnittsvorstellungen und Häufigkeitswerte mit im Spiel. Es wäre zu begrüßen, wenn diese Vorstellungen zunächst einmal begrifflich exakter gefaßt würden.

2. Rechtsbegriffe und wirtschaftswissenschaftliche Begriffe

Da beide Wissenschaften zu den Geisteswissenschaften gehören, ist ihnen gemeinsam, daß sie in ihrer Begriffswelt bei einem „natürlich-sozialen“ Weltbild der täglichen Erfahrung, bei einem „vorwissenschaftlich-naiven Realismus“ stehen bleiben⁶³). Ihre Begriffssysteme sind aus der Umgangssprache entwickelt⁶⁴), wobei auf eine Analyse des Spezifischen dieser Begriffe, wie sie in der Naturwissenschaft Voraussetzung ist, — weitgehend sachbedingt⁶⁵) — verzichtet wird⁶⁶). So wenig wie in der Rechtswissenschaft beispielsweise die Begriffe der übermäßigen Geschwindigkeit, des geschlossenen Raumes oder der Volltrunkenheit durch physikalische Größen definiert werden, so wenig werden in der Volkswirtschaftslehre Begriffe wie Oligopol, Bedürfnisintensität oder Dringlichkeit der Nachfrage durch Maßzahlen festgelegt. Periphere Unbestimmtheiten, „Unsicherheitszonen“ (Wurzel) sind daher nicht zu vermeiden. Mit fortschreitender Mathematisierung der Volkswirtschaftslehre wurden dort zwar genauere Begriffe eingeführt. So konnte man z. B. die Dringlichkeit der Nachfrage durch ein bestimmtes mathematisches Steigungsmaß der Nachfragefunktionen definieren. Und die neue Wirtschaftstheorie der mathematischen Entscheidungstheorie versucht selbst die Verhaltensweisen und Wertungen der Wirtschaftssubjekte typologisch mit Koeffizienten und formalen Symbolen zu erfassen. Jedoch wird dadurch nur der Inhalt der Begriffe exakter definiert, nicht ihr Umfang, für den eine unbestimmte Bandbreite bestehen bleibt. Man kann auch sagen, daß sich in beiden Wissenschaften eine Fachterminologie und eine Alltagsterminologie vielfältig verzahnen⁶⁷), wobei zahlreiche Begriffe einer vielstufigen Zwischenzone angehören. In der Wirtschaftswissenschaft wird durch Einführung mathematischer Symbole nur die Fachsprache schärfer von der Alltagssprache abgegrenzt, als das in der Jurisprudenz möglich ist.

⁶³) So Engisch, a. a. O. (Weltbild) S. 11 f.

⁶⁴) Coing, a. a. O. (oberste Grundsätze) S. 125.

⁶⁵) Die Begriffe dienen nicht der Beschreibung von Naturrealitäten, sondern der Kennzeichnung gesellschaftlicher Werte.

⁶⁶) Vgl. auch G. Radbruch, Rechtsidee und Rechtsstoff, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 17 (1923/24) S. 347—349; Wurzel, a. a. O. S. 40 ff.

⁶⁷) Vgl. H. Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: Festgabe für Ph. Heck, M. Rümelin, A. B. Schmidt, Tübingen 1931, S. 80/81.

Die verbleibenden Unklarheiten auf Grund der Vulgär-Begriffe sind für die Wirtschaftswissenschaft nicht ganz so gravierend wie für die Jurisprudenz. Einer Erfahrungswissenschaft zugehörig, gewinnt die einzelne volkswirtschaftliche Theorie ihren Begriffsapparat zumeist durch isolierende Hervorhebung der für wesentlich angesehenen Sachverhaltsmerkmale⁶⁸⁾, ohne sich dabei um eine allgemein gültige und weitreichende Terminologie bemühen zu müssen — obwohl die Theorie in ihrer Aussagekraft natürlich über eine ad-hoc-Erklärung des Ausgangsfalles hinausgehen muß. Man kann jedenfalls bisher noch von einem „Methodenpartikularismus“ (F. K a u f m a n n) sprechen. Die Wirtschaftswissenschaft hat es daher leichter, innerhalb der einzelnen Theorie „axiomatisch“ zu sein⁶⁹⁾, was sich schon äußerlich daran zeigt, daß sie immer stärker „mathematisiert“ wird. — Die Rechtswissenschaft dagegen benutzt ein Begriffssystem, das unabhängig von konkreten Sachverhalten nach hypothetischen Tatbeständen teleologisch konstruiert ist und ein lückenloses und dauerhaftes Gebilde sein will⁷⁰⁾. Sie bleibt dabei „quasi axiomatisch“, da in die logische Ableitung der Entscheidungen immer inponderable Wertungen einfließen⁷¹⁾ und weil ferner der Jurist bei der Vielfalt der notwendigen Ausgangssätze auf eine „Kalkülierung“ verzichten muß, um nicht den Überblick zu verlieren. Er beschränkt sich daher auf die Entwicklung einer Fachsprache, die nur „der erste Schritt zur echten exakten Symbolik ist“⁷²⁾. Angesichts dieser fehlenden Eindeutigkeit der Rechtsbegriffe sind die bei der Subsumtion neuer Sachverhalte entstehenden Einordnungs- und Abgrenzungsprobleme⁷³⁾ verständlich. Insofern ist etwas Richtiges an der Feststellung, die Rechtswissenschaft befaße sich in erster Linie mit *Grenzfällen*, Ziel der Wirtschaftswissenschaft aber sei die Untersuchung *typischer* Sachlagen⁷⁴⁾.

Da aber die mathematischen Symbole den Umfang der Begriffe nicht festlegen, können auch für den Volkswirtschaftler Abgrenzungsschwierigkeiten

⁶⁸⁾ Vgl. K l o t e n und K u h n in HDSW Bd. 12, S. 307.

⁶⁹⁾ Zum Begriff vgl. I. M. B o c h e n s k i, Die zeitgenössischen Denkmethode, München 1954 (Dalp-Taschenbuch Nr. 304), S. 78 ff.; zur Aussage vgl. J. v. K e m p s k i, Zur Logik der Ordnungsbegriffe besonders in den Sozialwissenschaften, in: Studium Generale, 5. Jg. (1952) S. 217; H. K n e s e r, Soziologie und Wirtschaftswissenschaft in heutiger mathematischer Behandlung, in Studium Generale, 6. Jg. (1953) S. 666 ff.

⁷⁰⁾ Vgl. Karl-August E m g e, Einführung in die Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. und Wien 1955, S. 385/386.

⁷¹⁾ Vgl. C o i n g, a. a. O. (oberste Grundsätze) S. 142; H. I s a y, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929, S. 60 ff. und 340 ff.

⁷²⁾ K l u g, a. a. O. S. 16 (s. auch S. 149); ferner K. E n g i s c h, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, in Studium Generale, 10. Jg. (1957) S. 176/177.

⁷³⁾ Vgl. E n g i s c h, a. a. O. (Weltbild) S. 20; G. R a d b r u c h, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963, S. 221.

⁷⁴⁾ O. G a n d e n b e r g e r, Was ist ein Unternehmen? Heidelberg 1963, S. 25.

entstehen, wenn man von ihm die Subsumtion der ökonomischen Wirklichkeit unter die den Modellen entstammenden Begriffe verlangt. Stellt sich beispielsweise im Kartellrecht die Frage, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, so besteht die erste Aufgabe in einer Abgrenzung des relevanten Marktes. Der Nationalökonom wird dabei eine Berücksichtigung der Substitutionsbeziehungen unter den Gütern verlangen und könnte etwa hinweisen auf die Theorie von Joan Robinson, welche die Märkte durch „Substitutionslücken“ voneinander abgrenzt. Er wird angeben, daß man diese Lücken evtl. mit der sog. Kreuzpreiselastizität⁷⁵⁾ messen kann. Er wird sich aber kaum darauf festlegen, wie groß die Kreuzpreiselastizität mindestens sein muß, damit man das Substitutionsgut noch zu dem betrachteten Markt hinzunehmen darf. — Als zweiter Schritt wäre der Markteinfluß des Unternehmens zu bestimmen. Dazu wird der Volkswirt zwar Maßgrößen angeben können, etwa den umsatzmäßigen Marktanteil oder die (relative) Abweichung der Preisstellung vom hypothetischen Konkurrenzpreis, der den Grenzkosten des Anbieters entsprechen würde (Lerner-Koeffizient)⁷⁶⁾, wohl kaum aber wird er dem Juristen die Entscheidung darüber abnehmen können, bei welchem Prozentsatz nun die *Marktbeherrschung* beginnt.

Eine Übersetzung von Rechtsbegriffen in Begriffe der ökonomischen Theorie kann daher wohl den *Begriffsinhalt* exakter definieren, wird aber die Abgrenzungsschwierigkeiten hinsichtlich des *Begriffsumfangs* nicht automatisch ausräumen. Immerhin ist die genaue Definition der erste Schritt zu einer rationalen Grenzziehung und dient damit der Rechtssicherheit. Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß die mathematische Erfassung der Zusammenhänge der Rechtsprechung die Möglichkeit gibt, ähnlich der Festlegung einer „absoluten Fahruntüchtigkeit“ auch wirtschaftlich relevante Grenzen zahlenmäßig zu fixieren⁷⁷⁾.

3. Rechtspolitik und Wirtschaftspolitik

Viel positiver ist die juristische Aussagefähigkeit der Wirtschaftswissenschaft zu beurteilen, wenn *rechtspolitische* mit *wirtschaftspolitischen* Überlegungen verbunden werden. Die sachbedingte enge Verknüpfung beider Bereiche in ihrer praktischen Durchführung wurde schon betont. Aber auch als Wissenschaften haben Rechtspolitik und Wirtschaftspolitik eine Reihe Gemeinsamkeiten. Beide haben teleologischen Charakter. Es geht ihnen um die Aufstellung von Normen, die das Rechts- bzw. Wirtschaftsleben gestalten sollen. Die Normen orientieren sich an den *typischen* Sach-

⁷⁵⁾ Quotient aus der relativen Preisänderung des einen Gutes und der (dadurch bedingten) relativen Mengenänderung des anderen — relativ jeweils zum Stand der Ausgangssituation.

⁷⁶⁾ Vgl. A. P. Lerner, The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, in: The Review of Economic Studies, 1. Jg. (1933/34) S. 157 ff. (169).

⁷⁷⁾ Vgl. auch W. Stützel, Entscheidungstheoretische Elementarkategorien als Grundlage einer Begegnung von Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft, in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik N. F. Bd. 33, S. 30/31.

verhalten und Geschehensverläufen⁷⁸⁾, wobei auch den berücksichtigten Ausnahme- und Störungsfällen eine gewisse Typizität zukommt. Wenn der Gesetzgeber auf wirtschaftspolitischem Gebiet tätig wird, muß er sich über die regelmäßigen Auswirkungen seiner Maßnahmen bei der Wirtschaftstheorie informieren⁷⁹⁾⁸⁰⁾. Hat der Gesetzgeber diese Informationspflicht nicht ausreichend erfüllt, oder sind seine wirtschaftspolitischen Absichten in den Rechtsnormen begrifflich nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt, so obliegt die Informationsaufgabe dem Richter⁸¹⁾. Zur Ausfüllung und sinnvollen Auslegung der Rechtsvorschriften kann er auf die wirtschaftspolitischen Prinzipien zurückgreifen, welche die wirtschaftswissenschaftliche Lehre für die vom Gesetzgeber angestrebte Wirtschaftsordnung aufgestellt hat. Diese Grundsätze sind schon auf die ökonomische Wirklichkeit bezogen; ihr Abstraktionsgrad ist herabgesetzt; sie sind auch für den Juristen praktikabel — vorausgesetzt, daß ihm die wirtschaftswissenschaftlichen Grundbegriffe vertraut sind. Meinungsverschiedenheiten der wirtschaftspolitischen Schulen sind keine Rechtfertigung dafür, an die Stelle wissenschaftlicher Grundsätze eine „Hausmacher-Nationalökonomie“ (R ö p k e) zu setzen⁸²⁾. „Eine flackernde Fackel ist völliger Finsternis vorzuziehen“⁸³⁾.

V. Methodik und Terminologie der Untersuchung

Durch diese teils fruchtbaren, teils unfruchtbaren Wechselbeziehungen zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaft wird die Methodik der folgenden Untersuchung bedingt. Es muß vorwiegend rechts- und wirtschaftspolitisch argumentiert werden. Dabei sei nochmals darauf hingewiesen, daß die rechtspolitische Betrachtungsweise nicht mit einem Argumentieren de lege ferenda gleichgesetzt werden kann. — Innerhalb des rechtspolitischen Rahmens werden rechtsdogmatische Erörterungen notwendig zur Frage, wie die gefundenen rechtspolitischen Ziele auch de lege lata zu verwirklichen sind. Eingefügte wirtschaftstheoretische Analysen dienen der Durchleuchtung einzelner Argumente, die in der rechtspolitischen Diskussion der AGB vorgebracht wurden.

Der geplante Umfang der Untersuchung gestattet es nicht, auf alle unterschiedlichen Aspekte der AGB in der an sich notwendigen Differenzier-

⁷⁸⁾ Vgl. H. J. Wolff, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, in Studium Generale, 5. Jg. (1952) S. 200.

⁷⁹⁾ Vgl. L a r e n z, a. a. O. (Methodenlehre) S. 66. Diese Information gehört mit zur Rechtstatsachen- bzw. Interessenforschung, vgl. C o i n g, a. a. O. (oberste Grundsätze) S. 154; Ph. H e c k, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, Anh. § 1, 4 a.

⁸⁰⁾ Ob diese immer eine Antwort zu geben vermag, bleibe dahingestellt, vgl. W. R ö p k e, Der wissenschaftliche Ort der Nationalökonomie, in: Studium Generale, 6. Jg. (1953) S. 375.

⁸¹⁾ Vgl. auch E. E h r l i c h, a. a. O. (Logik) S. 312 f.; H. C o i n g, in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik N. F. Bd. 33, S. 4 und 7.

⁸²⁾ Viele Meinungsverschiedenheiten werden zudem von rein materiellen Interessengruppen künstlich erzeugt.

⁸³⁾ O. M o r g e n s t e r n, Die Grenzen der Wirtschaftspolitik, Wien 1934, S. 14.

rung einzugehen. Es sei daher hier darauf hingewiesen, daß man sich der folgenden Verschiedenheiten bewußt sein muß:

- (1) AGB treten in den verschiedensten Wirtschaftszweigen auf und betreffen somit unterschiedliche Vertragstypen.
- (2) Die durch AGB geregelten Verträge können ein mehr oder weniger starkes öffentlich-rechtliches Element enthalten, so daß die AGB in die Nähe der Anstaltsordnungen rücken, vgl. z. B. die Elektrizitätsversorgungsbedingungen, die Aufnahmebedingungen von kommunalen Krankenhäusern, die Benutzungsordnungen von Schifffahrtskanälen u. ä.
- (3) AGB können darüberhinaus auch nach Wirtschaftsstufen unterschieden werden, je nachdem, ob sie die Vertragsbeziehungen zwischen Groß- und Einzelhändlern regeln oder zwischen Fabrikanten und Großhändlern, zwischen Großhändlern untereinander usw.
- (4) AGB werden nicht nur von Einzelunternehmen aufgestellt, sondern häufig auch von Unternehmensverbänden oder von Kartellen.
- (5) AGB können der Privatautonomie überlassen oder durch staatliche Anordnung für allgemein-verbindlich erklärt worden sein. Sie können ferner unkontrolliert entstanden sein oder kraft behördlicher Zustimmung oder mangels Widerspruchs der Verwaltung.

Diese Verschiedenheiten werden in der folgenden Untersuchung nicht durchgängig im Auge behalten, sondern nur dort berücksichtigt, wo ihre Beachtung unabweisbar wird. Differenziert wird aber hinsichtlich der Betrachtungsweise, z. B. nach rechtsdogmatischen, rechtspolitischen, betriebswirtschaftlichen, volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten, und hinsichtlich der ökonomischen Wirkungsweise der Klauseln, z. B. nach ihrer Wirkung in complexu oder durch Ausgestaltung im einzelnen. Insofern hat die Arbeit den Charakter einer planmäßigen Zerlegung des Problems (*Analyse*).

Die Beschränkung in der Differenzierung bzw. die mangelnde Spezialisierung macht sich nicht zuletzt in der Terminologie störend bemerkbar. Nicht immer ist die Bezeichnung „Unternehmer“, „Lieferant“ oder „Verkäufer“ für den Aufstellenden der AGB zutreffend; nicht immer ist die Bezeichnung „Kunde“, „Auftraggeber“, „Käufer“ oder „Besteller“ zur Kennzeichnung des anderen Vertragspartners umfassend genug. In Anlehnung an ältere Entscheidungen des Reichsgerichts soll daher der Aufsteller als „Proponent“ bezeichnet werden. Sein Vertragspartner, der sich den AGB „unterwerfen“ soll, könnte in Anlehnung an den Begriff des „contrat d'adhesion“ im französischen Recht „Adherent“ genannt werden. Synonym zum Begriff der AGB werden die Termini „Formularbedingungen“, „allgemeine Vertragsbedingungen“ und „Standardkonditionen“ verwendet, obwohl sich in der Literatur auch kritische Ausführungen über die Treffsicherheit dieser Ausdrücke finden⁸⁴).

⁸⁴) Vgl. J. H. v. B r u n n, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Aufl., Köln 1956, S. 20.

TEIL A

Die funktionale Berechtigung der AGB

Die Frage der *iusta causa* führt bei der Fülle der üblichen Klauseln notwendigerweise in eine Kasuistik hinein. Hier soll jedoch nur die Gliederung der Ziele vorgetragen werden, welche die Klauseln anstreben, eine Systematisierung nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten.

Die betriebswirtschaftlichen Auswirkungen der AGB können nach ihren Ursachen gegliedert werden in:

- (1) die Vereinheitlichungseffekte, die von der Verwendung als solcher ausgehen, d. h. auf der Tatsache beruhen, daß die AGB allen getätigten Geschäften des Unternehmens gleichermaßen zugrunde gelegt werden;
- (2) die Verheimlichungseffekte, die auf dem Zusammenspiel der Vertragsbedingungen, d. h. darauf beruhen, daß die AGB bei Verhandlungen im Hintergrund bleiben und daß die Tragweite einzelner Klauseln nicht hervortritt;
- (3) die Gestaltungseffekte, die aus der speziellen Ausgestaltung der einzelnen Klauseln hervorgehen.

§ 1

Vereinheitlichungseffekte

Auf die Vereinheitlichungseffekte beziehen sich zwei Rechtfertigungsgründe, die in der Literatur als „Rationalisierung“ und „Sicherheit der Kalkulation“ bezeichnet werden.

I. Rationalisierung des Vertriebs oder des Einkaufs¹⁾

Das Rationalisierungsstreben war die erste treibende Kraft, welche die Entstehung allgemeiner Geschäftsbedingungen gefördert hat. Der stark

¹⁾ Vgl. v. B r u n n, a. a. O. S. 12 ff.; M. B i e s e l, Die Entwicklung der Kaufrechtspraxis unter dem Einfluß der AGB ... Diss. Köln 1960, S. 17 ff.; K.-H. C a p e l l e, Zur Problematik der AGB, in: Hamb. Jahrb. 3. Jg. (1958) S. 142; B o b r o w s k i, a. a. O. S. 7; H.-J. K a p p m e i e r, Das Verhältnis der AGB zu dem Entwurf eines GWB, Diss. Hamburg 1954, S. 14 f.; H. H i l d e b r a n d t, Das Recht der AGB, in AcP, Bd. 143 (1937) S. 327; W. H i l d e b r a n d t, Zulässigkeit und Wirkung von AGB, in: JR 1955 S. 325.

gestiegene und dabei weitgehend uniformierte Bedarf, der auf Grund des Bevölkerungswachstums, der entstehenden Ballungszentren, der Entwicklung des Verkehrs- und Nachrichtenwesens und technischer Erfindungen entstanden war, machte sich nicht nur in der Produktionstechnik der Unternehmen bemerkbar, sondern führte auch zu Massenerscheinungen in den Außenbereichen der Betriebe (Beschaffungs- und Absatzsektor). Durch die Standardisierung der Konditionen konnte man sich diesen veränderten Daten anpassen. Die Vereinheitlichung der Konditionen bedeutet bei Massenveträgen: (1) Zeitersparnis beim Aushandeln, (2) Vereinfachung der Korrespondenz, (3) Vereinfachung der Überwachung bei der Geschäftsabwicklung (Expeditions-, Debitorenkontrolle usw.) und (4) einheitlich bindende Verhandlungsdirektiven für das Verkaufspersonal. Diese Vorteile bewirken eine Senkung der Vertriebskosten oder doch eine Beschleunigung der Vertriebsdurchführung und damit des Kapitalumschlags²⁾ und kommen somit der Rentabilität zugute.

Man muß jedoch die Grenzen dieses Arguments beachten:

- (1) Es leitet sich nur aus der Standardisierung als solcher her und rechtfertigt noch nicht die konkrete Ausgestaltung einzelner Klauseln³⁾.
- (2) Es rechtfertigt auch nicht die Vereinheitlichung der AGB innerhalb eines ganzen Wirtschaftszweiges⁴⁾.
- (3) Es ist in erster Linie auf Massenabsatz anwendbar. Bei Einzelfertigung von Großaufträgen ist eine Rationalisierung auf diese Weise kaum zu erzielen.
- (4) Als Vollmachtsbindung für das Verkaufspersonal kommen die AGB nicht zum Zuge, wenn die Aufträge von leitenden Angestellten in zentralen Verhandlungen hereingeholt werden.

II. Verringerung der Ungewißheit in der Planung

In bestimmten Fällen ist die Einheitlichkeit der Bedingungen nicht nur ein bloßer Rationalisierungsvorteil, sondern eine Leistungsvoraussetzung überhaupt. Wenn z. B. bei Versicherungen berechnet werden soll, wie sich die Risiken nach dem Gesetz der großen Zahl zu einem Durchschnittsrisiko ausgleichen, so ist eine weitgehende Gleichartigkeit der Versicherungsleistungen erforderlich⁵⁾. Auf andere Branchen übertragen, kann man sagen,

²⁾ W. Sombart, Der moderne Kapitalismus, Bd. III, 3. Aufl. (1928) Nachdr. Berlin 1955, S. 664.

³⁾ Vgl. K. H. Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958, S. 120 Anm. 38; R. Lukes, Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Festschr. für A. Hueck, München und Berlin 1959, S. 460, Anm. 5; v. Nottbeck, a. a. O. S. 11; P. S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, Oxford 1961, S. 12/13.

⁴⁾ Das übersieht H. Weber, a. a. O. S. 39.

⁵⁾ Vgl. H. Möller, Geschäftsbedingungen, in: HwB, 3. Aufl. Bd. II, Stuttgart 1958, unter Tz. 1.

daß die Vereinheitlichung der Bedingungen auch die Risiken vereinheitlicht und kalkulierbarer macht⁶⁾. Dadurch wird die Ungewißheit in der Planung verringert. Die Verringerung der Ungewißheit kann sogar von volkswirtschaftlicher Bedeutung sein. Die AGB der Kreditinstitute bewirken z. B. nicht nur eine technische Erleichterung des Kredit- und Zahlungsverkehrs, sondern sind evtl. auch bedeutsam für die Größe des Kreditschöpfungsmultiplikators, denn der „Gleichschritt der Banken“ ist eine wesentliche Voraussetzung für die Kreditschöpfungsmöglichkeiten des Banksystems.

Das Argument der Kalkulationssicherheit durch Vereinfachung muß jedoch unterschieden werden von der Kalkulationsvereinfachung durch Risikoabwälzung mittels Ausgestaltung der Klauseln. Eine durch Freizeichnungsklauseln erzielte Kalkulationssicherheit des Lieferanten hinsichtlich der Verkaufspreise geht zu Lasten der Kalkulationssicherheit des Abnehmers hinsichtlich seiner Anschaffungskosten. Reparaturkosten, die ihm wegen kurzer Garantiefrieten nicht erstattet werden, Transportkosten, die er anlässlich einer Einsendung zur Nachbesserung selbst tragen muß, u. a. Belastungen erhöhen nachträglich noch die Anschaffungskosten und bedeuten einen Unsicherheitsfaktor in der Beschaffungskalkulation.

§ 2

Verheimlichungseffekte

Die relativ frühe Anwendung des Vertrauensgrundsatzes (§§ 157, 242 BGB) im Rahmen des Integrations- und Interpretationsproblems erklärt sich aus einer heimtückischen Eigenart der AGB, die von der Rechtsprechung zwar gesehen, leider aber nicht in ihrer ganzen Bedeutung erkannt wurde. Dabei liegt diese Problematik schon angesichts der schrifttechnischen Aufmachung der eng bedruckten Formulare offen zutage: Der Kampf um die bessere rechtliche Position wird nicht mit offenem Visier ausgetragen⁷⁾. Wenn beispielsweise in der allgemein gebräuchlichen Bestimmung, daß Abmachungen der reisenden Vertreter für das Unternehmen nicht bindend sind, sinnwidrig die Worte „Abmachungen“, „Vertreter“ und „bindend“ durch Fettdruck hervorgehoben werden, kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß hier, um dem Vertreterstab die Arbeit zu erleichtern, eine Irreführung des Adherenten in Kauf genommen wird. — Neben der drucktechnischen Gestaltung der Formulare lassen sich noch zwei weitere, bedeutende Arten von Verheimlichungswirkungen feststellen: die Verweisungseffekte und die Verklausulierungseffekte.

⁶⁾ Vgl. Biesel, a. a. O. S. 20; Capelle, a. a. O. S. 142; v. Brunn, a. a. O. S. 25; J. W. Hedemann, Deutsches Wirtschaftsrecht, Berlin 1939, S. 297.

⁷⁾ Formulierung von Raiser, a. a. O. (1935) S. 21.

I. Verweisungseffekte

AGB ermöglichen es, sich bei den Verhandlungen auf die Hauptpunkte des Vertrages, auf die *essentialia negotii* und die durch Besonderheiten des Geschäftsabschlusses bedingten *accidentalia*, kurz: auf den „Vertragskern“ (Raiser⁸⁾) zu beschränken⁸⁾, während alle Nebenpflichten und -folgen, die *naturalia negotii* im Dämmerlicht des Hintergrundes verbleiben. Auf diese Weise lassen sich Rechtswirkungen erzeugen, „die bei einem Verhandeln von Mann zu Mann ausgeschlossen wären“⁹⁾. Erst im Bestätigungsschreiben nach den Verhandlungen oder in der eine Bestellung annehmenden „Auftragsbestätigung“¹⁰⁾ bezieht man sich auf die eigenen Geschäftsbedingungen und hofft, daß diese mangels Widerspruchs Vertragsinhalt werden.

Gegen diese Verhandlungstaktik der Lieferanten setzen größere Unternehmen häufig ihre allgemeinen Einkaufsbedingungen ein. Solche Geschäftsbedingungen vermitteln den Eindruck, als werde in erster Linie die Wiederherstellung des dispositiven Gesetzesrechts erstrebt: Eigentumsvorbehalte werden ausgeschlossen; die gesetzlichen Regelungen des Gefahrenübergangs, der Gewährleistung und des Gerichtsstands werden weitgehend wieder in Kraft gesetzt. Wenn nun allgemeine Lieferungs- und Einkaufsbedingungen zweier Kontrahenten kollidieren, so setzen sich bei unterschiedlichem Nachgiebigkeitsgrad jeweils die in der Formulierung unnachgiebigsten durch¹¹⁾. Sind dagegen in beiden Formularen gleich strikte Ausschließlichkeitsklauseln enthalten, so bemüht sich die Rechtsprechung, den zeitlichen Ablauf der Korrespondenz aufzuhellen; denn es gelten mangels weiteren Widerspruchs die Konditionen, auf die zuletzt verwiesen wurde¹²⁾.

Das Bestreben, allen Gefahren dieser Rechtsprechung zu entgehen und die eigenen Geschäftsbedingungen auf jeden Fall zum Vertragsinhalt zu machen, führt oft zu einem grotesken Wettlauf um das letzte Wort. So heißt es in den Lieferbedingungen eines Papierwerks beispielsweise:

„Sollte ein Besteller ein Angebot unter Zugrundelegung eigener Allgemeiner Geschäftsbedingungen unterbreiten, die von diesen AGB in irgendeinem Punkte abweichen, so bedeutet die Annahme des Auftrags durch uns den Verzicht des Bestellers auf die in seinem Angebot beigefügten Bedingungen und seine Unterwerfung unter unsere AGB“.

In der Wirtschaft herrscht keineswegs immer ein Streben nach Klarheit und Sicherheit. Wenn man das Zustandekommen des Geschäfts anders nicht zu erreichen glaubt, nimmt man Unklarheiten bewußt in Kauf. Man spekuliert auf die reibungslose Abwicklung oder auf eine spätere bessere Ver-

⁸⁾ Vgl. Raiser, a. a. O. (1935) S. 153.

⁹⁾ Hurst, a. a. O. S. 125; ähnlich auch Lukes, a. a. O. (Festschr.) S. 461.

¹⁰⁾ Zum Unterschied zwischen echtem und unechtem Bestätigungsschreiben vgl. BGHZ 18, 216 und v. Godin in RGRK HGB, 2. Aufl. (1963) § 346 Anm. 16 h (S. 43 und 47).

¹¹⁾ Vgl. BGH in LM Nr. 2 zu § 150 BGB.

¹²⁾ Vgl. RGZ 88, 377; 123, 97 (100); BGH in LM Nr. 3, Nr. 5 und Nr. 6 zu § 150 BGB.

handlungsposition infolge vollendeter Tatsachen. Um derartige Tendenzen zur schwebenden Unklarheit der Vertragsbeziehungen nicht noch weiter zu fördern, sollte die bisherige Rechtsprechung aufgegeben werden zugunsten der Annahme eines versteckten Dissenses (§ 155 BGB)¹³⁾ und einer subsidiären Anwendung des dispositiven Rechts bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Vertrages¹⁴⁾. Man würde damit dem wahren Willen der Parteien, denen das Zustandkommen des Geschäfts an erster Stelle stand, fast immer gerecht. Haben die Parteien das Risiko einer ungeklärten Rechtslage auf sich genommen, müssen sie sich auch eventuelle Nachteile im Rechtsstreit gefallen lassen¹⁵⁾.

II. Verklausulierungseffekte

Weitere Verheimlichungseffekte entstehen aus der umfangreichen, generellen, abstrakten und komplizierten Fassung der AGB. In der Fülle der Klauseln wird die Tragweite einzelner Bestimmungen nicht deutlich¹⁶⁾. Wegen der auf Massengeschäfte abgestellten Allgemeinheit der Formulierungen, wegen ihrer „Anonymität“ (v. Nottbeck) wird der Kunde manche Klausel, die in ihrer Bedenklichkeit andernfalls schon durch ihre Peinlichkeit auffallen müßte — z. B. Zweifel an der Geschäftsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit des Vertragspartners — gar nicht auf sich persönlich beziehen¹⁷⁾. Die sprachliche Unverständlichkeit und die Undurchschaubarkeit des Zusammenspiels der Paragraphen¹⁸⁾ dürfte in vielen Fällen sogar zur Folge haben, daß der Proponent selbst seine Bedingungen nicht mehr kennt¹⁹⁾.

Das bekannteste Beispiel für die Praxis der Verklausulierung ist das Pfandrecht der Banken an zum Diskont eingereichten Wechseln, deren Diskontierung abgelehnt wird²⁰⁾. Die Rechtsprechung ließ eine Klausel, daß alle Wertpapiere des Kunden, die in den Besitz der Bank gelangten, als Pfand zur Sicherung der Forderungen der Bank dienten, nicht durchgreifen, weil in dem Antrag des Kunden, den Wechsel anzukaufen, ein Abänderungsverlangen hinsichtlich der AGB-Pfandklausel erblickt wurde²¹⁾, so daß die in der Anerkennung der Pfandklausel liegende vorweggenom-

¹³⁾ Vgl. R. L u k e s, Grundprobleme der AGB, in: JuS 1961 S. 306.

¹⁴⁾ So schon R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 225.

¹⁵⁾ Vgl. R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 223; H. K r a u s e, Auftragsbestätigung und AGB, in BB 1952 S. 998.

¹⁶⁾ Vgl. G. S c h m i d t, Gegen den Haftungsausschluß, in: VersR 1960 S. 682; H u r s t, a. a. O. S. 124.

¹⁷⁾ Vgl. v. N o t t b e c k, a. a. O. S. 10.

¹⁸⁾ Vgl. R. F i s c h e r, Die allg. Geschäfts- und Lieferbedingungen, in: BB 1957 S. 481 ff.; R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 21; A. K o c h, Die AGB der Banken, Jena 1932, S. 28/29.

¹⁹⁾ Vgl. U. M i c h e l, Die AGB als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, Tübingen 1932, S. 68.

²⁰⁾ Vgl. G. H a u p t, Die AGB der deutschen Banken, Leipzig 1937, S. 175.

²¹⁾ RGZ 126, 348 (250); a. A. noch OLG München in: LZ 1925 Sp. 883.

mene Einigung, die im Zeitpunkt der Übergabe noch vorliegen muß²²⁾, außer Kraft trat und somit weder ein Wechselbegebungsvertrag nach § 1292 BGB / Art. 19 WG noch eine einfache Verpfändung nach §§ 1274, 1205 I BGB vorlag²³⁾. Daraufhin fügten einige Banken die Klausel ein, daß die Wechsel im Falle einer Ablehnung der Diskontierung als zum Inkasso begeben gelten sollten²⁴⁾. Gelang diese Umdeutung, so entfiel das Argument des Reichsgerichts, daß der Kunde im Falle der Nicht-Diskontierung den Wechsel unverzüglich zurückerhalten wolle. Die allgemeine Pfandklausel konnte dann eingreifen.

Neben diesem klassischen Fall der Verklausulierung durch ein verstecktes Zusammenspiel der Bestimmungen findet sich ferner die Methode des Abweichens vom allgemeinen Sprach- oder Handelsgebrauch. Diese Abweichungen können soweit gehen, daß selbst die international gebräuchlichen Incoterms undefiniert werden, so daß die vereinbarten cif- und fob-Klauseln unerwarteterweise den Gefahrübergang schon eintreten lassen, wenn die Ware das Werksgelände verläßt²⁵⁾. Zu nennen ist ferner die Taktik der Weiterweisung auf andere Bedingungen, Ordnungen, Tarife und Formulare, die besonders ausgeprägt von Versicherungsunternehmen angewandt wird. Hier sei ein Beispiel aus den Aufnahmebedingungen einer Universitätsklinik wiedergegeben:

„Im Falle des Ablebens eines Kranken wird auf die Bestimmungen der Leichenordnung vom 22. 4. 1937 (Überführung in das Pathologische Institut zur Sicherstellung der Krankheits- und Todesursache) aufmerksam gemacht“.

Bei der Leichenordnung, auf welche diese obskure Klausel verwies, handelte es sich um eine klinikinterne Vorschrift und nicht, wie man vielleicht annehmen könnte, um ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung. Sie begründete für die Klinik das Recht zur Leichensektion, sofern nicht die Angehörigen innerhalb von 12 Stunden nach dem Ableben des Patienten Widerspruch erheben, und ohne Rücksicht auf solchen Widerspruch bei überwiegendem medizinischen Interesse des Falles. Es sprach alles dafür, daß hier nicht nur bürokratische Vorliebe für Verweisungen am Werke gewesen war²⁶⁾.

III. Ungenügende Beachtung in der Rechtsprechung

Obwohl die Problematik schon angesichts der eng gedruckten Formulartexte auf der Hand lag, wurde die zentrale Bedeutung dieser Verheimlich-

²²⁾ Vgl. M. Wolf und L. Raiser, Sachenrecht, Tübingen 1957, § 163 I, 1 (S. 679).

²³⁾ Vgl. Spreng bei Staudinger, BGB 11. Aufl. (1963) § 1292 Anm. 5.

²⁴⁾ Bericht von A. Koch, a. a. O. S. 167; H. Großmann - Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg/Brsg. 1933, S. 8/9.

²⁵⁾ Bericht von H. Weber, a. a. O. S. 103.

²⁶⁾ Ein weiteres Beispiel für Verweisung auf Bedingungen Dritter: OLG Hamburg in NJW 1964 S. 500; vgl. ferner § 2 d ADSP.

chungswirkungen nirgends klar herausgearbeitet. Wenn man bei Einzelfragen auf spezielle Verheimlichungseffekte stieß, wenn z. B. die Zwischenüberschriften die in den Klauseln getroffenen Regelungen nicht zutreffend bezeichneten²⁷⁾, so behandelte man sie als Randprobleme, ohne ihre Typizität zu erkennen. Man schaute im allgemeinen auf das altbekannte und erregende Phänomen der wirtschaftlichen Macht. Wenn auch einige Autoren in einem „intellektuellen Übergewicht“ (Raiser) der Kautelar-Juristen die Ursache der Unzulänglichkeiten sahen²⁸⁾, so war damit nicht viel gewonnen, denn gegen intellektuelles Übergewicht sind noch weniger Korrekturmöglichkeiten gegeben als gegen wirtschaftliche Machtpositionen. Daher ist es erklärlich, daß auch die Rechtsprechung die Verheimlichungseffekte nicht wirksam bekämpfte.

Aus dem Gesichtspunkt der Verheimlichungswirkungen muß vor allem die Rechtsprechung über die Integration der AGB in den Einzelvertrag als Fehlentwicklung erscheinen. Diese Rechtsprechung führte zu einer immer bereitwilligeren Anerkennung einer *stillschweigenden Unterwerfung*. Sie vollzog sich in folgenden Gedankenschritten²⁹⁾:

Geltungsgrund für die AGB ist zunächst noch eine Aufnahme in den Vertrag durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung. Daher ist eine Anerkennung der Konditionen durch den Vertragspartner erforderlich. Soweit sie ausdrücklich erklärt wird, ergeben sich keine Schwierigkeiten. Als ausdrückliche Zustimmung kann man auch noch eine Bestätigung der „Kenntnisnahme“³⁰⁾, nicht aber des bloßen „Empfangs“³¹⁾ der Formulare, auslegen. — Einer ausdrücklichen Anerkennung muß nun eine stillschweigende durch konkludentes Verhalten gleichstehen. Erste Voraussetzung für die Schlüssigkeit des Schweigens ist freilich die Kenntnis der Bedingungen. Darüberhinaus müssen noch weitere Umstände hinzutreten, die nach Treu und Glauben und Verkehrssitte im Ablehnungsfalle eine besondere Äußerung erwarten lassen. Solche Umstände liegen jedoch häufig nicht vor. Wenn die Rechtsprechung dennoch eine stillschweigende Anerkennung der Konditionen annimmt, so dürfte das eine Anwendung des Vertrauensgrundsatzes zugunsten des Proponenten sein³²⁾. Im Interesse des Verkehrsschutzes wird eine zustimmende Willenserklärung unwiderleglich vermutet³³⁾. Mag diese

²⁷⁾ Vgl. BGH in Betrieb 1957 S. 424, der eine zu enge Abschnittsüberschrift zum Anlaß für eine Anwendung der Unklarheitenregel nahm. Beachte die Worte „unauffällig eingeschaltet“.

²⁸⁾ Raiser, Vertragsfreiheit heute, in: JZ 1958 S. 7; Hurst, a. a. O. S. 125.

²⁹⁾ Vgl. dazu A. Koch, a. a. O., S. 21—27; W. Koehler, Allgemeine Verkaufsbedingungen, Mannheim — Berlin — Leipzig 1934, S. 17—30.

³⁰⁾ Vgl. RGZ 84, 1 (7).

³¹⁾ Vgl. RGZ 122, 75 (78).

³²⁾ Vgl. M. Etzler, Der Geltungsgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Diss., Göttingen 1960, S. 105 — ein entgegenstehender Wille sei gem. § 116, 1 BGB (geheimer Vorbehalt) unbeachtlich.

³³⁾ Der BGH spricht in LM Nr. 6 zu § 150 BGB von einer Fiktion im Interesse des Verkehrsschutzes. Vgl. auch K. Natelski, Zulässigkeit und Wirkung allgemeiner Geschäftsbedingungen, in DRiZ 1955, S. 213 I. Sp. o.; H. Meeske, Die „Unterwerfung“ unter AGB, in: BB 1959, S. 864.

Vermutung in Anbetracht des § 362 HGB und auch des § 346 HGB berechtigt sein, soweit es sich bei der Person des Adherenten um einen Kaufmann handelt, so muß ihre Ausdehnung auf das Normalpublikum jedoch Bedenken erwecken. Entgegen dem Grundsatz, daß Schweigen im bürgerlichen Recht als Ablehnung gilt³⁴⁾, wird hier eine *Obliegenheit zum Widerspruch* begründet. Man glaubte sich dazu durch die Sozialtypik der AGB-Verträge im heutigen Wirtschaftsleben berechtigt³⁵⁾. — Wird die stillschweigende Anerkennung aus dem Vertrauensschutz abgeleitet, so besteht keine Notwendigkeit, eine positive Kenntnis des Adherenten vom Inhalt der Geschäftsbedingungen zu verlangen; es genügt dann ein Kennenmüssen. Ein solches Kennenmüssen kann angenommen werden, wenn dem Kunden die Bedingungen formulärmäßig übergeben oder übersandt worden sind, und zwar entweder mit bezug auf einen konkreten Geschäftsabschluß³⁶⁾ oder werbend als „Prospekt“³⁷⁾. Vom Prospekt einen Schritt weiter war Kennenmüssen der Bedingungen schließlich auch gegeben, wenn diese nur ordnungsgemäß veröffentlicht worden waren³⁸⁾.

Bei diesen Erleichterungen für die Integrierung der AGB in den Vertragsinhalt blieb die Rechtsprechung jedoch nicht stehen. Über die Obliegenheit zum Widerspruch hinaus begründet sie eine *Erkundigungsobliegenheit* dadurch, daß sie das Kennenmüssen des *Inhalts* der AGB einschränkte auf das bloße Kennenmüssen ihres *Bestehens*³⁹⁾. Dieses für eine stillschweigende Anerkennung der AGB nunmehr ausreichende Kennenmüssen⁴⁰⁾ ihres Bestehens war über die bisherigen Möglichkeiten hinaus in drei weiteren Fällen gegeben⁴¹⁾:

- (1) bei „vorgängigen Geschäftsbeziehungen“ der Vertragspartner, die ebenfalls nach AGB abgewickelt worden waren,
- (2) bei „Verweisung“ des Proponenten auf seine AGB ohne Beifügung⁴²⁾ und
- (3) bei allgemein bekannter „Üblichkeit“ der AGB in bestimmten Branchen, wenn die Möglichkeit zur Kenntnisnahme bestand⁴³⁾. Die Grenze zu

³⁴⁾ Vgl. H. L e h m a n n, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963, § 30 III.

³⁵⁾ H. K r a u s e, AGB und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, in BB 1955, S. 267.

³⁶⁾ Z. B. RG in BankA 1909/10 S. 141 und in BankA 1924/25 S. 456.

³⁷⁾ Z. B. RGZ 13, 68 (77).

³⁸⁾ Vgl. RGZ 103, 84 (86); 109, 299 (304); RG in LZ 1927 Sp. 635 (637); RG in JW 1931 S. 1584 Nr. 4.

³⁹⁾ Vgl. RGZ 112, 258; RG in BankA 1928/29 S. 185.

⁴⁰⁾ Die tatsächliche Kenntnis des Kunden vom Bestehen AGB soll dagegen nicht genügen, wenn sie nicht auf ein entsprechendes Verhalten des Unternehmers zurückzuführen ist, vgl. KG in RSpOLG 41, 216.

⁴¹⁾ Vgl. OLG Hamburg in BankA 1909/10, S. 203.

⁴²⁾ Vgl. KG in JW 1926 S. 1676 Nr. 1; KG in RSpOLG (1921) 41, 216.

⁴³⁾ RGZ 103, 84 (86); RG in BankA 1928/29 S. 203 f.; RG in JW 1936 S. 2093; anders noch RGZ 66, 39 (40).

einer Geltung über § 157 BGB oder § 346 HGB kraft Verkehrssitte bzw. Handelsbrauchs ist dabei flüssig. R a i s e r sprach daher von einer „normierenden Verkehrssitte“ als Geltungsgrund⁴⁴).

In diesen Fällen also soll ein objektiver Betrachter in der Lage des Proponenten das Stillschweigen als Zustimmung verstehen dürfen.

Eine kurze Zeit hindurch wurde diese Praxis auch mit einem angeblichen Rechtsnorm-Charakter der AGB begründet⁴⁵). Haben die AGB die Natur von Rechtssätzen, so gelten sie unabhängig vom Willen des ihnen Unterworfenen. Jedoch wurde mit Übernahme der Lehre vom normativen Charakter in den Bereich des Integrationsproblems der ursprüngliche Zweck der Theorie in sein Gegenteil verkehrt. Die Rechtslehre⁴⁶) hatte die Theorie gerade geschaffen, um eine durchgreifende Inhaltskontrolle der AGB zu ermöglichen, indem sie dem Proponenten die Berufung auf seine Vertragsfreiheit abschnitt. Die AGB sollten nicht mehr als Ausfluß der Privatautonomie angesehen werden, sondern als Setzung objektiven Rechts durch die Wirtschaft, wobei höhere Anforderungen an das Verantwortungsbewußtsein der AGB-Autoren gestellt wurden. Als unvereinbar mit der Rechtsquellenlehre wird diese Auffassung jedoch heute nicht mehr vertreten⁴⁷).

Eine Notwendigkeit, die Aufnahme der AGB in den Einzelvertrag dertart zu erleichtern, besteht aber keineswegs. Es wäre für das heutige Wirtschaftsleben keine nennenswerte Erschwerung⁴⁸) und kein erheblicher Kostenfaktor, würde man von jedem Unternehmen verlangen, daß es seine AGB in deutlichem Druck und übersichtlicher Aufmachung seiner Korrespondenz beifügt. — Allerdings mag eine Zeit lang das Steuerrecht einen ungewollten Einfluß auf die Entwicklung der AGB-Praxis genommen haben. Es könnte sein, daß die Unternehmen nicht zuletzt zur Vermeidung verschiedener Stempelsteuern auf die zunächst noch gebräuchliche schriftliche Anerkennung ihrer AGB verzichtet haben⁴⁹). Die Rechtsprechung sollte aber genau prüfen, ob der Proponent diesen ausgedehnten Vertrauensschutz verdient⁵⁰). Sein Vertrauen in die Zustimmung des Vertragspartners kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn er seine Bedingungen kurze Zeit vor dem Geschäftsschluß mit Bezug auf diesen dem Vertragspartner überreicht hatte.

⁴⁴) R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 159.

⁴⁵) Vgl. RGZ 170, 233 (240); KG in MDR 1950 S. 286; BGHZ 1, 83 (86).

⁴⁶) W. B e r n h a r d t in: DR 1942 S. 1173; E i l l e s, Das Recht der AGB und die Gerichte, in: DGWR 1941 S. 126 r. Sp.; W. H e r s c h e l, Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, in: DR 1942 S. 754; A. H a m a n n, Über die Verbindlichkeit der ADSp., in: MDR 1949 S. 210 f.

⁴⁷) Vorsichtige Distanzierung von BGHZ 1, 83 in BGHZ 3, 200 (203) und 9, 1 (6); ausdrückliche Klarstellung in BGHZ 17, 1 (2).

⁴⁸) a. A. N a s t e l s k i in DRiZ 1955 S. 213 r. Sp.

⁴⁹) Vgl. A. K o c h, a. a. O. S. 22 N. 41; RGZ 84, 1 (7) 122, 75 (78) — nur im Ergebnis anders: RGZ 135, 91; RG in JW 1930, S. 633 Nr. 11; auch v. B r u n n, a. a. O. (Form.Vertr.B.) S. 19.

⁵⁰) Vgl. H a u p t, a. a. O. S. 51/52.

Eine Obliegenheit zum Widerspruch kann man nicht schon bei einem allgemeinen sozialen Kontakt annehmen, besonders aber dann nicht, wenn die AGB, wie in der Regel, vom Proponenten selbst bewußt im Verhandlungshintergrund belassen werden. —

Muß man aber schon das Vorliegen einer solchen Obliegenheit ablehnen, so kann in dem Schweigen des Vertragspartners erst recht keine culpa in contrahendo erblickt werden⁵¹). Dieses Rechtsinstitut ist zudem auch dogmatisch ungeeignet, die Geltung der AGB zu begründen. Der Ersatzanspruch aus dem Haftungsgrund der culpa in contrahendo geht in der Regel auf das negative Interesse⁵²), so daß der auf das Zustandekommen des Vertrages Vertrauende so gestellt wird, als habe er den Vertragsschluß nie angestrebt. Dann aber würden seine AGB auch keine Geltung erlangt haben. In besonderen Fällen kann zwar auch das positive Interesse verlangt werden; erforderlich ist dafür jedoch, daß der Vertrag ohne das schuldhafte Verhalten des Kontrahenten zustandegekommen wäre⁵³). Ohne das Schweigen aber wäre gerade ein Widerspruch gegen die AGB erfolgt. Das Nichtgelten der Bedingungen ist daher kein Vertrauensschaden. —

Wenn L u k e s schließlich die Pflicht zur deutlichen Reaktion des Adherenten aus dem „Imperativ-Charakter“ der AGB-„Regeln“ herleitet⁵⁴), so müßte immerhin gefordert werden, daß der Unternehmer seinen Kunden tatsächlich mit einem Imperativ anspricht. Der Abnehmer wird aber nur solche Normen als Antwort heischenden Imperativ verstehen, die ihm deutlich vorgehalten werden. Im übrigen verpflichtet nur ein autorisierter Imperativ zur Antwort.

Hat die Rechtsprechung in der Frage des Geltungsgrundes die Verweigerungseffekte unglücklicherweise verstärkt, so ist sie bei der Frage der *Auslegung* den dabei relevanten Verklausulierungseffekten besser gerecht geworden. Die Auslegung zugunsten des Adherenten in den Fällen, in denen objektiv zwei oder mehrere Auslegungen gleichermaßen möglich waren (sog. Unklarheitenregel) — oder vom Gericht ermöglicht wurden („Zweckinterpretation“, H u r s t) — erfaßte die Problematik im Kern. Sie war jedoch in ihrer Durchschlagskraft beschränkt, da sie für die Wirtschaft nur Anlaß zu einer zwar klareren, aber unverändert scharfen Fassung der Bedingungen wurde.

Durchgreifenden Erfolg kann nur eine offene *Inhaltskontrolle* haben. Die jahrzehntelange Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch bei AGB war jedoch nicht nur — wie häufig kritisiert — in ihrer Zugriffsmöglichkeit

⁵¹) Vgl. zu den verschiedenen Geltungsgrund-Konstruktionen H. M ö l l e r, Die ADSP. und die dazugehörigen verschiedenen Versicherungsregelungen, in: BB 1962, S. 395; zur culpa in contrahendo H. M e e s k e in BB 1959, S. 863.

⁵²) Vgl. BGHZ 6, 330 (335); K. L a r e n z, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 6. Aufl., München und Berlin 1963, § 4 V, 3 (S. 43).

⁵³) Vgl. RGZ 159, 33 (56/57); S o e r g e l - S i e b e r t / S c h m i d t, BGB Bd. I 9. Aufl. Stuttgart 1959, Vorbemerkung 18 vor § 275.

⁵⁴) L u k e s in JuS 1961, S. 305.

beschränkt, sondern ging einfach von falschen Vorstellungen aus. Die Grundlage dieser Rechtsprechung war anscheinend noch das naive Vertrauen des Liberalismus in eine prästabilisierte Harmonie, die sich im Wettbewerb ohne Zutun herausbilden sollte⁵⁵). Konnte noch ein ausreichender Wettbewerb in der Branche festgestellt werden, so hatte der Benachteiligte die Unterwerfung unter unbillige Bedingungen sich selbst zuzuschreiben. Dabei wurde übersehen, daß es für die Wahlfreiheit des Adherenten nicht lediglich darauf ankommt, ob der Vertragspartner Monopolist in der Branche ist, sondern darauf, ob die Bedingungen innerhalb des Geschäftszweiges effektiv vereinheitlicht sind.

Der Fehler dieser Auffassung lag in der Annahme, daß sich der Wettbewerb auf die Konditionen ebenso korrigierend auswirke wie auf die Preisstellung. Der Kampf um den Kunden, so argumentiert man von interessierter Seite noch heute, verhöte Auswüchse⁵⁶). Es wird sogar behauptet, der Vertrag auf der Grundlage allgemeiner Geschäftsbedingungen stehe „noch mehr“ unter dem vom Markt und seiner Publizität ausgehenden Druck als der Individualvertrag⁵⁷).

Ein Blick in die Wirtschaftspraxis zeigt jedoch, daß auch in Geschäftszweigen mit starkem Wettbewerb harte Geschäftsbedingungen aufgestellt werden. Selbst in Branchen, in denen ein Preiswettbewerb allenfalls noch versteckt üblich ist, wie z. B. im Bankgewerbe, und in denen sich der Wettbewerb auf Werbung und bestimmte Formen des Service beschränkt, werden außerdem noch die Konditionen aus dem Kampfgeschehen herausgenommen. Der Grund dafür dürfte darin liegen, daß sich mit den Geschäftsbedingungen kaum spektakuläre Effekte erzielen lassen. Das akquisitorische Potential des Unternehmens wird kaum berührt, denn die gedruckten AGB werden vom Kunden sogar wie gar nicht beachtet⁵⁸), wobei die wesentliche Ursache für dieses „ungewöhnliche Vertrauen in die Anständigkeit des Gegenkontrahenten“⁵⁹) in der Unverständlichkeit der Formulare und dem Vertrauen auf eine reibungslose Geschäftsabwicklung liegen dürfte. Es ist denn auch aufschlußreich, wie v. B r u n n seine Worte wählt, wenn er behauptet, „daß der Formularvertrag in mancher Beziehung in höherem Maße die Vermutung der Marktgerechtigkeit für sich hat als der individuell vereinbarte Vertrag“⁶⁰).

⁵⁵) Vgl. auch das zögernde Vorgehen der Rechtsprechung gegen Kartelle, RGZ 28, 238 (4. 2. 1897); RGZ 38, 155 (1); 118, 84; 134, 342.

⁵⁶) Vgl. B i e s e l, a. a. O. S. 19.

⁵⁷) v. B r u n n, a. a. O. S. 113; auch J. H. v. B r u n n, Über unlautere Geschäftsbedingungen, in: AcP Bd. 159 (1960/61) S. 553.

⁵⁸) So mit Betonung G r o ß m a n n - D o e r t h, a. a. O. S. 11. Auch v. B r u n n gibt das zu (formul. VertragsB. S. 7), vgl. auch seinen Hinweis darauf, daß auf dem internationalen Markt der Kunde in erster Linie den Preis beurteilt und nicht die Bedingungen (ebenda S. 133). Vgl. ferner H u r s t, a. a. O. S. 55.

⁵⁹) A. K o c h, a. a. O. S. 29.

⁶⁰) v. B r u n n, a. a. O. (formul. VertragsB.) S. 113.

Tatsache aber ist, daß der Markt die Konditionen auch bei bestehendem Wettbewerb *nicht* kontrolliert⁶¹⁾. Mag auch die Entwicklung der AGB durch Konzentrations- und Kartellierungstendenzen begünstigt worden sein, so läßt sich daraus jedoch nicht folgern, daß ein hoher Monopolisierungsgrad Vorbedingung ihrer Durchsetzbarkeit ist. Ob der Unternehmer ein Monopol innehat oder nicht, macht praktisch keinen Unterschied, da der Kunde die AGB in der Regel unbesehen hinnimmt⁶²⁾. Das AGB-Problem ist eben *kein Monopolproblem*. Die Wurzel der Problematik liegt in den Verheimlichungswirkungen. Die besonders in der Rechtslehre vorherrschende Deutung der AGB als Machtphänomene dürfte bis zu einem gewissen Grade psychologisch verständlich sein. Hinter dem Massendenken des AGB-Aufstellers wird ein ähnlicher Machtanspruch vermutet, wie er sich hinter dem Massendenken bei der zivilen oder militärischen Bürokratie findet: Die Kunden werden „erfaßt“ und „manipuliert“.

§ 3

Gestaltungseffekte

Stehen sich somit generelle Argumente für (Vereinheitlichungseffekte) und gegen (Verheimlichungseffekte) die AGB gegenüber, so müssen die Klauseln im einzelnen betrachtet werden, zumal auch jede wirksame Kontrolle der AGB eine offene Inhaltskontrolle sein muß. Aus der Formulierung der einzelnen Klauseln ergeben sich die bedeutendsten Auswirkungen: die Gestaltungseffekte. So können die Klauseln einmal bestimmte betriebstechnische Funktionen erfüllen, zum anderen auch, quer durch alle betrieblichen Bereiche, der Risikopolitik dienen. Während sie in ihrer ersteren Aufgabenstellung rechtlich nicht beanstandet werden, sind sie in ihrer zweiten Bedeutung sehr umstritten. Die aner kennenswerten Intentionen von den verwerflichen zu unterscheiden, ist hier die schwierige Aufgabe des Richters. Der Vorschlag von v. B r u n n , im Streitfalle ausführlich über die Entstehungsgeschichte und den Zweck der betroffenen Klausel zu berichten⁶³⁾, ist sehr zu befürworten.

I. Betriebstechnische Funktionen

Unter dem Gesichtspunkt ihrer betriebstechnischen Funktionen lassen sich die Klauseln nach den Teilbereichen des gesamtbetrieblichen Geschehens gliedern in: (1) verwaltungstechnische, (2) beschaffungstechnische, (3) produktionstechnische, (4) absatztechnische und (5) finanzierungstechnische Klauseln.

⁶¹⁾ Selbst die Absatzschwierigkeiten der Weltwirtschaftskrise sollen sich nicht nennenswert (mildernd) auf die Allgemeinen Lieferbedingungen ausgewirkt haben, vgl. K o e h l e r , a. a. O. S. 9.

⁶²⁾ So auch v. N o t t b e c k , a. a. O. S. 69; L u k e s in NJW 1963 S. 1900 I. Sp.: „Eine Monopolstellung ist dazu bei ihm nicht erforderlich, vielmehr ist die Aufstellung jedem möglich, der sich in einer wirtschaftlichen Position befindet, die den Abschluß häufig wiederkehrender gleichartiger Einzelrechtsgeschäfte mit einer entsprechenden Kundenkategorie mit sich bringt.“

⁶³⁾ v. B r u n n , a. a. O. (form. VB.) S. 16.

1. Verwaltungstechnische Klauseln

Die Einkaufsbedingungen des Bundesamtes für Wehrtechnik und Beschaffung (Koblenz) geben dem Amt ein weitgehendes Prüfungsrecht gegenüber den Lieferanten. Die betreffende Klausel hat den Zweck, dem Preisprüferstab des Amtes die fehlende Prüfungskompetenz, die beim Bundeswirtschaftsministerium liegt, durch ein vertragliches Preisprüfungsrecht zu verschaffen, und dient damit einer verwaltungstechnischen Vereinfachung⁶⁴). Auch in den AGB der Privatwirtschaft sind eine ganze Reihe von Klauseln verwaltungstechnisch begründet: z. B. Klauseln über den Gerichtsstand, über die Form von Versandpapieren und die Art der Rechnungserteilung. — Die gewillkürte Schriftform für Mängelrügen und ähnliche Erklärungen bezweckt neben einer Beweiserleichterung im Prozeß⁶⁵) auch einen geregelten Arbeitsablauf in den kaufmännischen Abteilungen des Unternehmens. Manchmal allerdings ist sie auch eine Spekulation auf Versäumnisse des Vertragspartners.

2. Beschaffungstechnische Klauseln

Die Beschaffungspolitik eines Unternehmens hat sicherzustellen, daß die richtige Menge zum richtigen Zeitpunkt, die richtige Qualität zum angemessenen Preis und von einem leistungsfähigen Lieferanten bezogen wird. Hat das Unternehmen eine bedeutende Nachfrageposition, so wird es allgemeine Einkaufsbedingungen (AEB) aufstellen. Diese können die beschaffungspolitischen Ziele in begrenztem Umfange unterstützen. Der Qualitätssicherung dienen z. B. die Inanspruchnahme gewisser Prüfungsfristen und das Verlangen nach längeren Garantiezeiten. In AEB, aber auch in anderen Vertragsbedingungen⁶⁶), findet sich ferner eine Klausel, die es dem Lieferanten untersagt, seine Forderungen an einen Dritten abzutreten. Diese Bestimmung hat ihren Grund in der Tatsache, daß ein neuer Gläubiger, mit dem der Kunde nicht in Lieferbeziehungen steht, z. B. eine Bank, sehr viel unbequemer werden könnte. Der Kunde verlöre auch im Verhältnis zu seinem Lieferanten das Druckmittel der Zahlungszurückhaltung. — Im übrigen verfolgen die AEB vornehmlich den Zweck, den ALB des Vertragspartners entgegenzuwirken⁶⁷).

3. Produktionstechnische Klauseln

Ein gutes Beispiel für produktionstechnische Auswirkungen bietet die Klausel, daß bei Dauerverträgen die Teillieferungen in annähernd gleichen Mengen abzurufen sind. Damit wird vom Lieferanten ein gleichmäßiger

⁶⁴) Vgl. Der Spiegel, 18. Jg. Nr. 20 vom 13. 5. 1964, S. 25.

⁶⁵) Vgl. B i e s e l, a. a. O. S. 51.

⁶⁶) Z. B. Untersagung einer Zession von Schadenersatzansprüchen an Versicherungsgesellschaften in Verlade- und Transportbedingungen, vgl. RGZ 97, 76. RG in JW 1927 S. 656.

⁶⁷) Vgl. die Gegenüberstellung von ALB und AEB in: Allg. Einkaufsbedingungen der Deutschen Industrie (Veröffentlichung der S c h m a l e n b a c h - Gesellschaft) Köln — Opladen 1964.

Beschäftigungsgrad angestrebt, der eine bessere Abstimmung der innerbetrieblichen Kapazitäten ermöglicht und damit Stillstandszeiten einerseits, Überbeanspruchung bestimmter Aggregate andererseits, größere Lagerhaltung usw. vermeidet.

Produktionstechnisch sinnvoll ist auch die Ersetzung der gesetzlichen Gewährleistungspflichten durch ein Nachbesserungsrecht, soweit dieses durch Lieferung serienmäßiger Ersatzteile ausgeübt wird. Dieser Fall wird denn auch mit Vorliebe als Beispiel für eine durch den technischen Fortschritt bedingte Fortbildung des veralteten Gesetzesrechts angeführt⁶⁸⁾. Dabei wird aber der erhebliche produktionstechnische Unterschied zwischen dem Einbau von Originalersatzteilen und einer ebenfalls durch die Klausel gedeckten handwerklichen Reparatur nicht beachtet. Die Zweckmäßigkeit einer weitgehend handwerklichen Nachbesserung kann durch die technische Entwicklung wohl kaum begründet werden.

4. Absatztechnische Klauseln

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall verbotener Weiterlieferung sei als Beispiel für absatzpolitisch begründete Klauseln genannt. Damit kann die Durchsetzung einer Preisbindung erzwungen werden⁶⁹⁾ oder (bes. im Export) die sog. Preisdifferenzierung, bei der man auf dem einen Markt (Ausland) billiger verkauft als auf dem anderen (Inland) und die bekanntlich nur funktioniert, wenn die Spaltung der Märkte aufrechterhalten (ein Re-Import ausgeschlossen)⁷⁰⁾ wird⁷¹⁾.

Absatzpolitische Bedeutung haben ferner die Zahlungsbedingungen, insbes. die Gewährung von Teilzahlungsmöglichkeiten, auch wenn bei Abzahlgeschäften i. d. R. ein gesonderter Darlehensvertrag mit einem Kreditinstitut geschlossen wird. Der Rechtsprechung, die Kaufvertrag und Darlehensvertrag hinsichtlich der Einreden aus Gewährleistungsrechten als Einheit ansieht⁷²⁾, ist auch aus diesem Grunde zuzustimmen.

5. Finanzierungstechnische Klauseln

Darüber hinaus können einige Zahlungsbedingungen auch finanzierungstechnische Bedeutung haben. So dient z. B. die Gewährung von Skonti für Barzahlung der Liquidität des Unternehmens. Eine finanzierungstechnische Funktion hat ferner die bei Maschinenfabriken, Werften usw. übliche Bedingung, daß ein Drittel des Preises bei Auftragsbestätigung, ein Drittel bei Bereitstellung zum Versand und der Rest nach einer bestimmten weiteren

⁶⁸⁾ Vgl. RGZ 142, 353; BGH in MDR 1959 S. 120 Nr. 55 (r. Sp.); Hurst, a. a. O. S. 153 f.; D. Schneider in NJW 1954 S. 134; H. Weber, a. a. O. S. 40 f., H. G. Isele in: JuS 1961, 308.

⁶⁹⁾ Vgl. z. B. RGZ 133, 331.

⁷⁰⁾ Vgl. H. Weber, a. a. O. S. 60.

⁷¹⁾ Beispiel bei F. A. Müllereisert, Allgemeine Lieferbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand, Berlin 1932, S. 115 § 9.

⁷²⁾ Vgl. RGZ 131, 213 (225); BGHZ 22, 90 f.

Frist zu zahlen ist. Die Anzahlung stellt einen Kundenkredit dar, der, da er keinerlei Zinskosten verursacht, der billigste Kredit überhaupt ist. Zudem beeinflußt sie die Liquidität positiv, da sie in hochliquider Form hereinkommt, die Regulierung des Kredits aber durch Ablieferung des Werkes, also ohne Inanspruchnahme liquider Mittel erfolgt.

II. Risikopolitische Funktionen

Während die vorgenannten Klauseln als funktional begründet im allgemeinen durchaus anerkannt werden, scheiden sich die Meinungen, wenn die AGB in den Dienst der Risikopolitik gestellt werden. Unter einem Risiko sei in diesem Zusammenhang die Gefahr eines Fehlgehens unternehmerischer Entscheidungen verstanden. Diese Gefahr hat ihre Ursache in der Tatsache, daß menschliche Einsicht und Voraussicht nicht ausreichen, die sich wandelnde Wirklichkeit voll zu erfassen. Wandel und Unsicherheit sind die Quellen aller Risiken⁷³⁾. Da sich die Unsicherheit aus menschlichen Entscheidungsprozessen nie völlig eliminieren läßt, hat jedes Unternehmen ein bestimmtes Maß an Risiken zu tragen. Bis zu einem gewissen Grade sind Risiken somit unvermeidbar. Soweit sie aber einer Einwirkung zugänglich sind, unterliegen sie der Risikopolitik als der Gesamtheit aller Maßnahmen, die darauf abzielen, die Risiken zu verringern oder tragbar zu machen. Diese Maßnahmen lassen sich folgendermaßen einteilen: Man versucht entweder, (1) die Ausbreitungsmöglichkeiten der Schäden zu begrenzen oder (2) die Risiken zu streuen, (3) sie durch gegenläufig risikobehaftete Maßnahmen zu kompensieren, (4) gegen Entgelt zu übertragen, (5) unentgeltlich abzuwälzen oder im Falle des Risikoselbstbehalts (6) durch Reservenbildung Vorsorge zu treffen⁷⁴⁾.

Die in den AGB angewandte Politik läuft teils auf eine Risikobegrenzung (1), teils auf eine vollständige Abwälzung (5) hinaus⁷⁵⁾. Die wirtschaftliche Problematik der AGB entfällt hauptsächlich auf drei Risikoarten:

- (a) auf die Prozeßrisiken,
- (b) auf die Debitorenrisiken und
- (c) auf die Haftungsrisiken⁷⁶⁾.

⁷³⁾ Vgl. F. H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, (Boston 1921), 8th impress., London 1957, S. 37/38 und 198; M. Stadler, *Studien aus der Theorie des Risikos*, Wien 1932, S. 20—28.

⁷⁴⁾ In der betriebswirtschaftlichen Literatur finden sich vielfach noch differenziertere Gliederungen, vgl. z. B. K. Sandig, *Risiko*, in: *HwB*, 2. Aufl. Bd. II, Stuttgart 1939.

⁷⁵⁾ Vgl. K. Oberparleiter, *Risikopolitik* (III,1) in: *HwB* 3. Aufl. Bd. III, Stuttgart 1960.

⁷⁶⁾ Vgl. auch die Gliederung der Darstellung bei W. Koehler, a. a. O. Bes. Teil.

1. Begrenzung der Prozeßrisiken

Der Hinweis auf die streitverhütende Wirkung der AGB ist neben der Rationalisierung und der Kalkulationssicherheit ein häufig vorgetragenes Rechtfertigungsargument. Vom Unternehmen aus ist diese Wirkung sicherlich auch beabsichtigt⁷⁷⁾, denn Rechtsstreit vermeiden, bedeutet eine Ersparnis an Verwaltungsarbeit, eine geringere Belastung der Liquidität durch schnellere Abwicklung der Geschäfte, einen Schutz des guten Rufs. Zu dem Ausmaß dieser Effekte und den Methoden, mit denen sie erzielt werden, bedarf es jedoch einiger Betrachtungen.

a) Ausmaß der Streitverhütung

v. B r u n n behauptet, ein Blick in die Entscheidungssammlungen und Fachzeitschriften beweise, daß die Mehrzahl der Streitigkeiten aus individuell vereinbarten Bedingungen erwachse⁷⁸⁾. Dieser Feststellung gegenüber sind einige Einschränkungen notwendig.

Zum ersten weist v. B r u n n selbst darauf hin, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung wohl kaum eine repräsentative Auswahl des erstinstanzlichen Prozeßstoffes darstellt, insbesondere, da nach der Praxis der Revisionsgerichte die AGB nur revisibel sind, wenn sie in ihrer Bedeutung über den Bereich eines OLG-Bezirktes hinaus reichen⁷⁹⁾. Zum zweiten müßte man die Prozesse näher nach der Art der Streitigkeiten untergliedern. Bei einer isolierten Betrachtung etwa von Streitfällen über Haftungsausschlüsse oder Gewährleistungsrechte dürfte das Verhältnis der AGB zu den Individualbedingungen erheblich anders aussehen als bei einer Globalbetrachtung. Zum dritten müßte man zum Vergleich mit den Prozeßzahlen den Verbreitungsumfang von typisierten Verträgen im Geschäftsleben einerseits und von individuellen Verträgen andererseits kennen.

B i e s e l hat in seiner Darstellung der heutigen Kaufrechtspraxis eine Tabelle veröffentlicht, in der er angibt, wieviel der von ihm befragten Unternehmen — gegliedert nach Wirtschaftszweigen — mit ALB und AEB arbeiten⁸⁰⁾. Von den 118 angeschriebenen Firmen haben dem Autor 77 Prozent geantwortet. Von diesen 77 Prozent arbeiten rund 86 Prozent mit ALB. Betrachtet man die Industrieunternehmen für sich, so liegt der Prozentsatz sogar bei 92. Diese starke Verbreitung könnte den Anteil der AGB an den Rechtsstreiten umso geringer erscheinen lassen und spräche also für v. B r u n n. Angesichts des geringen Stichprobenumfangs und einiger Zweifel hinsichtlich der Repräsentanz des befragten Kreises wird man dieser Aufstellung jedoch keine besondere Aussagekraft zumessen können.

⁷⁷⁾ Vgl. Bobrowski, a. a. O. S. 8; E. Rosenstock, Vom Industrie-recht, Berlin und Breslau 1926, S. 147: „Der Vertrag wird zum Inbegriff ersparter Prozesse“.

⁷⁸⁾ v. B r u n n, a. a. O. (Form. VertrB) S. 12.

⁷⁹⁾ Vgl. RGZ 81, 117; 124, 330; 144, 301 (304); 149, 69 (74); 153, 62 (63); 157, 67 (70); RG in JW 1934 S. 346 Nr. 3; BGH in NJW 1963 S. 2227.

⁸⁰⁾ B i e s e l, a. a. O. S. 26 und 27.

Statistiken über die Zahl der Unternehmen, die Standardkonditionen verwenden, besagen auch nicht viel über die Anzahl der danach geschlossenen Einzelverträge und die ebenfalls bedeutsame Höhe der bewegten Werte. Schließlich könnte sich das schwächere Aufscheinen derartiger Streitigkeiten in der Rechtsprechung auch durch die „Flucht aus dem Gericht“ (Müller-Eisert) erklären, d. h. durch die gerade in AGB sehr häufigen Schiedsgerichtsvereinbarungen.

b) *Methoden der Streitverhütung*

Die streitverhütende Wirkung wird sich daher wohl kaum deutlich nachweisen lassen. Sie soll freilich auch nicht völlig geleugnet werden. Ob damit jedoch schon ein „Dienst am Rechtsfrieden“ (v. Brunn) erfüllt wird, dürfte sich erst nach Betrachtung der Ursachen ergeben, aus denen die Streitverhütung hervorgeht.

Immer wieder wird die Ansicht vertreten, die streitverhütende Wirkung beruhe auf der *klaren Darstellung* der Rechtslage, also einer Art Vereinheitlichungsmethode. Das kann nur in Ausnahmefällen akzeptiert werden, z. B. wenn die Standardkontrakte der Überwindung einer interlokalen Rechtzersplitterung dienen, wie das in den USA zum Teil der Fall ist⁸¹⁾, oder wenn sie Wegbereiter einer Rechtsvereinheitlichung im internationalen Handel sind, wie z. B. bei den ALB für den Export von Anlagegütern der ECE⁸²⁾. Welche Unklarheiten insbesondere in Deutschland in den AGB liegen können, ist schon verschiedentlich nachgewiesen worden⁸³⁾. Zwar ist zuzugeben, daß die AGB im Zuge ihrer fortschreitenden Perfektionierung schließlich für jede denkbare Situation irgendeine Regelung aufgenommen haben. Es steht jedoch dahin, ob diese Regelung tatsächlich klarer ist als die des Gesetzes- oder Richterrechts. Man kann weder sagen, daß die AGB gegenüber den Gesetzestexten leichter zugänglich sind, noch daß eine solche Zugänglichkeit gegenüber der verbreiteten Unkenntnis des Gesetzes einen Fortschritt bedeuten würde. Die Undurchschaubarkeit der Bestimmungen bleibt bestehen.

Es kommt für die Streitverhütung auch nicht so sehr auf die Klarheit der Bestimmungen als auf ihre Sachgemäßheit und ihren *Gerechtigkeitsgehalt* an. Billigen die AGB dem Vertragspartner Rechte zu, die seine schutzwerten Interessen ausreichend garantieren, so wird er geneigt sein, sich dieser Regelung friedlich zu unterwerfen. Liegen aber alle Rechtsvorteile auf Seiten des Kontrahenten, so wird er zu einem „gütlichen Ausgleich“ nicht in positiver Zustimmung, sondern nur deshalb bereit sein, weil er vor dem Risiko, das er mit einem Prozeß eingehen würde, kapitulieren muß. Dem einfachen Konsumenten-Kunden wird dieses Risiko schon der sprachlichen Formu-

⁸¹⁾ Vgl. Kaskell in WuW 1951/52 S. 103.

⁸²⁾ Vgl. Lukes, in JuS 1961 S. 302.

⁸³⁾ Z. B. von v. Lüpke, Zur Ausgestaltung allgemeiner Geschäftsbedingungen ..., in: BB 1957 S. 169; vgl. auch die zu den Verheimlichungseffekten zitierte Literatur (S. 28).

lierung wegen besonders hoch erscheinen. Sie läßt ihn die ganze juristische Überlegenheit des Geschäftspartners spüren. Darüberhinaus — und das wird andererseits gerade dem versierten Geschäftsmann deutlich — wird ihm die Prozeßführung durch bestimmte Klauseln bewußt erschwert: durch Gerichtstandsklauseln, durch Beweislastklauseln⁸⁴⁾, durch Klauseln, welche die Art der zulässigen Beweismittel beeinflussen (z. B. gewillkürte Schriftform für bestimmte Erklärungen). Dann aber ist die gerühmte Streitverhütende Wirkung rechtspolitisch sehr bedenklich⁸⁵⁾.

2. Die Begrenzung der Debitorenrisiken

Die Wirtschaftskrisen, in denen sich die Zahlungsmoral und die Bonität der Schuldner sehr plötzlich verschlechtern konnten, und die Inflationsperioden, die ein spektakuläres Geldentwertungsrisiko enthielten, machten Maßnahmen zur Sicherung der Gegenleistung erforderlich. Neue Klauseln zur Vermeidung solcher Debitorenrisiken fanden Eingang in die AGB.

a) Methoden der Sicherung

Sicherungsbedürfnisse bestanden nach drei Richtungen hin:

- (1) mit dem Ziel einer Erhaltung der Liquidität,
- (2) mit dem Ziel einer nominalen Kapitalerhaltung,
- (3) mit dem Ziel einer realen Kapitalerhaltung.

Dem ersten Zweck dient ein gewisser Druck zur Einhaltung der Zahlungsziele, dem zweiten dienen Kreditsicherungsklauseln, dem dritten dienen Klauseln der Wertsicherung.

Der Zwang zur Einhaltung der Zahlungsziele wird ausgeübt:

- (a) durch Koppelung der Lieferfrist an eine Anzahlung,
- (b) durch Koppelung der Garantieleistungen an pünktliche Restzahlung,
- (c) durch hohe Verzugszinsen,
- (d) durch Ausschluß von Zurückbehaltungsrechten.

Die Kreditsicherung wird erreicht⁸⁶⁾:

- (a) durch Sicherung gegen vollmachtlose Vertretung und Geschäftsunfähigkeit des Kontrahenten,
- (b) durch vorzeitigen Eintritt der Fälligkeit der Forderung bei Verschlechterung der Kreditwürdigkeit, bei „auch nur dem Versuch einer Zuweiderhandlung gegen Vertragspflichten“ oder bei Eintritt einer Aufrechnungsmöglichkeit,

⁸⁴⁾ Vgl. z. B. AGB der Sparkassen (Fassung Nov. 1957) A, I, 6 (2) „Absendung wird vermutet . . .“; RG in LZ 1927 S. 635; BGH in NJW 1964 S. 1123.

⁸⁵⁾ Vgl. W. N a e g e l i, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich, 1950, S. 11.

⁸⁶⁾ Siehe auch G. F r e y, Die AGB der Banken in ihrer Bedeutung für die Kreditsicherung, Diss. München 1953.

- (c) durch Pfandrechte und Eigentumsvorbehalte,
- (d) durch Wegnahmerechte (Erweiterung der Rechte aus § 229 BGB).

Die Sicherung gegen Währungsrisiken wurde erstrebt:

- (a) durch kurze Zahlungsziele,
- (b) durch Umrechnung auf Hartwährungsbasis,
- (c) durch eine Ersatzpflicht des Kunden für die vom Rechnungs- bis zum Zahlungstag eingetretene Geldentwertung.

b) Zulässigkeit der Bestimmungen

Zur Frage der Zulässigkeit solcher Klauseln kann man zunächst den Standpunkt einnehmen, daß es das gute Recht eines Gläubigers sei, sich voll gegen ein Delkredere zu sichern⁸⁷⁾. Strenge Sicherungsklauseln erscheinen dann schon darum nicht unziemlich, als ja der Schuldner durch pünktliche Erfüllung ihren Auswirkungen ausweichen kann⁸⁸⁾. Als weiterer Rechtfertigungsgrund wurde gelegentlich die unsichere Wirtschaftslage angeführt, die das Risiko für den Darlehnsgeber untragbar mache⁸⁹⁾.

Eine endgültige Stellungnahme muß jedoch zwei weitere Aspekte berücksichtigen:

- (1) Die Bestimmungen sind sittenwidrig, wenn sie einen Knebelungsvertrag ergeben, insbesondere wenn sie den Schuldner der Willkür des Gläubigers ausliefern.
- (2) Sie sind unbillig, wenn die erzielte Sicherheit in einem Mißverhältnis zum geforderten Zinssatz steht.

Eine bedenkliche Erscheinung im Kreditgewerbe ist die Tatsache, daß ein ungeduldiger Gläubiger durch voreilige Maßnahmen die Katastrophe des Schuldnerzusammenbruchs erst selbst herbeiführt, obwohl nur eine vorübergehende Zahlungsstockung vorgelegen hat. Man ist heute schon geneigt, von dem Grundsatz der vorsichtigen Gläubigerwahl als einer neuen Finanzierungregel zu sprechen. Solche Insolvenzen sind mit der Auslese- und Bereinigungsfunktion des Wettbewerbs nicht mehr zu rechtfertigen („wirtschaftlicher Darwinismus“). Handelt es sich um ein sanierungsfähiges Unternehmen, so bedeutet seine Zerschlagung einen volkswirtschaftlichen und sozialen Verlust, denn das Unternehmensganze ist wertvoller als die Summe seiner Teile, und die erforderliche Umlenkung der Produktionsfaktoren, insbesondere der freierwerbenden Arbeitskräfte, kann Reibungsverluste mit sich bringen. Das Sicherheitsstreben des Gläubigers um jeden Preis kann in Anbetracht der außer acht gelassenen kaufmännischen Vorsicht bei der Kreditgewährung als ein *venire contra factum proprium* erscheinen und damit

⁸⁷⁾ Vgl. OLG München in LZ 1925 Sp. 884.

⁸⁸⁾ RGZ 131, 213 (221).

⁸⁹⁾ Vgl. RGZ 128, 251.

gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, der auch für den Gläubiger gilt⁹⁰).

Wenn der Kreditgeber nun generell durch seine Zahlungs- oder Darlehnsbedingungen diese Sicherungsmöglichkeiten aufbaut und rechtlich absichert, so können solche Klauseln als sittenwidrig und daher nichtig angesehen werden. Es handelt sich um „Bedingungen, durch welche der Darlehnsnehmer der Willkür (des Darlehnsgebers) in einem Maße preisgegeben ist, das sich mit der herkömmlichen Auffassung von Anstand im Geschäftsverkehr nicht verträgt⁹¹“. Scheut man aber den im Verdikt der Sittenwidrigkeit mitschwingenden moralischen Vorwurf⁹²), so verstoßen die Bedingungen doch zumindest gegen Treu und Glauben, so daß eine Berufung darauf nicht gestattet werden kann.

Eine Prüfung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung — im Rahmen des § 242 etwa — müßte auf folgende Zusammenhänge achten: Hinsichtlich des Zinssatzes ist zu unterscheiden zwischen dem reinen Zins und dem akzessorischen Bestandteil der Risikoprämie⁹³). Der reine Zins bildet sich als Durchschnittspreis am Kapitalmarkt für erstklassig sichere Anlagen, z. B. erststellige Hypotheken, („landesüblicher Zins“), und zwar — wenn man von wirtschaftspolitischen Einflüssen (Diskontpolitik) und Verzerrungen durch die Unvollkommenheit des Marktes absieht — in der Höhe, die der letzte zur Unterbringung der Anlage suchenden Kapitalien gerade noch benötigte Kreditnehmer (Grenznachfrager) zu zahlen bereit ist. Dieser wird höchstens den Betrag als Zins zahlen, um den die Investition der letzten Einheit des geliehenen Kapitals den Ertrag seines Unternehmens steigern wird (Grenzproduktivitätstheorie); denn der Zuwachs an Ertrag muß bei jeder investierten Kapitaleinheit noch ein wenig höher liegen als der dadurch zusätzlich entstehende Aufwand für den Kapitaleinsatz, andernfalls beginnen die Gewinne mit weiteren Investitionen allmählich wieder zu schrumpfen. Dieser landesübliche Zinssatz ist daher so gut wie unbeeinflußt von subjektiven Momenten⁹⁴).

Nicht so die Risikoprämie, die nach dem Charakter des Einzelgeschäfts oder der Geschäftssparte variiert. Sie ist stark von der optimistischen oder pessimistischen Risikoeinschätzung des Kapitalgebers bestimmt. Dennoch ist sie nicht ungerechtfertigt, denn die Übernahme von Wagnissen ist eine knappe Leistung und erfüllt daher eine volkswirtschaftliche Funktion. Für Kredite gleicher — allerdings subjektiv geschätzter — Bonität ergibt sich

⁹⁰) Vgl. W e n d t, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht, in: AcP Bd. 100 (1906), S. 87 und 90; J. E s s e r, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, § 34 Ziff. 7 d und § 35 Ziff. 3.

⁹¹) RGZ 128, 251 (257).

⁹²) Vgl. A. R o s e n t h a l, Anm. zu RG in JW 1927 S. 655 Nr. 4 (S. 656).

⁹³) Vgl. O. v. Z w i e d i n e c k - S ü d e n h o r s t, Kreditwucher nach der Stabilisierung, in: BankA 1924/25 S. 293.

⁹⁴) Unabhängig aber auch von den Selbstkosten des Kreditgebers, vgl. v. Z w i e d i n e c k - S ü d e n h o r s t, a. a. O. S. 291/292.

am Markt wiederum ein einheitlicher Preis, d. h. auch die Risikoprämie unterliegt den Gesetzen von Angebot und Nachfrage.

Wenn aber durch die Geschäftsbedingungen das Risiko stark herabgemindert wird, so ist zu prüfen, ob eine hohe Risikoprämie leistungsmäßig noch begründet ist. Kann sie nicht mehr als Vergütung für die Übernahme eines erheblichen Wagnisses verstanden werden, so besteht ein verstecktes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Wenn auch in vielen Fällen die qualifizierenden Merkmale des Wuchers fehlen, so liegt doch häufig eine Unbilligkeit vor, welche die Berufung auf die Klausel unzulässig macht. Eine Korrektur des Zinssatzes, an die man evtl. denken könnte, sollte jedoch nicht vorgenommen werden, da dieser dem Marktzins einer bestimmten Bonitätsklasse entspricht, die Ursache für das Mißverhältnis aber in einer heimlichen Erhöhung der Bonität (= Herabsetzung des Risikos) durch die Geschäftsbedingungen liegt. Um Verzerrungen des Marktmechanismus zu vermeiden, muß man das Übel an der Wurzel fassen.

3. Begrenzung der Haftungsrisiken

Zu den leistungsbezogenen Wagnissen eines Unternehmens gehört die Gefahr, wegen Nichterfüllung, wegen Verzuges, wegen Schlechterfüllung, wegen Vertragsverletzungen durch Erfüllungsgehilfen, wegen unerlaubter Handlungen von Verrichtungsgehilfen oder wegen Sachmängel auf Schadenersatz in Anspruch genommen zu werden oder den Anspruch auf die Gegenleistung ganz oder teilweise zu verlieren.

a) Methoden der Haftungsbegrenzung

Gegen diese Risiken beziehen die Unternehmen eine dreifach geschützte Stellung⁹⁵⁾. Deren erste Verteidigungslinie liegt in einer möglichst laschen Formulierung der eigenen Vertragspflichten, d. h. in einer Inanspruchnahme weitgehender Toleranzen hinsichtlich Liefermöglichkeit, Lieferfrist und Produktqualität⁹⁶⁾. Teils kennzeichnen sich diese Klauseln durch Worte wie „freibleibend“, „vorbehalten“ oder „gelten nur ungefähr“⁹⁶⁾, teils sind sie juristischer formuliert als frühzeitiger Gefahrübergang, Rücktrittsrechte für den Fall höherer Gewalt u. ä. „Befreiungsklauseln“⁹⁷⁾. Biesel bestreitet die haftungsbeschränkende Absicht solcher Klauseln. Er bezieht das „freibleibend“ auf das Angebot oder die Aufforderung zum Angebot und meint, es solle lediglich verhindern, daß Katalogangaben schon den Vertragsgegenstand festlegen⁹⁸⁾. Selbst wenn dem so wäre, so bleibt die periphere Unbestimmtheit des Vertragsgegenstandes aber regelmäßig bis zur Lieferung bestehen und schränkt die Ersatzansprüche des Vertragspartners ein.

⁹⁵⁾ Vgl. die etwas abweichende Einteilung bei v. N o t t b e c k , a. a. O. S. 49.

⁹⁶⁾ Vgl. RGZ 104, 98; 104, 114; 104, 307; 132, 305; RG in JW 1922, 1674 Nr. 1; siehe auch RGZ 105, 368 (371) (Individualvertrag).

⁹⁷⁾ Vgl. RGZ 87, 92; 90, 378; 100, 258; 109, 28; WarnRspr. 1922 Nr. 36 und 39.

⁹⁸⁾ Biesel, a. a. O. S. 52/53.

Hinter dieser Linie der indirekten Haftungsausschlüsse liegt die zweite Verteidigungsstellung, die Freizeichnung *expressis verbis*. Dabei wird entweder jede Haftung bis auf bestimmte genau bezeichnete Fälle der „Garantie“ abgelehnt, oder es werden relativ niedrige Haftungshöchstsummen — u. U. gestaffelt und mit einer absoluten Obergrenze — festgesetzt.

Der dritte Schutzschild besteht in der Aufstellung kurzer Untersuchungs- und Rügefristen, kurzer Mitteilungsfristen bei Schadensfällen und kurzer Ausschlußfristen für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen⁹⁹⁾. Zum Teil mögen diese Fristsetzungen als Ausweichmöglichkeiten gegenüber der von der Rechtsprechung geübten, restriktiven Auslegung und „Zweckinterpretation“ der Freizeichnungsklauseln gedacht sein. Jedoch hatte dieser Versuch — wie RGZ 98, 122; 126, 325 zeigen — nur sehr beschränkten Erfolg.

b) Zulässigkeit der Begrenzungen

Zur Rechtfertigung dieser Freizeichnungsklauseln wird auf die Höhe und Unvermeidbarkeit der Risiken hingewiesen. Es werden z. B. unruhige Zeiten, Kriegs-, Nachkriegs- oder Krisensituationen angeführt¹⁰⁰⁾. Oder es wird wie bei der Frage der Haftung für mittelbare Schäden und entgangenen Gewinn, also für Schäden, die nicht an der gelieferten Sache oder dem hergestellten Werk selbst entstanden sind (regelmäßig als positive Vertragsverletzung erfaßt), betont, daß für den Unternehmer keinerlei Einwirkungsmöglichkeit auf ihre Höhe besteht¹⁰¹⁾ („Sphärentheorie“, B i e s e l). Darüber hinaus finden sich Hinweise auf fehlende Versicherungsmöglichkeiten oder steuerliche Nachteile, die diese Risiken noch drückender erscheinen lassen.

aa) Einschränkungen aus dem Risikobegriff

Läßt man zunächst noch die Methode der Interessenabwägung als sachgemäßes Entscheidungsschema gelten, so können den Interessen des Adherenten doch nur echte Risikobelastungen des Proponenten gegenübergestellt werden. Die Berücksichtigung einer risikopolitischen, betriebswirtschaftlichen Notwendigkeit als einer *iusta causa* ist nur bei *echten* Risiken möglich. Haftungsgefahren, die sich aus einem Verschulden des Proponenten ergeben, haben aber nicht ohne weiteres Risikocharakter und bedürfen einer genaueren Betrachtung.

Ein Haftungsausschluß für eigenen Vorsatz ist gem. §§ 276 Abs. 2, 134 BGB nichtig. Das Reichsgericht hat aber darüberhinaus auch Haftungsaus-

⁹⁹⁾ Z. B. RGZ 135, 174; BGH in LM Nr. 6 zu § 377 HGB.

¹⁰⁰⁾ Vgl. die in Anm. 96 auf S. 37 angegebenen Entscheidungen.

¹⁰¹⁾ Z. B. bei RGZ 142, 353; RG in JW 1931 S. 3085 Nr. 9; BGH in LM Nr. 2 zu § 138 (Cc) BGB. Vgl. auch D. S c h n e i d e r in NJW 1954 S. 133/134; H u r s t, a. a. O. S. 153 ff.; C. v a n E r c k e l e n s, Lieferbedingungen der Industrie im Kampf der Meinungen, in: ZAkDR 7. Jg. (1940) S. 368; H. W e b e r, a. a. O. S. 48.

schlüsse für Fahrlässigkeit — eigene oder die leitender Angestellter — über § 138 I BGB für nichtig erklärt, wenn sie mit einer monopolartigen Stellung des Proponenten zusammentrafen¹⁰²). Eine Abwägung der Interessenlagen wurde in diesen Fällen überflüssig. Sie fand erst statt, wenn eine Freizeichnung von Unfallhaftung oder Haftung über § 278 BGB für untergeordnete Angestellte zu beurteilen war. Eine Differenzierung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit wurde vom RG, soweit ersichtlich, nicht vorgenommen¹⁰³). Diese Unterscheidung findet sich erst in der Rechtsprechung des BGH.

Der BGH, der in Anschluß an späte Entscheidungen des RG¹⁰⁴) auch den § 242 BGB zur offenen Inhaltskontrolle heranzieht und daher das Erfordernis der Monopolstellung nicht mehr benötigt, erklärt in ständiger Rechtsprechung die Geltendmachung von Haftungsausschlüssen bei grober Fahrlässigkeit für treuwidrig¹⁰⁵). Erst hinsichtlich der Haftung für nicht leitende Angestellte und bei leichter Fahrlässigkeit allgemein kommt es auf eine Interessenabwägung an. Allerdings scheint diese Systematik in der Rechtsprechung noch nicht ganz gefestigt zu sein, wie die Tatsache zeigt, daß bei groben Verschuldensfällen neben¹⁰⁶) der grundsätzlichen Ablehnung eines Haftungsausschlusses oder gar als Begründung¹⁰⁷) dafür geprüft wird, ob sich der Kunde nicht eine ihm direkt gegebene Versicherungsmöglichkeit als Äquivalent anrechnen lassen muß. Die Frage wird regelmäßig verneint. Ihre Erörterung ist jedoch überflüssig, da es bei grobem Verschulden auf das Mißverhältnis der Leistungen nicht mehr ankommen kann.

Die tiefere Begründung für diese Rechtsprechung dürfte aus dem Risikobegriff zu entwickeln sein. Wesentlich für jedes Risiko ist die Unsicherheit hinsichtlich des Schadenseintritts. Bei eigenem Verschulden des Unternehmers ist die Unsicherheit aber weitgehend beseitigt, wobei allerdings nach Verschuldensgraden abgestuft werden muß. Von Vorsatz über grobe und leichte Fahrlässigkeit und einfachen Zufall bei beachteter Sorgfalt bis zu höherer Gewalt verläuft eine Linie zunehmender Ungewißheit. Wenn der

¹⁰²) Vgl. RGZ 103, 82 (84); 106; 386, RGZ 115, 218 und die S. 6 Anm. 27 zitierten Entscheidungen.

¹⁰³) Vgl. Schmidt - Ernsthausen, Anm. zu Nr. 2 in JW 1926 S. 570; Ausnahmen: RGZ 20, 115, RGZ 102, 396, RG in JW 1927, 655 Nr. 4 und OLG Frankfurt/M. in JW 1925 S. 654 Nr. 26 sprechen nur von grobem Verschulden, ohne dem aber leichte Fahrlässigkeit ausdrücklich gegenüberzustellen.

¹⁰⁴) RG in DR 1941 S. 1726 Nr. 9 und RGZ 163, 321 (329).

¹⁰⁵) Vgl. BGHZ 20, 164 (167); 33, 216 (221); BGH in VersR 1962 S. 22 (24); BGHZ 38, 183 (185); anders noch RGZ 168, 321 (329).

¹⁰⁶) Z. B. BGHZ 38, 183 (185).

¹⁰⁷) Z. B. BGH in VersR 1962 S. 552 (554). Ein Haftungsausschluß auch für grobe Fahrlässigkeit könne gegen Treu und Glauben verstoßen, da die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung dem Kontrahenten den als Äquivalent angesehenen (siehe § 5 dieser Arbeit) Versicherungsschutz nehmen würde. Die Versicherungsgesellschaft könnte sich auf eine analoge Anwendung der §§ 61 und 67 I,3 VGG berufen (vgl. BGHZ 22, 109, 119 [120]).

BGH einen Einschnitt zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit legt, so ist das anzuerkennen. Vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführte Schäden können nicht mehr als Realisationen eines „Risikos“ angesehen werden¹⁰⁸).

Bei der heute überwiegend kollegialen Leitung der Unternehmen und bei der vorherrschenden Trennung der Eigentümer von den Dispositionsfunktionen ist es auch gerechtfertigt, dem „eigenen Verschulden des Unternehmers“ das Verschulden leitender Angestellter gleichzusetzen. Die Haftung für nicht leitende Erfüllungsgehilfen kann dagegen als echtes Risiko anerkannt werden.

Die Grenzen des Risikobegriffs sind freilich fließend. Gegen den Versuch, die Grenze zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit verlaufen zu lassen, erhob schon das RG den Einwand der Rechtsunsicherheit: Die streitverhütende Wirkung der AGB würde beeinträchtigt werden¹⁰⁹). Der BGH hat diese Überlegung für nicht stichhaltig erklärt: „Vereinbarungen, nach denen der Schuldner zwar für grobe Fahrlässigkeit nicht aber für Zufall und leichte Fahrlässigkeit haftet, sind im Rechtsverkehr keineswegs selten“¹¹⁰). Freilich ist damit das Argument des RG nicht exakt widerlegt. Es handelt sich im Grunde um eine Abwägung zwischen dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem Prinzip der Schadensprävention durch Haftungsdrohung. Die Rechtssicherheit hat gewiß wirtschaftlich eine große Bedeutung¹¹¹). Denn da die Wirtschaftspolitik auch von der Rechtsprechung mitbestimmt wird, korrespondiert das juristische Prinzip der Rechtssicherheit mit dem wettbewerbskonstituierenden Prinzip der „Konstanz der Wirtschaftspolitik“. Im vorliegenden Fall ist jedoch dieses Postulat der Geradlinigkeit und Vorausssehbarkeit weniger beeinträchtigt als das ordnungspolitisch gleichrangige Prinzip der Haftung¹¹²). Konstanz der Wirtschaftspolitik wird deshalb gefordert, weil die Unternehmer in ihrer Investitionsfreudigkeit beeinträchtigt werden, wenn sie sich durch staatliche Konzeptionslosigkeit ständig beunruhigt fühlen¹¹³). Diese Gefahr besteht hier nicht. Ein Interesse des Unternehmers, in seinen Sicherheitsvorkehrungen von der Gewißheit ausgehen zu dürfen, daß er für leichte Fahrlässigkeit auf keinen Fall haftet, kann nicht anerkannt werden.

bb) Versicherbarkeit der Risiken

Ein weiteres Argument behauptet, die Risiken seien auch untragbar für die Unternehmen, da es keine ausreichenden Versicherungsmöglichkeiten

¹⁰⁸) So schon W. Weller, Die Freizeichnungsklauseln des Spediteurs im Zusammenhang mit der Speditionsversicherung, Diss. Tübingen 1931, S. 34.

¹⁰⁹) RGZ 168, 321 (329).

¹¹⁰) BGHZ 22, 109 (117/118).

¹¹¹) Vgl. auch Raiser, a. a. O. (1935) S. 102.

¹¹²) Vgl. Teil C § 8 II,1 dieser Arbeit.

¹¹³) Vgl. W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2. Aufl. Tübingen — Zürich 1955, S. 288.

gebe¹¹⁴). Von den Gegnern der Freizeichnungsklauseln wird aber umgekehrt hervorgehoben, daß Haftungsausschlüsse nicht mehr notwendig seien, weil heute fast alle Risiken versichert werden könnten¹¹⁵).

Abgestuft nach der Beeinflußbarkeit der Schäden, könnte man die Schadensfälle folgendermaßen gruppieren¹¹⁶):

- (1) Schäden während der Leistungserstellung im eigenen Betrieb hat der Hersteller grundsätzlich selbst zu tragen. Nur soweit es sich um Sach- oder Personenschäden handelt, die *Dritte*, d. h. nicht den Vertragspartner treffen, greift eine Haftpflichtversicherung ein. Jedoch sind diese Schäden im Zusammenhang mit den AGB irrelevant.
- (2) Schäden, die während des Transports an der eigenen Lieferung eintreten, können durch Transportversicherungen gedeckt werden.
- (3) Während der Montage in einem Abnehmerbetrieb kann der Liefergegenstand durch eine Montageversicherung gegen Fehler der eigenen Leute, Zufall und exogene Ereignisse versichert werden. Die Montageversicherung umfaßt auch Schäden an fremden Anlagen, an denen montiert wird. Entstehen durch die Montage Schäden an den übrigen Anlagen auf dem Montageplatz, so werden sie nach den Vorschriften der Haftpflichtversicherung ersetzt.
- (4) Nach der Abnahme des Werkes kann dieses noch während der Garantiezeit gegen zutage tretende Konstruktionsmängel, Materialfehler und einige andere verursagete oder unverschuldete Unzulänglichkeiten versichert werden (Maschinen-Garantie-Versicherung)¹¹⁷).
- (5) Inanspruchnahmen aus Verzug werden, soweit dieser auf einer durch Sachschaden verursachten Betriebsunterbrechung beruht, im Rahmen einer Betriebsunterbrechungsversicherung mit gedeckt.

Lückenlos sind diese Versicherungen freilich nicht. Insbesondere ist eine Versicherung gegen Ersatzansprüche wegen mittelbarer Schäden, die aus Sachmängeln der gelieferten Gegenstände resultieren — soweit ersichtlich — nicht erhältlich. Abgesehen davon, sind die verbleibenden Versicherungslücken jedoch unbedeutend und können die Risikobelastung des Proponenten keineswegs als untragbar erscheinen lassen.

cc) Steuerliche Behandlung der Risiken

Im Schrifttum findet sich ferner das Argument, die Risikobelastung des Proponenten werde besonders untragbar dadurch, daß diese Schadensrisi-

¹¹⁴) Vgl. van Erkelenz in: ZAkDR 1940 S. 368; Lancelle in DR 1940 S. 1449/50.

¹¹⁵) Vgl. G. Schmidt in: VersR 1960 S. 683 rechte Spalte; zustimmend Meiss, ebenda S. 965; auch im Ausland, vgl. Atiyah, a. a. O. S. 118.

¹¹⁶) Vgl. zum folgenden die Übersicht bei P. B o r o w s k i, Liefervertrag und Lieferbedingungen, Karlsruhe 1956 S. 203/204.

¹¹⁷) Bedingungen schon in: Veröffentlichungen des Reichsaufsichtsamtes für Privatversicherung, 26. Jg. (1927) S. 162 f. (dort auch Bedingungen für Montageversicherung).

ken vom Steuerrecht nicht als gewinnmindernd anerkannt würden¹¹⁸). Diese Behauptung bedarf einer kurzen Überprüfung.

Kosten für Nacharbeiten oder Ersatzlieferungen, Schadenersatzleistungen und Erlösschmälerungen durch Rückgewähr von Erlösen stellen in der Erfolgsrechnung des Unternehmens einen Aufwand dar. Dieser ist durch die Produktion der fehlerhaften Lieferungen oder Leistungen verursacht, wird aber oft erst in den nachfolgenden Perioden sichtbar. Nach dem Grundsatz der richtigen Periodenabgrenzung ist er zur Vermeidung eines zu hohen Gewinnausweises der verursachenden Periode zuzurechnen. Die Zurechnung geschieht durch Bildung von Rückstellungen für die künftigen Inanspruchnahmen. Die Dotierung der Rückstellungen schlägt sich in der Erfolgsrechnung der verursachenden Periode bei den betroffenen Aufwandsarten der Gewinn- und Verlustrechnung als Aufwand nieder¹¹⁹). Die Rückstellung selbst erscheint als Passivposten in der Bilanz und mindert den Gewinn dort entsprechend¹²⁰). Dieses Vorgehen ist nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung handelsrechtlich anerkannt.

Bei der ertragsteuerlichen Behandlung dieses betrieblichen Aufwands lautet die wichtigste Frage: Ist er als Betriebsausgabe der Vorperiode berücksichtigungsfähig, auch wenn er erst in den nachfolgenden Perioden zu Ausgaben führt, oder ist er nur als laufender Aufwand der jeweiligen Nachperioden anzusetzen? Bei dieser Frage der Rückstellungsmöglichkeit ist zwischen Haftpflichtverbindlichkeiten und Garantieverbindlichkeiten zu unterscheiden¹²¹). Die zivilrechtlichen Unterschiede werden allerdings im Steuerrecht nicht klar definiert. Zu den Garantie- und Gewährleistungsrisiken werden neben den Kosten für Nacharbeiten und Ersatzlieferungen auch Erlösrückgewähr (Wandlung und Minderung) und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu rechnen sein. Dabei ist es unerheblich, ob diese Verpflichtungen auf vertraglichen Garantievereinbarungen oder auf dem Gesetz beruhen. Unter Haftpflichtverbindlichkeiten sind Schadenersatzverpflichtungen aus positiver Vertragsverletzung zu verstehen sowie Schadenersatzpflichten aus Delikt und Gefährdungshaftung, soweit sie nicht als Kosten der persönlichen Lebensführung des Betriebsinhabers anzusehen sind¹²²).

(1) Haftpflichtverbindlichkeiten sind zwar auch dann passivierungsfähig, wenn die Schadenersatzansprüche gegen das Unternehmen am Bilanzstichtag noch nicht erhoben worden sind; jedoch muß das anspruchsbegrün-

¹¹⁸) Vgl. van Erckelens in: ZAkDR 1940 S. 368.

¹¹⁹) Vgl. Adler - Düring - Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 3. Aufl. Ergänzungsband, Stuttgart 1961, § 132 Rdn. 41, 42 und 82.

¹²⁰) Adler - Düring - Schmaltz, a. a. O. Hauptband, 3. Aufl., Stuttgart 1957, § 131 Rdn. 158 h.

¹²¹) Vgl. BFH in NJW 1963 S. 1423.

¹²²) Vgl. E. Littmann und K. Förger, Rückstellungen in Ertragsteuerbilanzen und bei der Einheitsbewertung des Betriebsvermögens, Stuttgart 1964, S. 315, 340, 403; BFH vom 17. 1. 1963 in BStBl. 1963 III S. 237.

dende Ereignis schon eingetreten sein¹²³). Insofern ist die Sachlage ähnlich wie bei Prozeßkosten- und Prozeßverlustrisiken, die auch erst zu Rückstellungen berechtigen, wenn die Klage erhoben worden ist oder doch unmittelbar droht¹²⁴). Die Schadenersatzverbindlichkeiten sind individuell zu bemessen; eine Selbstversicherung durch Bildung eines allgemeinen Deckungsstocks nach der Schadenswahrscheinlichkeit, wie sie betriebswirtschaftlich sinnvoll wäre¹²⁵), gilt bei dieser Wagnisart steuerlich nicht als gewinnermittelnde Bildung einer Rückstellung, sondern als gewinnverwendende Bildung einer Rücklage und ist steuerpflichtig¹²⁶).

(2) Garantie- und Gewährleistungspflichten dagegen berechtigen bei den Ertragsteuern¹²⁷) unabhängig von der Entdeckung der einzelnen Sach- und Leistungsmängel zu Rückstellungen, wenn sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind¹²⁸). Die Wahrscheinlichkeit kann nach den Erfahrungen zurückliegender Perioden festgestellt werden¹²⁹). Die Höhe richtet sich nach dem Ermessen eines ordentlichen Kaufmanns, muß jedoch einer objektiven Nachprüfung — in erster Linie ebenfalls auf Grund der Beanspruchungen in der Vergangenheit — standhalten¹³⁰).

Wesentliche Voraussetzung ist jedoch, daß ein enger Kausalzusammenhang zwischen Gewährleistungsansprüchen und den eigenen Lieferungen und Leistungen besteht¹³¹), und ferner, daß es sich um rechtliche Verbindlichkeiten handelt — mögen sie nun auf Gesetz beruhen oder auf gegenseitigem Vertrag oder auf Vertrag zugunsten Dritter. Die Passivierungsfähigkeit von Kulanzleistungen und Verlusten aus Kundendienstleistungen, die voraussichtlich aus Konkurrenzgründen erforderlich werden, ist im steuerrechtlichen Schrifttum umstritten¹³²). Die Rechtsprechung scheint zu einer vorsichtigen Anerkennung bereit zu sein, wenn auf Grund dauernder

¹²³) Vgl. E. Littmann, Das Einkommensteuerrecht, 7. Aufl., Stuttgart 1962 §§ 4, 5 Rdn. 251.

¹²⁴) Vgl. Littmann, ebenda Rdn. 254; W. Blümich und L. Falk, Einkommensteuergesetz (Komm.), 9. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1964, § 5 Anm. 19 (S. 471).

¹²⁵) Vgl. E. Schmalenbach, Dynamische Bilanz, 13. Aufl., Köln und Opladen 1962 S. 171/172.

¹²⁶) Vgl. Littmann, ebenda, Rdn. 252, 273; Blümich - Falk, a. a. O. § 5 Anm. 19 (S. 471). Littmann - Förger, a. a. O. S. 420.

¹²⁷) Anders bei der Einheitsbewertung des Betriebsvermögens im Rahmen der Vermögen- und Gewerbesteuer, vgl. z. B. RFH in RStBl. 1942 S. 354.

¹²⁸) „seit jeher“ anerkannt, vgl. Littmann - Förger, a. a. O. S. 314, vgl. ferner BFH 67, 47 (52); George, Rückstellungen für Garantieverpflichtungen, in DStR 1957 S. 197 ff.

¹²⁹) Blümich - Falk, a. a. O. § 5 Anm. 20 Stichwort „Bürgschaft, Gewährleistung“.

¹³⁰) Vgl. BFH in Betrieb 1963 S. 287; BFH 71, 659 (660).

¹³¹) Vgl. BFH in NJW 1964 S. 372.

¹³²) Für zulässig erachtet von Blümich - Falk, § 5 Anm. 20 Stichwort „Kulanzleistungen“; für unzulässig erachtet von Littmann, a. a. O. §§ 4, 5 Rdn. 257 a.

Übung für den Kaufmann ein tatsächlicher Zwang zur Erbringung der Kulanzleistungen auch in Zukunft besteht¹³³). Mag auch die Finanzverwaltung aus fiskalischem Interesse die Rückstellungsmöglichkeiten weniger bereitwillig zugestehen¹³⁴), so kann doch festgestellt werden, daß die Rechtsprechung dem Steuerpflichtigen weit genug entgegenkommt, so daß er die aus seiner Betriebstätigkeit erwachsenden Haftungsrisiken in ausreichendem Umfang schon vor ihrer Aktualisierung berücksichtigen kann. Die Behauptung, seine Belastung werde durch das Steuerrecht noch verstärkt, dürfte damit widerlegt sein.

¹³³) BFH vom 20. 11. 1962 in BStBl. 1963 III, S. 113.

¹³⁴) Vgl. die Notiz: Rückstellungen für Kulanzleistungen, in: Betrieb 1961 S. 285. Die grundsätzliche Abwälzung des Preisrisikos kommt nicht zur Sprache.

TEIL B

Die Äquivalente für den Vertragspartner

Im Aufbauschema der Rechtsprechung folgt nach verhältnismäßig kurzen Hinweisen auf die funktionale Berechtigung der Klauseln regelmäßig eine Betrachtung der wirtschaftlichen Situation des Vertragspartners. Dabei bemühen sich Rechtsprechung und Schrifttum um die Frage, ob sich nicht Momente finden lassen, die als ein Ausgleich für die Benachteiligung anzusehen sind, denen der Kontrahent durch die AGB ausgesetzt wird. Bevor diese Überlegungen analysiert werden können, ist eine Betrachtung darüber erforderlich, wie sich die Belastungen des Adherenten darstellen.

§ 4

Belastungswirkungen

Es wäre wenig sinnvoll, im einzelnen alle Formen aufzuführen, in denen sich die Benachteiligung des Vertragspartners äußert. In welchen betrieblichen Teilbereichen sich die Nachteile niederschlagen, läßt sich leicht vorstellen, wenn man sich an die in Teil A geschilderten Funktionen der AGB-Klauseln erinnert. Die Nachteile des Adherenten entsprechen den Vorteilen des Proponenten. Besonders hervorgehoben sei jedoch der Fall der „freibleibend“-Klauseln, mit denen der Proponent seine Beschaffungs- und Produktionsrisiken abwälzt und zu einem Beschaffungsrisiko des Adherenten macht.

Diese Unsicherheiten werden in Literatur und Rechtsprechung wenig beachtet. Der Beschaffungssektor des Abnehmerbetriebes¹⁾ wird regelmäßig übersehen. Daß ein Unternehmen freiwillig ein Absatzrisiko übernehmen, sich beispielsweise dem Rücktritt des Käufers aussetzen sollte, erschien dem RG als „kaufmännisch ungeheuerlich“²⁾. Daß der Käufer aber das gleichgroße Beschaffungsrisiko auf sich nahm, indem er einer „freibleibend“-Klausel zustimmte, wurde als selbstverständlich hingenommen. Betriebswirtschaftlich wie auch volkswirtschaftlich ist dagegen die Sicherheit der Investitionsrechnung noch wichtiger als die Sicherheit der Preiskalkulation; denn

¹⁾ Ausnahmsweise einmal berücksichtigt in RGZ 86, 162 (betr. Versicherungsbedingungen).

²⁾ II. Zivilsenat, in RGZ 105, 368 (372).

falsche Investitionsrechnungen lassen sich, sobald sie in die Tat umgesetzt worden sind, kaum mehr korrigieren.

Es scheinen aber eine Zeit lang eigentümliche Vorstellungen von den Funktionen und Risiken des Handels bestanden zu haben. Wenn beispielsweise der I. Zivilsenat des RG³⁾ zur Rechtfertigung von „freibleibend“-Klauseln die Tatsache heranzieht, daß der Käufer im vorliegenden Fall die Ware „nicht zum Zwecke der Erfüllung einer eigenen dringenden Lieferpflicht, sondern in spekulativer Absicht zum Zwecke späterer Weiterveräußerung erwarb“, so ist das tatsächlich ungeheuerlich. Der Handel hat nicht nur eine Raumüberbrückungsfunktion, sondern — neben anderen (z. B. Sortimentsfunktionen, Markterschließungsfunktionen usw.) — auch wesentliche Zeitüberbrückungsfunktionen, mit denen er die divergierenden Rhythmen von Erzeugung und Bedarf ausgleicht, dem Abnehmer gegenüber durch Lagerung (Lagerfunktion), dem Lieferanten gegenüber durch Vorausschätzung des zukünftigen Bedarfs (Vordispositionsfunktion)^{4) 5)}. Wenn der Händler durch feste kontraktliche Bindung die mit diesen Funktionen notwendig verbundenen Risiken übernimmt, darf ihm andererseits nicht die entsprechende Gewinnchance dadurch genommen werden, daß der Lieferer erfüllt, wann und zu welchem Preise er will. Nimmt er dieses Recht in seinen ALB in Anspruch, so ist jedenfalls die Belastung des Kunden unverkennbar.

Notwendiger noch als die Vermeidung solcher Einseitigkeiten ist eine richtige Erkenntnis der Art und des Charakters der Belastungen. Die Rechtsprechung beschäftigt sich mit den AGB in Fällen, in denen meist nur die Bedeutung oder Anwendbarkeit einer einzelnen Klausel streitig ist. Diese Tatsache hat sie verleitet, die Zulässigkeit jeder Klausel *isoliert* zu beurteilen⁶⁾. Auf das Zusammenspiel mehrerer Klauseln wird zwar eingegangen, wenn sie in der Anwendung auf den konkreten Fall technisch ineinandergreifen. Auch wird aus dem Zusammenhang heraus hin und wieder eine Interpretation unklarer Bestimmungen versucht⁷⁾. Es handelt sich dabei aber stets um ein Zusammenspiel ganz weniger Klauseln in ihrer juristischen Bedeutung. Das Zusammenspiel aller Klauseln in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung wird nicht berücksichtigt. Eine *Gesamtbeurteilung* wird meines Wissens nur in einem einzigen Fall versucht: Im Fall eines Ratenkaufs unter Zwischenschaltung eines Finanzierungsinstituts entschied das RG aus einer

³⁾ 22. 2. 1922 in RGZ 104, 98 (102) — Möbelhandel.

⁴⁾ Vgl. K. Oberparleiter, Funktionen und Risiken des Warenhandels, 2. Aufl., Wien 1955, S. 19 ff.; R. Seyffert, Wirtschaftslehre des Handels, 3. Aufl., Köln — Opladen 1957, S. 9 und 13.

⁵⁾ Ausnahmsweise berücksichtigt von RGZ 103, 414 (416).

⁶⁾ Vgl. OLG München in HRR 1940 Nr. 1075 unter Tz. 1 a. E.

⁷⁾ Vgl. BGHZ 2,1 (3).

Gesamtbeurteilung heraus, daß der Darlehnsvertrag im ganzen nichtig sei⁸⁾):

„In seiner Gesamtheit stellt der Vertrag vom 22. 12. 1925 eine so weitgehende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheit des Klägers dar, und die ihm auferlegten Verpflichtungen sind im Vergleich mit den Leistungen der Beklagten so schwerwiegend und drückend, daß der Vertrag im ganzen als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden muß.“

Das Gegenbeispiel liefert zwei Jahre später der gleiche Senat bei der Beurteilung eines weitgehend gleichen Sachverhalts. Entgegen dem Urteil des Berufungsgerichts entscheidet er⁹⁾ 10):

„Die Vertragsklauseln zur Sicherung der Ansprüche der Klägerin sind allerdings sowohl im einzelnen wie in ihrer Gesamtheit streng, aber mit sofort zu erörternden Ausnahmen nicht derart, daß sie schon an und für sich als mit den guten Sitten unvereinbar bezeichnet werden müßten und daß durch sie dem Gesamtvertrag ohne weiteres der Stempel der Sittenwidrigkeit aufgeprägt würde.“

In Anwendung der Isoliermethode prüft er die einzelnen Klauseln, wobei er die Taktik verfolgt, die Klauseln — mit einer Ausnahme — jeweils so ausulegen, daß ihnen die Schärfe genommen wird. Allein aus der Nichtigkeit dieser einen Klausel folge wiederum noch nicht ohne weiteres die Nichtigkeit des gesamten Vertrages. „Auch sie läßt sich an und für sich aus dem sonstigen Vertragsinhalt herauslösen“ (S. 223). Auch eine Nichtigkeit des Gesamtvertrages über § 139 BGB hat die Rechtsprechung nie angenommen. Vielmehr verblieb es stets bei der Teilnichtigkeit¹¹⁾.

Diese Praxis der isolierten Betrachtungsweise ist von M. Pagenstecher und W. Hurst zutreffend kritisiert worden¹²⁾. Eine rechte Würdigung der dem Vertragspartner aufgebürdeten Gesamtbelastung läßt sich auf diese Weise nicht durchführen. Unabhängig davon, ob der bedachte Fall überhaupt eintritt, muß der Kunde Risikoversorge treffen. Die Belastung kann eben nicht ex post am realisierten Schadensumfang gemessen¹³⁾ 14),

⁸⁾ RGZ 128, 251 (257).

⁹⁾ II, Zivilsenat am 30. 1. 1931 in RGZ 131, 213 (220); vgl. ferner I. Senat (22. 2. 1922) in RGZ 104, 98 (101), der die Gesamtbetrachtung des Berufungsgerichts ebenfalls ablehnt.

¹⁰⁾ Vgl. dazu die Besprechung von M. Pagenstecher, Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, 2. Aufl., Marburg 1944, Anm. 23 auf S. 29.

¹¹⁾ Vgl. z. B. RG in LZ 124 S. 466.

¹²⁾ Pagenstecher, a. a. O. S. 14/15 und 25; Hurst, a. a. O. S. 25.

¹³⁾ Als Beispiel für das ex-post-Denken vgl. RGZ 105, 368 (Individualvertrag), S. 371: „Auch die Vereinbarung gleitender Preise ist durchaus zulässig, wenn nur die schließliche Preisbestimmung objektiver Nachprüfung standhält ..“ Die grundsätzliche Abwälzung des Preisrisikos kommt nicht zur Sprache.

¹⁴⁾ Unzulässig ist aber auch die Gegenüberstellung der abgewälzten Wagniskosten einerseits und des ungleich größeren realisierten Schadens andererseits zur Ablehnung der Preisargumente bei Lukes in Festschr. (a. a. O.) S. 462. Richtiger dagegen Lukes in JuS 1961 S. 306 r. Sp.

sondern muß *ex ante* beurteilt werden. Sie beruht nicht auf einer Abwälzung des Schadens, sondern des Schadensrisikos. Deutlich zeigt sich hier die Übung der Jurisprudenz im retrograden und isoliert kausalen Denken. Die Schwierigkeit, die eine abstrakte Prüfung der kumulierten Belastungswirkungen dem Richter bereiten wird, soll nicht verkannt werden. Dennoch sollte er sich die Möglichkeit einer Gesamtbeurteilung für krasse Fälle offenhalten. Wenn schon eine Abwägung der Interessenlagen erfolgen soll, so muß diese auch die wahren Belastungen berücksichtigen.

§ 5

Preisargumente

In der Literatur begegnet man allenthalben der Vorstellung, eine Risikoabwälzung ermögliche es dem Unternehmer, seine Preise um die ersparten Wagniskosten zu senken¹⁵⁾. Darin könne man ein Äquivalent für den Abnehmer erblicken. Der Umfang der gegenseitigen Rechte und Pflichten sei einfach ein „Kalkulationsfaktor“¹⁶⁾. In der Rechtsprechung findet sich dieser Gedanke schon früh. Er wird dabei zumeist gekoppelt mit dem Argument der Versicherung, die der Kunde nehmen könne. Der Versicherungsprämie stehe eine Preisminderung gegenüber, so daß es für den Kunden im Ergebnis auf dasselbe hinauslaufe, ob er sich nun versichere oder ob er dem Unternehmer einen höheren Preis zahle¹⁷⁾. Der Nachweis einer Versicherungsmöglichkeit für den Adherenten dient dabei zur Entkräftung des Arguments, daß die Risikobelastung des Adherenten wegen mangelnder Kompensationsmöglichkeiten ungleich höher sei als die Wagniskosten beim Proponenten, für den innerhalb seiner einheitlichen Produktion das Gesetz der großen Zahl zum Zuge komme. Die Behauptung einer Preisminderung soll weiterhin klarstellen, daß die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung durch die Belastung des Adherenten mit der (geringen) Versicherungsprämie nicht gestört wird¹⁸⁾.

Die Preis- und Versicherbarkeitsargumente werden damit zu einem zentralen Gesichtspunkt bei der Frage des *iustum pretium*. Bei einer Analyse dieses Problems sind zwei Fragen zu stellen:

¹⁵⁾ Vgl. Sebb a, Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen im Verkehrsrecht, Druckschriften des Dt. Anwaltsvereins Nr. 33, Leipzig 1931, S. 12/13; H. Hildebrandt in AcP Bd. 143 S. 347; G. Haupt, Vertragsfreiheit und Gesetz, in: ZAkDR 10. Jg. (1943) S. 85 r. Sp. allerdings mit „Zurückhaltung“; J. H. v. Brunn, Zur Schadensersatzpflicht im modernen Industrierecht, in NJW 1951 S. 103, auch in: Form. VertrB (a. a. O.) S. 35; Biesel, a. a. O. S. 20; H. G. Isele in JuS 1961 S. 309.

¹⁶⁾ Ablehnend Raiser, a. a. O. (1935) S. 289.

¹⁷⁾ Vgl. RGZ 20, 115 (117) (1888); RGZ 99, 107 (111) (1920); OLG Frankfurt/M. in JW 1925 S. 654 Nr. 26.

¹⁸⁾ Diese Verknüpfung von Preis- und Versicherungsargumenten wird in der Literatur allerdings manchmal verkannt, vgl. z. B. R. Fischer, Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen, in: BB 1957, S. 485 I. Sp.

- (1) Sind die Preisargumente überhaupt juristisch beachtlich?
- (2) Führt die Risikoabwälzung wirklich zu einer Preissenkung?

I. Juristische Beachtlichkeit der Preisargumente

In der Frage der juristischen Beachtlichkeit der Preisargumente scheint die Rechtsprechung neuerdings einen ablehnenden Standpunkt einnehmen zu wollen. Gesichert ist diese Position jedoch noch nicht. Eine erste ablehnende Stellungnahme findet sich schon in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, so von RGZ 106, 386 im Jahre 1923 zu den Bedingungen Berliner Spediteure:

(S. 388) „Die Sachlage ist nicht so, daß es sich nur um eine reine Geldfrage handelt. Dem Interesse des Auftraggebers ist in den meisten Fällen nicht damit gedient, daß er, anstatt über seine Ware verfügen zu können, auf eine Forderung gegen eine Versicherungsgesellschaft verwiesen wird.“

Darin dürfte sich eine gewisse Inflationserfahrung des Gerichts spiegeln. Die Begründung befaßt sich im weiteren dann mit der unentbehrlichen Präventionswirkung der Haftungsvorschriften¹⁹⁾. Eine solche Entscheidung hinderte freilich nicht, die Preisargumente in späteren Urteilen wieder zu verwenden²⁰⁾.

Bedeutsam wurde dann das Urteil des BGH vom 29. 10. 1956, in dem der II. Zivilsenat zu den ALB einer Möbelfirma erklärte²¹⁾:

„Für die allgemeine Beurteilung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben kann es insoweit nicht entscheidend sein, daß ein weitgehender Ausschluß der Haftungsansprüche, insbesondere auch der Gewährleistungsansprüche des Käufers sich auch für den Käufer insoweit günstig auswirken mag, als sich ein solcher Ausschluß in einem verbilligten Preis für die gekaufte Ware niederschlägt. . . *Dem die Verkäufer müssen ihre Preise nach solchen Bedingungen kalkulieren, die sich mit den Geboten von Treu und Glauben vereinbaren lassen*, und sie dürfen sich insoweit nicht über die Grenzen hinwegsetzen, die für den Rahmen des rechtlich Billigen und Vertretbaren gelten.“

In einem Urteil vom 29. 9. 1960 hat derselbe Senat diese Auffassung unter Bezugnahme auf seine frühere Entscheidung zwar formell aufrechterhalten, verwendet das Preis- und Versicherungsargument aber dennoch²²⁾. Zwischenzeitlich hatte der VIII. Zivilsenat die Preisgesichtspunkte noch ohne Bedenken herangezogen²³⁾.

¹⁹⁾ Als Begründung für die Ablehnung der Preis- und Versicherungsargumente herangezogen auch vom RG in JW 1927 S. 1588.

²⁰⁾ Vgl. RG in JW 1931 S. 3085 Nr. 9 (S. 3086); KG in MDR 1950 S. 286.

²¹⁾ BGHZ 22, 90 (98); zustimmend K. Simitis, a. a. O. S. 30.

²²⁾ BGHZ 33, 216 (219 und 220); vgl. auch BGH (16. 11. 1961) in VersR 1962 S. 23/24.

²³⁾ BGH (21. 10. 1958) in MDR 1959 S. 120 Nr. 55; BGH (9. 6. 1959) in LM Nr. 2 zu § 138 (Cc) BGB.

Abgesehen von diesem Schwanken enthält die Argumentation des BGH einen Zirkelschluß. Zur Feststellung, *ob* die Bedingungen des Unternehmens Treu und Glauben entsprechen oder ob sie ein rechtlich unbilliges Verlangen darstellen, *soll ja gerade erst* die Auswirkung auf die Preisstellung einen Anhaltspunkt liefern, den „allgemeine Rechtsgrundsätze“, die eine „gerechte Abwägung der beiderseitigen schutzwerten Belange fordern, bedürfen einiger konkreter Orientierungspunkte. Wenn die kalkulatorischen Erwägungen solche Maßstäbe nicht geben können, so kann das nicht damit begründet werden, daß die Kalkulationsgrundlagen eben Treu und Glauben entsprechen müssen. Ob sie es tun, kann eben nur an ihren Auswirkungen entschieden werden.

Bei *Raiser*, von dem diese Ablehnung letztlich stammen dürfte, liest sich die Begründung noch etwas anders²⁴):

„Die Angemessenheit der für typische Massengeschäfte bestimmten AGB ist nicht in erster Linie danach zu beurteilen, welche Vor- und Nachteile sie den Parteien eines bestimmten Einzelvertrages bringen, und ob für sie Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind. Vielmehr geht es wesentlich darum, ob die Regelung der Lebensverhältnisse, wie sie die AGB vorsehen, dem Rechtsempfinden des Volkes entspricht und dem Gesamtwohl zuträglich ist oder nicht. . . (S. 290) Denn die Frage ist keine rein ökonomische, sondern ist ebenso stark durch soziale, rechtliche und sittliche Erwägungen mitbestimmt.“

Diese Argumentation ging also davon aus, daß die Frage der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung hinter sozialpsychologische Rücksichten zurücktritt²⁵). Psychologisierende Gesichtspunkte sind jedoch zu vage, um ein tragfähiges Argument gegen eine Berücksichtigung der Preisargumente innerhalb des Interessenabwägungsschemas zu bieten. Eine Ausschaltung der Preisargumente läßt sich jedoch evtl. über eine Prüfung ihrer wirtschaftlichen Stichhaltigkeit erreichen.

Man könnte schließlich Überlegungen darüber anstellen, ob ein niedrigerer Preis dem Abnehmer überhaupt lieber ist²⁶). Für diese Annahme spräche die Theorie von *Böhm - Bawerk*, daß der Mensch seine zukünftigen Bedürfnisse i. d. R. unterschätzt²⁷). Andererseits aber schmerzt eine einmalige Zahlung nicht so sehr wie späterer, wiederholt auftretender Ärger. Beim Kraftwagenkauf beispielsweise spielt die Gewißheit eines guten und kulantem Kundendienstes eine entscheidende Rolle. Die unvernünftige Verhaltensweise der Unterschätzung künftiger Schwierigkeiten kann zudem nicht als Rechtfertigung für den Proponenten anerkannt werden.

²⁴) *Raiser*, a. a. O. (1935) S. 289.

²⁵) Ähnlich noch auf dem 41. Deutschen Juristentag, vgl. Verhandlungen des 41. DJT, Bd. II, E, Streitgespräch, Tübingen 1956; sozialpädagogische klingen an bei *H. Hildebrandt* in *AcP* Bd. 143 S. 347.

²⁶) Das behauptet *v. Brun n* in *NJW* 1951 S. 103 r. Sp. o.

²⁷) *E. v. Böhm - Bawerk*, *Positive Theorie des Kapitals*, Bd. I, 4. Aufl., Jena 1921, S. 332 ff.

II. Wirtschaftstheoretische Stichhaltigkeit der Preisargumente

Die Preisargumente werden von der Wirtschaftspraxis vorgetragen. Aber auch die Gegner der AGB unterstellen oft ihre Richtigkeit. In der Rechtsprechung hat wohl erstmalig der BGH in BGHZ 22,90 Zweifel angedeutet durch die Art seiner Formulierung²⁸⁾. An den Erkenntnissen der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie ist die Durchschlagkraft der Argumente soweit ersichtlich noch nie gemessen worden. H. Webers Dissertation über die ALB der Eisen- und Maschinenindustrie²⁹⁾ enthält nur ein paar Hinweise auf außerbetriebliche Preiseinflußfaktoren, wie Konjunktur, Wettbewerbssituation u. ä., die nicht ausreichen, um eine kritische Einstellung gegenüber den Preisargumenten abzustützen.

1. Grundbegriffe

Das Instrumentarium für eine Untersuchung dieser Zusammenhänge liefert die volkswirtschaftliche Preistheorie. Diese erklärt die Preisbildung aus zwei Komponenten³⁰⁾:

- (1) aus dem Verlauf der Preisabsatzfunktion (Nachfragekurve) und
- (2) aus dem Verlauf der betrieblichen Kostenfunktionen.

Die *Preisabsatzfunktion* gibt an, bei welchem Preis bestimmte Produktmengen restlos abgesetzt werden können. Ihr Verlauf wird maßgeblich bestimmt durch die Marktform, d. h. durch die Konkurrenz der Verkäufer, daneben auch durch die Dringlichkeit der Nachfrage, die Kaufkraft und die Konkurrenz der Käufer. In der morphologischen Marktformenlehre unterscheidet man zwei Extremfälle: die vollständige Konkurrenz und das reine Monopol. Beides sind Modelle, die in dieser Reinheit in der ökonomischen Wirklichkeit nicht angetroffen werden. Die Wirklichkeit liegt zwischen diesen Extremen: Auf unvollkommenem Gesamtmarkt, d. h. auf einem Markt³¹⁾, auf dem sachliche, räumliche, zeitliche oder persönliche Präferenzen bestehen und keine vollständige Markttransparenz gegeben ist, konkurriert eine mehr oder weniger beschränkte Anbieterzahl. Man bezeichnet diese Marktsituation als monopolistische oder heterogene Konkurrenz und, soweit die Anbieter zahlreich und klein (atomistisch) sind, als polypolistische Konkurrenz. Je einflußreicher und zahlenmäßig geringer die An-

²⁸⁾ (S. 98) „Die Möglichkeit (!), daß bei rechtlich unbilligen Verkaufsbedingungen dadurch unter Umständen (!) auch für den Käufer ein wirtschaftlich etwas (!) günstigerer Preis kalkuliert werden kann (!), vermag ein solches — nämlich rechtlich unbilliges — Verhalten nicht zu rechtfertigen.“

²⁹⁾ S. S. 1, Anm. 1 d. Arb.

³⁰⁾ Vgl. z. B. Erich Schneider, *Reine Theorie monopolistischer Wirtschaftsformen*, Tübingen 1932; E. Gutenberg, *Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre*, Bd. II *Der Absatz*, 7. Aufl. Berlin — Göttingen — Heidelberg 1964, S. 178 ff.

³¹⁾ Mit „Markt“ bezeichnet man die Gesamtheit aller Käufer- und Verkäuferbeziehungen hinsichtlich einer bestimmten Güterart, wobei die räumliche, sachliche usw. Abgrenzung noch offen bleibt, vgl. W. Krelle, *Preistheorie*, Tübingen — Zürich 1961, S. 23 f.

bieter werden, desto mehr nähert man sich der Oligopolsituation. Die poly-
 polistische Preisabsatzfunktion enthält einen mehr oder weniger großen mono-
 polistischen Bereich, innerhalb dessen das Unternehmen preispolitisch
 autonom ist³²⁾.

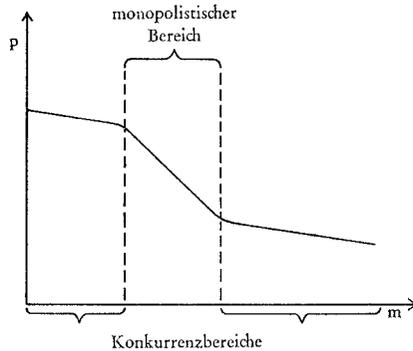


Abb. 1

Innerhalb dieses Bereichs kann das Unternehmen latente Nachfrage ge-
 winnen, ohne daß es schon Nachfrage von anderen Anbietern abzieht („un-
 vollkommen bewegliche Nachfrage“, K r e l l e). Erst wenn es den unteren
 Grenzpunkt unterschreitet, werden die Konkurrenten einen Absatzrückgang
 verspüren. Von da ab muß das Unternehmen mit Reaktionen der anderen
 Anbieter rechnen³³⁾. Unter Umständen kommt das gesamte Preisgefüge der
 Branche ins Gleiten³⁴⁾. Nach oben wird der monopolistische Bereich ebenfalls
 durch einen Grenzpunkt abgeschlossen, den das Unternehmen wegen dro-
 hender rapider Absatzverluste nicht überschreiten kann, es sei denn, das
 Preisniveau erhöht sich allgemein. Innerhalb des reaktionsfreien Bereichs
 gelten die gleichen Preisgesetze wie für ein reines Monopol. Aus Gründen
 einer vereinfachten Darstellung darf daher im folgenden die monopolistische
 Preisabsatzfunktion zugrundegelegt werden³⁵⁾.

Jeder bestimmten Form einer Preisabsatzfunktion entspricht eine Ge-
 samterlösfunktion, die sich als Multiplikation der abgesetzten Mengen mit
 den zugehörigen Preisen ergibt. Die Preisabsatzfunktion kann aus dieser

³²⁾ Vgl. G u t e n b e r g, Bd. II S. 233 ff. (insbes. S. 242).

³³⁾ Damit wird die Problematik der Oligopolpreisbildung relevant, vgl. G u-
 t e n b e r g, Bd. II S. 287.

³⁴⁾ Vgl. G u t e n b e r g, Bd. II S. 293.

³⁵⁾ Vgl. das gleiche Vorgehen bei W. K r e l l e, a. a. O. S. 368 und 371. Außer-
 halb dieses Bereichs, im unteren Konkurrenzbereich, befindet sich u. U. ein
 weiteres Gewinnmaximum. Dieses ist jedoch mit einer Umsatzexpansion nur
 unter Überwindung einer Verlustzone erreichbar und darf daher hier ver-
 nachlässigt werden.

Sicht auch als Durchschnittserlösfunktion angesprochen werden. Der polypolistischen Preisabsatzfunktion entspricht z. B. folgende Erlösfunktion³⁶⁾:

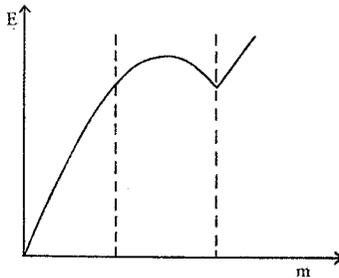


Abb. 2

Die *Kostenfunktionen* geben an, wie sich die Kosten bei einer Veränderung der Ausbringungsmenge eines Betriebes verhalten. Bleiben sie bei vermehrter oder verminderter Ausbringung unverändert, so spricht man von fixen Kosten. Sind sie dagegen variabel, so wäre näher zu unterscheiden, ob sie bei Produktionsausweitung proportional steigen (proportionale Kosten) oder überproportional (progressiv steigende) oder unterproportional (degressiv steigende). Dabei ist stets darauf zu achten, ob von den Gesamtkosten (K) die Rede ist oder von den Stückkosten ($k = \text{Durchschnittskosten} = \text{Gesamtkosten} : \text{Ausbringungsmenge}$). Hinsichtlich der im folgenden auftretenden Kostenverläufe bedeutet das:

- (a) proportionalen Gesamtkosten entsprechen fixe Stückkosten,
- (b) linear steigenden Gesamtkosten, die nicht durch den Koordinaten-Ursprungspunkt verlaufen, entsprechen degressiv fallende Stückkosten,
- (c) fixen Gesamtkosten entsprechen ebenfalls degressiv fallende Stückkosten. (Vgl. Abb. 3 a und b).

In der Analyse werden stets die Stückkostenkurven der Preisabsatzfunktion zugeordnet, während die Gesamtkosten mit der Erlöskurve kombiniert werden³⁷⁾³⁸⁾.

Die komplexen Vorgänge der Wirtschaft können nur analysiert werden, wenn aus dem Erfahrungsobjekt durch Abstraktion ein Modell gewonnen wird. An diesem Erkenntnisobjekt können mit Hilfe der *ceteris-paribus*-

³⁶⁾ Vgl. Gutenberg, Bd. II S. 249.

³⁷⁾ Unabhängig davon, ob im folgenden gerade eine Gesamt- oder eine Stückbetrachtung angestellt wird, beziehen sich die Begriffe „fixe, lineare, variable und dgl. Kosten“ — allgemeiner Übung folgend — stets auf die Gesamtkosten.

³⁸⁾ E. Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. I, Die Produktion, 8./9. Aufl., Berlin — Göttingen — Heidelberg 1963, S. 230 ff.; E. Heinen, Kosten und Beschäftigungsgrad, in: HwB Bd. II, 3. Aufl., Sp. 3387/3388.

Klausel (Isoliermethode) die Veränderungen verfolgt werden, die durch Veränderung einer Prämisse entstehen. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse haben nur Gültigkeit im Bereich der Prämissen, auf denen das Modell aufbaut, sind also nur mit Vorbehalten auf die Wirklichkeit übertragbar. Um

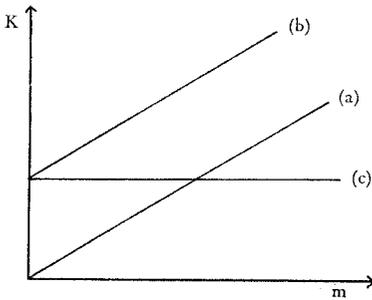


Abb. 3 a

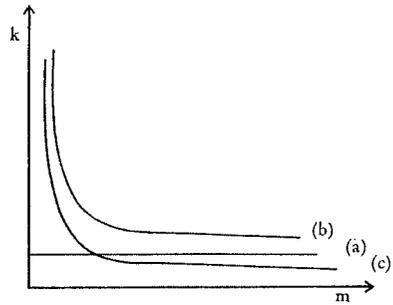


Abb. 3 b

die Aussagekraft der Erkenntnisse zu erhöhen, kann versucht werden, die Prämissen schrittweise abzubauen. Dadurch wird das Modell der Wirklichkeit wieder angenähert, der Abstraktionsgrad wird herabgesetzt.

2. Preistheoretischer Ausgangsfall

Die folgende Untersuchung kann sich an vereinzelte Analysen anlehnen, die von der mikroökonomischen Steuerüberwälzungslehre durchgeführt wurden, um die Frage zu klären, wie eine indirekte Steuer, die sich nach der Ausbringungsmenge eines Betriebes bemisst („Mengensteuer“, „Produktionssteuer“, „Stücksteuer“), auf die Abnehmer überwälzt wird³⁹⁾.

Die monopolistische *Preisabsatzfunktion*, die hier zugrundegelegt werden soll, wird üblicherweise (etwas vereinfacht) als linear verlaufend, von links oben nach rechts unten geneigt, dargestellt⁴⁰⁾. Diese Form sei hier zunächst übernommen. Einer solchen Preisabsatzfunktion entspricht eine Gesamterlöskurve in Form einer Parabel, die über der von der Preisabsatzfunktion abgeschnittenen Abszissenstrecke (Sättigungsmenge) aufgerichtet ist und ihren Scheitelpunkt genau über der Mitte dieser Strecke hat. Damit ist die eine Komponente für den Ausgangsfall charakterisiert. (Vgl. Abb. 4)

³⁹⁾ Vgl. H. C. Recktenwald, *Steuerinzidenzlehre*, Berlin 1958 S. 98 ff.; O. v. Mering, *Steuerüberwälzung*, in: HDSW Bd. 10 (1959), insbes. III, 1 c.

⁴⁰⁾ Vgl. z. B. A. Angermann, *Gleichgewichtskalkulation*, Meisenheim a. Glan 1952, S. 46; W. Krelle, a. a. O. S. 165; E. Gutenberg, Bd. II S. 198 Abb. 9 ff., aber allgemeinere Form S. 196 Abb. 7; E. Schneider, *Einführung in die Wirtschaftstheorie*, Teil II, 8. Aufl. Tübingen 1963, S. 135, allgemeinere Form S. 131.

Zweitens wäre zu entscheiden, welcher *Kostenverlauf* als typisch angenommen werden soll. Beschränkt man sich auf die Kosteneinflüsse der Freizeichnungsklauseln, so ist der Kostencharakter der Reklamationen, Retouren und Regresse zu ermitteln, die durch solche Klauseln vermieden werden.

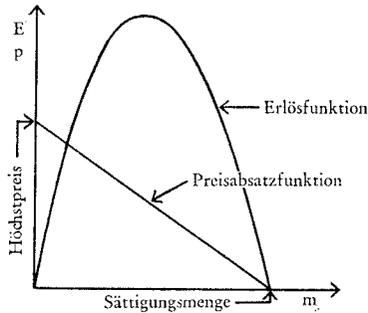


Abb. 4

Man kann dabei zwei Faktoren unterscheiden:

- (a) die Häufigkeit derartiger Haftungsfälle und
- (b) den Umfang der jeweils auftretenden Schäden.

Nimmt man an, daß der Umfang sich in der Regel innerhalb einer begrenzten Bandbreite bewegt, so läßt sich innerhalb des Bandes als gewogenes arithmetisches Mittel ein Durchschnittsschaden errechnen. Kann man danach für jeden Haftungsfall die gleiche Schadenshöhe annehmen, so hängt der Kostencharakter nur noch von den Veränderungen der Häufigkeit ab, nämlich davon, ob die Reklamationen usw. mit steigendem Absatz prozentual gleichbleiben oder zunehmen. Es ist anzunehmen, daß sich bei Normalbeschäftigung diese Kosten proportional zur Ausbringungsmenge verhalten, von einem bestimmten Punkt an — nahe der technischen Maximalkapazität — jedoch progressiv steigen. Denn bei Voll- oder (kurzfristiger) Überbeschäftigung wird wahrscheinlich nicht mehr mit der gleichen Sorgfalt gearbeitet wie in der Normalbeschäftigung. Für die weitere Betrachtung empfiehlt sich jedoch die Ausschaltung der Extremsituationen.

Nun enthalten aber die Gesamtkosten des Betriebes noch andere Bestandteile, darunter auch fixe. Addiert man die proportionalen Kosten zu den fixen, so ergeben sich lineare Gesamtkosten, die allerdings nicht mehr durch den Nullpunkt verlaufen. Unterstellt man weiterhin, daß die übrigen Kostentypen den Gesamtkostencharakter nicht so beeinflussen, daß die Linearität verlorenght⁴¹⁾, so ergibt sich folgendes Bild⁴²⁾ (Abb. 5):

⁴¹⁾ E. Gutenberg vertritt die Ansicht, daß linear verlaufende Gesamtkosten für den Produktionssektor eines industriellen Betriebes repräsentativ sind, vgl. E. Gutenberg, Über den Verlauf von Kostenkurven und seine Begründung, in: ZfhF N. F. 5. Jg. (1953) S. 1 ff. (Ergebnis S. 35) und Grundlagen, Bd. I, S. 278 ff.

⁴²⁾ Vgl. hierzu Gutenberg, Bd. I S. 249.

Kombiniert man nun die linear verlaufenden Gesamtkosten mit der Gesamterlöskurve, so schneidet die Kostengerade den Gewinnbereich ab, denn die Differenz zwischen Erlös und Gesamtkosten ist ex definitione der Gesamtgewinn. Unterstellt, das Unternehmen strebe nach einem maximalen Ge-

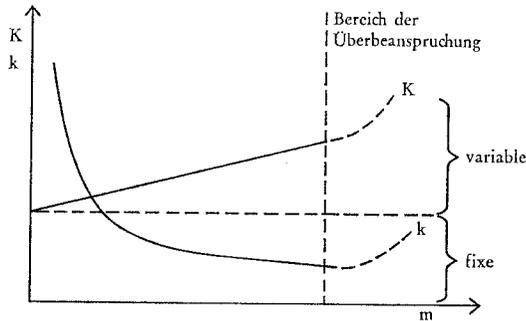


Abb. 5

samtgewinn, so wird es den Punkt zu erreichen suchen, wo dieser Bereich am breitesten ist. Er liegt bei der Ausbringungsmenge, bei der das Steigungsmaß der Erlöskurve gleich dem Steigungsmaß der Kostenkurve ist, also dort, wo die Tangente an die Erlöskurve parallel zur Kostengerade verläuft.

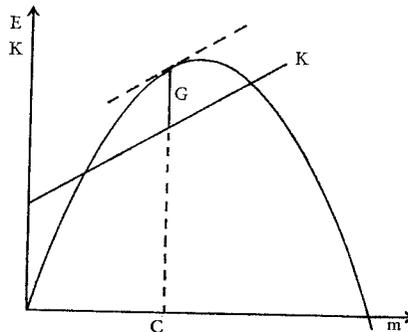


Abb. 6

Die Höhe des Preises an dieser Stelle lässt sich mit Hilfe der Preisabsatzfunktion darstellen, wenn man sie mit einer Aufzeichnung der Grenzkostenkurve⁴³⁾ ($K' =$ Steigungsmaß, d. h. erste Ableitung der Kostenkurve)

⁴³⁾ Die Grenzkosten sind der Betrag, um den sich bei Ausbringung einer (exakt: infinitesimal kleinen) zusätzlichen Mengeneinheit die Gesamtkosten verändern. — Entsprechend die Definition der Grenzerlöse.

und der Grenzerlöskurve ($E' =$ Steigungsmaß, d. h. erste Ableitung der Erlöskurve) kombiniert. Der Schnittpunkt letzterer beiden Kurven gibt die Ausbringungsmenge an, bei der sich nach den gegebenen Marktverhältnissen der maximale Gesamtgewinn erzielen läßt. Die y-Koordinate, d. h. der zugehörige Preis, läßt sich an der Preisabsatzfunktion ($C =$ Cournotscher Punkt⁴⁴).

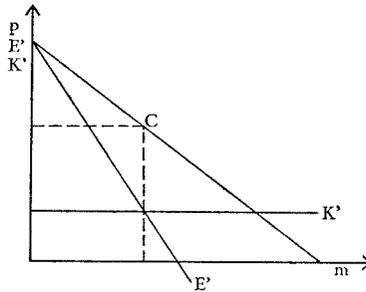
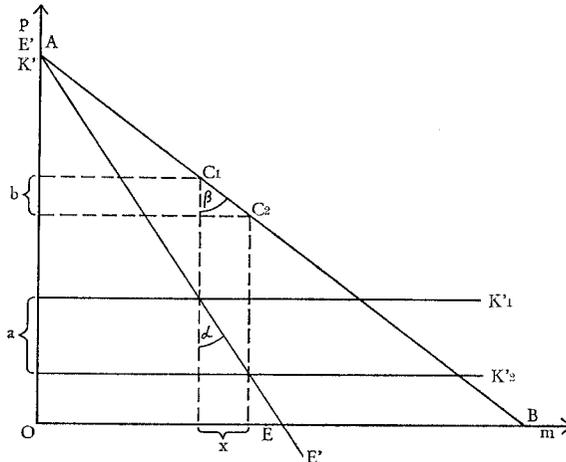


Abb. 7

Werden nun die Gewährleistungskosten usw. aus den Gesamtkosten herausgenommen, so verläuft die Gesamtkostenkurve (in Abb. 6) weniger steil.



- a = Senkung der Grenzkosten
 b = Preissenkung
 x = Absatzsteigerung

Abb. 8

⁴⁴) Sogenannt nach A. Cournot, *Recherches sur les principes de la théorie des richesses*, Paris 1838, Übersetzung: W. G. Waffenschmidt, Jena 1924, V. Kapitel.

Das bedeutet, daß sich die Grenzkosten vermindern und sich der Cournotsche Punkt verlagert (siehe Abb. 8). Es ist also durchaus richtig, daß die AGB einen Einfluß auf den Preis haben können. Fraglich bleibt nur, wie stark dieser Einfluß ist. In dem hier konstruierten Ausgangsfall läßt sich die Preissenkung exakt errechnen.

$$(1) \operatorname{tg} \beta = \frac{x}{b}$$

$$(2) \operatorname{tg} \alpha = \frac{x}{a}$$

$$(3) \operatorname{tg} \beta = 2 \cdot \operatorname{tg} \alpha$$

denn $\sphericalangle \beta$ ist identisch mit $\sphericalangle OAB$,

$\sphericalangle \alpha$ ist identisch mit $\sphericalangle OAE$.

Ferner: $OB = 2 \cdot OE$.

Die Gegenkathete des $\sphericalangle \alpha$ ist also gleich der halben Gegenkathete des $\sphericalangle \beta$. Die Ankathete OA haben beide Winkel aber gemeinsam. Daher:

$$\operatorname{tg} \alpha = \frac{\operatorname{tg} \beta}{2}$$

(1) und (2) in (3) eingesetzt, ergeben:

$$(4) \frac{x}{b} = 2 \cdot \frac{x}{a}$$

$$(5) b = \frac{a}{2}$$

Die Kostensenkung wird also keineswegs vollständig weitergegeben, sondern kommt dem Kunden nur zu 50 Prozent im Stückpreis zugute⁴⁵⁾

3. Modifizierung der Prämissen

Im Ausgangsfall waren bestimmte Kurvenverläufe und ein Gewinnmaximierungstreben (erwerbswirtschaftliches Prinzip) unterstellt worden. Werden diese Prämissen verändert, so ergibt sich auch eine andere Überwälzungsquote.

a) Anderer Verlauf der Nachfragekurve

Alle Variationsmöglichkeiten, die sich hinsichtlich der Form der Preisabsatzfunktion denken lassen, sollen hier nicht durchgespielt werden⁴⁶⁾. Solange die Nachfragekurve eine lineare Form hat, ist die Überwälzungsquote unabhängig von ihrem Steigungsmaß. Hat die Nachfragekurve jedoch einen

⁴⁵⁾ So auch J. Robinson, *The Economics of Imperfect Competition*, London 1950 (1. Aufl. 1933) S. 77.

⁴⁶⁾ Vgl. dazu Robinson, a. a. O. S. 79 ff.

gekrümmten Verlauf, z. B. eine — von oben gesehen — konkave Form, so liegt die Überwälzungsquote höher als 50 Prozent, vgl. Abb. 9. Bei einem konvexen Verlauf ist die Reaktion entsprechend umgekehrt. Der monopolistische Bereich einer polypolistischen Preisabsatzfunktion kann sich aus beiden Kurvenformen zusammensetzen. Für die konkrete Überwälzungsquote käme es darauf an, in welchem Abschnitt sich die Veränderung des gewinnmaximalen Punktes vollzieht und ob dabei der Wendepunkt überschritten wird.

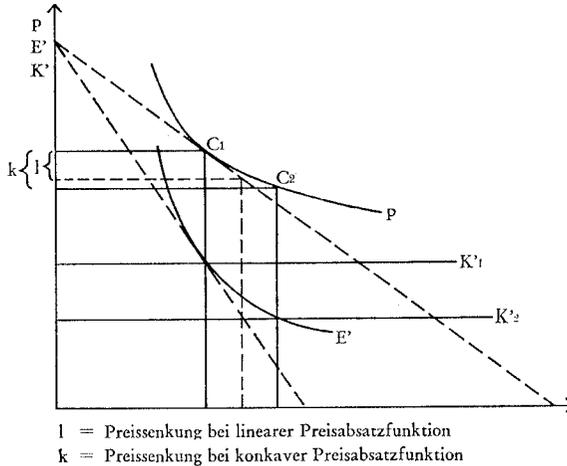


Abb. 9

b) Anderer Verlauf der Kostenkurven

Variationen in der Form der Kostenkurven (geradlinig oder gebogen) haben einen ähnlichen Effekt. Hier sollen jedoch weiterhin lineare Kostenverläufe unterstellt werden. Einer Modifikation bedarf jedoch die Annahme, daß die ersparten Kosten überhaupt einen variablen Charakter haben. Die Analyse ändert sich grundlegend, sollte es sich um Fixkosten handeln. Im Gegensatz zu einer Veränderung variabler Kosten beeinflusst eine Erhöhung oder Senkung der Fixkosten den Cournotschen Punkt *nicht* ⁴⁷⁾. Vgl. Abb. 10 a und b.

Die Kostenbewegung wird also nicht nur zu 50 Prozent, sondern restlos in der Gewinnspanne aufgefangen. Der Gewinn vergrößert oder verkleinert sich, die Mengen-Preis-Kombination, bei der er sein Maximum erreicht, bleibt jedoch an derselben Stelle. Es verändert sich das maximum maximum, nicht aber das maximum in casu.

Diese Variation der Prämissen wird dadurch besonders wichtig, daß sehr viele an sich proportionale Wagniskosten durch eine pauschale Versiche-

⁴⁷⁾ Vgl. K r e l l e, a. a. O. S. 374; G u t e n b e r g, Bd. II S. 202.

rungsprämie in fixe Kosten transformiert werden können. Erspart man sich durch Risikoabwälzung diese pauschalen Versicherungsprämien, so senken sich nur die Fixkosten des Betriebes. Es vergrößert sich der Gewinn, aber sein Maximum bleibt an der gleichen Stelle. Die landläufige Meinung, daß die Kostensenkung auf Grund der AGB-Ausgestaltung *voll* im Preis wei-

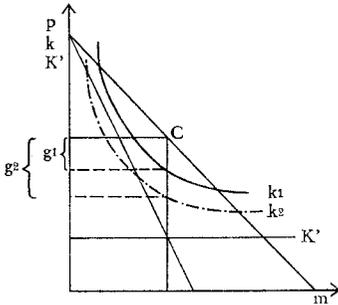


Abb. 10 a,

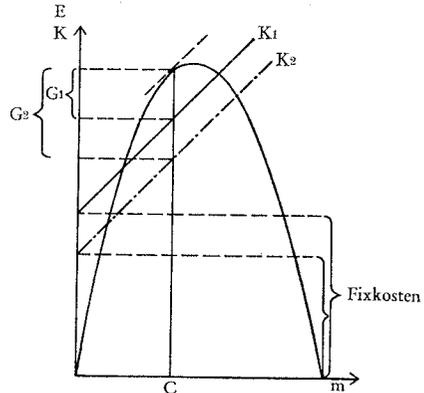


Abb. 10 b

tergegeben werde, müßte danach unverständlich sein. Sie dürfte sich jedoch dadurch erklären, daß man allgemein eine andere Maxime wirtschaftlichen Handelns unterstellt.

c) Andere Maxime wirtschaftlichen Handelns

Bei der Analyse des Ausgangsfalles war angenommen worden, das Unternehmen verfolge das erwerbswirtschaftliche Prinzip (= Gewinnmaximierung). Der Vorstellung der Kautelarjuristen entspricht aber eher das Kostendeckungsprinzip. Der rein technische Vorgang der Preiskalkulation dürfte diese Autoren zu der Annahme veranlaßt haben, in der Wirtschaft werde nach Selbstkosten kalkuliert. („Produktionskostendenken“, „LSÖ-Denken“)⁴⁸⁾. Tatsächlich orientiert sich die Praxis aus mancherlei Gründen⁴⁹⁾ in ihrer Preispolitik vorwiegend an den Durchschnittskosten⁵⁰⁾. Die vorherrschende Kalkulationstechnik ist die Zuschlagskalkulation, bei der die Gemeinkosten auf die Produkte (Kostenträger) verteilt werden, indem nach

⁴⁸⁾ Vgl. z. B. die Schilderung des „betriebswirtschaftlichen Preisbegriffs“ bei W. Giesler, *Konditionskartelle und ihre Abgrenzung zu Preisen und Preisbestandteilen*, Köln — Berlin — Bonn — München 1963, S. 24 f.

⁴⁹⁾ Z. B. Einfachheit der Kalkulation, Erleichterung stillschweigender Übereinkünfte über die Gewinnaufschläge und Vermeidung von Preiskämpfen, vgl. J. F. D u e und R. W. C l o w e r, *Intermediate Economic Analyses*, 4th ed., Homewood, Illinois, 1961, S. 268.

⁵⁰⁾ Vgl. A n g e r m a n n, a. a. O. S. 80.

bestimmten Schlüsseln Zuschläge zu den direkt zurechenbaren (Einzel-)Kosten gemacht werden. Auch der „Gewinn“ wird auf diese Weise zugeschlagen. Es kann dann leicht übersehen werden, daß dieser Gewinn, soweit er den Unternehmerlohn übersteigt, nicht mehr zu den Selbstkosten rechnet und daß er im Grunde doch an den Möglichkeiten orientiert ist, welche die Marktsituation bietet.

Betriebe, die tatsächlich nach dem Kostendeckungsprinzip arbeiten, finden sich im Bereich der öffentlichen Wirtschaft⁵¹⁾ und im Genossenschaftswesen. Letztere verhalten sich nach der Marktseite hin jedoch erwerbswirtschaftlich. Die im Verhältnis zu ihren Genossen verwandten Geschäftsbedingungen enthalten kaum Risikoabwälzungen⁵²⁾. In der Privatwirtschaft könnte man von Kostendeckung wohl nur in den Fällen sprechen, in denen die Unternehmen bei Lieferungen an die öffentliche Hand nach LSP kalkulieren müssen. Jedoch ist auch dort bei genauerem Hinsehen der „Kostenpreis“ eine Illusion⁵³⁾.

Ein Unternehmen, das lediglich nach Kostendeckung strebt, wird seine Preise auf die Höhe der Durchschnittskosten, d. h. der vollen Stückkosten incl. eines angemessenen Unternehmerlohns setzen (Selbstkostenpreis); und zwar wird es, wenn die Preise, wie unterstellt, durch eine Preisabsatzfunktion gegeben sind, die Ausbringungsmenge wählen, bei der im Preis gerade noch die Stückkosten vergütet werden (Produktionsmaximum)⁵⁴⁾.

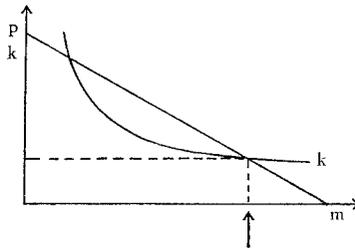


Abb. 11

In diesem Fall wird eine Veränderung der variablen wie auch der fixen Kosten voll weitergegeben. Die Preissenkung kann sogar die primäre Kostensenkung übertreffen, da bei erhöhter Aufbringungsmenge eine bessere Ausnutzung der Fixkosten (Beschäftigungsdegression) und somit eine sekundäre

⁵¹⁾ Siehe dazu auch Beispiel 2.

⁵²⁾ Vgl. z. B. die Milchlieferungsordnung (= AEB) der Raiffeisen-Molkereigenossenschaften.

⁵³⁾ Vgl. H. Diederich, Der Kostenpreis bei öffentlichen Aufträgen, Heidelberg 1961, S. 36/37.

⁵⁴⁾ Vgl. Gutenberg, Bd. II S. 345.

Stückkostensparnis erreicht wird⁵⁵⁾. — Vgl. Abb. 12 — Die Kalkulation mit pauschalen Gewinnzuschlägen auf der Basis der Durchschnittskosten, wie sie in der Praxis geübt wird, kann kurzzeitig zu ähnlichen Ergebnissen führen.

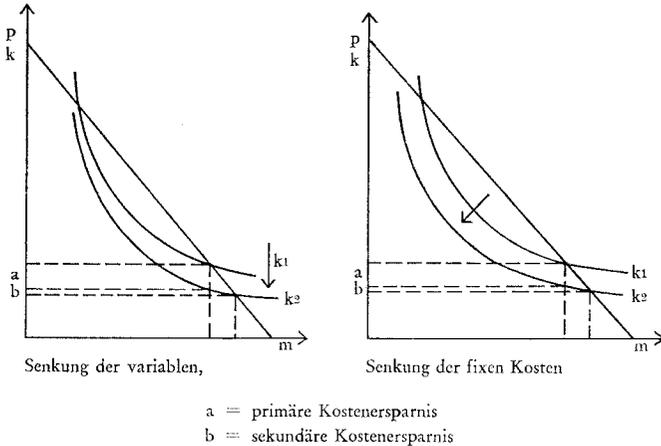


Abb. 12 a

Abb. 12 b

d) Totalanalyse

Bisher war nur untersucht worden, wie sich die Freizeichnungsklauseln kurzfristig auf ein Einzelunternehmen auswirken (Partialanalyse)⁵⁶⁾. Letztlich wäre aber entscheidend, was geschehen würde, wenn einer ganzen Branche die Verwendung bestimmter Freizeichnungsklauseln untersagt würde. Würden nicht sämtliche Unternehmen die Preise im vollen Ausmaß der ihnen aufgezwungenen Wagniskosten erhöhen?

Bei einer solchen Betrachtung werden die Rückwirkungen beachtet, die von dem Verhalten der anderen Branchenmitglieder auf das einzelne Unternehmen ausgehen. Wenn alle Unternehmen der Branche ihren Cournotschen Punkt korrigieren, könnten sich *pari passu* die betriebsindividuellen Nachfragefunktionen verändern. Es ist zu erwarten, daß sie sich auf ein höheres Niveau verschieben⁵⁷⁾. Die Veränderung vollzieht sich wahrscheinlich in jedem einzelnen Fall als Parallel-Verschiebung entlang einer Gleitkurve, welche die gleiche Neigung hat wie der monopolistische Bereich der betriebs-

⁵⁵⁾ Das Ausmaß hängt jedoch vom Elastizitätsgrad der Stückkostenkurve in dem Intervall ab, in dem die Mengenänderung vorgenommen wird.

⁵⁶⁾ Während bei der Untersuchung der Monopolpreisbildung Partial- und Totalanalyse zusammenfallen, ist bei der atomistisch-unvollständigen Konkurrenz die Identität von betriebsindividuellem Gleichgewicht und Marktgleichgewicht nicht mehr *ex definitione* gegeben.

⁵⁷⁾ Vgl. Robinson, a. a. O. S. 82.

individuellen Preisabsatzfunktionen, so daß die Form der Nachfragekurve in sich unverändert bleibt⁵⁸⁾. Auch wird nach Abschluß des Prozesses die Lage der Preisabsatzfunktionen der einzelnen Anbieter zueinander wieder die gleiche sein, so daß die Preisrelationen innerhalb der Gruppe unverändert bleiben; denn die Verschiebung wird sich nach der Verschiebung des Durchschnittspreises der Branche ausrichten⁵⁹⁾, und zwar derart, daß die oberen und unteren Grenzpunkte der individuellen monopolistischen Bereiche die Tendenz zeigen, ihre relative Lage zu diesem Durchschnittspreis beizubehalten.

Hier stellt sich die Frage nach dem Ausmaß der Veränderung. Wird die Verschiebung des Durchschnittspreises („Marktpreis“, *K r e l l e*) größer sein als die vorher in der Partialanalyse gefundene Erhöhung des *C o u r n o t s c h e n* Punktes? — Über das Ausmaß der Durchschnittspreiserhöhung lassen sich nur schwer Aussagen machen⁶⁰⁾, da die einzelnen Gruppenmitglieder unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen können (Gewinnmaximierung, Kostendeckung, limitierte Gewinnerzielung). Unterstellt man die Zielsetzung der Gewinnmaximierung bei allen Unternehmen, so dürfte der Durchschnittspreis auf längere Sicht dem branchengemeinsamen *C o u r n o t s c h e n* Punkt entsprechen. Dieser ließe sich für eine branchengemeinsame Preisabsatzfunktion nach dem gleichen Kriterium (Grenzkosten = Grenzerlös) ermitteln wie bei den individuellen Kurven. Das Ausmaß seiner Verlagerung würde abhängen von der Form der gemeinsamen Nachfragefunktion und dem Verlauf der in dieser Totalbetrachtung relevanten Kostenfunktion.

Die Ermittlung der gemeinsamen Preisabsatzfunktion stellt ein Aggregationsproblem dar. Als Funktion zwischen der (variablen) Ausbringungsmenge der gesamten Branche und dem jeweils zugehörigen Durchschnittspreis dürfte die Funktion nach dem gleichen Formprinzip gebaut sein wie die individuellen Funktionen, also ebenfalls zwei Konkurrenzbereiche (Konkurrenz zu anderen Branchen) und ein autonomes Mittelstück enthalten.

Die Form des autonomen Kurvenabschnitts dürfte den monopolistischen Bereichen der individuellen Preisabsatzfunktionen entsprechen, denn die Neigung der Kurvenstücke wird wesentlich durch die Dringlichkeit der Nachfrage bestimmt, die für das betreffende Produkt in der ganzen Branche die gleiche ist. Der autonome Bereich der Gesamtnachfragefunktion veranschaulicht genau wie der entsprechende Bereich der Einzelnachfragefunktion die Gewinnung latenten Bedarfs durch Preispolitik. Somit ist — zumindest solange das Mittelstück einen linearen Verlauf hat — beim Übergang zur Totalbetrachtung von Seiten der Preisabsatzfunktion her keine Veränderung der Überwälzungsquote zu erwarten.

Das gleiche gilt aber auch von der Kostenseite her. Unterstellt, alle Mitglieder der Gruppe hätten die gleiche Kostenstruktur, so wird bei der Be-

⁵⁸⁾ Vgl. *G u t e n b e r g*, Bd. II S. 286 ff.

⁵⁹⁾ Vgl. *K r e l l e*, a. a. O. S. 379 ff.; *G u t e n b e r g*, Bd. II S. 248 und 286.

⁶⁰⁾ Vgl. *O. v. M e r i n g*, Steuerüberwälzung, in: *HDSW* Bd. 10 Tz. III, 3.

stimmung des branchengemeinsamen Cournotschen Punktes von der für alle gleichen Grenzkostenkurve ausgegangen. Eine Änderung der Rechtsprechung wird sich darin überall im gleichen Ausmaß niederschlagen und der gemeinsame Cournotsche Punkt wird sich im gleichen Maße verschieben wie jeder individuelle.

Haben die einzelnen Gruppenmitglieder dagegen unterschiedliche Kostenstrukturen, so könnte man für eine langfristige Analyse auf die Kostenfunktion des kostengünstigsten Anbieters abstellen, da der Zwang zur Rationalisierung in absehbarer Zeit auch bei den anderen Unternehmen diese Kostenstruktur durchsetzen würde. Kostengünstigstes Mitglied ist in diesem Fall dasjenige Unternehmen, in dessen Kostenverläufen sich die geänderte Rechtsprechung am wenigsten bemerkbar macht. Allerdings dürfte die Vermeidung von Gewährleistungskosten hinter anderen Rationalisierungsgesichtspunkten zurückstehen, so daß die Kostenstrukturen hinsichtlich der Haftungswagnisse dennoch unterschiedlich bleiben könnten. Daher steht man auch auf der Kostenseite vor einem Aggregationsproblem. Man müßte für die Branche den repräsentativen Kostenverlauf ermitteln. Sollte dabei die Grenzkostenkurve eine andere Form annehmen, z. B. eine u-förmige, so würde die Überwälzungsquote für den Branchen-Cournotschen Punkt eine andere sein, als die für den individuellen Cournotschen Punkt im Ausgangsfall.

Nach der Verlagerung des gemeinsamen Cournotschen Punktes bemißt sich jedoch nur die Verlagerung der oberen und unteren Grenzpunkte auf den individuellen Preisabsatzfunktionen, nicht dagegen die der individuellen Cournotschen Punkte selbst. Daher kann festgestellt werden, daß der durch die Korrektur aller Cournotschen Punkte eingeleitete Anpassungsprozeß in der Branche zwar je nach Situation zu einer unterschiedlich starken Verschiebung der individuellen Nachfragekurven führt, nicht aber zu einer Veränderung der individuellen Überwälzungsquote. Die Verlagerung der individuellen Cournotschen Punkte, von welcher der Prozeß ausgeht, wird von der Anpassung der Nachfragefunktionen nicht mehr beeinflusst⁶¹⁾. Das Ergebnis unterscheidet sich von der Ausgangssituation allenfalls durch eine andere relative Lage der individuellen Cournotschen Punkte zu den Grenzpunkten der monopolistischen Bereiche. Der

⁶¹⁾ Entgegen einer anders lautenden Vermutung von J. Robinson, a. a. O. S. 82, und ebenfalls entgegen dem Ergebnis der Analyse bei J. F. Due, *Monopolistic Competition and the Incidence of Special Sales Taxes*, in: *Readings in the Economics of Taxation*, London 1959, S. 340 ff. (352--354). Eine genaue Untersuchung vorbehalten, darf folgende Vermutung geäußert werden: Die Analyse von Due könnte für Firmen zutreffen, die ihr Gewinnmaximum im unteren Konkurrenzbereich der polypolitischen Preisabsatzfunktion verwirklicht haben, einem seltenen Sonderfall. Die AR-Kurve bei Due (s. insbes. figure 3) dürfte eine Zusammenziehung der Konkurrenzbereiche der polypolitischen Preisabsatzfunktion darstellen, während seine DD-Kurve (s. Note 2 auf S. 343 a. a. O.) als die Gutenberg'sche Gleitkurve verstanden werden kann, die auf einem Teilstück mit dem reaktionsfreien Bereich identisch ist.

einzig bemerkenswerte Effekt dieses Anpassungsprozesses für das Einzelunternehmen wäre die Tatsache, daß durch die Verschiebung der Preisabsatzfunktionen eine Überschreitung des ursprünglich bestehenden oberen Grenzpunktes möglich würde, ohne daß Kunden zu den Konkurrenten abwanderten, wenn eine derart erhebliche Preiserhöhung überhaupt notwendig werden sollte.

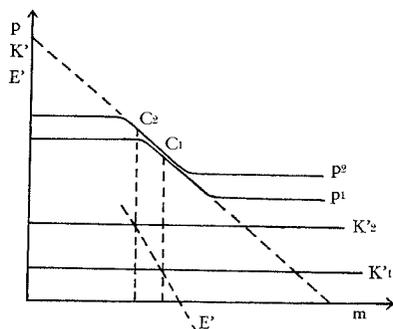


Abb. 13

Praktische Erfahrung mit sog. Preiswellen, bei denen innerhalb einer Branche eine Kostenerhöhung anscheinend voll überwältzt wird, sprechen nicht gegen diese Ergebnisse. Denn einmal orientiert sich die Praxis statt an den Grenzkosten noch überwiegend an den Durchschnittskosten. Es steht jedem frei, auf sein Gewinnmaximum aus kalkulations-technischen Gründen zu verzichten. Zum anderen können die Hinweise auf Kostensteigerungen auch nur Scheinbegründungen für eine Anpassung an veränderte Nachfrage-niveaus sein, die aus verstärkten Bedürfnissen oder Geldwertschwankungen resultieren.

4. Herabsetzung des Abstraktionsgrades

Schon diese Modell-Analysen haben die unterschiedlichen Auswirkungen gezeigt, die AGB auf den Preis der Waren und Leistungen haben können. Noch schwieriger werden die Zusammenhänge, wenn man die Ergebnisse der Theorie in der Praxis zu verifizieren sucht. Zu diesem Zweck wäre der Abstraktionsgrad der Modelle noch weiter herabzusetzen, d. h. die Prämissen wären in Richtung auf eine größere Wirklichkeitstreue weiter zu modifizieren. Gegenüber der Betrachtung einer Ein-Produkt-Unternehmung wäre die Preispolitik eines Mehr-Produkt-Unternehmens zu analysieren; statt einer Preistheorie, die von sicherer Kenntnis der Nachfrage- und Kostenfunktionen ausgeht, wäre eine Theorie aufzubauen, die Entscheidungen unter Ungewißheit annimmt; statt einer stationären Betriebswirtschaft wäre ein wachsendes Unternehmen zu untersuchen. Hier gelangt die Analyse an die Grenzen der bisherigen Erkenntnisse. Die folgende Betrachtung muß sich

daher auf eine Falsifikation und eine Lokalisierung der faktisch-falschen Elemente beschränken.

(1) Da ist erstens darauf hinzuweisen, daß die Wirtschaftspraxis das Denken in Grenzkosten und Grenzerlösen noch kaum gelernt hat⁶²⁾ Eine direkt am Cournotschen Punkt orientierte Preispolitik ist bei der Mehrzahl der Unternehmen noch nicht üblich, scheitert wohl auch an der mangelhaften Kenntnis der eigenen Preisabsatz- und Kostenfunktionen. Die Durchschnittskostenkalkulation würde allerdings die Vorstellung einer 100prozentigen Weitergabe der Kostenersparnis rechtfertigen. Jedoch verwischt sich bei der Kalkulation mit pauschalen Gewinnzuschlägen jede generelle Aussage über den Kosteneinfluß, da die Zuschlagssätze sehr unterschiedlich sein können und bei Absatzveränderungen keineswegs konstant bleiben müssen, — hängen sie doch von der Vorstellung des Unternehmers über die Angemessenheit des Gewinnes ab. Auch wird sich der Cournotsche Punkt wahrscheinlich mit der Zeit auf Grund der Markterfahrungen nach einer Art Versuch- und Irrtum-Methode bei den meisten Anbietern doch einspielen. Schließlich wird eine Übersteigerung der Überwälzungsquote zwar bei einer Preiserhöhung verständlich sein, bei einer Preissenkung jedoch weniger leicht vorkommen.

(2) Die Realisierung des Cournotschen Punkts bedeutet für einen monopolistischen Anbieter kurzfristige Gewinnmaximierung. Es kommt jedoch vor, daß ein Unternehmen die langfristige Gewinnmaximierung für wichtiger hält und vorsichtigerweise von seinem Cournotschen Punkt nach unten abweicht, weil es fürchtet, die Höhe der Preise würde die öffentliche Meinung oder die Kartellbehörde mobilisieren oder andere Unternehmen verlocken, in die offenbar lukrative Branche „einzusteigen“. Wie dieser „limit-price“ (J. S. Bain)⁶³⁾ von den Freizeichnungsklauseln der AGB beeinflußt wird, ist nicht feststellbar⁶⁴⁾.

(3) Theoretisch zwar noch vorhanden⁶⁵⁾, praktisch aber kaum noch festzustellen ist der Preiseinfluß der Klauseln ferner dann, wenn das Unternehmen die Politik monopolistischer Preisdifferenzierung betreibt, indem es auf räumlich, zeitlich, sachlich (z. B. andere Verpackung) oder personell (andere Kundenschichten) verschiedenen Märkten zu unterschiedlichen Preisen anbietet, um auch die Kaufkraft solcher Käuferschichten auszunutzen, die bereit sind, einen höheren Preis zu zahlen oder — vice versa — um auch solche Schichten zu erfassen, die nicht in der Lage sind, den hohen Preis zu akzeptieren.

(4) Ferner verschwindet der Kausalzusammenhang zwischen Haftungskosten und Preis bei der sog. Kompensationskalkulation (Kalkulation nach dem Tragfähigkeitsprinzip), bei der aus der hohen Gewinnmarge eines Pro-

⁶²⁾ Vgl. Angermann, a. a. O., S. 80.

⁶³⁾ Vgl. Gutenberg, Bd. II S. 197.

⁶⁴⁾ S. auch Beispiel 3 (unten S. 70).

⁶⁵⁾ Vgl. Gutenberg, Bd. II S. 332 ff.

dukts ein anderes Produkt desselben Unternehmens subventioniert wird. Ein Kaufhaus verwendet z. B. Gewinne aus preisgebundenen Markenartikeln zur spektakulären Verbilligung frei kalkulierbarer Waren⁶⁶⁾.

(5) Ob die ersparten Haftungskosten überhaupt spürbar werden, hängt schon sehr von der Kalkulationsmethode ab. Wesentliche Teile der durch AGB ersparten Kosten sind Gemeinkosten, die den einzelnen Leistungen (Kostenträgern) nie direkt, sondern nur auf dem Umweg über die Kostenstellen angelastet werden können und die sich noch dazu über die verschiedensten Bereiche verteilen, so daß sie nicht einmal als einheitlicher Komplex erfaßt werden. Für die Umlegung derartiger Kosten müssen Verteilungsschlüssel verwendet werden, deren Wahl eines der Hauptprobleme jeder Kostenrechnung ist. Sie stellen Maßgrößen dar, mit deren Hilfe die zu verteilenden Kosten zu anderen direkt zurechenbaren Größen (Zuschlagsgrundlage) ins Verhältnis gesetzt werden. Die Zuschlagsgrundlage soll so gewählt werden, daß sich die umzulegende Gemeinkostenart in ihren Bewegungen proportional dazu verhält. Um die Kostenrechnung nicht allzusehr zu komplizieren, wird man für die hier in Frage stehenden Haftungs- und Gewährleistungskosten wohl kaum gesonderte Zuschlagsgrundlagen wählen. Eine bewußte Reaktion auf die Erhöhung oder Senkung dieser Wagniskosten ist daher nur in Ausnahmefällen zu erwarten.

(6) Am Rande sei noch auf die selbstverständliche Tatsache hingewiesen, daß andere, exogen bedingte Preisbewegungen die Unterschiede einer Kalkulation mit und ohne Haftungsansprüche völlig überdecken können. Bei konjunkturellem Nachfragerückgang, bei Veränderungen in der Bedarfsstruktur, bei Preisverfall in einer übersetzten Branche oder bei oligopolistischen Machtkämpfen schließe die Durchsetzung allgemeiner Geschäftsbedingungen kaum noch zu Buche. Die Nichtigkeit bestimmter Klauseln andererseits würde gegenüber Steigerungen bei anderen Kostenarten, z. B. Lohnkosten, bedeutungslos werden.

5. Juristische Folgerungen

Die theoretische Betrachtung hat gezeigt, daß die Preiseinflüsse allgemeiner Geschäftsbedingungen außerordentlich unterschiedlich sein können. Welcher der möglichen Fälle tatsächlich vorliegt, wird sich praktisch nie mit Sicherheit ermitteln lassen. Die Preiseinflüsse der Klauseln werden außerdem durch andere Faktoren überdeckt. Der Kausalzusammenhang zwischen Freizeichnungsklauseln und Preissenkungen läßt sich daher nicht nachweisen⁶⁷⁾.

Bei einer derart unterschiedlichen und undurchsichtigen Sachlage kann nicht *generell* angenommen werden, daß die behauptete Preissenkung eine Kompensation für die erlittenen Nachteile bietet.

Wo jede Kalkulation aufhört, kann man weder mit noch gegen Treu und Glauben kalkulieren. Im *Einzelfall* kann das Argument nur anerkannt wer-

⁶⁶⁾ S. dazu auch Beispiel 4 (unten S. 71).

⁶⁷⁾ Auch nach v. B r u n n (Form. VertrB, S. 36) liegen in diesem Zusammenhang „regelmäßig keine Erfahrungen“ vor.

den, wenn ausnahmsweise der Kausalzusammenhang klar ersichtlich ist, weil etwa zwei Preise zur Wahl gestellt werden, ein höherer mit und ein niedrigerer ohne Service und Haftung⁶⁸). Allerdings wäre darauf zu achten, ob diese Wahlmöglichkeit nicht nur ein Vorwand für eine Preisdifferenzierung ist.

III. Einige Beispielfälle

1. Speditionsgewerbe

Neben dem Versicherungs- und dem Bankgewerbe war das Transportgewerbe das klassische Feld der AGB. Für die Rechtsprechung stand neben dem Rollfuhr-, Lager- und Binnenschiffahrtsgeschäft besonders das Speditionsgewerbe im Blickfeld. Das RG entschied regelmäßig, daß Freizeichnungsklauseln in allgemeinen Spediteurbedingungen gültig seien, wenn dem Auftraggeber eine Versicherung der betreffenden Schäden angeboten werde⁶⁹). Anfang der zwanziger Jahre finden sich allerdings einige Entscheidungen, die eine Versicherungsmöglichkeit als Äquivalent nicht gelten ließen⁷⁰). Nach Einführung der Speditionsversicherung (1927) hat die Rechtsprechung die Freizeichnungsklauseln aber immer wieder anerkannt, soweit es überhaupt noch zu Prozessen kam⁷¹).

Dem Vorwurf, daß auf diese Weise der Auftraggeber zahle, damit der Spediteur für seine Fehler nicht einzustehen brauche, wurde entgegengehalten, daß auch dann, wenn der Spediteur Versicherungsnehmer sei, die Prämien dieser Transport-, Lager-, Haftpflicht- o. ä. Versicherung auf den Versender überwältzt würden. Dem Auftraggeber entgehe dann aber der Vorteil einer vereinfachten, unmittelbaren Beziehung zu der Versicherung und er könne nie sicher sein, ob der Spediteur auch eine ausreichende Versicherung abgeschlossen habe⁷²).

Bei der wirtschaftstheoretischen Überprüfung dieser Umwälzungsargumente können zunächst die reinen Transportleistungen und die zugehörige Transportversicherung ausgeschieden werden, da für diese Tätigkeit, soweit sie den Güterfernverkehr betrifft, keine freie Preisbildung besteht⁷³) und

⁶⁸) So dürfte z. B. § 51 c ADSp. ein Versuch sein, sich durch eine solche Wahlmöglichkeit zu rechtfertigen.

⁶⁹) Vgl. RGZ 20, 115 (117); 99, 107 (111).

⁷⁰) Vgl. RGZ 103, 82 (84); 106, 386 (388).

⁷¹) Vgl. KG in MDR 1950 S. 286; OLG München in NJW 1955, S. 1319 (1320); BGHZ 2, 1 (3).

⁷²) Vgl. hierzu G. S c h w a r t z, Verladende Wirtschaft und Speditionsversicherung, in: ZHR, Bd. 125 (1963) S. 251.

⁷³) Vgl. §§ 20 II und 22 GüKG, § 9 KVO, § 15 VO TS 4/61 über den Tarif für den Möbelverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 21. 7. 1961 (BAnz. Nr. 145). Für den Nahverkehr gilt gem. §§ 84 I/20 II GüKG der GNT (VO TS 11/58 über einen Tarif für den Güternahverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 29. 12. 1958 [BAnz. 1959 Nr. 1]), der zwischen Höchst- und Mindestgebühren Richtsätze aufstellt.

für diesen Teil der Speditionstätigkeit Haftungsausschlüsse und Haftungsbeschränkungen verboten sind⁷⁴). Hinsichtlich der freien Entgeltbestandteile läßt sich folgendes feststellen:

Die Marktstruktur dieser Branche entspricht weitgehend der Marktform des Polypols oder eines schwachen Oligopols. Die Preisabsatzfunktion dürfte also die im Vorangehenden unterstellte Form haben. Die Prämien einer Speditionsfehlerversicherung nach dem SVS sind bis zu einer Werthöhe von 2 500 DM unabhängig vom Wert, vom Gewicht, von der Art und der Entfernung der Beförderung. Das gleiche gilt innerhalb höherer Wertstufen⁷⁵). Die Prämiensumme, die ein Spediteur monatlich mit der Versicherung abrechnet, richtet sich somit nur nach der Zahl der Speditionsfälle. Solange sich die Auftragsstruktur des Spediteurs nicht ändert, solange also die Sendungen in gleichbleibendem Prozentsatz auf die verschiedenen Entfernungen, Gewichte und Wertklassen entfallen, verhält sich die gesamte Prämienlast somit proportional zum Beschäftigungsgrad. Die Kostenstruktur entspricht also der des Ausgangsfalles. Die Abwälzung der Speditionsrisiken dürfte daher nur zu einer Preissenkung in Höhe der halben Versicherungsprämie geführt haben. Oder umgekehrt: Man müßte vermuten, daß eine Ungültigkeit der Freizeichnungsklauseln nur zu einer Erhöhung der Speditionsgebühren um die Hälfte der Versicherungsprämie führen würde. Allerdings ist andererseits zu beachten, daß die Speditieure als im allgemeinen mittelständische Unternehmen konservativ auf Selbstkostenbasis kalkulieren, so daß die deutlich erkennbaren Kostenerhöhungen doch wohl annähernd hundertprozentig weitergegeben würden.

2. Versorgungsunternehmen

Der BGH hat sich in MDR 1959 S. 120 Nr. 55 und in LM Nr. 2 zu § 138 (Cc) BGB mit den Freizeichnungsklauseln von Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) beschäftigt, deren Zweck er darin sah, den Strompreis im Interesse der Verbraucher niedrig zu halten, da andernfalls mit Rücksicht auf die unvermeidliche Deckung derartiger Schadenersatzansprüche eine Erhöhung der Rücklagen erforderlich würde.

Die Argumentation der Entscheidungen legt die Annahme nahe, daß die EVU die Risikovorsorge in Form der Eigenversicherung (Risikoselbstbehalt) treffen, indem sie Rückstellungen bilden. Das ist verständlich, da es sich um große Unternehmen handelt, hinter denen häufig kommunale Gebietskörperschaften stehen. Die Dotierung der „Rücklagen“ (betriebswirtschaftlich richtiger: Rückstellungen) stellt in der Erfolgsrechnung einen Aufwand dar, dem in der Kostenrechnung die kalkulatorischen Wagnisse entsprechen. Der Kostencharakter dieser Risiko-Vorsorge-Prämien kann da-

⁷⁴) Vgl. §§ 26 und 85 I GüKG. Die Haftung richtet sich nach den §§ 633 ff. BGB, 429 HGB und 29 ff. KVO. Vgl. zur Konkurrenz zwischen KVO und ADSp: BGH in NJW 1963 S. 106.

⁷⁵) Die Wertstufen steigen zunächst in Schritten von 2 500 DM an. Die SVS-Prämien steigen genau proportional mit.

hingestellt bleiben, denn die Versorgungsbetriebe unterscheiden sich in einem wesentlichen Punkt von unserem preistheoretischen Ausgangsfall: Sie haben einerseits eine absolute Monopolstellung in ihren Absatzgebieten; andererseits ist ihnen aber, da sie unter der Aufsicht staatlicher Behörden stehen, ein Gewinnmaximierungsstreben untersagt. Sie handeln angeblich⁷⁶⁾ nach dem Bedarfsdeckungsprinzip und kalkulieren zu Selbstkosten. Ein Gewinnspielraum, in dem sie Kostenveränderungen abfangen könnten, steht ihnen nicht zur Verfügung. Daher erscheint es glaubhaft, daß sie die Wagniskosten tatsächlich voll überwälzen müßten.

3. Schiffsbewachungsbetriebe

Ein weiteres Beispiel findet sich in BGHZ 33, 216: Die Freizeichnungsklauseln einer Wachschiffgesellschaft⁷⁷⁾ wurden — soweit sie sich nur auf das Verschulden untergeordneter Angestellter bezogen — mit der Überlegung gerechtfertigt, daß eine Ersparnis an Haftpflichtversicherungsprämien letztlich den Schiffseignern zugutekomme, die ihrerseits sowieso eine Schiffskaskoversicherung abzuschließen pflegten.

Die Hamburger Wachschiffstationen, an denen sich die Schadensfälle ereigneten, werden von der „Wachschiffgesellschaft der Ewerführerbaase des Hafens Hamburg mbH“ betrieben und dienen der Bewachung von Hafenschiffen im Hamburger Hafen. Die Rechtsform der Gesellschaft legt die Annahme nahe, daß sie sich — jedenfalls hinsichtlich der Schutenbewachungsgebühren — rein erwerbswirtschaftlich verhält. Die Marktform ist fast rein monopolistisch⁷⁸⁾. Die Prämien einer in Frage stehenden Haftpflichtversicherung hätten Fixkostencharakter. Eine Beeinflussung des gewinnmaximalen Preises wäre daher nicht zu erwarten. — Jedoch könnte die Situation vielleicht insofern vom Modell abweichen, als die Schiffsbewachungsbetriebe aus Rücksicht auf das Wohlwollen der Hafenbehörden gezwungen sein könnten, auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung zu verzichten. In diesem Falle könnte eine Nichtigerklärung der Freizeichnungsklauseln als Scheinargument gegenüber den Konzessions- oder Auf-

⁷⁶⁾ Die immer wieder aufflammende Kritik an ihren Praktiken, insbes. an einer kostenmäßig nicht gerechtfertigten Preisdifferenzierung (Preisdiskriminierung) gibt allerdings Anlaß zu erheblichen Zweifeln. Vgl. E u c k e n , a. a. O. (Grundsätze) S. 293; W. H a m m , Der Strom könnte billiger werden, in: FAZ vom 23. 6. 1962, S. 5. Auch lassen sich bei den EVU, die als Aktiengesellschaften betrieben werden, nicht unerheblich Dividendensätze feststellen.

⁷⁷⁾ Zu unterscheiden von den Schiffsbewachungsbetrieben i. e. S., die als Hafeneinzelbetriebe im Auftrage der Reeder die Kontrolle der an und von Bord gehenden Personen und die Überwachung der Befestigungen bei Seeschiffen übernehmen, vgl. H. V o r m b a u m , Hafeneinzelbetriebe, in: HwB 3. Aufl., Bd. II.

⁷⁸⁾ Neben der Wachschiff-GmbH gibt es nur noch die Wachschiffstation N. S u h r Wwe., die im gerichtlichen Auftrag Schiffs- und Schutenbewachung übernimmt.

traggebern benutzt werden, um den „limit-price“ nun endlich näher an den Cournotschen Punkt heranzuschieben. Laut Mitteilung der Hamburger Hafendienstleitung⁷⁹⁾ findet jedoch eine öffentlich-rechtliche Kontrolle der Gebühren nicht statt⁸⁰⁾.

4. Bahnamtliche Gepäckaufbewahrung

Auf dem 41. Deutschen Juristentag wurde als Beispiel für die kalkulatorische Bedeutung der Freizeichnungsklauseln die Aufbewahrung von Handgepäck an den Bahnhöfen der Bundesbahn angeführt⁸¹⁾. Man war der Ansicht, daß Haftungsbeschränkungen gerechtfertigt seien, weil das Entgelt nicht nach dem bewachten Wert, sondern nach der „Leistung“ des Bewachungspersonals kalkuliert werde. Die Leistung wurde dabei in naiver Weise als rein mechanische Arbeitsleistung verstanden. In Wirklichkeit besteht sie in der gesamten Bewachung. Die Kosten, die bei ihrer Erstellung anfallen, haben zum größten Teil Fixkostencharakter — z. B. Gehälter, Abschreibungen für Raum und Sicherheitsanlagen, Haftpflichtversicherungsprämien bzw. pauschale Zuweisungen an einen Deckungsstock für Selbstversicherung — und sind keineswegs nur stück-, sondern auch wertbezogen⁸²⁾.

Ihres Fixkostencharakters wegen wäre eine Gebührenerhöhung bei Wegfall oder Erhöhung der Haftungsgrenzen unklug, wenn man ein Gewinnmaximierungsstreben der Bahn unterstellt. Als Gesamtunternehmen wirtschaftet die Bundesbahn allerdings nach dem Kostendeckungsprinzip, was eine hundertprozentige Überwälzung erwarten ließe. Andererseits betreibt die Bahn aber eine Kompensationskalkulation größten Ausmaßes, indem sie in Teilbereichen ihrer Tätigkeit Gewinne anstrebt, welche die Verluste ausgleichen sollen, die ihr in anderen Bereichen aus ihren gemeinwirtschaftlichen Auflagen erwachsen. Als Außenstehender vermag man bei dieser Sachlage den Preiseinfluß der Haftungsbeschränkungen nicht festzustellen.

5. Auskunfteien

Anlaß zu einer letzten Betrachtung geben die Entscheidungen des RG in RGZ 115, 122 und in JW 1931 S. 3085 Nr. 9. Im letzteren Falle hatte ein Kreditgeber dadurch Schaden erlitten, daß er auf eine Auskunft vertraute, die infolge eines Schreibfehlers das Kapital des Kreditnehmers mit einem verzehnfachten Betrag beziffert hatte. Das RG rechtfertigte die Freizeich-

⁷⁹⁾ Behörde für Wirtschaft und Verkehr, Amt für Hafen und Schifffahrt.

⁸⁰⁾ Grundlage für die Tätigkeit der Wachschiff-GmbH im Hamburger Hafen dürfte eine Gebrauchserlaubnis i. S. d. §§ 56, 57 des Hamburger Hafengesetzes vom 21. 12. 1954 (BVBl. S. 169) sein.

⁸¹⁾ W. Schmidt-Loßberg in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Bd. II, Tübingen 1956, S. E 11.

⁸²⁾ Je wertvoller das Gepäck, desto erforderlicher und teurer die Sicherungsanlagen.

nungsklausel der Auskunftfei mit der Überlegung, daß die niedrige Gebühr für die Auskunft (4 RM) nicht einmal den Bruchteil einer Haftpflichtversicherungsprämie decken würde, mit der sich die Auskunftfei gegen Schadenersatzansprüche absichern müßte.

Bei den Prämien einer Haftpflichtversicherung, die eine Kreditauskunft abschließen müßte, handelt es sich wiederum um Fixkosten. Die Lage des Cournotschen Punktes (Grenzkosten = Grenzerlös) würde also nicht einflußt. Die Kosten würden jedoch — folgt man der Annahme des RG — so hoch sein, daß die Durchschnittskosten über die Preisabsatzfunktion hinaus steigen würden. Der Cournotsche Punkt wäre dann nicht mehr der Punkt maximalen Gesamtgewinns, sondern der Punkt maximalen Gesamtverlustes⁸³). Das Unternehmen würde also existenzunfähig, es sei denn, das Preisniveau der ganzen Branche würde sich heben.

Wollte man nun mit dem RG diese Bedrängnis der Auskunftfei als Rechtfertigungsgrund für eine Freizeichnung gelten lassen, so würde man damit eine volkswirtschaftlich bedenkliche Quasi-Subventionspolitik betreiben.

Eine Lösung könnte jedoch folgendermaßen gefunden werden: Auskünfte mit Garantie zu höherem Preis und Auskünfte ohne Garantie zu niedrigerem Preis sind in diesem Fall zwei verschiedene Leistungen; denn ihr Verwendungszweck ist ein anderer. Man erwartet von den Auskünften nur eine Überprüfung der eigenen Ermittlungen und sieht sie keineswegs als ausreichende Grundlage für eine Kreditentscheidung an. Nach Auskünften, auf die man sich hundertprozentig verlassen kann, besteht anscheinend keine Nachfrage, sonst würde der Markt bereit sein, eine höhere Gebühr zu vergüten. Wenn es nun im konkreten Fall nicht schon an der Kausalität zwischen falscher Auskunft und Kreditentscheidung fehlt, so dürfte doch stets ein überwiegendes Mitverschulden des Auskunftfeikunden vorliegen, da er sich ohne weitere Kreditwürdigkeitsprüfung auf die Auskunft verlassen hat. Das verbleibende Mitverschulden der Auskunftfei könnte durch eine *Haftungshöchstsumme* erfaßt und in *dieser* Höhe mit tragbaren Prämien versicherbar werden. Ein allgemeiner Haftungsausschluß wäre funktional nicht gerechtfertigt. Bei der Frage nach dem Mitverschulden kann zwanglos berücksichtigt werden, ob der Fehler im Außendienst bei der Einholung der Auskünfte oder im Innendienst bei der Bearbeitung der Berichte unterlaufen ist und ob er auf einem Organisationsmangel beruht⁸⁴).

⁸³) Vgl. zu diesem Fall E. Schneider, a. a. O. (Reine Theorie ...) S. 27/28 und A. Angermann, a. a. O. (Gleichgewichtskalkulation) S. 63 Abb. 19 b.

⁸⁴) Zum Organisationsmangel als Haftungsgrund s. auch: BGH in LM Nr. 1 zu § 138 (Cc) BGB und BGHZ 33, 216 (222).

§ 6

Sonstige Argumente

Niedrigere Preise und Versicherungsmöglichkeiten sind freilich nicht die einzigen Erscheinungen, aus denen sich ein Ausgleich oder eine Milderung der Belastungen ergeben soll. Als weitere Äquivalente werden angeführt:

- (1) die Kulanz der Unternehmer,
- (2) die Möglichkeit der weiteren Überwälzung,
- (3) der Interessenausgleich bei ausgehandelten Geschäftsbedingungen,
- (4) der Interessenschutz durch staatliche Kontrolle.

I. Milderung durch Kulanz

Die AGB, lautet das erste Trostargument, seien nur eine letzte Rückzugslinie. Sie wollten zwar — das sei zuzugeben — auch den schlimmsten Fällen vorbeugen, in der Regel würden sie aber durch die geschäftliche Kulanz gemildert⁸⁵).

R. F i s c h e r hat mit Recht dagegen eingewandt, daß die Kulanz kein geeignetes Regulativ für allzu weitreichende Freizeichnungsklauseln ist⁸⁶). Im Kollisionsfall ist dem Kunden eben doch die sichere Rechtsposition genommen⁸⁷). Wie F i s c h e r es ausdrückt, verschafft sich der Unternehmer die „Dispositionsfreiheit einer ungleichen Behandlung seiner Kunden.“ Die Bereitschaft zur Kulanz hängt überdies von der Marktlage ab. Bei einem Verkäufermarkt, z. B. in der Hochkonjunktur, wird der Lieferant weniger kulant sein, da er sich seines Absatzes sicher ist. Gerade in der Hochkonjunktur aber, in der häufig auch Spannungen auf dem Arbeitsmarkt bestehen, treten infolge sorgloser Ausführung der Arbeiten die Mängel häufiger auf.

Die Kulanz äußert sich in einem bereitwilligen Kundendienst. Die mit dem Reparaturdienst befaßten Abteilungen eines Industriebetriebes können dem Dienstleistungsgewerbe (tertiärer Sektor der Volkswirtschaft) gleichgestellt werden. In diesem Sektor treten aber immer mehr Engpässe auf, da sich die Nachfrage bei fortschreitender technischer Entwicklung zunehmend in den tertiären Sektor verlagert (Koordinationsaufgaben bei spezialisierter Produktion, Notwendigkeit von Manipulationen nach Abschluß des technischen Produktionsprozesses, Dienstleistungen im Haushaltsbereich⁸⁸). Das Dienstleistungsgewerbe ist arbeitsintensiv und benötigt dabei Fachkräfte. Verknappungen am Arbeitsmarkt machen sich daher im tertiären Sektor besonders bemerkbar. Die Arbeiter und Angestellten verlangen in diesen Bran-

⁸⁵) So die „Gewährsleute“ aus der Wirtschaftspraxis bei H. W e b e r, a. a. O. S. 59, 63 und 67.

⁸⁶) F i s c h e r in BB 1957 S. 483.

⁸⁷) So auch H. W e b e r, a. a. O. S. 49/50.

⁸⁸) Vgl. J. F o u r a s t i é, Die große Hoffnung des zwanzigsten Jahrhunderts (Übers.) Köln-Deutz 1954, S. 86/87, 101, 140.

chen die gleiche Entlohnung wie in den Industriebetrieben (Paritätsforderung). Wegen der begrenzten Mechanisierungsmöglichkeiten steigt ihre Arbeitsproduktivität aber nicht im gleichen Ausmaß, so daß Dienstleistungen immer teurer werden. Aus diesem Grunde kann man heute schon einen fortschreitenden Abbau des Kundendienstes beobachten (vgl. „wartungsfreie“ Produkte). Mit fortschreitender Automation in manchen Industriebereichen könnten zwar zwischenzeitlich bestimmte technische Fachkräfte freigesetzt werden, da die Überwachung der Steuerungsautomaten nur noch angelegerte Arbeitskräfte erfordert; jedoch werden — ganz abgesehen von der i. d. R. doch schon begrenzten Ausbildung dieser Facharbeiter — auf weitere Sicht wieder stärkere Verknappungen auftreten, da sich der Nachwuchs gerade von diesen Berufen abwenden dürfte. Die Bereitschaft zur Kulanz wird also abnehmen. Es könnte sogar sein, daß in absehbarer Zeit an Stelle der heute üblichen Nachbesserungsrechte wieder die Wandlung oder Minderung tritt, da die finanziellen Fragen leichter abzuwickeln sein werden.

Das Argument der Kulanz geht wiederum von einem „ex post“- oder „Effektiv“-Denken aus. Die Belastung des Kunden läßt sich aber, wie nachgewiesen, nur mit einem „ex ante“- und „Eventual“-Denken verstehen. Der Adherent muß seinen Verlust im voraus kalkulieren, der Kostenfaktor besteht in dem Risiko eines Schadens. Mit dem Entgegenkommen des Partners zu rechnen, dürfte sich aus Gründen der kaufmännischen Vorsicht verbieten.

Schließlich würde das Argument der Kulanz eine Widerlegung des Preisarguments bedeuten. Wenn das Unternehmen im Interesse seines akquisitorischen Potentials dem Kunden üblicherweise entgegenkommt, so wird es die Verluste aus diesen kostenlosen oder unter Selbstkosten erbrachten Garantieleistungen auch in seine Preise einkalkulieren. Ein indirekter Beweis dafür sind die Rückstellungen für Garantierisiken, die in der Praxis gebräuchlich sind. Die Bildung solcher Rückstellungen erscheint in der Gewinn- und Verlustrechnung als Aufwand, der nun einmal aus den Erlösen gedeckt werden muß. Die Preisargumente und das Argument der Kulanz schließen sich daher gegenseitig aus.

II. Milderung durch Weiterwälzung

Ein weiteres Argument weist darauf hin, daß der Abnehmer die Belastung mildern könne, indem er seine eigenen Geschäftsbedingungen entsprechend ausgestaltet⁸⁹⁾. Es kann nicht bestritten werden, daß dieser Weg tatsächlich eingeschlagen wird⁹⁰⁾. In der Wirtschaftspolitik der Experimente und zur Zeit der Wirtschaftslenkung wurde manchmal sogar staatlicherseits eine solche Weitergabe der Bedingungen verordnet⁹¹⁾.

⁸⁹⁾ Vgl. H. Weber, a. a. O. S. 50.

⁹⁰⁾ Einen krassen Fall behandelt OLG Hamburg in NJW 1964 S. 500 f.

⁹¹⁾ Vgl. RGZ 112, 253 über die Nachkriegszeit; ferner J. Henseling, Die Einwirkung der Marktordnung auf die Gültigkeit von Verträgen, Diss. Marburg 1938 (Druck 1942) S. 114.

Abgesehen davon, daß dieses Argument gegenüber dem Letztverbraucher völlig versagt⁹²⁾, muß man bedenken, daß dieser Strom weitergewälzter Lasten zunächst durch das Filter des eigenen Betriebes geht. Darin kann manches Risiko hängen bleiben. Wenn beispielsweise durch Leistungsverzug eines Lieferanten eine Betriebsunterbrechung entsteht, kann der Unternehmer durch entsprechende Ausgestaltung seiner ALB zwar Ansprüche seiner Abnehmer auf Ersatz des Verzugsschadens abwehren und seine Kunden auch am Vertrag festhalten; dennoch aber kann bei ihm ein Erlösausfall entstehen, nämlich dann, wenn er den Produktionsausfall nicht wieder aufholen kann. Evtl. haben sich durch die alten Rückstände seine Lieferfristen auch für neue Aufträge verlängert, was einen Wettbewerbsanteil bedeutet. Außerdem entstehen durch eine Betriebsunterbrechung auch zusätzliche Kosten, nämlich Stillsetzungs-, Stillstands- und Wiederanlaufkosten. Durch Ausgestaltung der Konditionen lassen sich diese Nachteile nicht auf die Abnehmer überwälzen.

III. Interessenausgleich durch Aushandeln

In der Entwicklung der AGB bestätigt sich eine interessante wirtschaftsgeschichtliche Theorie von J. K. Galbraith: Das Prinzip der „countervailing power“⁹³⁾. Dieses Konzept besagt, daß durch das Erstarken einer wirtschaftlichen Machtgruppe über kurz oder lang die Entwicklung einer gegengewichtigen Macht provoziert werde. Es gibt dafür mehr als ein schlagendes Beispiel: Etwa die Einkaufsgenossenschaften des Einzelhandels als Reaktion auf die Ausbreitung der Kaufhauskonzerne und Massenfiliälbetriebe und weiterhin die sogenannten freiwilligen Ketten als Reaktion nun des Großhandels auf eben diese Einkaufsgenossenschaften.

Im Recht der AGB wird dieses Entwicklungsprinzip besonders deutlich. Zunächst wurden die AGB von Einzelunternehmen singulär aufgestellt, ursprünglich sogar noch handschriftlich der Verhandlungskorrespondenz eingefügt⁹⁴⁾. Mit fortschreitender Konstituierung von Interessenverbänden in der zweiten Hälfte des 19. Jh., besonders nach 1870 (Reichsgründung, Kampf um Schutzzölle)⁹⁵⁾ kam es zur Aufstellung verbandsgemeinsamer Konditionen⁹⁶⁾. Da nun die Wirtschaftsgruppen nicht nur gemeinsame Verkaufs- sondern auf anderen Märkten auch gemeinsame Einkaufsinteressen haben, war mit ihrer Organisation zugleich auch die gegengewichtige Marktmacht auf den Beschaffungsmärkten gegeben. Folgerichtig entstanden daher

⁹²⁾ Vgl. Hurst, a. a. O. 31, 32/33; Biesel, a. a. O. S. 72.

⁹³⁾ J. K. Galbraith, *American Capitalism. The Concept of Countervailing Power*, Boston 1952, Kap. IX (S. 115 ff.).

⁹⁴⁾ Vgl. H. Weber, a. a. O. S. 57; v. Brunn, a. a. O. S. 3; Hurst, a. a. O. S. 23.

⁹⁵⁾ Vgl. F. Hauenstein, *Die Gründerzeit der Wirtschaftsverbände*, in: *Ordo*, Bd. 9 (1957) S. 43 ff.; E. Grochla, *Betriebsverband und Verbandsbetrieb*, Berlin 1959, S. 85/86 u. 149.

⁹⁶⁾ Vgl. Biesel, a. a. O. S. 6; Bobrowski, a. a. O. S. 1.

durch Aushandeln unter den Verbänden die sog. „beiderseitig korporativen Normenverträge“ (Hueck⁹⁷). In den dreißiger Jahren verstärkte sich diese Entwicklung besonders durch die ständischen Organisationen der völkischen Wirtschaft⁹⁸). Auch die nach Konstituierung der Bundesrepublik wiedererstandenen privaten Wirtschaftsverbände zählen das Aushandeln von allgemeinen Vertragsbedingungen noch zu ihren aktuellen Aufgaben⁹⁹).

Als Beispiele für ausgehandelte AGB seien genannt¹⁰⁰): Deutsch-niederländische Getreideverträge (1904), Vereinbarungen zwischen dem Bergischen Fabrikantenverband und dem Verband Deutscher Waren- und Kaufhäuser (1908)¹⁰¹), Allgemeine Deutsche Seeversicherungsbedingungen (neu 1919), gemeinsame Geschäftsbedingungen der Maschinen- und Elektroindustrie (1922), Einheitsmietvertrag (1934), Einheitsbedingungen für den Verkauf von Kraftfahrzeugen (verbindlich ab 1. 1. 1938), ADSp. (1927, verbindlich 1939), ALB für den Export von Anlagegütern (aufgestellt von der ECE 1953).

In Literatur und Rechtsprechung wird von diesen ausgehandelten AGB nicht selten angenommen, daß in ihnen ein gerechter Interessenkompromiß gefunden worden sei. Es stehe zu vermuten, „daß sie die Interessen aller berücksichtigten und so den unkundigen Abnehmer vor rücksichtslosen Vertragspartnern schützen¹⁰²).“

Diese Ansicht hat aber auch erheblichen Widerspruch gefunden. So wie die Theorie von Galbraith in der Gefahr steht, das Monopolproblem zu verharmlosen, so könnte auch eine wohlwollende Einstellung gegenüber ausgehandelten AGB manche Probleme verdecken. Ein echter Interessenausgleich hat zunächst einmal ein ausgeglichenes Kräfteverhältnis der verhandelnden Wirtschaftsverbände zur Voraussetzung. Die Dringlichkeit des Bedarfs, die Möglichkeit auf Substitutionsprodukte auszuweichen, und nicht zuletzt die *Straffheit der Organisation* bestimmen wesentlich die Verhandlungsposition. Die *Vollständigkeit* des Interessenausgleichs hängt weiter von der *Vollständigkeit der Interessenvertretung* ab. Leicht geschieht die Einigung auf dem Rücken Dritter, des nicht organisierten Mittelstandes oder des Letztverbrauchers¹⁰³).

⁹⁷) Hueck, Normenverträge, in: Jher. Jb. Bd. 73 (1923) S. 42.

⁹⁸) Vgl. Henseling, a. a. O. S. 112 ff.

⁹⁹) Vgl. Grochla, a. a. O. S. 157.

¹⁰⁰) S. auch R. Haus, Vereinbarungen von Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Interessengruppen, Diss. Bonn 1936, weitere bei U. Michel, a. a. O. S. 3.

¹⁰¹) Vgl. RGZ 95, 91.

¹⁰²) Vgl. Gleiss in WuW 1951/52 S. 114; auch schon bei Sebbä, a. a. O. (1931) S. 21; U. Michel, a. a. O. (1932) S. 72; aus der Rechtsprechung: RG in JW 1926 S. 570 (571); RGZ 135, 174 (177); KG in MDR 1950 S. 286; OLG München in NJW 1955 S. 1320; BGHZ 20, 164.

¹⁰³) Vgl. Biedenkopf, a. a. O. S. 125; Raiser, a. a. O. (1935) S. 288; H. Weber, a. a. O. S. 95; kritisiert wurden mit dieser Begründung die ADSp von 1927, vgl. Reuver, Die neuen ADSp, in: Zbl. HR. 1928 S. 35, verteidigt dagegen von Schwartz in ZHR Bd. 125 (1963) S. 261.

Führend in den Organisationen sind häufig die Großunternehmen. Es könnte vorkommen, daß gerade diese entscheidenden Verbandsmitglieder kompromißbereiter sind als die mittelständischen Mitglieder; denn für die Großunternehmen besteht vielfach die Möglichkeit, im Einzelvertrag Sonderkonditionen durchzusetzen, so daß die ausgehandelten AGB für sie der Aktualität entbehren¹⁰⁴). Schließlich ist bei allen Verhandlungen das *taktische Geschick* der Abgesandten sehr entscheidend. Die Tatsache, daß bestimmte AGB zwischen den Wirtschaftsgruppen ausgehandelt wurden, entbindet daher noch nicht von der Prüfung ihrer inhaltlichen Ausgewogenheit¹⁰⁵).

IV. Interessenschutz durch staatliche Kontrolle

Allgemein ist man sich darüber einig, daß eine Kontrolle der Standardkonditionen notwendig ist. Über die Frage, wer diese Kontrolle durchführen soll, ist man jedoch verschiedener Ansicht. Es sind vier Möglichkeiten denkbar¹⁰⁶):

- (1) Kontrolle durch Selbstverwaltungsgremien,
- (2) Eindämmung durch zwingendes Gesetzesrecht,
- (3) Verwaltungskontrolle,
- (4) Kontrolle durch die Gerichte.

(1) Eine freiwillige Selbstkontrolle wäre der Wirtschaftspraxis am liebsten¹⁰⁷). Man wird jedoch keine größeren Erfolge von dieser Kontrolle erwarten dürfen als von dem Aushandeln unter den Verbänden¹⁰⁸). Wer sich der Wirtschaftsverfassung der Wettbewerbsordnung verpflichtet fühlt, wird jede Stärkung berufsständischer Organisationen mit Mißtrauen beobachten. Auch im Zusammenhang mit den AGB ergeben sich als Bedenken gegen eine berufsständische Ordnung: die Gefahr des Gruppenegoismus¹⁰⁹) und einer Zersplitterung in ständisches Recht, das Problem der Außenstehenden und Ausgeschlossenen, die Gefahr der Überbürokratisierung, ohne Garantie für tatsächliche Sachkunde der (ehrenamtlichen) Funktionäre. Schon Adam Smith schrieb, die wahre und beste Aufsicht, die über einen Geschäftsmann ausgeübt werden könne, sei nicht die der Zunft, sondern die seiner Kunden¹¹⁰).

¹⁰⁴) Vgl. Reu ver, a. a. O. S. 70 r. Sp.

¹⁰⁵) So auch E illes, Das Recht der AGB und die Gerichte, in: DGWR 1941, S. 127.

¹⁰⁶) Selbstverständlich sind Verbindungen dieser Wege möglich. So mischen sich in der niederländischen Neuregelung des Rechts der AGB (im Rahmen des allgemeinen Schuldrechts) berufsständische, gesetzgeberische und verwaltungsbehördliche Kontrollmöglichkeiten, vgl. H. Westermann in NJW 1963 S. 1586 ff.

¹⁰⁷) Empfohlen z. B. von H. Krause, Kaufmannsrecht und Unternehmerrecht, in ZHR Bd. 105 (1938) S. 98, vgl. auch Hedemann, a. a. O. S. 305.

¹⁰⁸) So auch H. Weber, a. a. O. S. 146.

¹⁰⁹) Ebenso L u k e s, a. a. O. (Festschr.) S. 464.

¹¹⁰) A d a m S m i t h, Wealth of Nations, 1. Buch, 10. Kap., 2. Teil

(2) Eine Eindämmung der Angriffspunkte für AGB durch eine Ausdehnung des zwingenden Gesetzesrechts¹¹¹⁾, bringt offensichtlich den Nachteil einer Rechtsstarrheit mit sich¹¹²⁾. Zu überlegen wäre dagegen die Einführung von Formvorschriften für Haftungsausschlüsse, die eine Vereinbarung in individuellen Urkunden fordern, ähnlich § 1027 ZPO, § 114 IV AktG, § 13 I DepotG¹¹³⁾. Damit könnte evtl. erreicht werden, daß Haftungsvorschriften nur noch gegenüber echten Individualvereinbarungen dispositiv wären.

(3) Eine Verwaltungskontrolle ist besonders in der Zeit der nationalsozialistischen Wirtschaftslenkung befürwortet worden¹¹⁴⁾. Soweit man dabei nur an eine Mißbrauchsaufsicht denkt¹¹⁵⁾, wie sie in §§ 12 I und 22 III Ziff. 1 GWB verwirklicht ist, sind keine Bedenken dagegen zu erheben. Bei einem Erlaubnisvorbehalt ergeben sich jedoch Schwierigkeiten. Einmal stellt sich die Frage, für welche Wirtschaftsbereiche ein solches Genehmigungsverfahren eingeführt werden soll. Zweitens ist auf die unausbleibliche Ausdehnung des Verwaltungsapparats hinzuweisen¹¹⁶⁾. Schließlich ist die Gefahr einer noch weiteren Einengung der Vertragsfreiheit der Abnehmerkreise nicht von der Hand zu weisen¹¹⁷⁾, denn eine Genehmigung verleiht den AGB eine zusätzliche Durchschlagskraft¹¹⁸⁾. Aus der Kontrolle könnten außerdem zu leicht lenkende Eingriffe werden¹¹⁹⁾.

(4) Daher sollte man das Schwergewicht der Kontrolle bei den Gerichten belassen als der unabhängigsten Instanz. Der Nachteil der inter-partes-Wir-

¹¹¹⁾ H. Hildebrandt, in AcP Bd. 143 (1937) S. 327; vgl. auch die Diskussion auf dem 41. DJT (Veröff. des . . . Bd. II, E), insbes. Möller (S. 21), Raiser (S. 26) und Duden (S. 42).

¹¹²⁾ Vgl. Raiser, a. a. O. (1935) S. 99; Capelle in Hamb. Jb. 1955 S. 148; Nastelski in DRiZ 1955 S. 213.

¹¹³⁾ So G. Schmidt in VersR 1960 S. 682; dagegen Meiss in VersR 1960 S. 962.

¹¹⁴⁾ Mit Vorbehalten noch Raiser (1935) S. 103; uneingeschränkter Grossmann-Doerth, a. a. O. S. 26; Herschel in DR 1940 S. 1452; Eilles in DGWR 1941 S. 126 r. Sp. u.; in jüngerer Zeit noch W. Hildebrandt, Zulässigkeit und Wirkung von AGB, in JR 1955 S. 325 f.

¹¹⁵⁾ Wie H. Hildebrandt in AcP Bd. 143 S. 327 ff.

¹¹⁶⁾ Vgl. H. Weber, a. a. O. S. 146; Lukes, a. a. O. (Festschr.) S. 464 und in JuS 1961 S. 307.

¹¹⁷⁾ Vgl. H. Krause, AGB und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, in: BB 1955 S. 267; Bobrowski, a. a. O. S. 7; Meiss in VersR 1960 S. 963 l. Sp. o.; ablehnend ferner Capelle in Hamb. Jb. 1958 S. 148.

¹¹⁸⁾ — wie das von den Befürwortern einer Verwaltungskontrolle zum Teil ausdrücklich gefordert wird. Vgl. auch den ausdrücklichen Hinweis auf die Eintragung im Kartellregister unter den AGB des Färber- und Chemisch-Reiniger-Gewerbes.

¹¹⁹⁾ So auch Lukes (Festschr.) S. 464. Die VO vom 8. 9. 1939 über verbindliche Einführung von Normen-, Geschäfts- und Lieferbedingungen (RGBl. I S. 1745) beruhte z. B. auf der VO zur Durchführung des Vier-Jahresplans vom 18. 10. 1936 (RGBl. I S. 887)! Vgl. auch Henseling, a. a. O. S. 112 ff. und Haupt, a. a. O. (1937) S. 207 ff. mit einer Fülle von weiteren Nachweisen aus der Gesetzgebung.

kung der Urteile wird wahrscheinlich dadurch ausgeglichen, daß die Rechtsprechung von seiten der Kautelarjuristen sehr aufmerksam verfolgt wird¹²⁰). Allerdings sollten die Gerichte härter durchgreifen. Dabei wäre schließlich die Frage zu klären, ob die Gerichte, soweit heute eine staatliche Kontrolle der AGB besteht¹²¹), annehmen dürfen, daß damit ein ausreichender Interessenausgleich garantiert ist¹²²). Ein solcher Schluß dürfte sich als nicht gerechtfertigt erweisen.

Einmal ist die Prüfung der standardisierten Vertragsbedingungen stets nur eine Nebenaufgabe der Kontrollbehörden. In ihrer Haupttätigkeit kann die Behörde aber so sehr auf den Schutz der kontrollierten Geschäftszweige ausgerichtet sein, daß ihr eine volle Berücksichtigung der Interessen anderer Gruppen weitgehend erschwert ist¹²³). Zum anderen rekrutieren sich die Beamten der Behörde oft gerade aus der Branche, die im öffentlichen Interesse überwacht wird, und sind daher den Belangen dieses Geschäftszweiges gegenüber besonders aufgeschlossen. Zum dritten wäre das sogenannte Juristenmonopol in den meisten Behörden zu erwähnen, das einer vollen Erfassung der von den AGB ausgehenden betriebswirtschaftlichen Belastungen und einer Abwägung der Interessen nach volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten manches Hindernis bereitet. Schließlich stehen manche Aufsichtsbehörden¹²⁴) politischen Instanzen (Regierung und Parlament) so nahe, daß sie dem Druck der pressure groups im vorparlamentarischen Raum ausgesetzt sind. Aus diesen Gründen kann man nie sicher sein, daß die staatliche Kontrolle der Bedingungen zu einem ausgewogenen Verhältnis in den Rechtspositionen der Kontrahenten geführt hat.

¹²⁰) Vgl. N a s t e l s k i in DRiZ 1955 S. 214.

¹²¹) § 50 II und § 67 BörsG, § 15 HypBG, § 5 u. § 13 VAG, § 7 EnergieWiG, § 36 KWG.

¹²²) Eine Annahme, die für die 1942 verbindlich erklärten Versorgungsbedingungen nach § 6 EnergieWiG vom BGH in MDR 1959 S. 121 I. Sp. und in LM Nr. 2 zu § 138 (Cc) BGB zum entscheidenden Argument erhoben wurde. Argument auch verwendet von R a i s e r in Bespr. zum KG-Urteil vom 22. 10. 1949 in SJZ 1950 S. 669.

¹²³) Selbst das schlagkräftigere Versicherungsaufsichtsamt klagte zu Anfang seiner Tätigkeit über den Widerstand, den die Versicherungsgesellschaften seiner Kontrolltätigkeit hinsichtlich der Versicherungsbedingungen entgegensetzten, vgl.: Veröffentlichungen des Kaiserlichen Aufsichtsamtes für Privatversicherung, 6. Jg. (1907), S. 35.

¹²⁴) Z. B. im Verkehrsgewerbe und in der öffentlichen Versorgung.

TEIL C

Die Belange der Gemeinschaft

Aus den Betrachtungen in Teil A und Teil B ergibt sich,

- (1) daß die AGB als Ganzes wie auch in ihren einzelnen Klauseln für den Proponenten durchweg konkrete betriebliche Funktionen erfüllen, seien es nun betriebstechnische oder risikopolitische,
- (2) daß andererseits die Belastung des Adherenten durch keine Äquivalente ausgeglichen wird.

Bei einer Interessenabwägung besteht daher grundsätzlich nicht die Möglichkeit einer Aufrechnung von Vorteilen des einen gegen die Vorteile des anderen. Vielmehr müssen den Vorteilen des Unternehmers die Nachteile des Kunden gegenübergestellt werden. Für die rechtliche Wertung ist dann ein tertium comparationis erforderlich, das den Einzelinteressen übergeordnet ist.

§ 7

Allgemeine Geschäftsbedingungen als Problem der Vertragsfreiheit

Die Befugnis des Proponenten zur Aufstellung allgemeiner Geschäftsbedingungen leitet sich aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit her. Jeder Versuch einer Inhaltskontrolle der AGB ist daher ein Versuch, die Grenzen dieses Prinzips abzustecken. Die Rechtslehre beschreitet dabei verschiedene Wege: Sie geht entweder von einem formalen Begriff der Vertragsfreiheit aus und sucht positivistisch nach formalen Schranken des Grundsatzes, oder sie bildet einen materiellen Begriff, aus welchem sie sog. immanente Schranken zu gewinnen hofft. Eine Zeitlang wurde auch eine dritte Lehrmeinung vertreten, welche die Tragfähigkeit des Vertragsfreiheitsprinzips für die AGB völlig leugnete, indem sie diese als „Normen“ ansah.

I. Formaler Begriff der Vertragsfreiheit

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gestattet es dem Rechtsgenossen, einen Teil seiner Rechtsbeziehungen zu anderen Rechtssubjekten im Zusammenwirken mit diesen nach eigener Initiative zu gestalten. Die Vertragsfreiheit wird — von verschiedenen Nuancen der zahlreichen Definitionen einmal abgesehen — definiert durch Rückführung auf den Gattungsbegriff „Privatautonomie“, der den Raum bezeichnet, den die Rechtsordnung dem einzelnen zur Regelung seiner Rechtsangelegenheiten beläßt („Zuständigkeits-

frage“, Hurst), und durch Nennung ihrer Ausprägungen im rechtsgeschäftlichen Geltungsbereich als der artbildenden Besonderheiten¹⁾:

- (1) Abschlußfreiheit,
- (2) Freiheit der Partnerwahl,
- (3) inhaltliche Gestaltungsfreiheit,
- (4) Formfreiheit,
- (5) Auflösungsfreiheit.

Die AGB nun sind Ausfluß der Gestaltungsfreiheit des Proponenten. Dem Schema der Vertragsfreiheit zufolge werden sie durch die Abschluß- und Partnerwahlfreiheit des anderen Vertragspartners automatisch kontrolliert. Das heißt, gegenüber der einseitigen Ausnutzung der Gestaltungsfreiheit wird die Mitwirkung des Partners durch die Abschluß- und Kontrahentwahlfreiheit garantiert²⁾. Denn ob die Gestaltung der Vertragsbeziehungen in „Verhandlungen“ stückweise durch den einen und in anderen Stücken durch den anderen Vertragspartner erfolgt oder ob der eine den Vorschlag vollständig formuliert und der andere frei zustimmt, kann rechtlich keinen Unterschied begründen. Anlaß zum Eingreifen ist jedoch dann gegeben, wenn dieses selbsttätige Korrektiv wegfällt.

1. Begrenzung durch § 138 I BGB

Für Rechtsprechung und Lehre lag ein solcher Fall zunächst nur dann vor, wenn der Proponent eine Monopolstellung oder eine monopolähnliche Stellung im Wirtschaftsleben innehatte. In solchen Fällen kontrollierte man seine AGB mit Hilfe des § 138 I BGB³⁾. Die Reichweite des Instruments war jedoch begrenzt, da in dem Tatbestandsbegriff der Sittenwidrigkeit traditionellerweise ein moralischer Vorwurf mitschwingt⁴⁾, der auf das nüchterne wirtschaftliche Gewinnstreben eines Monopolisten nur ausnahmsweise zutrifft⁵⁾. Überdies ist eine Monopolstellung keineswegs der einzige Fall, in dem die Wahlfreiheit des Kontrahenten effektiv fehlt; vielmehr wird diese sehr häufig auch durch die Verheimlichungseffekte beeinträchtigt. Eine freie Wahl muß stets eine bewußte Wahl sein. Da aber Verheimlichungseffekte mit allen AGB verbunden sein können, bedürfen die AGB in jedem Falle einer Überprüfung. Eine Korrekturmöglichkeit, die nur in bestimmt gelagerten Fällen gegeben ist, reicht daher nicht aus, zumal wenn sie keine anderen Methoden anwendet als die gegenüber den klassischen Individualverträgen üblichen⁶⁾.

¹⁾ Vgl. M. Fischer, Der Begriff der Vertragsfreiheit, Diss. Zürich 1952, S. 32; Hurst, a. a. O. S. 87/88; H. Dilcher, Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, in NJW 1960 S. 1040; auch A t i y a h, a. a. O. S. 6; F. Rittner, Vertragsrecht, in: HDSW Bd. 11 (1961), Tz. IV, 1 (S. 268).

²⁾ Vgl. Rittner, a. a. O.

³⁾ Rechtsprechung siehe S. 6 Fußn. 27 und 28.

⁴⁾ Vgl. A. Rosenthal in JW 1927 S. 656; RGZ 150, 5.

⁵⁾ Vgl. Lukes, a. a. O. (Festschr.) S. 466/7; Capelle in Hamb. Jb. 1958 S. 147.

⁶⁾ Vgl. v. Nottbeck, a. a. O. S. 70.

2. Begrenzung durch § 242 BGB

Einen Vorschlag von Sebb⁷⁾ aufgreifend, ging die Rechtsprechung daher zu einer Anwendung des § 242 BGB über⁸⁾. Dabei wird nach Treu und Glauben eine Abwägung der „sphärentypischen Interessen“ (Hurst) vorgenommen. Dieses Abstellen auf die typischen Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise⁹⁾ soll es rechtfertigen, daß die Berufung auf die treuwidrigen Klauseln unabhängig vom Einzelfall¹⁰⁾ grundsätzlich immer unzulässig ist und somit im praktischen Ergebnis eine Nichtigkeit¹¹⁾ der einzelnen Klausel eintritt, ohne daß die Problematik des § 139 BGB erörtert zu werden braucht.

Gegen dieses Vorgehen sind jedoch schon von Raiser¹²⁾ und neuerdings wieder von Lukes¹³⁾ dogmatische Bedenken erhoben worden. Wenn man § 242 als Billigkeitsvorschrift auffassen will¹⁴⁾, so doch nur im Sinne einer individuellen Billigkeit, die sich nach der Lage des individuellen Vertragspartners eines konkreten Rechtsgeschäfts bemißt. Eine Berücksichtigung von Gruppeninteressen ist nicht möglich. „Denn Billigkeit ist eben die Berücksichtigung der individuellen Unterschiede und ihrer Ansprüche¹⁵⁾.“ Zwar könnte man argumentieren, die Vertragskonditionen seien so hart, daß man sich kaum vorstellen könne, wie sie jemals zu einer ausgewogenen Rechtsbeziehung führen sollten. Auch dann ist aber nicht völlig auszuschließen, daß die Sachlage im Einzelfall diese Regelung dennoch als angemessen erscheinen lassen kann. Ein *generelles* Verbot an den Proponenten, sich jemals auf die inkriminierten Klauseln zu berufen, und eine überindividuelle Betrachtungsweise werden also durch § 242 nicht gedeckt¹⁶⁾.

⁷⁾ Sebb, Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen im Verkehrsrecht, Leipzig 1931 (Druckschriften des Deutschen Anwaltvereins Nr. 33 H. 3) schlug die Anwendung der *exceptio doli* vor (S. 16). Vorgebracht wurde dieser Gedanke auch schon von Alfred Rosenthal, Anm. zu 4 in JW 1927 S. 656 (allerdings unter mißverständlichem Hinweis auf RGZ 98, 122).

⁸⁾ Eine erste Andeutung enthält die Entscheidung des RG in DR 1941 S. 1726 Nr. 9. Deutlichere Hinweise auf diesen Lösungsweg in RGZ 168, 321 (329) und BGH in MDR 1954, S. 345. Entscheidungsgrundlage erstmals in BGHZ 20, 164 (167), danach in BGHZ 22, 90 (96 ff.) (unter fälschlicher Berufung auf Raiser); BGHZ 33, 216 (219 f.); BGHZ 37, 94 (98 f.).

⁹⁾ Eine Bedingung, die ursprünglich für eine einheitliche, gesetzesähnliche Auslegung entwickelt worden war, vgl. z. B. RGZ 149, 96 (100); 155, 26 (28).

¹⁰⁾ Rechtsmißbrauch im Einzelfall wurde z. B. erörtert in RGZ 104, 98; HRR 1940 Nr. 1075; BGHZ 12, 198; BGH in BB 1955 S. 142; OLG München in NJW 1955 S. 1319 (1320).

¹¹⁾ Vgl. den Leitsatz der BGH-Entscheidung in NJW 1964 S. 1123.

¹²⁾ Raiser, a. a. O. (1935) S. 282.

¹³⁾ Lukes, a. a. O. (Festschr.) S. 468.

¹⁴⁾ Vgl. Staudinger-Weber, Komm. zum BGB Bd. II, 1 b (§ 242) 11. Aufl. Berlin 1961, Anm. A 137.

¹⁵⁾ Georg Friedrich Puchta, Pandekten, 9. Aufl., Leipzig 1863, § 21 Tz. 1.

¹⁶⁾ So auch H. E. Brandner, Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von AGB, in: AcP 162. Bd. (1963) S. 247.

Auch rechtspolitisch muß diese Lösung Bedenken hervorrufen, da die zwischen den Gesichtspunkten der individuellen Billigkeit und dem Versuch ihrer Generalisierung bestehende Spannung nur zu einem unsicheren, kasuistischen Mittelweg führen kann. Soll nicht das individuelle Moment, welches bei einer Interessenabwägung allein die Billigkeit konkretisieren kann, entfallen, so kann die Generalisierung nur für sehr enge „Verkehrskreise“ vorgenommen werden. Somit entsteht ein Dilemma zwischen der Notwendigkeit einer unpersönlichen, generellen Beurteilung der AGB aus Gesichtspunkten, die dem Einzelinteresse übergeordnet sind, und der bisher einzig verfügbaren Möglichkeit einer Anwendung individueller Billigkeitskriterien. Dieser Widerstreit zeichnet sich auch schon in der Rechtsprechung ab:

Im Falle des BGHZ 37, 94 berief sich ein Finanzierungsinstitut auf seine AGB, die es dem Darlehnsnehmer (= Abzahlungskäufer) untersagten, dem Rückzahlungsbegehren des Kreditinstituts Sachmängelinwendungen entgegenzuhalten, die sich im Rahmen des finanzierten Kaufgeschäfts ergeben hatten. — Der Verkäufer der mangelhaften Möbel war in Konkurs gefallen. — Der BGH erkannte die Trennung von Kauf- und Darlehnsgeschäft in diesem Zusammenhang nicht an und versagte dem Kreditinstitut aus § 242 BGB die Berufung auf die Klausel. Gegenüber einem früheren Urteil¹⁷⁾ machte er jedoch diesmal bemerkenswerte Einschränkungen¹⁸⁾. Es komme darauf an, ob der Käufer nicht doch die Möglichkeit habe, seine Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer durchzusetzen, ob ferner zwischen dem Finanzinstitut und dem Verkäufer eine auf Dauer angelegte Geschäftsverbindung (Rahmenvertrag) bestanden habe und ob schließlich der Abzahlungskäufer nicht vielleicht als Kaufmann im Handelsregister eingetragen war. Damit werden schrittweise wieder individuelle Sachverhaltsumstände berücksichtigt.

3. Begrenzung durch Analogie zu § 315 BGB

Wohl in der Erkenntnis, daß § 242 im Zusammenhang mit den AGB wieder einmal als „Eselsbrücke“ (W i e a c k e r) der Rechtsfindung gedient hatte, ging die Suche nach passenden Generalklauseln weiter. L a r e n z verwies auf die analoge Anwendung des § 315 BGB¹⁹⁾. Nachdem der BGH in einer Entscheidung diesen Gedanken hilfsweise herangezogen hatte²⁰⁾, untersuchte L u k e s die Zulässigkeit des Analogieschlusses im einzelnen und kam zu einem positiven Ergebnis²¹⁾. Unstreitig stellt § 315 eine Auslegungs-

¹⁷⁾ BGHZ 22, 90 (95).

¹⁸⁾ BGHZ 37, 100 ff.

¹⁹⁾ Vgl. K. L a r e n z, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 6. Aufl., München und Berlin 1963, S. 95; erstmals in der 2. Aufl. (1957); schon das Vorbringen der Revision im Falle RGZ 111, 310 (315) — Preisfestsetzung in den Strombedingungen des E-Werks der Stadt Chemnitz — hatte sich (u. a.) auf § 315 BGB gestützt.

²⁰⁾ BGHZ 33, 183 ff.

²¹⁾ R. L u k e s, § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: NJW 1963 S. 1897 ff.; zustimmend auch M. E t z l e r, a. a. O. (Diss. Göttingen 1960) S. 117.

regel für Rechtsgeschäfte dar²²⁾, bei denen Privatautonomie-Befugnisse von einem Vertragspartner auf den anderen übertragen werden. L u k e s sieht nun Sinn und Zweck des § 315 darin, „hervorzuheben, daß auch der, der fremde Privatautonomiebefugnisse übertragen erhalten hat, diese nicht willkürlich, sondern nur begrenzt, nämlich in den Grenzen des billigen Ermessens, ausüben darf.“ So gesehen, sei § 315 „letztlich nichts anderes als die Klarstellung einer Grenze der Privatautonomie“²³⁾. Mit letzterer Folgerung wird jedoch der Grundgedanke des § 315 zu weit gefaßt. Unbemerkt wird die abgeleitete Privatautonomie gleichgesetzt mit der ursprünglichen des Proponenten.

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Analogieschlusses sind in der Rechtswissenschaft nicht völlig geklärt. Problematisch ist insbesondere die Feststellung, ob zwei Tatbestände einander ähnlich sind. Es genügt nicht, daß die verglichenen Sachverhalte in tatsächlicher Hinsicht bestimmte Gemeinsamkeiten aufweisen. Erforderlich ist vielmehr, daß die gemeinsamen Elemente auch „im Sinnezusammenhang der Tatbestände und ihrer rechtlichen Wertung die gleiche Bedeutung haben“²⁴⁾. Erforderlich ist also eine vergleichende Analyse und eine rechtliche Gleichbewertung der Tatbestände²⁵⁾.

Die Übereinstimmung der faktischen Interessenlagen könnte man im vorliegenden Fall annehmen. Beim Tatbestand, den § 315 voraussetzt, geht es ebenso wie beim Problem der AGB um die einseitige Festlegung der Vertragsbestimmungen²⁶⁾ durch einen Kontrahenten. Zwar stellt § 315 auf eine Einwilligung ab, die eine spätere Ausgestaltung des schon bestehenden Vertragsverhältnisses legitimiert, wogegen bei den AGB-Verträgen nur die Genehmigung einer schon vor Vertragsschluß erfolgten Festlegung der Modalitäten vorliegt. Beiden Sachlagen ist aber gemeinsam, daß die Zustimmung durch eine Blanketterklärung erfolgt und eines Schutzes gegen mißbräuchliche Ausnutzung bedarf. Das zeitliche Element beeinträchtigt die Gleichheit der Interessenlagen nicht. Insofern sind die Fälle „ähnlich“²⁷⁾.

Fraglich ist jedoch, ob die übereinstimmenden Tatbestandselemente aus rechtssystematischer Sicht als „gleichsinnig“ (L a r e n z) zu werten sind. AGB sind Ausfluß der Gestaltungsfreiheit des Proponenten. Gesucht wird somit eine Grenze für die Ausübung dieser *ursprünglichen* Privatautonomie. Die Auslegungsregel des § 315 BGB bietet dagegen nur eine Begrenzung für

²²⁾ Auslegung, ob diese nach billigem Ermessen, freiem Ermessen oder freiem Belieben auszugestalten sind.

²³⁾ L u k e s in NJW 1963 S. 1899 r. Sp.

²⁴⁾ L a r e n z, Methodenlehre, S. 292.

²⁵⁾ Derselbe ebenda. S. 289 Fußnote 1 a. E.

²⁶⁾ § 315 BGB betrifft nach h. L. nicht nur die Hauptleistung, sondern auch alle Nebenbestimmungen, vgl. RG 64, 116; JW 1909, 721; 1912, 73; 1937, 1401.

²⁷⁾ Wenn v. N o t t b e c k eine analoge Anwendung des § 315 schon wegen der unterschiedlichen Sachverhalte ablehnt, (a. a. O. S. 84) so verkennt er das Wesen der Analogie.

die Ausübung abgeleiteter Autonomiebefugnisse. Eine Definition des „Ähnlichkeitskreises“ (Klug) zu § 315 derart, daß beide Normzwecke gleichgestellt würden, ließe sich nur teleologisch begründen²⁸⁾. Für ein solches „Weiterdenken des Gesetzeswillens“²⁹⁾ wäre der Nachweis zu führen, daß die Billigkeit bei synallagmatischen Verträgen ein allgemeiner Rechtsgrundsatz sei. Es ist nämlich sehr die Frage, ob die Billigkeit im § 315 tatsächlich ein Korrelat zur Vertragsfreiheit ist oder ob sie aus dem Treueverhältnis folgt, das durch die Ermächtigung entsteht, also aus den nicht analogiefähigen *Besonderheiten* des Ausnahmefalles und gerade nicht aus einem allgemeingültigen Grundgedanken, der in der Ausnahmeregelung durchscheint³⁰⁾. Die Angemessenheit der gegenseitigen Vertragsrechte und -pflichten bildet keineswegs das grundlegende Ziel unseres Schuldrechts³¹⁾, sondern wird nur dort als Richtschnur proklamiert, wo die Willensdoktrin versagen muß, weil der Wille des einzelnen rechtlich nicht mehr in der Lage ist, die Rechtsbeziehungen zu bestimmen³²⁾. Im faktischen Bereich ist eine solche Situation beim AGB-Vertrag wegen der Verheimlichungseffekte praktisch sehr häufig gegeben, nicht jedoch im rechtlichen. Rechtssystematisch wird die nachträgliche Zustimmung, ohne welche die AGB nicht wirksam werden, als eine willentliche aufgefaßt. Eine Gleichsetzung von originärer und derivativer Gestaltungsfreiheit würde daher das „Niveau“³³⁾ verlassen, da die ursprüngliche Privatautonomie das übergeordnete Prinzip ist.

Mit einer Analogie zu § 315 BGB wäre darüber hinaus auch nicht viel gewonnen. Der Begriff der Billigkeit ist auch hier ein individueller. Der theoretische Unterschied zwischen dem nur eine einzige richtige Entscheidung zulassenden³⁴⁾, unbestimmten Rechtsbegriff der Angemessenheit nach § 242 und dem durch die Billigkeit begrenzten Ermessensspielraum des § 315 III BGB³⁵⁾, wirkt sich praktisch nicht aus. Die Rechtsprechung würde die von L u k e s³⁶⁾ optimistisch begrüßte Gestaltungsmöglichkeit wegen der schwierigen wirtschaftlichen Zusammenhänge gar nicht ausnutzen können. Der Richter könnte i. d. R. nichts anderes tun, als die einzelne streitige Klausel isoliert für nichtig zu erklären und an ihre Stelle die gesetzliche Regelung

²⁸⁾ Vgl. E n g i s c h, a. a. O. (Einführung) S. 145.

²⁹⁾ H. L e h m a n n, a. a. O. § 8, III, 3 (S. 57).

³⁰⁾ So aber L u k e s in NJW 1963 S. 1898.

³¹⁾ Vgl. auch A. R o t h, Zwangswirtschaft vermittelt der §§ 157, 242 BGB, in: JR 1925 Sp. 553, 556/7; R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 289.

³²⁾ Nur §§ 242, 315, 317, 319 BGB, zusätzlich vgl. auch § 343, § 660 I BGB.

³³⁾ Vgl. K l u g, Juristische Logik (a. a. O.) S. 107.

³⁴⁾ Vgl. K. H. N e u m a y e r, Die richterliche Abänderung notleidender Geldverbindlichkeiten (Vertragshilfe) und ihre Kritik, in: MDR 1950 S. 655.

³⁵⁾ Vgl. H. N e u m a n n - D u e s b e r g, Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB, in: JZ 1952 S. 707. — Insofern ist es inkonsequent, § 315 als „Konkretisierungsnorm“ zu § 242 aufzufassen, wie es S i e g (in: NJW 1951 S. 507) versucht, der § 315 I und III selbst als Ermessensentscheidungen ansieht (a. a. O. S. 509 r. Sp. o.).

³⁶⁾ In NJW 1963 S. 1901.

zu setzen. Allenfalls — und dies notgedrungen bei Fragen, zu denen das dispositive Recht schweigt, — könnte er die fragliche Klausel den *individuellen* Verhältnissen anpassen. Die getroffene Bestimmung aber verallgemeinern zu wollen, sie zu einer Standardkondition mit Wirkung auch für andere Verträge zu erheben, wäre rechtsdogmatisch wie rechtspolitisch undenkbar. Das hieße, die Vertragsfreiheit zu beseitigen und vermittelt der Generalklausel eine „Zwangswirtschaft“ (Roth) auszuüben. Ist also ganz eindeutig allenfalls³⁷⁾ eine Gestaltung des jeweils vorliegenden Einzelverhältnisses zulässig, so ist nicht einzusehen, warum dabei nur die sphärentypischen Interessen berücksichtigt werden sollten³⁸⁾.

4. Begrenzung durch Art. 20 I und 28 I GG

In der Literatur wurden neben den zivilrechtlichen Generalklauseln zur Lösung des Problems auch Klauseln von Verfassungsrang herangezogen. Hier wären zunächst die Sozialstaatsbestimmungen des Grundgesetzes (Art. 20 I, 28 I GG) zu nennen, die Hermann Krause³⁹⁾ und ihm folgend Laufke⁴⁰⁾, Hamann⁴¹⁾, Capelle⁴²⁾, v. Nottbeck⁴³⁾, zögernder Dilcher⁴⁴⁾ und wohl auch Hurst⁴⁵⁾ zur Eingrenzung der Vertragsfreiheit anwenden wollen⁴⁶⁾. Für Krause liegt das Problem der „privaten Schaffung einer normativen Rechtsordnung⁴⁷⁾ in der „Inanspruchnahme sozialer Macht.“ Er interpretiert das soziale Prinzip der Verfassung nicht nur als „Pflicht zur ausgleichenden Regulierung des sozialen Lebens“, sondern auch als „Überordnung des Staates über die sozialen Mächte“ und als Pflicht zum Schutze des sozial Schwächeren. Daraus leitet er eine Beschränkung der Vertragsfreiheit her. Seine Absicht ist also die Wiederherstellung der faktischen Vertragsfreiheit des Adherenten durch Hinweis auf die soziale Gebundenheit des Proponenten. — Demgegenüber muß nochmals betont

³⁷⁾ Zu den Gefahren richterlicher Vertragsgestaltung vgl. Neumayer in MDR 1950 S. 653/4.

³⁸⁾ So aber anscheinend Lukes in NJW 1963 S. 1900 r. Sp.

³⁹⁾ H. Krause, Die AGB und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, in: BB 1955 S. 268/9.

⁴⁰⁾ F. Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. I, Berlin — Tübingen — Frankfurt 1956, S. 186, der allerdings auch Art. 2 I, 2. Halbs. und Art. 3, I auf die AGB anwendet (a. a. O. S. 178 und 182).

⁴¹⁾ A. Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied — Berlin — Darmstadt 1958, S. 60/61.

⁴²⁾ Capelle in Hamb. Jb. 1958 S. 147.

⁴³⁾ v. Nottbeck, a. a. O. S. 88 ff.

⁴⁴⁾ Dilcher in NJW 1960 S. 1042 I. Sp.

⁴⁵⁾ Hurst, a. a. O. S. 103 ff.

⁴⁶⁾ Dagegen v. Brunen, a. a. O. (Form. Vertragsb.) S. 62 ff.

⁴⁷⁾ Eine an die Lehre vom Normcharakter der AGB erinnernde Formulierung, die sich seltsamerweise bei den meisten Vertretern der Sozialstaats-Lösung findet.

werden, daß die AGB i. d. R. kein Problem der wirtschaftlichen Macht darstellen⁴⁸⁾. Ob ihre Verheimlichungseffekte als Inanspruchnahme „sozialer“ Macht verstanden werden können, muß fraglich sein.

Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung dieses Lösungsweges sollen hier die Bedenken gegen den positiv-rechtlichen Gehalt der Art. 20 I, 28 I GG (Programmsatz?)⁴⁹⁾ und ihre Anwendung im Zivilrecht⁵⁰⁾ übergangen werden. Unbehagen muß aber die unklare Interpretation des Sozialstaatsbegriffs erwecken. Der von der Verfassung nicht näher gekennzeichnete Begriff des „Sozialen“ ist in der staatsrechtlichen Literatur außerordentlich umstritten⁵¹⁾. Auch die Rechtsprechung hat bisher noch keine klaren Vorstellungen entwickelt. Interpretationen als Fürsorgestaat, als Risikogemeinschaft, als Wohlfahrtsstaat oder als Staat mit korporativ-ständischen Elementen stehen nebeneinander oder vermischen sich. Der Schutz des wirtschaftlich Schwachen, die kollektive Selbsthilfe, die staatliche Unterstützung und Schadensprävention (Schutz vor Raubbau und Ausbeutung), die Schlichtung sozialer Spannungen (soziale Integration) u. ä. werden als Aufgaben des Sozialstaats angesehen. Die Fülle der Meinungen läßt sich kaum klassifizieren.

Die Interpretation des Begriffs darf nur im Zusammenhang mit dem Begriff des Rechtsstaats erfolgen. Die Bundesrepublik ist kein „Sozialstaat“, sondern ein „sozialer Rechtsstaat“. Die Auslegung dieses Begriffs hat grundsätzlich nach den üblichen Methoden der Rechtswissenschaft zu geschehen. Dabei wird es die absolute Verfassungsgarantie, in der die Bezeichnung durch Art. 20 i. V. m. Art. 79 III GG steht, verlangen, daß den gesetzgeberischen Vorstellungen gegenüber einer aktuellen, teleologischen Auslegung ein stärkeres Gewicht zukommt als bei den Normen, die eher einem „stillen Verfassungswandel“ (M a u n z) unterworfen werden dürfen. Freilich kann sich die Interpretation nur nach dem „objektivierten“ Willen des Verfassungsgebers richten⁵²⁾. Die spezielle Entstehungsgeschichte des Begriffs im Parlamentarischen Rat⁵³⁾ kann bei der Unterschiedlichkeit der dort vertretenen Weltanschauungen kein bedeutsames Indiz sein. Allgemein einig war man sich allerdings in dem Bestreben, aus den Fehlern der Vergangenheit zu lernen⁵⁴⁾. Daher ist bei der Auslegung besonders die zurückliegende ver-

⁴⁸⁾ Vgl. auch v. B r u n n, a. a. O. (Form. Vertr. B.) S. 66.

⁴⁹⁾ Vgl. W e r n i c k e im Bonner Komm., Hamburg 1954, Art. 20 Anm. II, 1 d.

⁵⁰⁾ Ohne Bedenken BGHZ 18, 286 (291).

⁵¹⁾ Eine Auseinandersetzung mit dem Schrifttum kann im Rahmen dieser Problematik nicht erfolgen. Der Verfasser beschränkt sich daher auf die Darstellung der eigenen Auffassung.

⁵²⁾ Vgl. BVerfGE 1, 299 (315).

⁵³⁾ Vgl. W e r n i c k e im Bonner Komm. Art. 20 Erl. I und Art. 28 Erl. I.

⁵⁴⁾ Vgl. H. P e t e r s, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie (Festschr. für Rudolf L a u n), Hamburg 1953, S. 670.

fassungsgeschichtliche Entwicklung des Begriffs zu beachten⁵⁵). Die historische Annäherung an den Begriff des sozialen Rechtsstaats ist daher wohl der einzig gangbare Weg.

Der Begriff „Rechtsstaat“, für sich betrachtet, hat lediglich instrumentalen Charakter. Er ist die zusammenfassende Bezeichnung einer Reihe von Garantien für den Vollzug des staatlichen Lebens nach bestimmten Gerechtigkeitsvorstellungen. Diese Garantien bestanden zunächst in rein formalen Prinzipien wie: Gewaltenteilung, Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, gerichtlicher Rechtsschutz, Unabhängigkeit der Gerichte, öffentlich-rechtliche Entschädigung⁵⁵). Die Elemente eines solchen Legalitätsstaates konnten die ihnen zgedachte Aufgabe jedoch nicht erfüllen. Es war eine *unmittelbare* Bindung der Staatsgewalt an die Gerechtigkeit erforderlich. Das Grundgesetz hat neben der Perfektionierung der formalen Sicherungen, z. B. Art. 19 I, Art. 19 IV, Art. 100, auch solche materialen Bindungen geschaffen, z. B. in Art. 1, insbes. Abs. 3, i. V. m. Art. 79 III; Art. 20 III; Art. 19 II⁵⁷). Ein materialer Rechtsstaatsbegriff muß durch Nennung der Gerechtigkeitsvorstellungen, die er verwirklichen soll, inhaltlich ausgefüllt werden. Formelhaft könnte das durch Beifügung einiger Akjektive geschehen.

Ursprünglich hat sich der Rechtsstaat entwickelt im Kampf des bürgerlichen Liberalismus gegen den Absolutismus⁵⁸) um die Anerkennung einer staatsfreien Sphäre und gewisser Kontrollrechte bei der Staatswillensbildung. Das Problem war in dieser Phase⁵⁹) die positive Formulierung der Freiheitsrechte, die Sicherung der Freiheit gegenüber dem Staat⁶⁰).

Mit Verfestigung der konstitutionellen Staatsformen und der sozialen Wandlung zur Massengesellschaft trat diese Problematik hinter der Aufgabe zurück, ein Abgleiten in den Gruppen- oder Einzelegoismus zu verhüten. Das Ringen um einen Anteil am Wohlstand, das sich im rigorosen Gebrauch der wirtschaftlichen Freiheit zeigte (Monopole, Kartelle, Arbeitsmarkt) und auch auf politischer Ebene an die Stelle einer verantwortungsbewußten Staatswillensbildung zu treten drohte (Erstarken der Wirtschaftsverbände, Wirtschaftsparteien), machte es notwendig, der Freiheit des Einzelnen und

⁵⁵) Vgl. das ähnliche Vorgehen bei D. K e m m a n n, Der verfassungsrechtliche Begriff des sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz für die BRD . . . Diss. Köln 1956, S. 4.

⁵⁶) Vgl. K e m m a n n, a. a. O. S. 18 ff., 29/30.

⁵⁷) Vgl. auch BVerfGE 6, 32 (40); 7, 198 (205).

⁵⁸) Vgl. E. R. H u b e r, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, Oldenburg o. J. S. 9; hierzu und zum folgenden auch H. J. W o l f f, Verwaltungsrecht, Bd. I, 5. Aufl., München und Berlin 1963, § 9 I und 9 II.

⁵⁹) Freilich gehen die Entwicklungstendenzen zeitlich ineinander über, insbes. da die liberale Entwicklung durch reaktionäre Tendenzen Unterbrechungen erfuhr.

⁶⁰) Vgl. F. H a r t u n g, Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte . . . 2. Aufl., Göttingen, Frankfurt, Berlin 1954, S. 11.

der Gruppen Grenzen zu ziehen. Das wurde zunächst durch Betonung des Prinzips der sozialen Gerechtigkeit versucht⁶¹⁾. Wieder bestand das Problem in der positiven Formulierung dieser Vorstellungen.

Das gesteigerte Sicherheitsverlangen der Staatsbürger⁶²⁾ bei gleichzeitiger Lösung von ihren individuellen Sicherungsmöglichkeiten verstärkte aber die Übernahme der Daseinsvorsorge durch den Staat außerordentlich und erzeugte in Verbindung mit der staatlichen Hoheitsmacht die Gefahr, in den Kollektivismus als das andere Extrem abzugleiten⁶³⁾. Daraus ergab sich die Notwendigkeit einer Eingrenzung auch des sozialen Prinzips.

Wenn nach dieser Entwicklung die Bundesrepublik im Grundgesetz als „sozialer Rechtsstaat“ bezeichnet wird, so ist im Begriff des Rechtsstaates die liberale Tradition angesprochen, wogegen im Adjektiv „sozial“ auf die Versuche einer sozialen Verfassung Bezug genommen wird.

Wie die Struktur der meisten Grundrechtsformen zeigt, versteht die Verfassung das liberale Element nicht mehr im naiv-radikalen Sinne. „Es ist durch nichts gerechtfertigt, den Vätern des GG zu unterstellen, sie hätten mit der ‚freien Entfaltung der Persönlichkeit‘ alles das und nur das gemeint, was das ausgehende 18. und 19. Jahrhundert darunter verstanden hatten, und hätten damit die seitdem eingetretene Veränderung aller ideologischen und realsoziologischen Voraussetzungen ignoriert“⁶⁴⁾. Vielmehr gewährt das GG die freiheitlichen Grundrechte nur unter gleichzeitigem Hinweis auf ihre Begrenzung durch die Freiheitsrechte anderer⁶⁵⁾, vgl. z. B. Art. 2 I; 5 II; 5 III, 2; 9 II, 6 II, 2 und III; 14 II; 18; teilweise auch Art. 13 III.

Diese „immanenten“ Schranken könnte man als Ausfluß eines „Toleranzprinzips“ bezeichnen⁶⁶⁾. Es fordert im Kollisionsfalle die Zurückstellung eigener Interessen, damit höherwertige fremde Interessen freie Bahn zur selbständigen Verwirklichung erhalten⁶⁷⁾. Die Abgrenzung von Freiheit gegen Freiheit vollzieht sich heute also innerhalb des (neoliberalen) *Rechtsstaatsbegriffs*. Die allgemein übliche Bezeichnung dieser Vorbehalte als „Sozialstricken“ ist irreführend, verwässert das Sozialprinzip und

⁶¹⁾ Vgl. Hartung, a. a. O. S. 15.

⁶²⁾ Vgl. O. v. Nell-Breuning S. J., Die christliche Überwindung des Sicherheitskomplexes (1953), in: Nell-Breuning, Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. I, Freiburg 1956, S. 16.

⁶³⁾ Vgl. E. Forsthoff, Verfassungsprobleme des Sozialstaats, Münster 1954, S. 9.

⁶⁴⁾ Raiser in JZ 1958 S. 5; vgl. ferner v. Mangoldt und Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1957, Art. 2 Anm. III, 3.

⁶⁵⁾ Vgl. die Formulierung des BVerwG, daß der Soweitsatz des Art. 2 I GG die Schranken „nicht schafft, sondern nur bewußt macht“. — BVerwGE 1, 321 (323).

⁶⁶⁾ Vgl. Nipperdey in HdW Bd. II, 1959, S. 1633.

⁶⁷⁾ Vgl. H. J. Wolff, a. a. O. § 11 II und die ähnliche Formulierung des BVerfG über die Bedeutung des Art. 5 II GG in: BVerfGE 7, 198 (210).

desavouiert das Freiheitsprinzip⁶⁸). Eine solche Terminologie mutet wie ein Schattenboxen an, denn niemand vertritt heute noch den anarchistischen Freiheitsbegriff. „Der radikalste Manchestermann wird nicht zugeben, daß bei der verfassungsmäßigen Vertragsfreiheit auch *Sh y l o c k s* Vertrag mitgemeint sei⁶⁹).“

Enthält das liberale Prinzip somit selbst schon seine Schranken⁷⁰), so kann das soziale Prinzip⁷¹) nicht mehr als seine Läuterung angesehen werden. „Die Freiheitsgarantie des Art. 2 I und das Prinzip der Sozialstaatlichkeit der Art. 20 I, 28 I verhalten sich zueinander nicht wie Regel und beschränkende Ausnahme, sondern wie These und Antithese im dialektischen Prozeß der Verwirklichung unseres Staates⁷²).“ Das *Sozialprinzip* hat neben dem Toleranzprinzip eine selbständige Aufgabe. Es verlangt über die Zurückstellung der eigenen Interessen hinaus eine positive Förderung fremder Interessen⁷³). Damit ist freilich eine weitere Einschränkung der persönlichen Freiheit nicht zu vermeiden, jedoch geschieht diese nicht im Interesse der Freiheit anderer, sondern im Interesse der *Wohlfahrt* anderer.

Gegenüber einem verabsolutierten Freiheitsbegriff enthält das GG also eine doppelt abgestufte⁷⁴) Beschränkung: das Toleranzprinzip und das Sozialprinzip. Beide fließen letztlich aus der Achtung vor der Würde des Mitmenschen, denn dazu gehört die rechtliche Freiheit zur Persönlichkeitsentfaltung ebenso wie ein gewisses materielles Existenzminimum als faktische Voraussetzung der Freiheit. Die Verkoppelung des neoliberalen mit dem sozialen Gedanken, der *justitia commutativa* mit der *justitia distributiva*⁷⁵) im spannungsreichen Begriff des sozialen Rechtsstaats stellt somit die Gesetzgebung wie auch die Rechtsprechung vor drei Aufgaben:

⁶⁸) Eine Kennzeichnung als „Gemeinschaftsgebundenheit“ (BVerfGE 4, [15]) wäre zu akzeptieren, soweit dieser Begriff als Oberbegriff zum Toleranz- und Sozialprinzip verstanden wird.

⁶⁹) E. E h r l i c h, Juristische Logik, (a. a. O.) S. 240.

⁷⁰) So auch v. B r u n n, a. a. O. (Form. Vertr. B.) S. 66.

⁷¹) Die Ausprägungen des Sozialprinzips im Grundrechtsteil sind nicht zahlreich, wohl nur: Art. 6 IV und Art. 13 III (Behebung der Raumnöte). Dagegen geben Art. 7 I, IV, 4 und V sowie Art. 12 II dem Staat Eingriffsmöglichkeiten zur Befriedigung von Kollektivbedürfnissen, d. h. von solchen Bedürfnissen, die nur im gemeinschaftlichen Zusammenwirken gedeckt werden können und somit zu einem Bereich gehören, der von vornherein nicht „staatsfrei“ war. Hierher rechnet evtl. auch Art. 15.

⁷²) R a i s e r in JZ 1958 S. 5/6.

⁷³) Vgl. H. J. W o l f f, a. a. O. § 11 II; vom Begünstigten her gesehen: Recht auf „Teilhabe“, vgl. E. F o r s t h o f f, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, Berlin 1954 (VVDStL H. 12) S. 19 und 25.

⁷⁴) Was z. B. deutlich wird bei der herrschenden Interpretation des Soweit-Satzes in Art. 2 I, wonach zur verfassungsmäßigen Ordnung „auch“ die Sozialentscheidung des GG gehört, vgl. BVerwGE 3, 303 (304); BVerfGE 8, 274 (329).

⁷⁵) Vgl. W. H a m e l, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957, S. 28.

- (1) zu entscheiden, wann bestimmte Interessen soviel höherrangig sind, daß die Zurückstellung kollidierender Interessen erforderlich wird;
- (2) zu entscheiden, wann die betreffenden Interessen soviel mehr höherrangig sind, daß ihre positive Förderung verlangt werden kann;
- (3) zu entscheiden, auf welche Weise diese Förderung durchgeführt werden soll.

Der Verfasser ist der Ansicht, daß die wirtschaftspolitische Konzeption der sozialen Marktwirtschaft diese Problemstellung erkannt hat und auch brauchbare Entscheidungskriterien anbietet⁷⁶⁾. An dieser Stelle geht es aber nur um die Frage, ob das Sozialprinzip begrifflich dazu dienen kann, durch Einschränkung der Freiheit des Proponenten die faktische Vertragsfreiheit des Adherenten wiederherzustellen. Nach dem hier dargestellten Begriff des sozialen Rechtsstaats muß die Frage klar verneint werden. „Gerade in Hinsicht auf das individualistische Prinzip und nicht auf irgendwelche Gemeinschaftsmystizismen ergeben sich die Schranken für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁷⁷⁾.“ Freiheit gegen Freiheit zu schützen ist Aufgabe des Toleranzprinzips⁷⁸⁾. Aufgabe des Sozialprinzips hingegen ist die Durchsetzung von Wohlfahrtsinteressen gegen die — schon gemilderten — Freiheitsrechte. Somit müßte geradezu im Gegenteil überlegt werden, ob das Sozialprinzip nicht sogar zur *Rechtfertigung* der AGB herangezogen werden kann, d. h., ob sich nicht in der getroffenen Risikoverteilung positive Effekte für die Gesamtwohlfahrt nachweisen lassen, hinter denen die Freiheitsinteressen des Adherenten (!) zurückstehen müßten⁷⁹⁾.

5. Begrenzung durch Art. 2 I GG

Folgerichtig müßte nun untersucht werden, ob nicht das „Toleranzprinzip“ die Vertragsfreiheit zu begrenzen vermag. Zweifellos müssen sich die Einschränkung der Vertragsfreiheit und damit die Inhaltskontrolle der AGB im Rahmen dieses Grundsatzes bewegen. Werden für die Konkretisierung

⁷⁶⁾ Nach Ansicht des Verfassers stellt ein (neosozialer) Wohlfahrtsstaat, der eine umfangreiche Einkommensverteilungspolitik betreibt, ebensowenig eine echte Synthese von liberalem und sozialem Prinzip dar, wie eine berufsständisch-leistungsgemeinschaftliche Ordnung (N e l l - B r e u n i n g), der E. R. H u b e r, a. a. O. und E. F e c h n e r (Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1953) mit ihrer Betonung der Integrationsaufgabe, der Hilfe zur Selbsthilfe, des Subsidiaritäts- und Mitbestimmungsprinzips nahestehen scheinen.

⁷⁷⁾ W. F l u m e, a. a. O. S. 168/169.

⁷⁸⁾ Es ist daher wohl in sich nicht folgerichtig, wenn Th. M a u n z und G. D ü r i g (Grundgesetz, Loseblatt-Komm. Stand März 1964) Art. 2 I bei Rdn. 58) schreiben: „Das die Sozialentscheidung auf jeden Fall erlaubt, zugunsten der abhängigen Partner unsoziales Verhalten seitens marktbeherrschender Unternehmen abzuwehren, ist heute zweifelsfrei, und eine solche staatliche Abwehrbefugnis wäre selbst im liberalen Rechtsstaat nicht zu bezweifeln gewesen.“

⁷⁹⁾ Siehe dazu § 8 V d. Arb.

der „Toleranzen“ jedoch positiv-rechtliche Anhaltspunkte gesucht, so würde, soweit die Rechtslage im gesamten Bundesgebiet betrachtet wird⁸⁰⁾, nur noch Art. 2 I GG zur Verfügung stehen. Dazu muß man allerdings bereit sein, sich über Bedenken gegen die sog. Drittwirkung der Grundrechte hinwegzusetzen. Durchgesetzt hat sich wohl die Ansicht, daß die Grundrechte zumindest bei der Interpretation von unbestimmten Rechtsbegriffen im Rahmen der zivilrechtlichen Generalklauseln „Ausstrahlungswirkungen“ entfalten können⁸¹⁾. Das gleiche müßte auch für die Konkretisierung der tragenden zivilrechtlichen Prinzipien, wie z. B. des Grundsatzes der Vertragsfreiheit, gelten. Auch die zivilrechtlichen Grundgedanken stehen unter dem Aspekt der Verfassungswertungen.

Da Art. 2 I GG nach h. L. auch die Vertragsfreiheit gewährleistet⁸²⁾, gelten für diese auch die Schranken des Soweit-Satzes. Wenn jedoch einige Autoren hieraus die Lösung der AGB-Problematik herleiten wollen⁸³⁾, so steht ihnen die herrschende Interpretation des Art. 2 I im Wege.

Soweit die AGB einen Verstoß gegen das Sittengesetz enthalten, werden sie schon durch § 138 I BGB erfaßt⁸⁴⁾. Zusätzliche Schranken könnten sich daher nur in den „Rechten anderer“ und in der „verfassungsmäßigen Ordnung“ finden. Nun versteht die h. L. unter den Rechten anderer ausschließlich subjektive Rechte oder Rechtspositionen (Reflexrechte)⁸⁵⁾. Insbesondere sind in den Rechten anderer nicht „kollektive Rechte der anderen, d. h. also der Gemeinschaft“ inbegriffen⁸⁶⁾. Gerade an korrigierenden subjektiven Rechten aber fehlt es. Beeinträchtigt wird durch die AGB nur ein allgemeines Freiheitsrecht des anderen. So wenig wie z. B. die Forderung überhöhter Preise im Regelfall gegen die Rechte anderer verstößt⁸⁷⁾, so wenig kann auch der Versuch, einseitige AGB durchzusetzen, dagegen verstoßen. Somit bleibt nur noch der sehr umstrittene Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ als Ansatzpunkt.

⁸⁰⁾ Für die Landesverfassungen vgl.: Art. 52 II, 2 Rh.-Pf. V.; Art. 151 II Bay. V.; Art. 39 I Hess. V., die mit einem Verbot des Mißbrauchs wirtschaftl. Freiheit weiterreichende Kontrollmöglichkeiten geben.

⁸¹⁾ Vgl. BVerfGE 7, 198 (204—207).

⁸²⁾ Grundlegend BVerwGE 1, 321 (323); darauf Bezug nehmend: BVerwGE 2, 114 (115); 2, 118 (120); 3, 303 (304); 4, 332 (336); ebenso: BVerfGE 8, 274 (328); a. A. W. H a m e l, a. a. O. S. 35, O. B a c h o f, Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte (Hrsg. B e t t e r m a n n, N i p p e r d e y, S c h e u n e r) Bd. 3, 1, S. 167, wohl auch H. P e t e r s, a. a. O. (Festschrift f. L a u n) S. 673.

⁸³⁾ v. N o t t b e c k, a. a. O. S. 76 ff.; vgl. auch H. C. N i p p e r d e y, in: HdW Bd. II S. 1634 i. V. m. S. 1632 und N i p p e r d e y, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, Karlsruhe 1954, S. 11.

⁸⁴⁾ Vgl. L a u f k e, a. a. O. (Festschr.) S. 179; BVerwGE 4, 24 (32) über sittenwidrige Preisgestaltung.

⁸⁵⁾ Vgl. v. M a n g o l d t - K l e i n, a. a. O. Art. 2 Anm. IV, 1 a.

⁸⁶⁾ So aber der Badische VGH in: DVBl. 1951 S. 635 (636); auch OVG Münster in DVBl. 1953 S. 761 (763); wie hier dagegen: BGH in DVBl. 1953 S. 471; M a u n z - D ü r i g, a. a. O. Art. 2 I Rdn. 15.

⁸⁷⁾ Vgl. BVerwGE 4, 24 (32).

Die wohl weiteste Auslegung sah in diesem Begriff einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Zur verfassungsmäßigen Ordnung rechnete danach jedes formell und materiell verfassungsmäßige Gesetz⁸⁸⁾. Während diese Auffassung in der Literatur aufgegeben wurde⁸⁹⁾, setzte das Bundesverfassungsgericht die verfassungsmäßige Ordnung mit „verfassungsmäßiger Rechtsordnung“ gleich⁹⁰⁾, wobei es zur Abwehr des Vorwurfs eines Leerlaufens des Grundrechts auf die materialen Bindungen des Gesetzgebers (Art. 1; 20; 79 III und 19 II GG) hinwies. Folgt man dieser Interpretation, kommt das Problem der AGB um keinen Schritt seiner Lösung näher, denn an formellen, gesetzlichen Einschränkungen der Vertragsfreiheit fehlt es ja gerade.

Folgt man dagegen engeren Begriffen und versteht unter verfassungsmäßiger Ordnung nur die von der Verfassung zur Verwirklichung ihrer Grundsätze geforderten Ausführungsgesetze⁹¹⁾ oder nur die Verfassungsnormen selbst⁹²⁾ oder gar nur die elementaren⁹³⁾ oder wesentlichsten⁹⁴⁾ Verfassungsgrundsätze, so steht man vor der Notwendigkeit, diese mit der Vertragsfreiheit angeblich kollidierenden Grundsätze genauer zu benennen. Es darf bezweifelt werden, ob der banale wirtschaftliche Sachverhalt allgemeiner Geschäftsbedingungen überhaupt in der Lage ist, derartige Grundsätze zu verletzen. „Essentialia der Existenz des Staates⁹⁵⁾“ werden aber gewiß nicht beeinträchtigt. Auch die traditionellen Polizeigüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die nach D ü r i g im Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung enthalten sein sollen⁹⁶⁾ bieten keinen Ansatzpunkt; denn die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen ist zwar Wirtschaftspolitik, keineswegs aber eine polizeiliche Aufgabe.

Die Sozialstaatsentscheidung des Grundgesetzes, die nach h. L. auch zur verfassungsmäßigen Ordnung zählt⁹⁷⁾, da sie einen fundamentalen Verfas-

⁸⁸⁾ Vgl. H. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl., München und Berlin 1953, Art. 2 Anm. 2 (S. 47).

⁸⁹⁾ Vgl. v. Mangoldt-Klein, a. a. O. Art. 2 Anm. IV, 2 a; auch: BVerwGE 4, 24 (33).

⁹⁰⁾ BVerfGE 6, 32 (37); dem folgend wohl auch BVerwG in DVBl. 1958, S. 651.

⁹¹⁾ So etwa Maunz-Durig, a. a. O. Art. 2 I bei Rdn. 18 (cc).

⁹²⁾ So Wernicke im Bonner Komm., Anm. II, 1 b zu Art. 2 i. V. m. Anm. II, 2 c zu Art. 9.

⁹³⁾ BGH in DVBl. 1953 S. 471; v. Mangoldt-Klein, a. a. O. Art. 2 Anm. IV, 2 a.

⁹⁴⁾ U. Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in VVDStL H. 11, Berlin 1954, S. 21.

⁹⁵⁾ Vgl. Herbert Krüger, Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, in NJW 1955 S. 204.

⁹⁶⁾ G. Durig, Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalmächtigung zu allgmeinpolizeilichen Maßnahmen, in: Arch. öff. R. 79. Bd. (1953/54) S. 57 ff. (insbes. 74 ff.).

⁹⁷⁾ Vgl. BVerwGE 3, 303 (304); BVerfGE 8, 274 (329); Th. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 12. Aufl., München und Berlin 1963, S. 103.

sungsgrundsatz darstellt, ist — wie gezeigt — ebenfalls nicht in der Lage, eine Kontrolle der AGB zu stützen. Die in dieser Arbeit noch anzuführenden wirtschaftspolitischen Grundsätze, nach denen die AGB zu beurteilen sind, lassen sich wegen der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes, von der die h. M. ausgeht⁹⁸), nicht als tragende Verfassungsgrundsätze hinstellen. Für diese Kriterien muß eine andere dogmatische Verankerung gesucht werden.

Rechnet man zur verfassungsmäßigen Ordnung auch ungeschriebene Rechtssätze außerhalb des Grundgesetzes und unter ihnen die tragenden Prinzipien des Zivilrechts⁹⁹), so ist man auf dem Umweg über die Verfassungsnormen doch wieder auf das Privatrecht selbst verwiesen. Eine Einschränkung des Vertragsfreiheitsprinzips vollzieht sich dann legitimerweise im Rahmen des Begriffs der verfassungsmäßigen Ordnung, wird aber nicht aus ihm deduziert.

II. Materialer Begriff der Vertragsfreiheit

Neben dieser Suche nach formellen Einschränkungen eines formalen Begriffs der Vertragsfreiheit verlief in der Literatur eine zweite Entwicklungslinie, die insbes. von R a i s e r eingeleitet¹⁰⁰) und verfolgt¹⁰¹) wurde und bei H u r s t¹⁰²) nochmals eine deutliche Ausprägung erfuhr. Diese Lehre bemüht sich um einen materialen Begriff der Vertragsfreiheit, indem sie Zielvorstellungen in den Begriffsinhalt aufnimmt. Ein teleologisch definierter Begriff soll nach ihrer Ansicht seine Grenzen in sich selbst tragen. Den obersten Zweck der Vertragsfreiheit erblickt man dabei in einem Dienst an der Gemeinschaft. Ein Gebrauch der Vertragsfreiheit, der den „Gemeinschaftsbelangen“ zuwiderläuft, überschreitet die „immanenten Schranken“ des Prinzips, wird durch den materialen Begriff nicht mehr gedeckt und steht also ohne Rechtfertigung durch die Privatautonomie da. Diese Lehre von den immanenten Schranken der Vertragsfreiheit steht damit vor zwei Problemen:

- (1) der Konkretisierung der Gemeinschaftsbelange,
- (2) der rechtssystematischen Einordnung des materialen Begriffs bzw. der immanenten Schranken.

1. Gemeinschaftsinteresse an der Vertragsgerechtigkeit

Die Gemeinschaftsbelange wurden konkretisiert als ein Interesse der Gemeinschaft an der Verwirklichung eines gerechten Ausgleichs von Vor- und

⁹⁸) Vgl. BVerfGE 4, 17; 7, 377 (400).

⁹⁹) So L a u f k e, a. a. O. (Festschr. f. H. L e h m a n n) S. 178 und v. N o t t b e c k, a. a. O. S. 78.

¹⁰⁰) R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 279 ff.

¹⁰¹) Beitrag zum Streitgespräch auf dem 41. Deutschen Juristentag, vgl. Verhandlungen des 41. DJT, Tübingen 1956, Bd. II, E; Vertragsfreiheit heute, in: JZ 1958 S. 1 ff.; Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. I, Karlsruhe 1960.

¹⁰²) H u r s t, a. a. O. bes. S. 102.

Nachteilen, von Rechten und Pflichten, von Leistung und Gegenleistung¹⁰³). Dabei blieb aber unklar, wie die Angemessenheit der gegenseitigen Vertragsrechte über den Kreis der Vertragsparteien hinaus Einfluß auf das Gemeinwohl gewinnt und wieso dieses Gemeinwohl mehr ist als die Summe der Einzelinteressen. Vertragsgerechtigkeit und Verteilungsgerechtigkeit wurden ziemlich kritiklos gleichgesetzt¹⁰⁴). R a i s e r scheint die inter-omnes-Wirkung der Vertragsgerechtigkeit psychologisch begründen zu wollen, wenn er schreibt, es gehe „wesentlich darum, ob die Regelung der Lebensverhältnisse, wie sie die AGB vorsehen, dem Rechtsempfinden des Volkes entspricht und dem Gemeinwohl zuträglich ist oder nicht¹⁰⁵).“

Unklar blieb ferner der Maßstab, an dem die Vertragsgerechtigkeit gemessen werden sollte. Es wurde verwiesen auf die dem (dispositiven und zwingenden) Gesetzesrecht immanenten Wertungen¹⁰⁶) oder noch allgemeiner auf die der jeweiligen Sozial- und Wirtschaftsverfassung zugrundeliegenden Überzeugungen¹⁰⁷), die sich „nach Zeiten und Völkern im Wandel der ergriffenen Wahrheiten“ verändern¹⁰⁸). Die Vertragsgerechtigkeit könne nicht aus einem Obersatz deduziert, sondern müsse in Anschauung der konkreten Lebensverhältnisse gefunden werden. „Dem Richter fällt die große Aufgabe zu, danach in weiser Differenzierung und Anpassung an die Gegebenheiten des sozialen und wirtschaftlichen Lebens die Entscheidung zu finden¹⁰⁹).“

Doch selbst wenn man brauchbare Grundwertungen des dispositiven Gesetzesrechts finden würde, bliebe noch festzustellen, wieweit sich die Parteivereinbarung von der gesetzlichen Lastenverteilung entfernt hat und wieweit sie sich davon entfernen darf. Man steht vor der Aufgabe, den Bereich der Privatautonomie gegenüber den Dispositivnormen neu abzugrenzen. In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des BGH vom 17. 2. 1964¹¹⁰) beachtenswert, in der auf den unterschiedlichen Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Dispositivnormen hingewiesen wird. Der BGH unterschied dabei zwischen auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhenden Regelungen und aus der Natur der Sache sich ergebenden Gerechtigkeitsgebote.

Den häufigen Hinweisen auf das dispositive Gesetzesrecht folgend, hat v. N o t t b e c k versucht, einige der zivilrechtlichen Grundwertungen zu

¹⁰³) Vgl. OLG München in HRR 1940 Nr. 1075.

¹⁰⁴) M. F i s c h e r, a. a. O. S. 47: „Im Vertrag bestimmt der Mensch über seine liebsten Güter, und indem dies jeder an seiner Stelle tut, werden die Interessen aller gewahrt. Damit wird der Vertrag zum unmittelbaren Instrument der Gerechtigkeit.“

¹⁰⁵) R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 290.

¹⁰⁶) Vgl. H a u p t in ZAkDR 1943, S. 85 r. Sp. o.; N a s t e l s k i in DRiZ 1955 S. 214; H u r s t, a. a. O. S. 103 und 119; v. N o t t b e c k, a. a. O. S. 96/97.

¹⁰⁷) R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 280.

¹⁰⁸) R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 283 o.

¹⁰⁹) R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 288/89.

¹¹⁰) NJW 1964 S. 1123.

ermitteln. Unter seinen Ergebnissen¹¹¹⁾ sind für die Freizeichnungsklauseln besonders drei Rechtsgrundsätze bedeutsam:

- (1) der Satz: *pacta sunt servanda*, der willkürlichen „freibleibend“-Klauseln und sachfremd motivierten Rücktrittsklauseln entgegensteht¹¹²⁾, da sie — so müßte man wohl begründen — in Verbindung mit den Verheimlichungseffekten einem Vertragsbruch gleichkommen;
- (2) die besonders hervorgehobene Stellung der groben Fahrlässigkeit im BGB, aus der v. Nottbeck folgert, daß Haftungsausschlüsse für grobe Fahrlässigkeit nur in Individualvereinbarungen möglich sein sollten¹¹³⁾;
- (3) der Grundsatz des Einstehenmüssens für Schädigungen aus der persönlichen Rechtssphäre, an dem z. B. die generelle Abdingbarkeit der Haftung für Organisationsmängel und teilweise (!) auch die Abdingung der Haftung für die sog. mittelbaren Schäden scheitert¹¹⁴⁾.

Diese bemerkenswerten Einzelresultate stellen freilich — was v. Nottbeck aber auch nicht behauptet — keine Konkretisierung der Vertragsgerechtigkeit i. S. der „Angemessenheit“ dar, sondern sind im Grunde pragmatisch bedingt durch Notwendigkeiten des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs¹¹⁵⁾. Die Rechtsprechung, die bei der Anwendung des § 242 BGB an dem Kriterium des *iustum pretium* festhält¹¹⁶⁾, bedarf daher einer Überprüfung. Wenn die Vorstellung von der Vertragsgerechtigkeit keinen Eingang in unsere Zivilrechtskodifikationen gefunden hat, kann man sie wohl kaum noch als zentrales Anliegen der Vertragsfreiheit hinstellen.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit hat seine Wurzel in der Naturrechtslehre des 17. und 18. Jh. Oberster Wert ist für diese die Würde des Menschen, durch die er sich über das Tierreich erhebt und die aus drei Eigentümlichkeiten begründet wird¹¹⁷⁾: aus seiner Vernunftbegabung, seiner Willensbegabung und seiner Gemeinschaftsbezogenheit, wobei die Gemeinschaft entweder als Schutzinstrument im Kampf aller gegen alle angesehen wird (Hobbes) oder als Mittel der sittlichen Vervollkommnung des Menschen, der nun einmal nicht auf Isolierung angelegt ist (Pufendorf).

¹¹¹⁾ Zusammenstellung a. a. O. S. 128.

¹¹²⁾ v. Nottbeck, a. a. O. S. 101 ff.

¹¹³⁾ a. a. O. S. 108 ff.

¹¹⁴⁾ a. a. O. S. 113 ff.

¹¹⁵⁾ Aus diesem Grunde stimmen sie auch weitgehend mit den hier aus wirtschaftlicher Sicht vertretenen Ansichten überein. — v. Nottbeck verweist selbst auf die „Verkehrsinteressen“ (a. a. O. S. 99/100) und zitiert zu § 459 BGB die Motive zu § 381 des 1. Entwurfs zum BGB.

¹¹⁶⁾ Vgl. die zu § 5 I dieser Arbeit zitierte Literatur, ferner Soergel-Siebert, BGB Bd. I, 9. Aufl., Stuttgart 1959, § 242 Anm. 9, der ebenfalls die Funktion des Vertrages in einem „angestrebten Interessenausgleich“ erblickt.

¹¹⁷⁾ Vgl. Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis* (1625), Vorrede 6. und 8.; Buch I Kap. 1 § III; Buch I Kap. I § X, 1; Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium* (1688), Buch I Kap. III § 1; Buch I Kap. IV § 1; Buch II Kap. I § 5.

dorf)¹¹⁸⁾. Aus diesen Prämissen wurden mit verschiedenen Konstruktionen die naturrechtlichen Normen abgeleitet, an die sich das positive Recht gebunden fühlen sollte. Als oberste Grundsätze erscheinen die Gleichberechtigung und die Freiheit aller Menschen¹¹⁹⁾. Daraus folgt weiter, daß es keine Herrschaftsmacht weder über Sachen noch über Personen geben kann ohne Zustimmung anderer und daß es keine Verpflichtung geben kann, außer durch den eigenen Willen¹²⁰⁾.

Daß die Freiheitssphäre des einzelnen an den Freiheitsrechten der Mitbürger ihre Grenze finden muß, liegt ja auf der Hand. Das Ziel der Freiheit kollidiert also mit dem Ziel der Gleichheit. Die Naturrechtslehre *forderte* daher verantwortungsbewußten Gebrauch der Privatautonomie¹²¹⁾. Aus der Tatsache, daß jeder Mensch die gleichen Lebensrechte hat, folgte für den kommerziellen schuldrechtlichen Vertrag die Forderung nach Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung¹²²⁾.

Die Vorstellung, daß neben der Freiheit die Gleichheit auch tatsächlich verwirklicht werden *könne*, beruhte auf zwei Prämissen¹²³⁾: Erstens: der Mensch könne auf Grund seiner Vernunftbegabung Gut und Böse unterscheiden; zweitens: er werde sich auch grundsätzlich für das im Gemeinschaftssinn Gute entscheiden, wenn er in der Willensbetätigung frei sei, denn das Gemeinwohl liege in seinem wohlverstandenen Eigeninteresse. Die Fehlerquellen, die wegen mangelnden Unterscheidungsvermögens, unzulänglicher Einsicht in die eigenen Bedürfnisse, äußerer Beeinflussung, Angewohnheiten, Leidenschaften und Maßlosigkeiten, Willensmängel usw. der freiwilligen Verwirklichung der Gerechtigkeit entgegenstehen, wurden ursprünglich keineswegs übersehen¹²⁴⁾. Auch die Ungleichheiten der realen Vermögenslagen und Machtverhältnisse wurden beachtet¹²⁵⁾. Jedoch besteht das Naturrecht gerade aus solchen Normen, die sich aus der Willensbetätigung des vernunftbegabten und gemeinschaftsbewußten Individuums ergeben *würden*, wenn alle Fehlerquellen ausgeschaltet wären¹²⁶⁾. Die Wahrheit der Normen ist etwas anderes als die Wahrheit der Tatsachen¹²⁷⁾.

¹¹⁸⁾ Vgl. G. Stratenwerth, Naturrecht, in HDSW Bd. VII (1961).

¹¹⁹⁾ Vgl. Grotius, a. a. O. Buch I Kap. I § V.

¹²⁰⁾ Vgl. G. Hufeland, Lehrsätze des Naturrechts, Jena 1790, § 216.

¹²¹⁾ Pufendorf, a. a. O. Buch II Kap. I § 8: „Ex quibus omnibus adparet, libertatem hominis naturalem, quae quidem revera ipsi competit, & non per abstractionem concipitur, *semper cum vinculo* aliquo, sanae rationis nimirum, & legis naturalis, esse intelligendam.“

¹²²⁾ Pufendorf, a. a. O. Buch V, Kap. III § 10.

¹²³⁾ Vgl. Grotius, a. a. O. Vorrede Nr. 9; Pufendorf, a. a. O. Buch I Kap. III § 3 und Buch I Kap. IV § 4 (Mitte).

¹²⁴⁾ Vgl. Pufendorf, a. a. O. Buch I Kap. IV. §§ 4—10.

¹²⁵⁾ Derselbe a. a. O. Buch III Kap. II § 9.

¹²⁶⁾ Pufendorf, a. a. O. Buch III Kap. II § 9 a. E.: „Verum ista inaequalitas civilis nihil obstat illis praeceptis, quae ex aequalitate naturali jam deduximus.“

¹²⁷⁾ „Die Naturrechtslehre glaubt die Widerstandskraft des Stoffes gegen die Idee gleich Null setzen zu können.“ — G. Radbruch, Rechtsidee und Rechtsstoff, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 17 (1923/24) S. 344.

Sobald man sich aber den Fragen des positiven Rechts näherte, ergaben sich Schwierigkeiten, die Prinzipien des Naturrechts näher zu konkretisieren und Garantien dafür zu finden, daß der einzelne auch tatsächlich die Interessen der Gemeinschaft berücksichtigt. Man neigte von Anfang an dazu, einen gesetzlichen Rahmen zu empfehlen, der allzu krasse Gemeinschaftswidrigkeiten verhütet, innerhalb dessen aber die Verfolgung des Eigennutzes zu gestatten sei¹²⁸⁾. Eine genauere Sicherung gegen Freiheitsmißbrauch wurde schon bei den Begründern des säkularen Naturrechts ersetzt durch moralische Appelle an die Rücksichtnahme¹²⁹⁾. Damit waren die Weichen gestellt für eine Trennung von Legalität und Moralität, von Gesetzesrecht einerseits, Billigkeit und Sittlichkeit andererseits, von *officia iuris* und *officia virtutis* sc. *ethica*¹³⁰⁾, für eine Entwicklung, die bei den Epigonen des Naturrechts zu einem überspitzten Formalismus führte.

Das Problem der Interessenkollisionen wurde dadurch bagatellisiert¹³¹⁾. Im Bestreben, praktikable Formen zu finden, kam es zur Formalisierung der Theorie¹³²⁾, und bei der Übernahme in die Rechtspolitik wurden die Modellform des Naturrechts und der imperative Charakter seiner Prämissen übersehen. Ein vernünftiges Handeln der Rechtssubjekte wurde unterstellt. Vielleicht aus dieser Illusion heraus glaubten die Gesetzgebungsgremien des bürgerlichen Liberalismus in ihren Zivilrechtskodifikationen die Garantie der Gerechtigkeit einem Automatismus überlassen zu können. Jedenfalls war damit das naturrechtliche Gedankengut so geschwächt, daß der Gesetzgeber der Willensdoktrin¹³³⁾ der historischen Schule folgen konnte.

¹²⁸⁾ Vgl. Pufendorf, Buch II Kap. III § 18 und dazu W. Simons, Einleitung S. 28 a zu S. Pufendorf, Bd. I der Ausgabe Oxford — London 1934.

¹²⁹⁾ Vgl. speziell im Zusammenhang mit der Äqualitas bei Verträgen Grotius, a. a. O. Buch II Kap. XII § XII Nr. 2:
„Wer dem positiven Recht nicht untertan ist, muß das befolgen, was die Vernunft ihm als das Recht vorschreibt, und dies gilt ebenso für die, die dem positiven Gesetz untertan sind, wenn es sich nur um das handelt, was billig und sittlich ist, solange das positive Gesetz nicht ein Recht gibt oder nimmt, sondern nur dem natürlichen Recht aus irgendeinem Grunde seine Hilfe versagt.“ (Übersetzung: W. Schätzel, Tübingen 1950).

¹³⁰⁾ Vgl. Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten, Teil I, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, „Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre“ und „Einleitung der Metaphysik der Sitten überhaupt“.

¹³¹⁾ Vgl. z. B. J. G. Buhle, Lehrbuch des Naturrechts, Göttingen 1798, § 92 (S. 75).

¹³²⁾ Vgl. einerseits Grotius, Vorrede Nr. 10 (Übers. S. 33); Buch I Kap. I § IV und § VIII, 1; andererseits Hufeland, a. a. O. §§ 61 und 62 und Buhle, a. a. O. §§ 84 und 88. Buhle, a. a. O. § 34: „Für die Verträglichkeit der Freyheit mehr gegenseitig handelnder vernünftiger Wesen ist aber nichts weiter, als Legalität nothwendig erforderlich.“ Vgl. auch die Schilderung der Entwicklung bei H. Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962 S. 163—167.

¹³³⁾ Vgl. F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840, Buch II Kap. I §§ 52 und 53. G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. I, Leipzig 1841, §§ 1—7; G. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch (Komm.) Bd. I, 1. Aufl., Berlin 1897, Vorbem. Tz. I vor § 145.

Er stellte das freie Wirksamwerden des Willens in den Mittelpunkt. Gegen Willensmängel sah er Schutzmöglichkeiten vor¹³⁴).

Auf diese Weise konnte man die Schwierigkeiten umgehen, objektive Wertmaßstäbe für die Vorstellung von der Vertrags- bzw. Verteilungsgerechtigkeit bestimmen zu müssen. Bei der unüberschaubaren Differenzierung des Bedarfs ist ein zentrales System zur „gerechten“ Verteilung des Sozialprodukts ungeeignet. Eine annähernd reibungslose Bedürfnisbefriedigung kann in der modernen Gesellschaft nur ein dezentralisiertes (Tausch-)System ermöglichen. Da aber die Wertvorstellung, betreffend die getauschten Güter, subjektiv sind¹³⁵) und u. U. weit differieren¹³⁶), konnte das Recht selbst keine objektiven Maßstäbe für ein *iustum pretium* setzen, sondern mußte einen Mechanismus schaffen, der die Garantie bot, daß sich die getauschten Güter subjektiv wertmäßig entsprechen. Diese „Richtigkeitsgewähr“ (Schmidt-Rimpler) erwartete man von einem freien Aushandeln von Leistung und Gegenleistung. Zum Aushandeln sollten die Partner gezwungen werden, indem die rechtliche Sanktion jeder Wertbewegung von der Zustimmung des Geschäftspartners abhängig gemacht wurde. Der gerechte Ausgleich stellte sich nach dieser Auffassung dann auf Grund der einfachen Tatsache ein, daß jeder verständige Mensch auf seinen Vorteil selbst achtet¹³⁷). Die Vertragsgerechtigkeit wurde somit operational definiert: als gerecht galt, was gewollt war. Es wurde damit zum ersten Ziel des Vertragsrechts, die beiderseitige Willensherrschaft der Parteien zu ermöglichen. Das dahinterliegende zweite Ziel, die Herstellung eines „materialen Leistungsgleichgewichts“, wurde nicht zum Rechtszweck der gesetzlichen Regelung erhoben¹³⁸). „Die Gestaltung aus Selbstbestimmung in einem Rahmen, der nach der Rechtsordnung der Selbstbestimmung überlassen ist, ist einem rechtlichen Urteil, ob sie ‚richtig‘ ist, unzugänglich.“ Vielmehr ist der Vertrag richtig, „weil und soweit er von der beiderseitigen Selbstbestimmung der Vertragsschließenden getragen ist¹³⁹).“

Man glaubte sich vielleicht zu einem solchen Vorgehen berechtigt durch die Lehren der klassischen Nationalökonomie, denen zufolge sich im freien Spiel der Kräfte auf Grund einer prästabilierten Harmonie ein Gleichgewicht ergeben sollte. Auch dabei übersah man den Modellcharakter der Theorie. „Theorien enthalten keine Tatsachenwahrheiten“ (Eucken¹⁴⁰).

¹³⁴) Vgl. §§ 104 ff., 119, 123, 138 II BGB.

¹³⁵) Die Klassiker der Nationalökonomie gingen noch von objektiven Wertbegriffen aus. In den 70er Jahren des 19. Jh. setzte sich aber die subjektive Wertlehre durch.

¹³⁶) S. dazu auch unten S. 110.

¹³⁷) W. Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: AcP Bd. 147 (1941) S. 151; Hurst, a. a. O. S. 114 ff.

¹³⁸) Vgl. F. Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956, S. 38 und 43.

¹³⁹) Beide Zitate von W. Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. I Karlsruhe 1960, S. 143.

¹⁴⁰) W. Eucken, Was leistet die nationalökonomische Theorie? (a. a. O.) S. 28

Mit dem zum Teil naturrechtlich beeinflussten¹⁴¹⁾ Prämissen vom homo oeconomicus, von der Freizügigkeit, der Gewerbefreiheit, der Gleichheit der Startbedingungen usw. baute die Lehre auf Voraussetzungen auf, die in der ökonomischen Wirklichkeit nicht ohne weiteres — wenn überhaupt jemals — gegeben sind. Von den Klassikern selbst wurde diese Unwirklichkeit — vielleicht nicht in ihrer Zwangsläufigkeit, aber doch in ihrer zeitbedingten Tatsächlichkeit — durchaus gesehen¹⁴²⁾. Ihr Interesse richtete sich zudem weniger auf die personelle Verteilung des Sozialprodukts als vielmehr auf eine makroökonomische, d. h. mit aggregierten, abstrakten Größen arbeitende Analyse der Verteilung an die drei Produktionsfaktoren: Boden, Kapital und Arbeit (funktionelle Verteilung)¹⁴³⁾. Schließlich handelte es sich bei den behaupteten Gleichgewichts„zuständen“ nur um Tendenzen zum Gleichgewicht. Kurzfristige oszillierende Abweichungen wurden durchaus für möglich gehalten¹⁴⁴⁾.

Zur Zeit der BGB-Kodifikation wurden die Lehren der Klassiker in der Volkswirtschaftslehre schon kritisiert. Wenn dennoch der Gesetzgeber von materialen Bindungen zur Verwirklichung des iustum pretium zugunsten der Willensdoktrin absah¹⁴⁵⁾ und die Konkretisierung der Vertragsgerechtigkeit für die unvermeidlichen Ausnahmefälle, in denen ein Versagen der Willensdoktrin zu erwarten war, mit Hilfe einiger Generalklauseln in die Zuständigkeit des Richters legte, so mag man darin eine kodifikationstechnische Resignation erblicken, kann aber wohl kaum noch behaupten, die objektive Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung sei eine Grundthese unseres Vertragsrechts¹⁴⁶⁾.

2. Rechtssystematische Verankerung des materialen Begriffs

Da der materiale Begriff der Vertragsfreiheit als rechtssoziologischer Gebenbegriff zum formalen, in der Rechtsdogmatik vorherrschenden Begriff konstruiert wurde¹⁴⁷⁾, erweist sich die rechtssystematische Verankerung als

¹⁴¹⁾ Vgl. J. J a s t r o w, Naturrecht und Volkswirtschaft, in: Jb. f. NÖ u. Stat. Bd. 126 (1927) S. 689 ff.; A. S o m m e r, Das Naturrechtskolleg von Adam S m i t h, in: ArchRWPh., Bd. 23 (1929/30) S. 325—330.

¹⁴²⁾ Vgl. z. B. Adam S m i t h, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1776), 1. Buch 10. Kap. 2. Teil.

¹⁴³⁾ Vgl. S m i t h, a. a. O. 1. Buch, 6. Kap.; David R i c a r d o, The Principles of Political Economy and Taxation, Vorwort zur 1. Aufl. 1817.

¹⁴⁴⁾ Vgl. z. B. S m i t h, a. a. O. 1. Buch 7. Kap.; R i c a r d o, a. a. O. Kap. IV und XXX.

¹⁴⁵⁾ So auch H u r s t, a. a. O. S. 93 f.

¹⁴⁶⁾ Ebenso R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 289: „Unser geltendes Recht sieht es — bis auf einige, allerdings an Zahl und Bedeutung im Wachsen begriffene Ausnahmen — nicht als seine Aufgabe an, den ‚gerechten Preis‘ im Wirtschaftsleben zu gewährleisten.“

¹⁴⁷⁾ E. v. C a e m m e r e r, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, in JZ 1953 S. 99 r. Sp.

schwierig. Bisher wurde dazu auf die Lehre vom Rechtsmißbrauch zurückgegriffen. Nach einer kurzen Darstellung dieser Lösung soll hier jedoch ein neuer Weg beschritten werden.

a) Begrenzung durch das Verbot des Rechtsmißbrauchs

Der materiale Begriff soll zusätzlich zu den juristischen Schranken der Vertragsfreiheit (zwingendes Recht) auch die „faktischen Schranken“¹⁴⁸⁾ berücksichtigen, die darin liegen, daß der eine Rechtsgenosse auf Grund seiner tatsächlichen Machtstellung mit Hilfe der ihm gewährten juristischen Gestaltungsfreiheit die faktische Freiheit des anderen besneidet. Nach R a i s e r stellt ein solches Verhalten einen Rechtsmißbrauch dar. Der Grundsatz von der Unzulässigkeit einer mißbräuchlichen Ausnutzung von Rechtspositionen ist seiner Ansicht nach der Rechtsordnung als einer Gemeinschaftsordnung immanent¹⁴⁹⁾. R a i s e r befindet sich damit im Einklang mit der Rechtslehre, die den Begriff des Rechtsmißbrauchs als Grundgedanken der §§ 226, 242, 826 BGB ermittelt hat¹⁵⁰⁾. Allerdings geht es der Lehre vom Rechtsmißbrauch hauptsächlich um die Ausübungsschranken subjektiver Rechte¹⁵¹⁾. Für die Übertragung auch auf allgemeine Freiheitsrechte könnte man vielleicht auf öffentlich-rechtliche Vorschriften hinweisen, in denen diese Einschränkung zum Ausdruck kommt: So erklären einige Länderverfassungen (Art. 52 II, 2 Rh.-Pf.V., Art. 151 II und 158 Satz 2 Bay.V., Art. 39 I Hess.V., Art. 16 Berl.V.) den Mißbrauch der allgemeinen Handlungsfreiheit bzw. der wirtschaftlichen Freiheit für unzulässig. Schließlich findet sich der Mißbrauchsgedanke im GWB. Wieweit sich allerdings diese sehr unterschiedlichen Ausprägungen, insb. die nach reinen Zweckmäßigkeitgesichtspunkten zu beurteilenden¹⁵²⁾ §§ 11 V Ziff. 2; 12 I Ziff. 1; 22 III Ziff. 1; 104 I Ziff. 1 GWB mit den moralisch verstandenen Ausformungen im BGB zu einem einheitlichen Rechtsgedanken verbinden lassen, steht noch dahin¹⁵³⁾.

b) Lückenausfüllung durch teleologische Reduktion des Prinzips der Vertragsfreiheit

Die rechtssystematische Einordnung der immanenten Schranken der Vertragsfreiheit würde methodologisch an Deutlichkeit gewinnen, würde man

¹⁴⁸⁾ M. F i s c h e r, a. a. O. S. 59.

¹⁴⁹⁾ R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 282; so auch B r a n d n e r in: AcP 162. Bd. (1963) S. 248, der allerdings den Sinn eines Verbotes des Institutionenmißbrauchs in dem Schutz privater, individueller Rechte und Interessen erblickt (a. a. O. S. 262).

¹⁵⁰⁾ — und zwar mit der sog. Innentheorie des Rechtsmißbrauchs, vgl. S t a u d i n g e r - W e b e r, a. a. O. § 242 Rdn. D 26.

¹⁵¹⁾ Vgl. S o e r g e l - S i e b e r t, BGB Bd. I, Vorbem. II, 2 zu § 226.

¹⁵²⁾ Vgl. L a n g e n, a. a. O. (Komm. zum KartellG) § 22 Anm. V, 1; B a r t h o l o m e y c z i k im Gemeinschaftskomm. (zum GWB), a. a. O. § 22 Rdn. 84; a. A. Frankfurter Komm. (zum GWB), Köln 1958/63 (Loseblatt), § 22 Rdn. 45.

¹⁵³⁾ Vgl. als weiteres Beispiel: § 1025 II ZPO.

von der Erkenntnis ausgehen, daß es sich hier um die Ausfüllung einer Gesetzeslücke handelt. Die bisherigen „Seiltänzersprünge auf dem Trapez aus Paragraphen“ (E. Ehrlich) sind ein Indiz dafür, daß innerhalb des gesetzlichen Systems eine „planwidrige Unvollständigkeit“ (E l z e)¹⁵⁴⁾ vorliegt.

Zwar kann man die Nichtberücksichtigung der bei der Kodifikation des BGB erst in der Entwicklung begriffenen AGB nicht als „Anschauungslücke“ oder „sekundäre Gesetzeslücke“ (H e c k)¹⁵⁵⁾ auffassen, die sich erst durch Wandlung der sozialen Verhältnisse ergeben hat¹⁵⁶⁾, denn das BGB bewegt sich auf einer grundsätzlich höheren Ebene abstrahierter Begriffe, die ein Ansprechen aller konkreten Lebenserscheinungen unmöglich machen¹⁵⁷⁾. Jedoch darf die Abstraktion nicht soweit gehen, daß die Tragweite der gesetzlichen Grundgedanken unklar bleibt. Wie sich an der Fallgruppe der AGB zeigt, ist die ratio legis im Vertragsrecht nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt. Das dem Vertragsrecht zugrundeliegende Prinzip der Vertragsfreiheit ist durch die Einzelregelungen des BGB nicht ausreichend konkretisiert worden. Es fehlt insbesondere eine „negative Geltungsanordnung“, „deren Vorhandensein nach dem Grundgedanken und der immanenten Teleologie der gesetzlichen Regelung erwartet werden kann¹⁵⁸⁾.“ Diese Unvollständigkeit wäre als „verdeckte Regelungslücke“ (L a r e n z) zu bezeichnen.

Da sich das Prinzip der Vertragsfreiheit aus der Grundkonzeption des Gesetzes entnehmen läßt, ist es legitim, auch für seine Konkretisierung, d. h. für die Ermittlung der Grenzen seines Geltungsbereichs, auf die Grundstruktur des Gesetzes zurückzugreifen. Für die „teleologische Reduktion¹⁵⁹⁾“ wäre also der Zweck des Prinzips aus der Gesetzessystematik zu entwickeln¹⁶⁰⁾.

Soll der Geltungsbereich der Vertragsfreiheit auf die eigentlichen Funktionen des Prinzips reduziert werden, so bedeutet das nichts anderes als die Ermittlung „immanenter Schranken“. Es heißt somit, die Ziele der Ver-

¹⁵⁴⁾ H. E l z e, Lücken im Gesetz, München — Leipzig 1916, S. 12.

¹⁵⁵⁾ Ph. H e c k, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914, S. 172, 176—178.

¹⁵⁶⁾ So aber E t z l e r, a. a. O. S. 131 ff.; vorsichtiger und im Ergebnis wie hier: W. S i e b e r t, Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958, S. 14 f. und S. 95 (II, 1).

¹⁵⁷⁾ Vgl. L a r e n z, Methodenlehre, S. 327.

¹⁵⁸⁾ L a r e n z, Methodenlehre, S. 283—285; s. auch E. E h r l i c h, a. a. O. S. 215.

¹⁵⁹⁾ L a r e n z, Methodenlehre, S. 296 ff.

¹⁶⁰⁾ Ob dieses Vorgehen als Ausfüllung einer verdeckten Regelungslücke oder als Konkretisierung des Prinzips bezeichnet wird, hängt davon ab, ob mehr der negative oder mehr der positive Begriffsinhalt im Blickfeld steht. Die angewandte Methode ist sowohl für die Lückenausfüllung als auch für die Gesetzesauslegung anerkannt, vgl. L a r e n z, Methodenlehre, S. 273 unten i. V. m. S. 245 ff.

tragsfreiheit aufzuzeigen. Jede Ausübung der Gestaltungsfreiheit, die diesen Zielen zuwiderläuft, muß in Ergänzung des Gesetzes als verboten gelten. Die Rechtsfolge für solche Verstöße müßte sich nach §§ 134, 139 BGB bestimmen. Hier wird der dogmatische Unterschied zur Lehre vom Rechtsmißbrauch offensichtlich, denn diese nimmt nur Unzulässigkeit der Rechtsausübung, nicht aber Nichtigkeit der Vereinbarungen, an.

III. Funktionaler Begriff der Vertragsfreiheit

Kommt es bei der teleologischen Reduktion der Vertragsfreiheit wesentlich auf die Funktion an, die dieses Prinzip nach der Systematik des Gesetzes ausüben soll und lehnt man die Äqualitas als zentrales Anliegen der Vertragsfreiheit ab, da sie nach der ganzen Entwicklungsgeschichte des Prinzips doch nicht in die Struktur des Gesetzes eingegangen ist und sich zudem durch außergesetzliche Wertungen kaum konkretisieren läßt, so stellt sich die Frage nach dem Sinn und Zweck des Grundsatzes erneut.

Die bisherigen Lösungsversuche betrachteten das System des Privatrechts als ein System subjektiver Rechte und verstanden den negativen Gebrauch der Vertragsfreiheit nur als eine Beeinträchtigung von schutzwerten Positionen und Interessen¹⁶¹). Auch das als übergeordnetes Kriterium angeführte Gemeinschaftsinteresse war nur ein Inbegriff der allen gemeinsamen Interessen, ein Mosaik, das sich aus den wichtigsten Einzelinteressen der Gemeinschaftsmitglieder zusammensetzte. Es stand damit weniger im Gegensatz zum Einzelinteresse als zum Sonderinteresse. So schrieb M. Fischer¹⁶²):

„Der durch höhere Ordnung institutierte Vertrag kann nur insoweit Bestand haben, als es diese Ordnung zuläßt. Immer dort müssen Schranken gegen die individuelle Tätigkeit aufgerichtet werden, wo dieselbe sich gegen das Kollektivinteresse vergehen könnte. Die höheren Interessen der Gemeinschaft setzen sich zusammen aus den in der Rechtsordnung ausdrücklich oder implizite verwirklichten Werten, sowie den jeweils herrschenden Glaubensüberzeugungen. Die Schranken der Vertragsfreiheit dienen dem Rechtsgüterschutz, sie sichern die anerkannten Interessen der Allgemeinheit und der Einzelnen gegen Verletzungen durch Verträge — oder sollten es wenigstens.“

Ein echtes tertium comparationis war mit dieser konsolidierten Summe von Einzelinteressen nicht gewonnen. Solange man von einem System geschützter Rechtspositionen ausgeht, bleibt die Interessenkollision zwischen der Freiheit des einen und dem Gleichheitsinteresse des anderen bestehen.

¹⁶¹) Noch immer: H. E. Brandner in AcP 162. Bd. (1963) S. 262.

¹⁶²) M. Fischer, a. a. O. S. 49.

In der Rechtslehre finden sich jedoch neuerdings Darstellungen¹⁶³⁾, die unser Zivilrecht nicht nur als ein System subjektiver Rechte verstehen, sondern auch als ein System von Rechtsinstituten, welches „das rechtswirksame Handeln des einzelnen normiert und gleichsam kanalisiert¹⁶⁴⁾.“ Diese Ansicht geht davon aus, „daß unser Privatrecht nicht nur an einem, sondern an zwei Systemgedanken orientiert ist: an dem Ausbau und dem Schutz des Wirkungsbereiches der Einzelperson durch die Zuteilung subjektiver Rechte und an der Entfaltung und Sicherung der unser gesellschaftliches Leben durchziehenden Institutionen durch die Ausbildung entsprechender Rechtsinstitute kraft objektiven Rechts¹⁶⁵⁾.“ Der Begriff des Rechtsinstituts bekommt dadurch eine neue Deutung: Die Rechtsinstitute sind nicht mehr nur Grundlage für daraus fließende subjektive Rechte, sondern erhalten darüber hinaus eine *zusätzliche* Funktion als Instrumente zur Stützung soziologischer Institutionen.

Bezogen auf das Rechtsinstitut des schuldrechtlichen Vertrages besagt diese institutionelle Betrachtungsweise, daß die Existenzberechtigung des Rechtsinstituts Vertrag nicht ausschließlich in der privatautONOMEN Begründung subjektiver Rechte erblickt werden darf. Die Rechtsordnung garantiert die Auswirkungen eines autonom geschlossenen Vertrages darüber hinaus auch deshalb, weil der Vertrag Voraussetzung für das Funktionieren bestimmter gesellschaftlicher Institutionen ist. Findet man einen solchen, endlich der Individualsphäre wahrhaft übergeordneten Zweck, so kann keiner der Vertragspartner mehr das Prinzip der Vertragsfreiheit ausschließlich für sich in Anspruch nehmen.

Die geschützte Vertragsposition erscheint aus dieser — allerdings nicht allein gültigen¹⁶⁶⁾ — Sicht mehr als ein Reflexrecht des aus ganz anderen Gründen eingerichteten Rechtsinstituts. Der bisher verschwommene Begriff des Gesamtinteresses, des Gemeinwohls, der „Richtigkeit des sozialen Konnexes“ (H u r s t) konkretisiert sich zum Interesse am Fortbestand und reibungslosen Arbeiten gesellschaftlicher Institutionen. In dieser Perspektive werden die beiden zwiespältigen Standpunkte, die das Recht der AGB bis-

¹⁶³⁾ F. W i e a c k e r, Zum System des deutschen Vermögensrechts, Leipzig 1941, S. 13 f.; G. D a h m, Deutsches Recht, 2. Aufl., Stuttgart 1963, S. 66; H. C o i n g, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, Frankfurt/M. 1962, S. 33 f., 48 f., 53; L. R a i s e r, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: summum ius, summa iniuria, Tübingen 1963 (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 9); E.-J. M e s t m ä c k e r, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, in: JZ 1964 S. 441 ff.; vgl. auch das „institutionelle Rechtsdenken“ bei E. F o r s t h o f f, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl., München und Berlin 1961, § 9 (S. 152) und H. W e l z e l, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (a. a. O.) S. 245 und 253.

¹⁶⁴⁾ R a i s e r in: summum ius, summa iniuria, S. 147.

¹⁶⁵⁾ R a i s e r ebenda S. 148.

¹⁶⁶⁾ Es wird von der neuen Lehre nur ein System - D u a l i s m u s - behauptet, vgl. H. C o i n g, Zur Geschichte ... (a. a. O.) S. 53; R a i s e r in: summum ius, S. 148. Vgl. auch schon P u c h t a, a. a. O. (Institutionen) § 6.

her so außerordentlich beunruhigt haben¹⁶⁷⁾, vereinigt. Die große Antinomie von Rechtsdogmatik und Rechtssoziologie¹⁶⁸⁾ wird gelöst. Die Lehre von der ökonomisch-sozialen Funktion des Vertrages wird für die Rechtsanwendung leistungsfähig¹⁶⁹⁾.

1. Der Marktmechanismus als geschützte Institution

Die gesellschaftlichen Institutionen, deren Schutz die Rechtsordnung mit der juristisch-abstrakten Konstruktion von Rechtsinstituten bezweckt, liegen auf einer soziologisch-realen Ebene, die dem Recht als „Stoff“¹⁷⁰⁾ vorgelegt ist¹⁷¹⁾. Aus dieser vorgelagerten Ebene muß auch der Schutzzweck des Vertragsfreiheitsprinzips entnommen werden: als Schutz derjenigen Ordnungsgefüge des gesellschaftlichen oder (enger:) wirtschaftlichen Lebens, denen der Vertrag als Rechtsinstrument dient.

Eine solche Institution ist der Marktmechanismus. R a i s e r selbst gibt schon einen Hinweis darauf, wenn er schreibt: „Heute können wir feststellen, daß die auf dem Wettbewerbsprinzip beruhende marktwirtschaftliche Verfassung ein solches, alle Wirtschaftssubjekte umschließendes Ordnungsgefüge darstellt“¹⁷²⁾. Den Gedanken des Institutionenschutzes hat R a i s e r in Anlehnung an die Soziologie entwickelt. Der Institutionenbegriff ist in jener Wissenschaft jedoch noch immer außerordentlich unklar¹⁷³⁾. Er wurde z. B. definiert als „Komplex von zwischenmenschlichen Beziehungsformen, die für längere Dauer bestimmt sind und den Zweck haben, den Zusammenhang von Menschen und Menschengruppen in einem Gebilde im Interesse der Festigung dieses Gebildes aufrechtzuerhalten^{173a)}.“ Oder „as any prescribed usage or structure of relationships set up by an association or consciously approved thereby together with the means or agencies used in carrying out these relationships¹⁷⁴⁾.“ Beachtenswert ist vielleicht die Unterscheidung zwischen Institution und Profession, zu welcher letzterer man besser sog. „Institutionen“ wie das Berufsbeamtentum rechnen sollte, und ebenso die Unterscheidung zwischen regulativen Institutionen, die ein nor-

¹⁶⁷⁾ Deutlich spürbar z. B. bei L a n c e l l e, in DR 1940 S. 1451 I. Sp.; K r a u s e in BB 1955 S. 265; M ö l l e r in HwB 3. Aufl. Bd. II, Stuttgart 1958; A t i y a h, a. a. O. S. 117.

¹⁶⁸⁾ Vgl. R a i s e r, a. a. O. (1935) S. 82; W. S a u e r, Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940, S. 477.

¹⁶⁹⁾ — was Raiser 1960 noch verneinte, s. Vertragsfunktion . . . S. 120.

¹⁷⁰⁾ Vgl. G. R a d b r u c h, Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Festschrift für Rudolf L a u n, Hamburg 1948, S. 160/161.

¹⁷¹⁾ L a r e n z, Methodenlehre (a. a. O.) S. 137.

¹⁷²⁾ R a i s e r in summum ius, S. 165/166; vgl. auch M e s t m ä c k e r in JZ 1964, S. 443.

¹⁷³⁾ Vgl. L. v. W i e s e, Institutionen, in HDSW Bd. V (1956).

^{173a)} L. v. W i e s e, System der Allgemeinen Soziologie, 2. Aufl., München und Leipzig 1933, S. 331.

¹⁷⁴⁾ F. H. H a n k i n s, An Introduction to the Study of Society, rev. ed. New York 1948, S. 473.

matives Element enthalten, zu denen z. B. die Ehe, die Familie, das Eigentum gerechnet werden, und den operativen Institutionen, die auf Freiwilligkeit beruhen, deshalb gegen „Bräuche“ schwer abzugrenzen sind, und denen man wohl den Marktmechanismus zurechnen darf¹⁷⁵). Eine nähere Beschäftigung mit dem soziologischen Begriff vermag die vorliegende Problematik kaum zu befruchten. Man wird nur soviel sagen können, daß man die Bezeichnung „Institution“ jedenfalls nicht ihrem soziologischen Begriffsinhalt entfremdet, wenn man sie auf den Marktmechanismus anwendet.

Als Ergebnis sei vorerst festgehalten: Der schuldrechtliche Vertrag dient der marktwirtschaftlichen Verfassung als rechtliches Instrument des Leistungsaustausches¹⁷⁶). Das Prinzip der Vertragsfreiheit soll das Funktionieren dieser Institution ermöglichen. Jede Ausübung der Vertragsfreiheit, welche die Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus beeinträchtigt, fällt unter die negative Geltungsanordnung, durch die das Prinzip der Vertragsfreiheit ergänzt werden muß, und ist nichtig, soweit die Rechtsordnung auf dem betreffenden Wirtschaftssektor freie Märkte instituiert hat. Zur Frage, welche Rechtsgeschäfte den Marktmechanismus stören, kann die Wirtschaftswissenschaft das notwendige Fachwissen beisteuern. Das muß keineswegs kasuistisch geschehen; vielmehr lassen sich gewisse Grundsätze aufstellen, deren Verletzung dann im Einzelfall geprüft werden muß. Die Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus ist ein „objektiv-teleologisches Kriterium¹⁷⁷)“ und daher ein Einfallstor für Rücksichten auf die „Natur der Sache¹⁷⁸)“; für ein nichtsdestoweniger „echtes“ Recht aus „Sachgerechtigkeit¹⁷⁹)“.

2. Wirkungsweise und Schutzwürdigkeit des Marktmechanismus

Die Zuordnung der Vertragsfreiheit zur marktwirtschaftlichen Ordnung ist nicht nur häufig in den Schriften der neoliberalen Wirtschaftspolitiker dargestellt¹⁸⁰), sondern gelegentlich auch im juristischen Schrifttum angesprochen worden. Soweit es die Literatur zu den AGB betrifft, standen diese Erörterungen aber meist unverknüpft im juristischen Problemzusammen-

¹⁷⁵) Vgl. L. v. Wiese, a. a. O. (1933) S. 331—334 und schon H. Spencer, Die Prinzipien der Soziologie, Bd. I (autorisierte Übers.), Stuttgart 1877, S. 523 und 525.

¹⁷⁶) Schon P u f e n d o r f (a. a. O. Buch V, Kap. III § 1) schrieb: „... cum ei enim contractibus opus sit ad illa obtinenda, quae ab altero jure exigere non poteram, adeoque in ipsius arbitrio sit eadem in me transferre vel non“; vgl. auch R. S t a m m l e r, Vertrag und Vertragsfreiheit (1911), in: S t a m m l e r, Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge, Bd. I, Charlottenburg 1925, S. 340; W i e a c k e r, a. a. O. (System) S. 54.

¹⁷⁷) Vgl. L a r e n z, Methodenlehre (a. a. O.) S. 253 f.

¹⁷⁸) Vgl. L a r e n z, ebenda S. 309.

¹⁷⁹) Vgl. H. C o i n g, Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947 S. 18 Anm. 1, vgl. auch S. 16 und 17.

¹⁸⁰) Vgl. z. B. W. E u c k e n, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, (a. a. O.) Kap. XVI.

hang¹⁸¹). Es wurden trotz zutreffender Darstellung entweder keine oder fehlgehende Folgerungen daraus gezogen¹⁸²). Um die Schutzwürdigkeit des Marktmechanismus einsichtig zu machen, ist eine kurze Erklärung seiner Wirkungsweise erforderlich.

Wirtschaften bedeutet planmäßigen Einsatz knapper Güter für die menschliche Bedürfnisbefriedigung. Die Planung kann zentral erfolgen oder dezentral. Erfolgt sie dezentral, d. h. durch die einzelnen Wirtschaftssubjekte, so wird in der arbeitsteiligen Wirtschaft eine Koordination der Einzelpläne erforderlich. Geschieht diese Koordination durch Orientierung der Wirtschaftssubjekte am Preis der Güter, so spricht man von „Marktwirtschaft“. Kommt die Preisbildung unbeeinflusst von politischer Macht im Spiel von Angebot und Nachfrage zustande, so besteht eine „freie“ Marktwirtschaft. Hinsichtlich der Lenkungsfunction des Preises kann man unterscheiden zwischen der Konsumlenkung und der Produktionslenkung.

a) *Konsumlenkung*¹⁸³)

Die (Distributions-¹⁸⁴)Funktion der Konsumlenkung besteht darin, daß der Preis Angebot und Nachfrage in Übereinstimmung bringt (Gleichgewichtspreis), indem er einerseits so tief sinkt, daß alle angebotenen Produkte abgesetzt werden können (Markträumungsfunktion), und andererseits eine Anzahl Nachfrager zum Ausscheiden mangels Kaufkraft zwingt (Selektionsfunktion). Damit entscheidet ein Mechanismus über die Verteilung des Sozialprodukts.

Der Marktmechanismus hat damit gegenüber anderen Verteilungssystemen (z. B. Bezugsscheinsystemen) zwei Vorteile, die dem Rechtsinstitut des Vertrages seine Schutzwürdigkeit und dem Rechtsprinzip der Vertragsfreiheit seinen Schutzzweck geben:

- (1) Die dezentrale Funktionsweise ermöglicht es jedem Wirtschaftssubjekt, seine Bedürfnisse nach eigener Entscheidung zu befriedigen, seine Wertvorstellungen selbst zum Ausdruck zu bringen, ermöglicht also *Konsumfreiheit* — und bedeutet damit schon eine soziale Leistung¹⁸⁵).
- (2) Zum zweiten liegt in der Anonymität des Verteilungsautomatismus ein tröstliches Element. Niemand braucht sich einer Zentralinstanz ausgeliefert zu fühlen. Die Institution der Marktwirtschaft enthält damit eine wesentliche (wenn auch nicht ausreichende) Voraussetzung für den *sozialen Frieden*.

¹⁸¹) Z. B. M. Fischer, a. a. O. S. 41 f.

¹⁸²) Nachweise auf S. 109 Fußnote 187 und S. 111 Fußnote 196.

¹⁸³) Vgl. zum folgenden die Darstellung bei F. Böhm, Verstoß ein Kartellverbot gegen das Grundgesetz? in: WuW 1956 S. 178 f.

¹⁸⁴) Verteilung des realen Volkseinkommens (= Sozialprodukt), zu der die nominale Einkommensverteilung (= Geldeinkommen) nur ein technisches Hilfsmittel ist, bei dem wiederum ein Mechanismus (Arbeitsmarkt) wirksam wird.

¹⁸⁵) Vgl. A. Müller-Armack, Soziale Marktwirtschaft, in: HDSW Bd. IX (1956).

Diese Funktionen werden umso vollkommener erfüllt, je vollkommener der Wettbewerb am Markte ist, d. h. je homogener der Gesamtmarkt, je atomistischer die Marktform¹⁸⁶⁾ und je zurückhaltender der Staat mit Preisfixierungen ist.

Diese institutionellen Distributionsfunktionen sind auch in der juristischen Literatur gelegentlich angeklungen. Die Autoren gingen aber über solche Ansätze schnell hinweg und interessierten sich weniger für den Verteilungsmechanismus als für die Verteilungsgerechtigkeit¹⁸⁷⁾. Es ist jedoch nicht gesagt, daß der Automatismus zur „gerechten“ Verteilung führt. Über die Kompliziertheit des Preisbildungsprozesses und über die Bestimmungsfaktoren der Nachfrage¹⁸⁸⁾ und des Angebots¹⁸⁹⁾ informiert die kausalgenetische Preistheorie. Wenn man die vielfachen Preiseinflußfaktoren betrachtet, relativiert sich jedes Gerechtigkeitskriterium. Insbesondere kann die Gleichheit der Wertschätzungen¹⁹⁰⁾ von Käufer und Verkäufer nicht als Gerechtigkeitskriterium anerkannt werden, denn diese ist nie gegeben, wäre zudem auch objektiv nicht feststellbar. Wenn auch im gedanklichen Grenzfall des preisbestimmenden Tauschaktes die Wertschätzungen von Käufer und Verkäufer sehr eng beieinander liegen¹⁹¹⁾, so werden doch eine Fülle von Verträgen zum gleichen, zwischen diesen Werten liegenden Preis abgewickelt, bei denen die Nutzenempfindungen mehr oder weniger stark differieren. Die Käufer kaufen mit ungleichen Vorteilen, da auch diejenigen zum Preise des Grenzkäufers¹⁹²⁾ einkaufen, die fähig und willens wären, ein höheres Entgelt zu zahlen. Es entstehen Konsumentenrenten. Andererseits verkaufen auch die Verkäufer mit ungleichen Vorteilen, da ein Teil

¹⁸⁶⁾ Ein restlos homogener, atomistischer Markt wie im Modell der vollständigen Konkurrenz dürfte allerdings aus Gründen der wirtschaftlichen Dynamik nicht wünschenswert sein. Leistungsanreiz setzt Unterschiede, Einfluß- und Gewinnmöglichkeiten voraus. Paradoxiertweise ist die Intensität des Wettbewerbs in der vollständigen Konkurrenz gleich Null.

¹⁸⁷⁾ Vgl. z. B. Haupt in ZAkDR 1943 S. 84 und 86; B i e d e n k o p f, a. a. O. S. 106 ff. insbes. S. 108 f.; H u r s t (a. a. O.) S. 121 zitiert B ö h m, versteht unter den „Wohltaten der freien Konkurrenz“ aber nur die Verteilungsgerechtigkeit. R a i s e r, der die „Anforderungen einer materiellen Vertragsgerechtigkeit“ als „das Herzstück jeder juristischen Vertragslehre“ bezeichnet (Vertragsfunktion . . . S. 128) zitiert (a. a. O. S. 117/118) den von ihm zu Unrecht kritisierten S c h m i d t - R i m p l e r gerade ohne dessen wesentlichsten Aussagen.

¹⁸⁸⁾ Z. B. Einkommen, Vermögenslage, Intensität der Bedürfnisse, Brauchbarkeit der Waren, Konkurrenz der Verkäufer.

¹⁸⁹⁾ Z. B. Kostenstruktur des Anbieters, Liquiditätslage, Entwertungsgefahr der Produkte, Geldwertveränderungen, Konkurrenz der Käufer.

¹⁹⁰⁾ M. F i s c h e r, a. a. O. S. 47: „... Gleichgerichtete Willen setzen beim zweiseitigen Vertrag subjektiv gleiche Wertschätzungen der versprochenen Leistungen voraus.“ Dagegen schon A. R o t h in JR 1925 Sp. 556: „Weil jede Partei die Leistung der anderen individuell höher einschätzt als die eigene, kommt das Geschäft zustande.“

¹⁹¹⁾ Vgl. das Gesetz der Grenzpaare von B ö h m - B a w e r k, a. a. O. S. 273 ff.

¹⁹²⁾ — d. h. des gerade noch zum Kauf kommenden Nachfragers.

einen höheren Preis erhält, als er unbedingt glaubte verlangen zu müssen. Es entstehen Differentialrenten bei den Verkäufern¹⁹³). Die Angemessenheit der Leistungen und die Gerechtigkeit der Verteilung bleiben daher unbestimmte Begriffe¹⁹⁴).

b) Produktionslenkung

Neben der Distributionsfunktion erfüllt der Marktmechanismus auch noch die (Zirkulations-)Funktion der Produktionslenkung, indem er die Produktionsfaktoren an die Stelle der optimalen Verwendung führt. Dabei sind ein unmittelbarer Einfluß der Beschaffungspreise (Investitionslenkung) und ein mittelbarer Einfluß der Verkaufspreise (Produktionslenkung i. e. S.) zu unterscheiden.

(1) Hinsichtlich der Beschaffungspreise gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Konsumlenkung. Welche Produktionsfaktoren ein Unternehmen einkauft, ob es sich beispielsweise für ein mechanisiertes oder ein arbeitsintensives Fertigungsverfahren entscheidet, richtet sich u. a. Gesichtspunkten nach den Preisen für diese Produktionsmittel. Das Unternehmen sucht i. d. R. seine Minimalkostenkombination zu verwirklichen.

(2) Die Verkaufspreise andererseits können — so wie sie einerseits eine Anzahl Nachfrager wegen zu geringer Kaufkraft vom Markte ausschließen — auch eine Anzahl Anbieter zum Ausscheiden wegen zu hohen Kostenniveaus zwingen. (Selektionsfunktion nach der Angebotseite). Sie bestimmen im Verein mit den Kosten den Gewinn. Ein am Gewinn orientiertes Unternehmen wird sich nun stets für die Produktion derjenigen Artikel entscheiden, die den meisten Gewinn versprechen. Das gilt für die Wahl des Produktionsprogramms innerhalb eines Unternehmens wie auch für die Wahl des Geschäftszweiges, in dem man tätig wird. Da sich in den marktbestimmten Verkaufspreisen die Wertschätzungen der Käufer ausdrücken, bestimmen die Konsumenten somit, was produziert wird. Da die Gewinnspannen der Produzenten wiederum deren Nachfragekraft auf den Beschaffungsmärkten bestimmen, werden auf diese Weise letztlich die Produktionsfaktoren an die Stätte der optimalen Verwendung gelenkt.

Dieses Ziel wird freilich nur erreicht, wenn die Preise die Knappheit der Güter — bezogen auf den Bedarf — richtig wiedergeben. Zuverlässige Knappheitsindikatoren sind sie nur, wenn der einzelne Anbieter oder Nachfrager keinen manipulierenden Einfluß auf die Preisbildung ausüben kann, theoretisch also nur bei vollständiger Konkurrenz. Immerhin, je weiter man sich dieser Marktform nähert, desto mehr werden die Preise zu echten Knappheitspreisen. Eine — den konjunkturellen, klimatischen usw. Verhältnissen entsprechend — relativ beste Ausnutzung der vorhandenen Reichtumsquellen (resources) ist dann gegeben. Der Marktmechanismus erhält somit seinen Wert als eine der Garantien für ein höchstmögliches So-

¹⁹³) Vgl. K r e l l e, a. a. O. S. 192.

¹⁹⁴) S. dazu auch § 8 V d. Arb.

zialprodukt und dessen bedarfsentsprechende Zusammensetzung. Diese Funktion, die damit auch dem Vertragsfreiheitsprinzip zukommt, ist in der juristischen Literatur bisher — mit einer Ausnahme¹⁹⁵⁾ — allenfalls nebenbei und zufälligerweise erwähnt worden¹⁹⁶⁾.

3. Tragweite des Schutzes

(Die Stellung des Marktmechanismus in der Wirtschaftsordnung)

Wird der Marktmechanismus als Schutzobjekt der Vertragsfreiheit angesehen, so ist damit noch keine Entscheidung für eine bestimmte Wirtschaftsordnung gefallen. Eine Wirtschaftsordnung setzt sich zusammen aus verschiedenen Elementen, die ihrerseits bestimmten idealtypischen Wirtschaftsformen, sog. Wirtschaftssystemen, zugerechnet werden können. Nach der Zuständigkeit für die wirtschaftliche Planung kann man unterscheiden zwischen dem Wirtschaftssystem der Verkehrswirtschaft und dem der zentralgeleiteten Wirtschaft. In jeder Volkswirtschaft wird es auf verschiedenen Ebenen zahlreiche Bereiche zentralgeleiteter Wirtschaften geben, denn die Gesamtwirtschaft setzt sich aus sog. einfachen, zentralgeleiteten Wirtschaften wie Privathaushalten, Betrieben und öffentlich-rechtlichen Haushalten zusammen. Durch die Art und Weise, wie sich die Koordination *zwischen* diesen Eigenwirtschaften vollzieht, charakterisiert sich die konkrete Wirtschaftsordnung.

Das Rechtsinstitut des Vertrages ist als juristisches Instrument des Marktmechanismus systemdifferent, denn auch in der total zentralgeleiteten Wirtschaft kann die Lenkung (theoretisch!) über den Markt erfolgen, indem nur die Preise von der Zentralinstanz festgelegt werden. Man überträgt sozusagen das von S c h m a l e n b a c h für die Betriebswirtschaft entwickelte Prinzip der „pretialen Lenkung“ auf die Gesamtwirtschaft. Diese Methode kann jedoch nur funktionieren, wenn die Preise wirklich die auf den Bedarf bezogene Knappheit der Güter zum Ausdruck bringen. Entsprechen sie nicht den Knappheitsverhältnissen, so sind die Selektions- und die Markträumungsfunktion gestört, so daß Mengenregulierungen notwendig werden. Den Bedarf, d. h. die Summe aller mit Kaufkraft ausgestatteten Bedürfnisse, richtig zu ermitteln, ist für eine Zentralinstanz aber unmöglich¹⁹⁷⁾. Kommt es daher zu Mengenregulierungen, so ist die Rechtsform des Vertrages nur noch eine Fiktion¹⁹⁸⁾. Denkebar aber ist ein volkswirtschaftliches System der pretialen Zentrallenkung. Daher ist der Vertrag nicht denknotwendig dem Wirtschaftssystem der freien Verkehrswirtschaft zugeordnet.

¹⁹⁵⁾ W. S c h m i d t - R i m p l e r in: AcP Bd. 147 (1941) S. 130 ff. insbes. S. 169/170.

¹⁹⁶⁾ E i l l e s in: Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht, 1941, S. 125 r. Sp.; M. F i s c h e r, a. a. O. S. 41/42 und 60 unten; B i e d e n k o p f, a. a. O. S. 21—23. Sie schildern den Zirkulationsmechanismus wohl kurz, verknüpfen die Darstellung jedoch nur unzulänglich mit ihren juristischen Ausführungen.

¹⁹⁷⁾ Vgl. A. M ü l l e r - A r m a c k, Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, Hamburg 1948, S. 27.

¹⁹⁸⁾ Vgl. E u c k e n, a. a. O. (Grundsätze) S. 278.

Systembezogen ist jedoch das Rechtsprinzip der Vertragsfreiheit¹⁹⁹). Wenn der Marktmechanismus seine Koordinationsfunktion tatsächlich erfüllen soll, müssen die einzelnen Ausprägungen der Vertragsfreiheit gegeben sein²⁰⁰): Dem einzelnen Marktteilnehmer muß es freistehen, ob er überhaupt einen Vertrag abschließen will, und mit wem, und über welches Objekt, und zu welchen Konditionen. Nur so kann er das ihm günstigste Angebot wählen. Es muß ihm auch die Möglichkeit zur einverständlichen Aufhebung des Vertrages gegeben sein, da es der ökonomischen Rationalität entspricht, unvorhergesehene Ereignisse soweit als möglich noch zu berücksichtigen. Die Formfreiheit schließlich steht im Dienste einer Vereinfachung und Beschleunigung der Marktvorgänge (eingeschränkt freilich durch das Erfordernis der Verkehrssicherheit), indem sie die Wahl der jeweils besten Kommunikationsmittels gestattet. Die Vertragsfreiheit ist also dem Wirtschaftssystem der freien Marktwirtschaft zugeordnet. Setzt sich nun die konkrete Wirtschaftsordnung aus den Elementen beider Wirtschaftssysteme zusammen, so findet die Vertragsfreiheit überall dort ihren Schutzzweck, wo in dieser Wirtschaftsordnung Bereiche freier Märkte bestehen²⁰¹).

Der Bereich freier Märkte ist in der Volkswirtschaft der Bundesrepublik Deutschland recht groß. Das entspricht der offiziellen wirtschaftspolitischen Konzeption der „sozialen Marktwirtschaft²⁰²)“, die zwar noch nicht rein durchgeführt ist, aber immer weiter angestrebt wird²⁰³). Diese Konzeption beruht — und darauf verweist insbesondere die Bezeichnung Marktwirtschaft, die als „freie Marktwirtschaft“ zu lesen ist — im wesentlichen auf den wirtschaftspolitischen Vorstellungen des wissenschaftlichen Ordoliberalismus²⁰⁴), nach denen ein funktionsfähiger Marktmechanismus durch bestimmte konstituierende und regulierende Prinzipien geschaffen und garantiert werden kann (Wettbewerbsordnung). Zu den regulierenden Prinzipien gehört auch eine Einkommensumverteilung, die allzu krassen Eigentumsunterschieden vorbeugt, da diese der Keim zu einer (weiteren) Vermachtung der Märkte werden können.

Das Beiwort „sozial“ betont gegenüber dieser präventiven Umverteilungspolitik stärker die Notwendigkeit einer Korrektur der ursprünglichen, marktresultierenden Verteilung im Interesse einer „sozialen Gerechtigkeit“.

¹⁹⁹) Vgl. E u c k e n , ebenda, S. 279.

²⁰⁰) S. hierzu auch M. F i s c h e r , a. a. O. S. 42.

²⁰¹) Z. B. auch in einer zentralgeleiteten Wirtschaft mit freier Konsumwahl.

²⁰²) Vgl. M ü l l e r - A r m a c k , a. a. O. (Wirtschaftslenkung) passim und die Gutachten des wissenschaftlichen Beirats bei der Verwaltung für Wirtschaft des Vereinigten Wirtschaftsgebietes, veröffentlicht in: Der Wissenschaftliche Beirat ... Gutachten 1948 — Mai 1950, (hrsg. vom Bundeswirtschaftsministerium), Göttingen o. J.

²⁰³) Vgl. z. B. Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23. 6. 1960 (BGBl. I S. 389).

²⁰⁴) Auch „Neoliberalismus“ oder „Freiburger Schule“, Vertreter: W. E u c k e n , L. M i k s c h , F. B ö h m , F. A. H a y e k , F. A. L u t z , W. R ö p k e , A. R ü s t o w .

Die Verkoppelung des sozialen mit dem marktwirtschaftlichen Element ist möglich, wenn die Einkommenskorrektur mit marktkonformen Mitteln, d. h. so durchgeführt wird, daß der Preismechanismus frei weiterarbeiten kann. Ein Preisstop für Wohnungsmieten beispielsweise kann sozialen Zwecken dienen, wird aber die Ungleichgewichte auf dem Wohnungsmarkt nur noch weiter verstärken und muß mit Bewirtschaftungsmaßnahmen gekoppelt werden. Marktkonform *und* sozial wären freie Mieten, ergänzt durch ein System von Mietbeihilfen, d. h. durch direkte Subventionen des Staates an einkommenschwache Mieter²⁰⁵).

Das Grundgesetz ist nach h. L. wirtschaftspolitisch neutral²⁰⁶). Es konnte insbesondere die soziale Marktwirtschaft nicht bindend vorschreiben, da jede Marktwirtschaft in extremen Mangelsituationen aus sozialen Gründen undurchführbar wird²⁰⁷). Dennoch entspricht die soziale Marktwirtschaft der im GG angestrebten Verfassung eines sozialen Rechtsstaats am besten. Wenn die Ansicht vertreten wurde²⁰⁸), der ungeschriebene Verfassungsgrundsatz der wirtschaftspolitischen Neutralität verbiete eine positive Entscheidung für die Marktwirtschaft i. S. einer Wettbewerbsordnung, so verkennt dieser Standpunkt den Begriff der Neutralität. Man verlangt damit praktisch einen konzeptionslosen ad-hoc-Interventionismus, der höchstwahrscheinlich in einer Kettenreaktion weiterer Eingriffe zur totalen Lenkung führen würde²⁰⁹). Zudem übersieht diese Ansicht, daß die konstituierenden und regulierenden Prinzipien²¹⁰) einer Wettbewerbsordnung in einem derartigen Ausmaß von der Verfassung berücksichtigt wurden, daß man kaum noch bezweifeln kann, daß die Verfassung dem einzelnen Bürger so viel Freiheit gewähren möchte, wie es mit Rücksicht auf die sozialen Erfordernisse und dem Zusammenhalt des Staates nur eben möglich ist und daß diese Vorstellung im wirtschaftlichen Bereich am besten durch die Wirtschaftspolitik einer Wettbewerbsordnung mit sozialer Verantwortung verwirklicht werden kann.

So ist das Prinzip der *offenen Märkte* durch Art. 11 I und 12 I, Satz 1 im Grundsatz garantiert. Das *Privateigentum* wird durch Art. 14 I gewährleistet, die *Vertragsfreiheit* durch Art. 2 I, 1. H.S., Art. 9 I und Art. 12 II. Außerhalb des Grundrechtsteils sind für die *Einheitlichkeit* der Wirtschafts-

²⁰⁵) So schon Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats vom 7. 9. 1950 (a. a. O. S. 90).

²⁰⁶) Vgl. BVerfGE 4, 17; 7, 377 (400); Maunz - Dürig, a. a. O., Art. 2 Abs. I Rdn. 44.

²⁰⁷) O. v. Nell-Breuning, Thesen zu einer Grundsatzdebatte, in: FinanzA 51/52 S. 397 ff., These 52 c.

²⁰⁸) H. Krüger, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, in: DVBl. 1951 S. 363; zustimmend A. Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953, S. 32.

²⁰⁹) Zur Notwendigkeit einer „Wirtschaftspolitik aus einem Guß“ vgl. Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats v. 30. 10. 1949 (a. a. O.) S. 95 ff.; auch Gutachten vom 26. 2. 1950 Ziff. I, 1 (a. a. O. S. 82).

²¹⁰) Vgl. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (a. a. O.) Kap. XVI und XVII.

politik in Art. 72 II, Nr. 3, Art. 73 Nr. 4, 5 und 9 die wesentlichsten Voraussetzungen geschaffen, wie auch für die *Währungsstabilität* durch Gründung einer unabhängigen Notenbank auf Grund des Art. 88 und durch die haushaltsrechtlichen Vorschriften der Art. 112, 113 und 115. Damit wurden — bis auf das Prinzip der *Haftung*²¹¹⁾ — die konstituierenden Prinzipien einer Wettbewerbsordnung in der Verfassung, wenn auch nicht zwingend vorgeschrieben, so doch ermöglicht.

Auch die Voraussetzungen für eine Durchführung der regulierenden Prinzipien sind durch das GG geschaffen worden: Die Notwendigkeit einer *Monopolkontrolle* wird durch Art. 74 Nr. 16 berücksichtigt, die Bildung gegengewichtiger Marktmacht durch Art. 9 III sanktioniert. Die Gesetzgebungskompetenzen, um einem Versagen des Koordinationssystems wegen des wirtschaftlichen Egoismus und insb. den verschiedenen Formen des Raubbaus begegnen zu können (*Korrektur der Wirtschaftsrechnung*), regeln die Art. 74 Nr. 11, 12 und 20; 75 Nr. 3 und 4. Eine wirksame *Einkommens- und Vermögensumverteilung* ist wegen der Entschädigungspflicht auf dem Weg über Art. 14 III und Art. 15 nicht durchführbar, wohl aber nach den Vorschriften des X. Abschnitts (Finanzwesen). Die soziale Bindung des Staatsbürgers besteht hauptsächlich in seiner Unterwerfung unter die Steuerhoheit²¹²⁾. Der Antithese von liberalem und sozialem Prinzip entspricht die Antithese von Eigentumsfreiheit und Steuerpflicht²¹³⁾.

Eine Verpflichtung zur Beachtung der marktwirtschaftlichen Grundsätze enthält das GG freilich nur in drei Punkten: hinsichtlich eines abgeschwächten Prinzips der offenen Märkte, hinsichtlich des Privateigentums und hinsichtlich der Vertragsfreiheit. Durch diese drei Prinzipien allein kann aber keine freiheitlich-soziale Marktwirtschaft aufgebaut oder erhalten werden (Zusammengehörigkeit der konstituierenden Prinzipien). Eine *Verpflichtung* zur sozialen Marktwirtschaft enthält das Grundgesetz daher nicht²¹⁴⁾. Jedoch ist die *Parallelität* seiner wirtschaftspolitischen Grundvorstellungen mit denen der sozialen Marktwirtschaft unverkennbar.

Deutlicher noch als im Grundgesetz ist später mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eine Entscheidung getroffen worden, in welcher der Marktmechanismus als Schutzobjekt klar hervortritt. Wäre die Konzeption, die diesem Gesetz zugrunde lag, nicht durch politische Rücksichten zu sehr unterminiert, so könnte man das Gesetz als magna charta des Wettbewerbs bezeichnen. In allen Meinungsverschiedenheiten

²¹¹⁾ Das wettbewerbskonstituierende Prinzip der Haftung besagt, daß die Wirtschaftssubjekte mit den negativen Auswirkungen ihrer wirtschaftlichen Fehlhandlungen finanziell konfrontiert werden müssen. Durch haftungsbeschränkende Gesellschaftsformen und Geschäftsbedingungen wird dieses Prinzip durchbrochen. Der Satz: „Wer den Nutzen hat, muß auch den Schaden tragen“ (E u c k e n) ist jedoch in der Verfassung nicht verankert.

²¹²⁾ Vgl. ForsthoFF in: VVDStL, H. 11, S. 31 ff.

²¹³⁾ Beachtenswert in diesem Zusammenhang auch die Art. 120, 120 a GG.

²¹⁴⁾ a. A. N i p p e r d e y, a. a. O. (Soziale Marktwirtschaft).

über seine Auslegung²¹⁵⁾ aber ist unbestritten, daß die „Institution“ des Marktmechanismus um ihrer Lenkungsfunction willen Schutzzweck des Gesetzes ist²¹⁶⁾. Zwar sind Wettbewerbsbeschränkungen der verschiedensten Art nicht die einzigen Beeinträchtigungen, denen der Marktmechanismus ausgesetzt ist²¹⁷⁾, jedoch ist mit dem GWB immerhin soviel bewiesen, daß der Marktmechanismus als schutzwertes Rechtsgut angesehen werden kann.

§ 8

Volkswirtschaftliche Maßstäbe

Die Wirtschaftspolitik als Wissenschaft befaßt sich aus der Perspektive einzelner Wirtschaftszweige (spezielle Volkswirtschaftslehren, sektorale Volkswirtschaftspolitik) oder auch aus gesamtwirtschaftlicher Blickrichtung (theoretische Volkswirtschaftspolitik, Wirtschaftsordnungspolitik) mit der Beeinflussung des Sozialprodukts in seiner Höhe, Zusammensetzung und Verteilung. Alle wirtschaftspolitischen Aussagen müssen von den Zielen ausgehen, die mit einer Beeinflussung des Sozialprodukts angestrebt werden. Denn die Auswahl der politischen Maßnahmen beurteilt sich nach ihrer Effizienz und ihrer Zielkonformität.

Als oberste Zielsetzungen, die unabhängig von den wechselnden Erfordernissen der Tagessituationen bleibende Gültigkeit besitzen und als Fernziele die langfristige Hauptaufgabe der Wirtschaftspolitik darstellen, werden heute allgemein anerkannt²¹⁸⁾:

- (1) die Maximierung des Sozialprodukts, d. h. die Förderung des Wirtschaftswachstums (Wachstumspolitik),
- (2) die Optimierung des Sozialprodukts, d. h. die Abstimmung des Sozialprodukts in seiner Zusammensetzung auf die Bedarfsstruktur (vorwiegend Wettbewerbspolitik),
- (3) die sozialgerechte Verteilung des Wohlstandes (Beschäftigungs-, Einkommens- und Sozialpolitik),
- (4) die Stabilisierung der wirtschaftlichen Entwicklung (Konjunkturpolitik).

²¹⁵⁾ Neben den Institutionenschutz wird als zweites Schutzobjekt ein individueller Freiheitsschutz behauptet. Über das Verhältnis beider Schutzgüter zueinander herrscht Streit. Vgl. W. B e n i s c h, Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, in: WuW 1961, S. 764 f.

²¹⁶⁾ Vgl. M ü l l e r - H e n n e b e r g, in: Gemeinschaftskomm. (a. a. O.) Einführung IV; Frankfurter Komm. § 35 Rdn. 19 ff.; H. R a s c h, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht (Komm.) 2. Aufl. Herne — Berlin 1958 § 1 Anm. 2.

²¹⁷⁾ Z. B. auch durch die „social costs“, denen im folgenden noch besondere Bedeutung zukommen wird.

²¹⁸⁾ Vgl. K. E. B o u l d i n g, Principles of Economic Policy, Englewood Cliffs (N. J.) 1958, S. 131.

Wenn man den Marktmechanismus als Schutzobjekt der Vertragsfreiheit anerkennt, muß auch der Problembereich der AGB stets im Rahmen dieser volkswirtschaftlichen Zielsetzungen gesehen werden:

- (1) Da die Maximierung und die Optimierung des Sozialprodukts wesentlich vom Funktionieren des Marktmechanismus abhängen, ist als erstes der Einfluß der AGB auf diesen Automatismus zu untersuchen.
- (2) Selbst bei einem funktionierenden Marktmechanismus ist die Erreichung eines maximalen Sozialprodukts gefährdet, wenn in bestimmten Bereichen des volkswirtschaftlichen Kreislaufs eine Verschwendung, ein Leerlauf oder sonstige Reibungsverluste auftreten. Es muß daher auch die Frage gestellt werden, ob die Anerkennung oder Nichtanerkennung der heute üblichen AGB die Entstehung volkswirtschaftlicher Verluste begünstigt.
- (3) Ein befriedigendes und gleichgewichtiges Wirtschaftswachstum setzt darüber hinaus eine ausreichende Investitionsrate voraus. Es wäre daher weiterhin die Frage zu klären, ob etwa — wie behauptet worden ist — eine Korrektur der heute gebräuchlichen Klauseln die Investitionsfreude der Unternehmer beeinträchtigen würde.
- (4) Wenn schließlich die Maximierung und Optimierung des Gütervolumens nicht als die letzten Ziele der Wirtschaftspolitik angesehen werden, so bleibt zu untersuchen, ob sich unter dem Gesichtspunkt einer sozialgerechten Verteilung noch besondere Kriterien zur Beurteilung der AGB finden lassen, ob die AGB etwa anerkannt werden sollten, weil sie — was freilich zunächst nicht ganz einsichtig ist — die Lasten und Risiken günstiger verteilen, als es durch das dispositive Gesetzesrecht geschieht.

I. Auswirkungen auf den Marktmechanismus

Die Eignung des Marktmechanismus zur optimalen Koordinierung der Einzelpläne wird beeinträchtigt, wenn in den Preisen nicht die wahre Leistungsfähigkeit des Angebots und die wahre Nutzenschätzung der Nachfrage zum Ausdruck kommen. Verzerrungen entstehen insbesondere

- (1) durch eine zahlenmäßige Beschränkung der Anbieter²¹⁹⁾,
- (2) durch eine ungenügende Markttransparenz der Nachfrager²¹⁹⁾,
- (3) durch eine lückenhafte Erfassung bestimmter Kosten an der Stätte ihrer Entstehung.

1. Monopolisierungsgrad

Auf einem Markt mit hohem Monopolisierungsgrad kann ein Anbieter innerhalb seines breiten monopolistischen Bereichs bei entsprechender Variation seiner Ausbringungsmenge seine Preise willkürlich setzen. Er kann das Angebot künstlich verknappten und den Preis entsprechend erhöhen. Es läßt sich nachweisen, daß er im Interesse seiner Gewinnmaximierung immer

²¹⁹⁾ Das gleiche gilt zwar allgemein auch für die jeweils andere Marktseite; es sollen hier jedoch nur die bedeutendsten Fälle berücksichtigt werden.

eine Produktmenge wählen wird, die geringer ist als die Menge, die bei vollständiger Konkurrenz erzeugt werden würde. Insofern ist die Maximierung des Sozialprodukts unmittelbar beeinträchtigt²²⁰).

Im Preis, der gegenüber dem Konkurrenzpreis künstlich erhöht ist, vergüten die Nachfrager nicht eine echte Leistung des Anbieters, sondern honorieren lediglich die Tatsache seiner nun einmal bestehenden Vorherrschaft. Die dadurch auftretenden funktionslosen Gewinne verschaffen ihm einen Vorsprung, den er andernfalls nur durch sorgfältigeres Wirtschaften und bessere Einstellung auf die Wünsche seiner Abnehmer hätte erzielen können. Insofern ist die Garantie für eine optimale Zusammensetzung des Sozialprodukts nicht mehr gegeben.

Die Rechtsprechung hat das Problem der AGB jahrzehntelang als ein Monopolproblem angesehen. Es wurde schon betont, daß dieser Gesichtspunkt falsch war. Die Monopolfrage wird hier jedoch in einem anderen Zusammenhang bedeutsam: Man könnte fragen, ob die AGB die Tendenzen zur Konzentration verstärken, ob sie *Auswirkungen* auf den Monopolisierungsgrad haben²²¹). Die AGB würden die Konzentration²²²) fördern, wenn ihre kostensparenden Wirkungen bei größeren Betriebsgrößen relativ stärker hervorträten als bei kleineren Größen. Zusätzlich zu den kosten theoretischen short-run-Betrachtungen in Teil B (Abhängigkeit der Kosten vom Beschäftigungsgrad) ist daher eine long-run-Betrachtung der Kostenverläufe (Abhängigkeit der Kosten von einer Betriebsgrößenvariation) erforderlich. — In Ermangelung empirischer Werte können auch hier nur einige theoretische Vermutungen aufgestellt werden.

(1) Die *Vereinheitlichungseffekte* sind bei größeren Betrieben bedeutender als bei mittleren und kleineren. Die Rationalisierung und die Verringerung der Ungewißheit in der Planung erlangt ein besonderes Gewicht dort, wo die Geschäftstätigkeit besonders ausgedehnt, vielfältig und schwer überschaubar wird. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß durch die Ausnutzung der Vereinheitlichungseffekte ein Wettbewerbsvorteil der Großbetriebe entsteht. Die Kleinbetriebe haben eine völlig andere organisatorische Struktur. Die Kapazität der Geschäftsleitung ist noch ausreichend, um ohne

²²⁰) Ausnahmen sind möglich: Es kann sein, daß nur eine Monopolstellung die Erreichung einer rationalen Betriebsgröße und damit die Produktion des betreffenden Artikels überhaupt ermöglicht (sog. *Marshall-Fall*).

²²¹) Walter Eucken scheint das anzunehmen, vgl. seine Grundsätze der wirtschaftspolitik (a. a. O.) S. 281.

²²²) Wenn von „Konzentration“ die Rede ist, muß unterschieden werden zwischen Betriebs-, Unternehmens-, Einkommens- und Vermögenskonzentration. Da es hier um Kosteneinflüsse geht, wird die Betriebskonzentration betrachtet. Unter *Konzentration* wird die relative Zunahme der größeren Größen innerhalb eines Bestandes (an Betrieben) verstanden. Die *Betriebsgröße* wird, soweit nichts anderes gesagt ist, am Umsatzvolumen des Betriebes definiert, da der Begriff Konzentration hier mit zunehmendem Monopolisierungsgrad gleichgesetzt werden soll und dabei der Absatzbereich im Vordergrund steht.

zusätzliche Einrichtungen den Überblick zu behalten („Zwei-Augen-Kontrolle“). Es besteht dann keine Notwendigkeit zur Einführung allgemeiner Geschäftsbedingungen zwecks Rationalisierung.

Die Übergänge zwischen beiden Betriebs- und Organisationstypen können allerdings sprunghaft sein. In solchen Grenzfällen mag es theoretisch Betriebe geben, die schon so groß sind, daß sie mit organisatorischen Reibungsverlusten zu kämpfen haben, die andererseits aber noch nicht groß genug sind, als daß die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen nennenswerte Vorteile in Vertrieb und Planung mit sich brächte. Das Überwechseln von einer Betriebsgröße zu einer höheren könnte vielleicht etwas erschwert werden, wenn sich Rationalisierungsbedürfnisse und Rationalisierungsmöglichkeiten nicht synchron entwickeln. Diese (praktisch aber unbedeutende) Schwellenwirkung der AGB würde jedoch nur eine Stabilisierung des status quo bedeuten.

(2) Die mit AGB stets verbundenen *Verheimlichungseffekte* würden konzentrationsneutral sein, wenn die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen allen Unternehmungen gleichermaßen möglich wäre. An dieser gleichen Zugänglichkeit könnte es aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen fehlen.

(a) *Tatsächliche* Hindernisse gegen eine Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen können sich einmal aus der Marktstruktur ergeben. Wenn auch eine fehlende Monopolstellung noch kein Hindernis für die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen ist, so ist doch Voraussetzung, daß allen Konkurrenten am Markt annähernd die gleiche Bedeutung zukommt. Wenn sich beispielsweise ein kleineres Unternehmen neben einem großen Anbieter um einen Auftrag bewirbt, so liegt seine bedeutendste Chance in größerer Beweglichkeit, persönlicherer Verhandlungsführung und weitgehenderen Zugeständnissen an die Spezialwünsche des Auftraggebers. Das kleinere Unternehmen wird also von einer Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen absehen.

Zweitens hängt die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen in besonderem Maße von traditionellen Faktoren ab. AGB sind in solchen Branchen noch selten, bei denen es noch wesentlich auf den persönlichen Kontakt zu den Kunden ankommt. Die Verweisung auf AGB würde hierbei evtl. eine Vertrauensgrundlage zerstören. So berichtet B i e s e l, daß die AGB im Einzelhandel, soweit er nicht Versandhandel, Reisehandel oder Handel mit hochwertigen Industriewaren (Kraftfahrzeugen, Kühlschränken usw.) ist, und im Handwerk, soweit es nicht schon als Großhandwerk (Baugewerbe, Buchdruckereien) in die Nähe der Industrie gerückt ist, noch keine besondere Ausprägung gefunden haben²²³).

(b) Weitaus bedeutender als diese tatsächlichen Vorteile sind jedoch die *rechtlichen Vorteile*, welche die Rechtsprechung den Großbetrieben ver-

²²³) Vgl. B i e s e l, a. a. O. S. 28 ff.; M ö l l e r in: HwB, 3. Aufl., über die heutigen „Verbreitungsfelder“ und K. N a t e l s k i in: DRiZ 1955 S. 212.

schaft hat. Die Annahme einer stillschweigenden Unterwerfung des Adherenten auch bei Unkenntnis der AGB mit der Begründung, daß diese wegen ihrer allgemeinen Verbreitung in der betreffenden Branche hätten bekannt sein müssen, begünstigt die Großbetriebe und die konzern- und verbandszugehörigen Betriebe²²⁴). Großunternehmen können auf Grund ihrer finanziell größeren Publikationsschwierigkeiten und durch ihre ausgebreitete Geschäftstätigkeit eher eine „Verkehrsbüchlichkeit“ ihrer Standardbedingungen erreichen.

(3) Nun darf nicht verkannt werden, daß den Verheimlichungswirkungen erst in Verbindung mit einer bestimmten Ausgestaltung der Geschäftsbedingungen eine konkrete ökonomische Bedeutung zukommt. Diese *Gestaltungseffekte* waren unterteilt worden in betriebstechnische und risikopolitische Auswirkungen.

(a) Für die *betriebstechnischen* Funktionen gilt das gleiche wie für die Vereinheitlichungseffekte: Die durch eine konkrete Ausgestaltung der Klauseln geschaffenen Rationalisierungsmöglichkeiten dürften automatisch den Bedürfnissen des Betriebes angepaßt sein. Der Kleinbetrieb, der z. B. die verwaltungsmäßigen Vorteile einer vereinbarten Schriftform oder die beschäftigungstabilisierende Wirkung einer vereinbarten, gleichmäßigen Abrufung von Teillieferungen nicht in Anspruch nehmen kann, wird im allgemeinen auf Grund seiner Betriebsstruktur eine größere Anpassungsfähigkeit aufweisen, so daß ihm aus der Nichtverwendung der Klauseln keine nennenswerten Nachteile erwachsen.

(b) Hinsichtlich der *risikopolitischen* Bedeutung der Klauseln muß zunächst beachtet werden, daß die Risiken in Großbetrieben einheitlicher sein werden als in kleineren Betrieben, da sie sich nach dem Gesetz der großen Zahl sehr viel besser zu einem Durchschnittsschaden ausgleichen, so daß nur ganz wenige Spitzenrisiken unsicher bleiben, die evtl. gesondert versichert werden können. Auch dürfte bei den Großbetrieben die Tragbarkeit der Risiken eher gegeben sein. Die Fähigkeit, Schäden finanziell abzufangen, ist u. a. abhängig von der Eigenkapital-Ausstattung des Unternehmens. Dabei könnte es wichtig werden, daß Großunternehmen im allgemeinen bessere Möglichkeiten zur Selbstfinanzierung (Finanzierung über den Preis) und damit zur Eigenkapitalbildung haben. Den Großunternehmen ist auch der Zugang zum Geld- und Kapitalmarkt faktisch erleichtert, da sie den Banken mehr dingliche Sicherheiten bieten können und dem Publikum bekannter sind. Bei nicht ausreichenden Reserven könnten sie sich also notfalls einen Überbrückungskredit verschaffen oder eine Sanierung über den organisierten Kapitalmarkt suchen. Großunternehmen sind also nicht ganz so sehr auf eine Abwälzung der Risiken angewiesen. Risikopolitische Klauseln haben insofern weit stärkere Bedeutung für die kleinen Unternehmen.

²²⁴) RG in BankA 1928/29 S. 203 f., mit Stellungnahme der Interessengemeinschaft Berliner Privatbankfirmen gegen die Ansicht des Gerichts, daß nur Kunden von Groß-banken mit dem Bestehen allg. GB ohne weiteres rechnen müßten.

Berücksichtigt man dagegen die kalkulatorischen Verhaltensweisen, so zeigen sich leichte Nachteile für die Klein- und Mittelbetriebe. Man darf wohl annehmen, daß die schon mehrfach erwähnte Durchschnittskostenkalkulation vornehmlich bei diesen Betriebsgrößen angewandt wird, während sich Großbetriebe schon eher an den Grenzkosten und Grenzerlösen orientieren. Das könnte bedeuten, daß die Kleinbetriebe die Vorteile der ersparten Haftungskosten bei ihrer Preiskalkulation wenn nicht zu 100 Prozent, so doch in stärkerem Ausmaß wieder aus der Hand geben als die Großbetriebe, die diese Vorteile bei exakter Verwirklichung des Cournotschen Punkts zu 50 Prozent ihrer Gewinnmarge zuschlagen. Andererseits dürfte sich vielleicht auch ein imparitätisches Kalkulationsverhalten bei den Kleinbetrieben feststellen lassen, demzufolge nur die Überwälzung nach oben 100 Prozent beträgt, während sie nach unten genauer der gewinnmaximalen Quote entspricht.

Somit läßt sich über die Konzentrationswirkungen der AGB nichts genaues aussagen. Man darf vielleicht annehmen, daß sich — soweit man die Gesamtheit aller Betriebe betrachtet — keine nennenswerte Zunahme der größeren Größen ergeben wird, die ihre Ursache in AGB hätte. Die Behauptung, daß die AGB kein Monopolproblem darstellen, läßt sich daher nicht nur hinsichtlich ihrer Ursachen, sondern auch hinsichtlich ihrer Wirkungen aufstellen.

Mag dieses Fazit für den Regelfall gelten, so ist doch noch auf *Sonderfälle* hinzuweisen. Eine starke Monopolisierungstendenz kann vorliegen, wenn die AGB Drittwirkungen haben. Anlaß zu diesem Hinweis geben die ADSp. Sie verpflichten den Spediteur, dem Versender eine Speditionsversicherung zu vermitteln, andernfalls gewisse Haftungsbeschränkungen hinfällig werden. Als Versicherung war seit 1929 *ausschließlich* die Versicherung nach dem SVS vorgesehen (§§ 39 lit. a, 41 lit. c ADSp.), die von einer bestimmten Gruppe von Versicherungsunternehmen gemeinsam getragen wurde. Nachdem sich neuerdings unter Leitung des *Gerling-Konzerns* eine zweite Versicherungsgruppe konstituiert hat und eine sog. Sp-Police anbietet, wird diese Monopolstellung angegriffen. Die daraufhin entbrannte Auseinandersetzung um den Rechtscharakter der Verklammerung von ADSp. und SVS und ihre kartellrechtliche Zulässigkeit dauert noch an²²⁵). Volkswirtschaftlich wären hier die Nachteile eines unkontrollierten Monopols abzuwägen gegen die Ungleichgewichtigkeit einer dyopolitischen Marktform.

Ein weiteres Beispiel boten früher die allgemeinen Bankbedingungen. Sie enthielten regelmäßig eine Klausel, welche die Bank zur Ausübung des Stimmrechts der Aktien ermächtigte, die der Kunde bei ihr in Verwahrung

²²⁵) Vgl. einerseits (dafür): W. Fikentscher, Sind die ADSp abdingbar? in: BB 1961 S. 297 ff.; G. Schwartz, Verladende Wirtschaft und Speditionsversicherung, in ZHR Bd. 125 (1963) S. 239 ff.; andererseits (dagegen): Hans Möller, Die ADSp und die dazugehörigen verschiedenen Versicherungsregelungen, in BB 1962 S. 394 ff.; H. Wolgast, Ist der jetzige SVS noch ein Bestandteil der ADSp? in: NJW 1962 S. 1556 ff.

gegeben hatte. Über die konzentrationsfördernden²²⁶⁾ Wirkungen des Depot-Stimmrechts berichtet anschaulich die jüngste Konzentrations-Enquête²²⁷⁾. Seit der Einführung des § 114 IV AktG v. 1937 sind die AGB jedoch aus dieser Problematik ausgeschaltet.

Wenn, abgesehen von solchen Ausnahmefällen, den AGB keine Monopolisierungstendenzen nachgewiesen werden können, so bedeutet das noch nicht, daß sie den Marktmechanismus nicht zu stören vermöchten. Der Marktmechanismus kann auch auf andere Weise als nur durch monopolistische Marktformen beeinträchtigt werden.

2. Markttransparenz

Die AGB haben sich im Laufe der Entwicklung hinsichtlich ihrer Ausgestaltung weitgehend angeglichen. Nicht nur innerhalb eines Geschäftszweiges, sondern auch quer durch die verschiedenen Branchen — wenn diese nicht gerade völlig unterschiedlichen Wirtschaftssektoren angehören — hat sich damit ein immerhin so einheitliches, selbstgeschaffenes Recht herausgebildet, daß eine systematische Darstellung möglich wurde²²⁸⁾. Auf diese Tatsache stützt sich ein häufig angeführtes Argument, das auf die Erhöhung der Markttransparenz aufmerksam macht: Eine Vereinheitlichung der Konditionen fördert die Vergleichbarkeit der Angebote und bewirkt dadurch eine Verlagerung des Wettbewerbs auf Preis und Qualität. Ein Preis- und Qualitätswettbewerb ist deutlicher sichtbar und erleichtert dem „Konsumenten“ die Ausübung seines Schiedsrichteramtes. Die AGB könnten auf diese Weise einen wettbewerbsfördernden Charakter haben²²⁹⁾. Die Gegner der AGB haben demgegenüber eine Rechtzerplitterung behauptet²³⁰⁾ und nebenbei auf die schon innerhalb der einzelnen Formulare bestehenden Unklarheiten hingewiesen²³¹⁾. B. v. N o t t b e c k ist dieser Frage nachgegangen und kommt nach einer statistischen Auswertung mit einem Stichprobenumfang von 200 Formularen zu dem Ergebnis, daß von einer nennenswerten Einheitlichkeit keine Rede sein könne²³²⁾. Immerhin macht die Anzahl der AGB, die zur Frage der Nichterfüllung und des Verzuges keine Stellung nehmen, nur 43 Prozent bzw. 35 Prozent aus. Sind die Fragen aber gere-

²²⁶⁾ Konzentration hier ein Unterfall der „Unternehmenskonzentration“.

²²⁷⁾ Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft, Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft v. 29. 2. 1964, BT-Drucksache IV/2320, S. 39—41.

²²⁸⁾ So bei B i e s e l, a. a. O. und B o b r o w s k i, a. a. O.

²²⁹⁾ Vgl. G l e i s s in WuW 1951/52 S. 114, Bundesrat, Änderungsvorschlag zum GWB-Entwurf, BT-Drucks. Nr. 1158 (II. Wahlperiode) Anl. 2, Begründung zu § 1 a; H. J. K a p p m e i e r, Das Verhältnis der AGB zu dem Entwurf eines GWB, Diss. Hamburg 1954, S. 154/155 und 162; H. W e b e r, a. a. O. S. 42 und 74; v. B r u n n im Gemeinschaftskommentar zum GWB, 2. Aufl. 1963, Anm. 6 zu § 2 (S. 170 o.).

²³⁰⁾ W. F r i c k e, Kollektivmonopole, Heidelberg 1956 S. 62.

²³¹⁾ R. F i s c h e r in BB 1957 S. 482; v. L ü p k e in BB 1957 S. 169.

²³²⁾ v. N o t t b e c k, a. a. O. S. 48, Zahlenangaben S. 34, 36 und 41.

gelt, so finden sich in der Art der Regelung deutliche Schwerpunkte mit Anteilen von 20, 25 und 29 Prozent (bezogen auf die 200 Formulare). Über die Gewährleistung schweigen nur 5 Prozent der AGB; dagegen schließen 59 Prozent Schadenersatzansprüche wegen Sachmängel aus. In großen Zügen gleichen sich die Bedingungen also doch. Die feineren juristischen Differenzen aber dürften die Risikolage nicht wesentlich verändern. Mag daher der volkswirtschaftliche Vereinheitlichungseffekt der AGB auch nicht den häufig behaupteten Umfang haben, so wird man ihn doch nicht völlig leugnen können.

Fraglich ist jedoch, inwieweit er als durchschlagender Rechtfertigungsgrund herangezogen werden kann. Es muß darauf hingewiesen werden, daß sich das Argument nur aus einer Angleichung der Klauseln herleitet und daher nicht ihre für den Geschäftspartner ungünstige Ausgestaltung zu rechtfertigen vermag²³³); umso weniger, als die Vergleichbarkeit der Angebote auch gewahrt wäre, wenn grundsätzlich die Spezifizierung der Vertragsbeziehungen dem dispositiven Gesetzesrecht überlassen würde²³⁴). Nur wo das dispositive Recht keine ausreichende Regelung der Rechtsbeziehungen enthält und die Rechtsprechung keine sichere Linie erkennen läßt, wäre also die Vereinheitlichung der Konditionen erforderlich.

Nebenbei sei noch darauf hingewiesen, daß die Markttransparenz hier nicht durch eine Ausweitung und Erleichterung der dem Nachfrager offenstehenden Informationsmöglichkeiten vergrößert wurde, sondern einfach durch eine Einschränkung seiner Wahlmöglichkeiten. Es muß darin nicht ohne weiteres eine echte volkswirtschaftliche Rationalisierung liegen.

3. Social Costs

Bisher waren also weder negative noch positive Auswirkungen auf den Marktmechanismus mit Sicherheit festzustellen. Ein entscheidender Gesichtspunkt ergibt sich jedoch in dem Einfluß der AGB auf die volkswirtschaftliche Wertbildung.

Der Marktmechanismus erfüllt seine Ordnungsfunktion dadurch, daß im freien Spiel von Angebot und Nachfrage auf den Absatzmärkten diejenigen Leistungen am besten honoriert werden, die den größten Nutzen stiften. Der leistungskräftigste Unternehmer kann infolgedessen im Wettbewerb um die Produktionsfaktoren, also auf den Beschaffungsmärkten, einen Vorsprung erzielen. Die Produktionsfaktoren werden somit automatisch an die Stätte der optimalen Verwendung gelenkt. Dieser Mechanismus wird gestört, wenn die wahre Leistungsfähigkeit eines Unternehmers dadurch verschleiert wird, daß er gewisse Kosten heimlich, d. h. ohne Berührung der

²³³) Ähnlich selbst H. Bartholomeyzik im grundsätzlich kartellfreundlichen „Gemeinschaftskommentar“ zum GWB, 2. Aufl., Anm. 102 zu § 22 (S. 699 o.).

²³⁴) So H. B. Sales, Standard Form Contracts, in: The Modern Law Review, Bd. 16 (1953) S. 334; vgl. auch M. E t z l e r, a. a. O. S. 133.

Preiskalkulation, abwälzen kann und wenn andere dadurch mit fremden Kosten belastet werden. Derartige abgewälzte Kosten bezeichnet man als social costs.

Im Anschluß an eine Veröffentlichung von K. William K a p p im Jahre 1950²³⁵) ist dieser Begriff in der deutschen Volkswirtschaftslehre stark hervorgetreten. Da K a p p unter der Bezeichnung jedoch sehr unterschiedliche Phänomene zusammengefaßt hatte, konnte bis heute noch keine Einigung über die inhaltliche Abgrenzung des Begriffs erzielt werden. Auch über eine einheitliche Übersetzung des Ausdrucks (volkswirtschaftliche Kosten, versteckte Kosten, Infrakosten, unbezahlte Kosten u. a.²³⁶) hat man sich nicht verständigen können.

Während dieser Diskussionen ist die sachliche Problemklärung etwas vernachlässigt worden. Grob klassifiziert befaßt sich die Literatur zu den social costs mit drei Problemkreisen²³⁷): Zum ersten mit den Industriefolgeschäden (Betriebsunfällen, Verkehrsunfällen, Luftverunreinigung, Wasserverschmutzung u. ä.), zum zweiten mit Fällen des Raubbaus an Natur, Bodenschätzen und Volksgesundheit, zum dritten mit den durch Unvollkommenheiten des dezentralen Lenkungsmechanismus versäumten Gelegenheiten (schnelle Veralterung von Produktionsanlagen wegen des technischen Fortschritts, Kosten der Arbeitslosigkeit, der ruinösen Konkurrenz, der Überkapazitäten bei langlebigen Produktionsgütern wegen langfristiger Fehlplanungen).

Es ist hier nicht erforderlich, näher auf diese Literatur einzugehen²³⁸). Man sollte den Begriff der social costs auf die Industriefolgeschäden beschränken. Als deutsche Übersetzung wäre die Bezeichnung als „soziale Zusatzkosten“ (L a u s c h m a n n) sachlich treffend, denn es handelt sich um einen Teil des bei der Erstellung einer Betriebsleistung anfallenden Werteverzehrs, der nicht aus Mitteln des Unternehmens finanziert wird und nicht in die Kostenrechnung des Betriebes eingeht, sondern direkt, d. h. ohne Beeinflussung der Preisstellung, auf Außenstehende abgewälzt wird²³⁹).

²³⁵) K. W. K a p p, *The Social Costs of Private Enterprise*, Harvard University Press 1950, Übers.: *Volkswirtschaftliche Kosten in der Privatwirtschaft*, Tübingen — Zürich 1958.

²³⁶) Zusammenstellung bei E. L a u s c h m a n n, *Zur Frage der social costs*, in: *Jb. für Sozialwiss.* Bd. 4/10 (1959).

²³⁷) Vgl. E. Z u r, *Wesen und Arten der „social costs“ unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der BRD*, Diss. F. U. Berlin 1961, S. 35/36 und die im folgenden zitierten Autoren.

²³⁸) Die sachliche Problematik wurde schon um die Jahrhundertwende erkannt. Sie wurde angesprochen im Rahmen der volkswirtschaftlichen Produktionstheorie und im Rahmen der *Welfare Economics*. In der angelsächsischen Nationalökonomie finden sich die social costs meist unter der Bezeichnung: *external economies and diseconomies*. Die Bezeichnung „social costs“ wurde wahrscheinlich Anfang der 20er Jahre erstmals verwandt von J. M. C l a r k und J. F. K n i g h t.

²³⁹) Vgl. E. D i t t r i c h, *Über den Begriff der „social costs“* in: *Informationen des Instituts für Raumforschung*, 6. Jg. (1956), S. 478; H. E v e r s, *Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Social Costs*, in: *Raumforschung und Raumordnung*, 15. Jg. (1957) S. 158 und 160/161.

Diese Abwälzung kann gelingen, weil der Kausalzusammenhang zwischen Produktion und Werteverzehr (Schaden) entweder objektiv nicht feststellbar ist oder subjektiv nicht erkannt wird oder weil die Rechtsordnung einen Ersatzanspruch versagt²⁴⁰). An dieser Stelle nun läßt sich auch die Problematik der risikopolitischen AGB-Klauseln eingliedern. Sie stellen ein besonderes Beispiel für social costs dar. Nicht nur eine Risiko- oder Schadenabwälzung auf „Dritte“, sondern auch eine Abwälzung auf „Zweite“, d. h. auf Vertragspartner, kann die volkswirtschaftliche Wertbildung verzerren, — eben dann, wenn sie unbemerkt vor sich geht.

Die AGB wälzen kalkulatorische Wagniskosten unbemerkt auf den Adherenten ab und verwischen dadurch die wahre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Anbietenden. Das bedeutet eine Verzerrung der Wettbewerbspositionen auf den Beschaffungsmärkten, und zwar auch dann, wenn *alle* Unternehmen *gleichermaßen* AGB dieses Inhalts verwenden. Die Höhe der tatsächlich abgewälzten Kosten ist nämlich dennoch unterschiedlich. Sie ist beispielsweise abhängig von der Sorgfalt, mit der die Produktion vorbereitet, durchgeführt und kontrolliert wird. Der Prozentsatz der Retouren, Reklamationen und Regresse — bezogen auf den Umsatz — wird unter den einzelnen Wettbewerbern verschieden sein. Die Unternehmen werden daher in unterschiedlichem Ausmaß von ihren Freizeichnungsklauseln profitieren. Die Differenzen in der Leistungsfähigkeit werden nivelliert, wenn jedes Unternehmen die Haftung für Fehlleistungen bis auf den gleichen „mikroskopischen Rest“ ausschließen kann. Dem Nachlässigen kommt die Freizeichnung in erster Linie zugute. Man kann ferner davon ausgehen, daß die Unternehmen unterschiedliche Kostenstrukturen haben. Dann aber wird sich selbst eine gleich große Ersparnis an Haftungskosten in unterschiedlicher Weise im Gesamtkostenniveau niederschlagen. Schließlich würde selbst eine absolut gesehen gleiche Gesamtkostenverminderung in Relation zum Eigenkapital und zum Gesamtgewinn eine unterschiedliche Bedeutung erlangen, da die Unternehmen i. d. R. nicht die gleiche Größe haben. Die Startpositionen der Wettbewerber werden also sehr bald von den leistungsmäßig gerechtfertigten abweichen. Dadurch wird der Lenkungsautomatismus der Volkswirtschaft in eine falsche Richtung gewiesen²⁴¹).

Juristische Haftungsvorschriften erfüllen also neben den — gleich anschließend zu erörternden — Funktionen der Schadensprävention und der vordergründigen Schadensverteilung²⁴²) noch eine sehr viel diffizilere wirtschaftliche Funktion: Eine möglichst vollständige Haftung ist Voraussetzung für eine volkswirtschaftlich richtige Wert- und Preisbildung und damit

²⁴⁰) Vgl. L. Mann, Volkswirtschaftlich richtige Kostenrechnung, Berlin 1950, S. 17; I. Richter, Die Wirtschaft der „unbezahlten Kosten“, in: Hamburger Jb. 1960, S. 221/222.

²⁴¹) Vgl. auch Eucken, a. a. O. (Grundsätze) S. 285.

²⁴²) Vgl. K. Larenz, Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht, in: NJW 1959 S. 865.

für ein zufriedenstellendes Funktionieren des Marktes als eines volkswirtschaftlichen Lenkungsmechanismus²⁴³). Die Freizeichnungsklauseln der AGB beeinträchtigen diese Funktion.

II. Volkswirtschaftliche Verluste

Ein maximales Wachstum des Sozialprodukts wird nicht nur durch eine Fehllenkung der Produktionsfaktoren in die relativ schlechteren Hände verteilt, sondern auch durch eine allgemein eingerissene Verschwendung. Diese kann darin bestehen, daß innerhalb der Einzelwirtschaften (Betriebe) sorglos mit den Produktionsfaktoren umgegangen wird, oder darin, daß im gesamtwirtschaftlichen Zusammenspiel objektiv überflüssige Leistungen erstellt werden.

1. Schadensprävention

Durch die Verteilung einmal entstandener Schäden nach dem Kriterium der schuldhaften Verursachung und zusätzlich nach der Verursachung durch Ausnutzung einer besonderen Gefahr, wird ein wesentlicher Anreiz zur Schadensverhütung gegeben²⁴⁴).

Unser Zivilrecht hat generell mit dem Verschuldensprinzip und in einer Reihe von Einzelgesetzen mit der Gefährdungshaftung oder einer Umkehrung der Beweislast eine gewisse Präventivwirkung angestrebt. Die Rechtsprechung hat durch mancherlei Konstruktionen diese Wirkung noch ver-

²⁴³) Bemerkenswerterweise wurde dieser Gesichtspunkt schon 1888 von dem Volkswirtschaftler Viktor Mataja herangezogen zur Begründung seiner Forderung nach einer objektiven Haftung für Industriefolgeschäden. Vgl. seine Schrift: Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888, S. 23 und 31. — Der Kostencharakter der Schäden klingt auch an bei E. Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechtes über den Ersatz von Vermögensschäden, Wien 1888, S. 59 und 61. — Von daher gingen die Gedanken ein in die Diskussion um die Frage: Verschuldenshaftung oder Verursachungshaftung? Vgl. z. B. das „Prinzip des aktiven Interesses“ bei Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895, S. 144 ff. — Bemerkenswert aber auch, daß die Gedankengänge Matajas von Max Rümelin, der doch den Begriff der Gefährdungshaftung prägte, als „krankhaft“ zurückgewiesen wurden, vgl. M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung (usw.) Freiburg i. B. und Leipzig 1896, S. 7. — Vgl. ferner G. Marton, Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung, in: AcP Bd. 162 (1963) S. 1 ff., der (S. 48/49) Mataja besonders hervorhebt und (S. 21) darauf hinweist, daß eine Verursachungshaftung mit nachfolgender marktwirtschaftlicher Überwälzung schon von Bentham befürwortet wurde.

²⁴⁴) Vgl. K. Larenz, Vertrag und Unrecht, 2. Teil, Die Haftung für Schaden und Bereicherung, Hamburg 1937, S. 33. Der Präventionsgedanke („erzieherische Wirkung“) wurde besonders betont von Vertretern einer objektiven Haftung, vgl. G. Rümelin, Culpahaftung und Causalhaftung, in AcP Bd. 88 (1898) S. 296; G. Marton in AcP Bd. 162 (1963) S. 45 ff.

stärkt²⁴⁵), z. B. schon durch die objektive Auffassung des Fahrlässigkeitsbegriffs, ferner durch die Überspannung der Sorgfaltspflichten, die Annahme von Verkehrssicherungspflichten und durch die Rechtsinstitute der culpa in contrahendo, der positiven Vertragsverletzung und des prima-facie-Beweises.

Die Freizeichnungsklauseln der AGB beseitigen diese Haftungskonstruktionen des Gesetzgebers und der Rechtsprechung beinahe völlig. Haftungsausschlüsse für mittelbare Schäden und entgangenen Gewinn machen in der Regel eine Inanspruchnahme wegen positiver Vertragsverletzung unmöglich. Die Freizeichnung vom Verschulden nicht leitender Angestellter beseitigt einen erheblichen Teil der über § 278 BGB begründeten strengen Haftung für fremdes Tun und selbst die Notwendigkeit der durch den dezentralisierten Entlastungsbeweis schon erleichterten Exkulpation nach § 831 BGB. Bei Haftungsausschlüssen bis zur Grenze eigener grober Fahrlässigkeit kommt auch ein objektiver Fahrlässigkeitsbegriff nicht mehr voll zum Tragen. Die im Gesetz evtl. vorgesehenen vertraglichen oder deliktischen Gefährdungshaftungen werden damit zu einer schwachen Verschuldenshaftung, wobei dem Geschädigten hinsichtlich des Verschuldens des Schädigers noch die Beweislast obliegt.

Auf diese Weise werden die Präventionswirkungen so gut wie ersatzlos beseitigt²⁴⁶), und zwar für einen weiten Bereich des menschlichen Zusammenlebens. Ein Anreiz zur Schadensverhütung und zur Sorgfalt im Geschäftsverkehr kann sich dann nur noch aus den wechselnden Marktsituationen ergeben, also juristisch betrachtet, aus Zufälligkeiten. Dabei ist bedauerlicherweise gerade dann der vom Markt ausgehende Zwang zur Sorgfalt am geringsten, wenn die Gefahr entstehender Schäden am größten ist: bei angespannter Geschäftstätigkeit in der Hochkonjunktur. Leider sind die der Gesamtwirtschaft durch unzulängliche Schadensprävention entstehenden Wohlfahrtseinbußen nicht deutlich sichtbar. Die Rechtsprechung hat daher auch nur selten den Präventionsgedanken gegen die AGB ins Feld geführt²⁴⁷).

2. Volkswirtschaftlicher Leerlauf

Konnten die Gegner der AGB auf die Beeinträchtigung der Präventivwirkung durch die Freizeichnungsklauseln hinweisen, so wäre andererseits zu überlegen, ob nicht eben diese Freizeichnungsklauseln auch einen positiven Effekt aufweisen, indem sie etwa einen volkswirtschaftlichen Leerlauf

²⁴⁵) Vgl. den sehr kritischen Vortrag von R o t h, Die zunehmende Verschärfung der Haftung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung in: ZfVersW 1962 S. 713 ff.

²⁴⁶) Bemerkenswert, daß man in der Speditionsversicherung zu einer — zunächst nicht bestehenden — Selbstbeteiligung des Spediteurs übergegangen ist, vgl. S e b b a, a. a. O. S. 10.

²⁴⁷) Wohl nur in: RGZ 89, 6 (11/12) und 106, 386 (388). In der Literatur aber wurde häufig darauf hingewiesen, vgl. z. B. G r o ß m a n n - D o e r t h, a. a. O. S. 14; H e r s c h e l in DR 1940 S. 1453; H u r s t, a. a. O. S. 30 und 86.

verhüten. Anlaß zu einer solchen Betrachtung gibt ein Argument, das der BGH im Schiffbewachungsfall²⁴⁸⁾ vortrug: Es ergebe sich praktisch eine Doppelversicherung, wenn einerseits der AGB-Adherent wegen sonstiger Schadensrisiken schon eine Versicherung, z. B. eine Kaskoversicherung, abgeschlossen habe und nun auch noch der AGB-Anbieter eine Haftpflichtversicherung nehmen müsse, weil man ihm den Haftungsausschluß versage. Für den Adherenten entstehe dadurch eine Doppelbelastung, da die Haftpflichtversicherungsprämie auf ihn abgewälzt werde.

Nun könnte eine Doppelversicherung vielleicht wirklich unerwünscht sein, denn die Schadensumverteilung zwischen den Versicherungsgesellschaften verursacht Kosten, da hierbei Verwaltungsarbeiten und evtl. Prozesse anfallen. Welcher der beiden Vertragspartner diese Kosten tragen muß, wird sich nicht feststellen lassen. Vielleicht werden die Versicherungsprämien des Adherenten niedriger bemessen, wenn seine Versicherung mit Rückgriffsansprüchen gegen den Schädiger rechnen kann²⁴⁹⁾. Vermeidbare Kosten sind jedoch volkswirtschaftlich an sich schon unerfreulich. Kommt man aus diesem Grunde zu der Ansicht, die Rechtsordnung müsse so gestaltet werden, daß eben nur *eine* Versicherung abzuschließen sei²⁵⁰⁾, so erhebt sich die Frage, welche der beiden Versicherungen das sein soll.

Dazu muß die Tatsache beachtet werden, daß der Adherent nicht bei allen Geschäften eine Versicherung erlangen kann. Zwar gibt es Kasko-, Betriebsunterbrechungs-, Maschinen-, Hausrat-, Feuerversicherungen usw., aber für manche Haftungsarten kann nur der Proponent eine Versicherung abschließen. Es würde die Unbilligkeit der Freizeichnungsklauseln abhängig von dem zufälligen, d. h. rechtsfremden Umstand, ob es einen entsprechenden Versicherungszweig überhaupt gibt.

Sind Versicherungen für beide Partner zu erlangen, so ergibt sich die Notwendigkeit eines Prämienvergleichs. Die Höhe der Prämien hängt aber wiederum von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere davon, mit welchen anderen Risiken das in Betracht stehende Risiko gebündelt wird. Beim Abnehmer würden u. U. die Risiken der unterschiedlichsten Gegenstände, die er in seinem Betrieb oder Haushalt verwendet, zu einem einheitlichen Risiko ausgeglichen. Beim Lieferanten dagegen würden i. d. R. die Risiken ein und der selben Güter- oder Leistungsart zusammengefaßt. Die letztere Methode hätte den Vorteil, daß die Versicherungsprämie klar den Kosten eines Gutes zugerechnet werden könnte. Die volkswirtschaftliche Wertbildung würde dadurch nicht verzerrt. Der Mechanismus der pretialen Lenkung könnte die weitere Verteilung des Schadens übernehmen.

Man steht also wirtschaftspolitisch vor der Alternative: Welches Übel wiegt schwerer, die volkswirtschaftlichen Verluste einer Doppelversicherung oder die volkswirtschaftlichen Verluste durch Fehlleitung von

²⁴⁸⁾ BGHZ 33, 216 (220).

²⁴⁹⁾ So schon RGZ 103, 82 (84).

²⁵⁰⁾ Vgl. auch Albert A. Ehrenzweig, Versicherung als Haftungsgrund, in: Jur. Bl. 72. Jg. (1950) S. 257 I. Sp.

Produktionsfaktoren wegen unrichtiger Wertbildung der Güter am Markt? Dazu stellt sich die rechtspolitische Frage: Wieweit darf die Billigkeit einer Klausel je nach Geschäftszweig und Geschäftsart unterschiedlich beurteilt werden, ohne daß Rechtsicherheit, Rechtseinheitlichkeit und Rechtsbewußtsein darunter leiden?

Die ohne Zweifel bedeutenden volkswirtschaftlichen Verluste durch Fehlleitung der Produktionsfaktoren lassen sich nicht ermitteln. Die Verluste durch Verwaltungsarbeit bei Doppelversicherung sind dagegen überschaubar — und einer Rationalisierung zugänglich! Daher bleibt nur die Möglichkeit, diese begrenzten Nachteile als Preis für die Vermeidung unüberschaubarer Wohlstandseinbußen in Kauf zu nehmen. Auch rechtspolitisch sollte in dieser Frage das Prinzip der Rechtssicherheit und die sozialpsychologischen Rücksichten auf das Rechtsbewußtsein den rein materiellen Gesichtspunkten übergeordnet werden.

III. Auswirkungen auf die wirtschaftliche Dynamik

Zu verschiedenen Problemen des Haftpflichtrechts kann man feststellen, daß sich die Vertreter einer milden Haftung mit Vorliebe auf die Schutzwürdigkeit des technischen Fortschritts, die Entwicklungsfähigkeit des Verkehrs oder die Bewegungsfreiheit des Einzelnen berufen²⁵¹⁾. So wurde z. B. von Gegnern der Gefährdungshaftung die Befürchtung vorgebracht, ein derartiges Haftungsprinzip könne die Investitions-, Erfindungs- und Fortschrittsfreudigkeit der Unternehmer erheblich beeinträchtigen²⁵²⁾.

Auch zur Rechtfertigung der formularmäßigen Freizeichnungsklauseln wird dieses Argument angeführt. Man verweist darauf, daß die Risiken bei Betreten technischen Neulandes heute nicht mehr abzuschätzen seien²⁵³⁾. Der rapide technische Fortschritt sei von BGB und HGB, die sich nur an den Belangen der althergebrachten Geschäftszweige orientiert hätten, nicht be-

²⁵¹⁾ Vgl. Protokolle (der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, Berlin 1898) Bd. II S. 569 und 585. Die Polarität zwischen Schadensprävention durch Haftung und wirtschaftlicher Dynamik kam schon auf dem 11. Kongreß deutscher Volkswirte zum Ausdruck, vgl. Bericht über die Verhandlungen des 11. Kongresses deutscher Volkswirte, in Vierteljahresschrift für Volkswirtschaft und Kulturgeschichte, 7. Jg. = Lfd. Bd. 27 (1869) Einzelband 3 (gedr. 1870), 4. Sitzung, S. 245 ff. insbes. Diskussionsbeitrag von E m m i n g h a u s. Vgl. die spätere Diskussion des Arguments der „eingeschränkten Bewegungsfreiheit“ bei J. M a u c z k a, Die Rechtsgrundlagen des Schadenersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse, Leipzig und Wien 1904, S. 97 ff. und 149 ff.

²⁵²⁾ So z. B. auf dem internationalen Kongreß für Luftschiffrecht 1910 in Verona (nach H. S p e r l, Gutachten, in: Verhandlungen des 31. DJT Bd. II, Berlin 1912, S. 81); vgl. auch H. K o c h, Die Bedeutung des Satzes „erhöhte Gefahr, erhöhte Haftung“ im modernen Rechtsleben, Diss. Würzburg 1911 S. 10.

²⁵³⁾ Vgl. RGZ 117, 102 (105) hinsichtlich Luftverkehr; V a n E r c k e l e n s in ZAkDR 1940 S. 368.

rücksichtigt worden²⁵⁴). Daher sei der Haftungsausschluß zumindest für mitteilbare Schäden dann gerechtfertigt, wenn es sich um technische Neuheiten handele²⁵⁵). Da ferner die Feststellung einer Fahrlässigkeit vielfach durch Sachverständige auf der Grundlage des „Standes der Technik“ erfolgen müsse, ergäben sich größte Beweisschwierigkeiten und Prozeßunsicherheiten, die durch eine Freizeichnung von Fahrlässigkeitshaftung am einfachsten vermieden würde²⁵⁶).

Wollte man jedoch dieser Argumentation folgen und die Haftungsausschlüsse im Interesse des technischen Fortschritts für zulässig erachten, so würde man dem Unternehmer gestatten, technisch noch unausgereifte Produkte auf den Markt zu bringen und so Teile seiner Entwicklungskosten heimlich abzuwälzen. Es würde bei einer solchen Abwälzung nicht deutlich, ob die technische Neuheit auch gesamtwirtschaftlich einen echten Fortschritt darstellte. Es entstünde das Problem der sozialen Entwicklungskosten. Sollte sich durch eine exakte Zurechnung aller Kinderkrankheiten und Wachstumschäden die technisch-wirtschaftliche Dynamik vermindern, so wäre das nur ein Beweis dafür, daß ein rapideres Entwicklungstempo wirtschaftlich nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Gewiß sind auch die Abnehmer Nutznießer des neuen Produkts; eine richtige Abwägung zwischen den Vor- und Nachteilen der Neuerung und den Vor- und Nachteilen herkömmlicher Produkte oder Verfahren läßt sich aber nur bei einer Schadensverteilung nach der Verursachung treffen. Eine automatische Steuerung der Entwicklung läßt sich nur erreichen, wenn die Kosten der Fortschritts schon dem ersten Unternehmen angelastet werden, das seinen Vorteil aus diesem Fortschritt ziehen möchte. Der richtige Weg einer Risikogemeinschaft zwischen Abnehmer und Hersteller ist die Beteiligung des Abnehmers an den Entwicklungskosten *über den Preis*.

Zu welchen sozialen Schäden die wirtschaftliche Dynamik führen kann, wenn sie sich auf dem Rücken Dritter vollzieht, hat die erste industrielle Revolution deutlich werden lassen. Der Raubbau an der menschlichen Arbeitskraft durch Betriebsunfälle und Berufskrankheiten wurde durch unzureichende Haftungsvorschriften ermöglicht, insb. durch den „Beweisnotstand“ der Arbeiter gegenüber der Verschuldenshaftung des Fabrikanten und durch die zum Teil außerordentlich rücksichtslosen „Arbeitsordnungen“²⁵⁷).

Es steht keineswegs fest, daß sich ein „dynamischer Unternehmer“ (Schumpeter) durch die Risiken einer „innovation“ wirklich entmutigen läßt²⁵⁸). Den Risiken, und insb. den unberechenbaren, stehen Gewinn-

²⁵⁴) Vgl. Lancelli in DR 1940 S. 1449 und 1450.

²⁵⁵) Vgl. D. Schneider in NJW 1954 S. 134; Biesel, a. a. O. S. 74.

²⁵⁶) Vgl. Van Erckelens in ZAKDR 1940 S. 368; Lancelli in DR 1940 S. 1449.

²⁵⁷) Vgl. Joh. Feig, Arbeitsordnungen, in: HwStaatsw., Bd. I, 4. Aufl. Jena 1923.

²⁵⁸) J. Schumpeter, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 5. Aufl., Berlin 1952, S. 110 ff. (124/25 und 138!).

chancen gegenüber²⁵⁹). Es darf darauf hingewiesen werden, daß in den sogenannten Gründerjahren eine Abwälzung der Risiken durch AGB in nennenswertem Umfang noch nicht üblich war und daß gerade die revolutionärsten Neuerungen (z. B. Eisenbahn, Kraftwagen, Elektrizität, Luftfahrt, Atomenergie) sehr schnell mit verschärfter Haftung belegt wurden, ohne daß sich dadurch ihr Siegeszug verzögerte.

Mit dem Übergang vom Pionierunternehmer zum Manager, vom Einzelunternehmer zur Wirtschaftsbürokratie werden die Instrumente der Risikopolitik zunehmend bewußter und vorsichtiger gehandhabt, wovon gerade die Ausbreitung der AGB Zeugnis ablegt. Dennoch gilt auch heute, daß unvermeidbare Risiken ohne Zögern übernommen werden, denn aus diesen Wagnissen erwachsen die Gewinne. Ein Manager fühlt sich im allgemeinen nicht weniger mit „seinem“ Unternehmen verbunden als ein Einzelunternehmer; jedenfalls ist er auf den Nachweis seiner Tüchtigkeit weitaus stärker angewiesen. Eine Einschränkung der Freizeichnungsklauseln würde daher die wirtschaftliche Entwicklung, soweit sie einen echten Fortschritt bedeutet, nicht behindern.

IV. Exkurs über die Freizeichnungsklauseln für mittelbare Schäden

Ein besonderes Diskussionsthema bilden die Freizeichnungen von sog. mittelbaren Schäden²⁶⁰). Das sind Schäden und Verluste, die nicht an der gelieferten Sache oder dem hergestellten Werk selbst entstehen, sondern auf Grund eines weiterreichenden Kausalverlaufs zu Beschädigungen an anderen Sachen des Adherenten oder zu Gewinnminderungen führen²⁶¹). Ihre Regulierung wird normalerweise ermöglicht durch das Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung. Die Freizeichnung von solcher Haftung wird allgemein als gerechtfertigt angesehen. Dabei sind zwei Argumente zu unterscheiden:

- (1) die Unbeeinflussbarkeit der Schadenshöhe durch den Lieferanten, die eine Zurechnung der Schäden zur Risikosphäre des Abnehmers begründet erscheinen läßt (Sphärentheorie),
- (2) die Unberechenbarkeit der Schäden aus der Sicht des Lieferanten (Argument der Kalkulationssicherheit).

²⁵⁹) F. H. Knight, Risk, Uncertainty and Profit (a. a. O.) unterscheidet zwischen berechenbaren und unberechenbaren Risiken (S. 28). Nur in den letzteren sieht er den Grund für Gewinne (S. 198). Jedoch kann sich das Unternehmen mit Übernahme der berechenbaren Risiken, d. h. der Gefahren, deren Realisationswahrscheinlichkeiten bekannt sind, bei glücklichem Ausgang die Risikoprämien selbst verdienen. Das sind freilich nur kurzfristige Zwischengewinne, vgl. auch Schumpeter, a. a. O. S. 42.

²⁶⁰) Vgl. RGZ 142, 353; RG in JW 1931 S. 3085 Nr. 9; BGH in LM Nr. 2 zu § 138 (Cc) BGB; D. Schneider in NJW 1954 S. 133/134; Van Erckelen in ZAKDR 1940; Hurst, a. a. O. S. 153 ff.; H. Weber, a. a. O. S. 48.

²⁶¹) Zum Begriff vgl. interesshalber ALR I, 6 § 3 und ALR I, 3 § 5.

Beide Argumente sind bei genauer Betrachtung nur sehr bedingt anzuerkennen.

(1) Im Interesse einer volkswirtschaftlich richtigen Kostenrechnung und einer ausreichenden Präventionswirkung ist eine Zurechnung der im Wirtschaftsleben auftretenden Schäden nach der Verursachung erforderlich. Mittelbare Schäden haben ihre erste Ursache in der Fehlleistung des Lieferanten. Durch Besonderheiten des Abnehmerbetriebes, d. h. durch eine sekundäre Risikoquelle, kann aber die Höhe des Schadens über die üblicherweise zu erwartende Schadenshöhe (Primärrisiko) hinaus ausgedehnt werden. Der Grundsatz des Einstehens für die eigene Risikosphäre würde nun keineswegs eine globale Haftungsbeschränkung auf den Schaden am Liefergegenstand rechtfertigen, sondern allenfalls eine *Haftungshöchstsumme* in Höhe des Primärrisikos. Der bei bestimmungsgemäßer und normaler Nutzung der Liefersache eintretende mittelbare Schaden muß diesem vom Lieferanten zu tragenden Primärrisiko zugerechnet werden. Ein vollständiger Haftungsausschluß darf nur die Exzeß-Risiken treffen, die durch eine außergewöhnliche Verwendung der Sache entstehen.

(2) Durch derartige Haftungshöchstsummen würde gleichzeitig das Argument der Kalkulationsunsicherheit entkräftet. Wenn z. B. eine Montagestraße geliefert wird, so hat diese einen bestimmten Leistungsquerschnitt, der sich aus der Länge des Bandes, seiner technischen Optimalgeschwindigkeit u. ä. ergibt. Diese Kapazität kann nun mehr oder weniger stark ausgenutzt werden (Beschäftigungsgrad). Da die Kapazität nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen so gewählt wird, daß die Normalbeschäftigung in die optimale Nutzungszone der Anlage fällt, kann der Lieferant den durchschnittlichen Beschäftigungsgrad des Bandes erkennen. Es wird ihm auch möglich sein, den Wert der darauf hergestellten Produkte zu erfahren. Auf Grund seiner Sachkenntnis kann er ferner die voraussichtliche Dauer einer Betriebsunterbrechung abschätzen, die bei einem Versagen der Anlage eintreten kann (durchschnittliche Reparaturzeit). Aus diesen Werten kann er den „mittleren“ mittelbaren Schaden kalkulieren, den seine Montagestraße verursachen könnte. Arbeitet der Abnehmer später mit einem höheren Beschäftigungsgrad, so ist das ein Exzeß-Risiko, das der Kunde selber tragen muß. — Zur Sicherung der Risikokalkulation kann auch eine zeitliche Beschränkung der Garantie anerkannt werden. Die Garantiezeit sollte dabei dem Zeitpunkt entsprechen, in dem bei normalem Beschäftigungsgrad Konstruktions-, Montage- und Materialfehler üblicherweise erkennbar werden.

Selbstverständlich läßt sich dieses Beispiel nicht auf alle Geschäftszweige übertragen. Dennoch bleibt die Lösung richtig, daß statt einer Freizeichnung nach der Schadensart nur eine Beschränkung nach der Schadenshöhe anerkannt werden kann. Durch eine (nicht zu niedrige) Haftungshöchstsumme können die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden.

(3) Die Abgrenzung der Risikosphären, d. h. die Richtigkeit der Haftungshöhe, wird freilich in gewissen Grenzen unsicher bleiben. Daher wird die volkswirtschaftliche Exaktheit der Kostenrechnung nicht voll erreicht.

Angesichts dieser Ungenauigkeiten könnte man einem dritten Argument besonderes Gewicht beilegen, das darauf hinweist, daß sich heute der Abnehmer mit einer Betriebsunterbrechungsversicherung gegen mittelbare Schädigungen durch Sachmängel angeschaffter Produktionsmittel schützen kann. Diese Versicherung könnte als der volkswirtschaftlich reibungslosere Weg der Schadensverteilung erscheinen. Demgegenüber bleibt die Notwendigkeit einer Schadensprävention jedoch bestehen. Die Haftung für mittelbare Schäden sollte jedenfalls nur zu einem Teil abdingbar sein²⁶²⁾.

V. Auswirkungen auf das volkswirtschaftliche Nutzenmaximum

Der Volkswohlstand hängt nicht nur von der Höhe des Sozialprodukts ab, sondern auch von seiner Verteilung. Nach dem ersten G o s s e n s c h e n Gesetz nimmt mit zunehmendem Sättigungsgrad die Intensität der Bedürfnisse ab. Der Betrag, um den eine zusätzliche Einkommenseinheit den Nutzen des Einkommensbezieher vermehrt (Grenznutzen) wird daher umso geringer sein, je größer das Einkommen oder Vermögen ist, dem die Einkommenseinheit hinzugefügt wird. Eine Währungseinheit genießt in der Hand eines Armen eine höhere Wertschätzung als in der Hand eines Reichen. Daraus ergibt sich theoretisch die Möglichkeit, nicht nur durch eine Steigerung des Sozialprodukts (production welfare), sondern auch durch eine geschickte Umverteilung (distribution welfare) den Gesamtnutzen des Volkes, d. h. die Summe aller Individualnutzen, zu erhöhen. Ohne Berücksichtigung dieses Aspekts wäre eine volkswirtschaftliche Stellungnahme zum Problem der AGB unvollständig. Was für die Verteilung der Güter in der Volkswirtschaft gilt, trifft nämlich umgekehrt auch auf die Verteilung der Lasten zu. Man könnte die Ansicht vertreten, daß ein einmal eingetretener Schaden oder ein unvermeidbares Risiko demjenigen anzulasten sei, der diese Nachteile am leichtesten tragen könne.

Diese Vorstellung ist der Jurisprudenz keineswegs so fremd, wie man nach der hier gegebenen Herleitung vermuten möchte. Sie ist vielmehr in der rechtspolitischen Diskussion über die Strukturprinzipien des außervertraglichen Schadenersatzrechtes häufig hervorgetreten²⁶³⁾.

²⁶²⁾ Ebenso v. N o t t b e c k , a. a. O. S. 115.

²⁶³⁾ Vgl. z. B. Die „Haftung nach ökonomischer Tragfähigkeit“ bei J. U n g e r , Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl., Jena 1893, S. 140; — das „Prinzip der konkreten Billigkeit“ als ergänzendes drittes Prinzip neben Verschuldens- und Verursachungshaftung bei J. W. H e d e m a n n , Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jht., 1. Teil Die Neuordnung des Verkehrswesens, Berlin 1910, S. 107 ff.; — das „Prinzip des kleinsten Schadens“ bei H. S p e r l , Gutachten, in: 31. DJT (1912), S. 82; — das „Prinzip der Utilität“, d. h. der „gerechten sozialen Vor- und Nachteilsverteilung“ bei G. M a r t o n , Verschuldensprinzip — Verursachungsprinzip, München — Berlin — Leipzig 1926, S. 38/39; — ferner die Bestrebungen zu einer Ausweitung der Billigkeitshaftung des § 829

Josef Esser hat das Schadenersatzrecht, soweit es sich mit dem Zufallsschaden befaßt, der *justitia distributiva* zugerechnet²⁶⁴). Die Frage liegt daher nahe, ob die Wirtschaftstheorie der *welfare economics* zu diesem Problem Anregungen und brauchbare Maßstäbe bereit hält.

Wenn der Gesichtspunkt der ökonomischen Tragfähigkeit auch zur Beurteilung der AGB herangezogen wird, so soll keineswegs übersehen werden, daß er damit über den engen Bereich, in dem er bisher erörtert wurde, hinaus ausgedehnt wird. Bezogen auf die gesamte Risikolage, wird er nicht nur losgelöst von der Beschränkung auf die unverschuldeten Schäden, sondern auch vom Schadenersatzrecht überhaupt. — Er wird ferner nicht nur angewandt auf deliktische Schuldverhältnisse, sondern auch auf vertragliche Rechtsbeziehungen. Eine solche Ausdehnung der an die Vermögenslage anknüpfenden Billigkeitshaftung auf das Recht der Leistungsstörungen wird zwar für das deutsche Recht allgemein abgelehnt²⁶⁵); dieser Standpunkt der h. L. dürfte seiner Begründung jedoch in der Vorstellung eines traditionellen Individualvertrages haben, bei dem die Risikoverteilung durch echte, bewußte Willensbetätigung geregelt wurde. Die durch die Verheimlichungseffekte der AGB hervorgerufene Entpersönlichung der Vertragsbeziehungen nähert die Interessenlage jedoch der deliktischen Haftung an. — Ein weiterer Unterschied zu den zitierten Anklängen in der Rechtswissenschaft besteht darin, daß die Erörterungen der Rechtslehre überwiegend von individuellen, sozusagen bilateralen Billigkeitserwägungen ausgehen, während im folgenden gesamtwirtschaftliche, sozusagen multilaterale Wohlfahrtsüberlegungen angestellt werden²⁶⁶).

Eine Abweichung von der gesetzlichen Risikoverteilung könnte sich als förderlich für die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt erweisen, wenn dadurch die Lasten auf den besseren Risikoträger verlagert würden²⁶⁷). Es müßte sich dazu nachweisen lassen, daß der typische Abnehmer regelmäßig der *bessere Risikoträger* ist und daß die Verhinderung der Präventivwirkung gegenüber den Vorteilen einer Wohlfahrtssteigerung nicht ins Gewicht fällt.

BGB auf die zwar zurechenbaren aber schuldlosen rechtswidrigen Handlungen: Protokolle, Bd. II S. 589; Beschluß in: 34. DJT (1927), Bd. II S. 515; BGHZ 39, 281; ferner die Berücksichtigung der Vermögenslagen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nach § 847 BGB, vgl. BGHZ 18, 149 (159 ff.).

²⁶⁴) J. Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, München und Berlin 1941, S. 73.

²⁶⁵) Vgl. E. Deutsch, Zurechnungsfähigkeit und Verschulden in: JZ 1964 S. 89 r. Sp.; RGRK (Haager), BGB-Komm., 11. Aufl. Berlin 1960 § 829 Anm. 1; Soergel-Hahne, BGB-Komm., 8. Aufl. Stuttgart und Köln 1952 § 276 Anm. II C; a. A. Staudinger-Werner, BGB-Komm. § 276, Anm. 7.

²⁶⁶) Zum Unterschied zwischen „Wohlfahrtsrecht“ und „Billigkeitsrecht“ vgl. schon Burkard Wilhelm Leist, Die realen Grundlagen und Stoffe des Rechts, Jena 1877 § 32 (S. 178 f.).

²⁶⁷) So schon W. Koehler, Allgemeine Verkaufsbedingungen (a. a. O. 1934 S. 10/11).

1. Vermögenslage als Haftungsgrund

Die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Adherenten hängt im wesentlichen von zwei Faktoren ab: von seiner Vermögens- und Einkommenslage und von der Versicherbarkeit der Risiken. Ein größeres Vermögen oder Einkommen läßt einen eingetretenen Schaden und vorher schon die Schadensrisiken weniger fühlbar werden, da den entgangenen Vermögens- oder Einkommensteilen ein geringerer Grenznutzen zukommt. Der Einfluß der AGB auf das Nutzenniveau der Volkswirtschaft ließe sich also nur unter Berücksichtigung der unterschiedlichen wirtschaftlichen Verhältnisse von Proponent und Adherent beurteilen. Die Freizeichnungsklauseln könnten dann gerechtfertigt sein, wenn der typische Abnehmer ein größeres Vermögen oder Einkommen aufweist als der Anbieter.

Es ergeben sich bei dieser Abwägung jedoch unüberwindliche Schwierigkeiten. Handelt es sich z. B. bei einem oder beiden Vertragspartnern um ein Unternehmen in einer gesellschaftsrechtlichen Form, so wäre es unter sozialen Aspekten nicht sinnvoll, das Vermögen beider Unternehmen zu vergleichen. Gegenüberstellen müßte man die Anteile der einzelnen Gesellschafter am Vermögen, Gewinn und Risiko. Wenn man nun die Verschachtelung eines Konzernunternehmens bedenkt, so ergibt sich ein unentwirrbares Problem. Erhebliche Schwierigkeiten würde auch die Feststellung der wahren Vermögens- und Rentabilitätslagen bereiten. Die für die wirtschaftliche Tragfähigkeit ebenfalls sehr wichtige Liquiditätslage würde zudem gar nicht berücksichtigt.

Eine auf den Wohlstand gegründete Schadenersatz- oder Gewährleistungspflicht, die im Grunde den Reichen um seines Reichstums willen hatten ließe, wäre aber vor allem eine Verletzung des Gleichheitssatzes. Bestimmte Schichten würden auf Grund ihrer Vermögenslage praktisch einer Verursachungshaftung unterworfen²⁶⁸⁾. Eine Unterschiedliche Vermögenslage kann in diesem Zusammenhang nicht als rechtserhebliche Begründung für eine ungleiche Behandlung der Rechtsgenossen anerkannt werden. Zur Beurteilung formularmäßiger Freizeichnungsklauseln kann dieses Kriterium noch viel weniger herangezogen werden, da die Zulässigkeit der Klauseln dann in einer Superkasuistik von dem sachfremden Umstand abhängig gemacht würde, wie wohlhabend die jeweiligen typischen Käufer- und Verkäufer-schichten wären. Ein „Partikularismus der Sachgebiete“ (Krause),²⁶⁹⁾ eine Chaotisierung des Rechts, eine Rechtzersplitterung nach Käuferklassen wäre nicht aufzuhalten.

2. Versicherbarkeit als Haftungsgrund

Gegenüber der rechtspolitischen Undurchführbarkeit des Grundsatzes „Reichhaltigkeit verpflichtet“ (Bluntschli) als eines maßgebenden Haftungsprinzips hat Albert A. Ehrenzweig die Versicherbarkeit als Haftungsgrund

²⁶⁸⁾ Vgl. E. Deutsch in JZ 1964 S. 91.

²⁶⁹⁾ H. Krause, Rechtseinheit und ständisches Recht, in DRw 1936 S. 300.

proklamiert („assurabilité oblige“²⁷⁰). Nach seiner Vorstellung soll für unverschuldete Gefahren, die aus den modernen, mechanisierten Betrieben erwachsen, grundsätzlich derjenige haften, der sich hätte versichern können. Ehrenzweig geht dabei von zwei Gedanken aus: Einmal vertritt er die Ansicht, daß eine weite Verteilung der Schadenrisiken die Belastung für jeden Einzelnen innerhalb der Gemeinschaft weniger spürbar werden lasse²⁷¹). Eine befriedigende Verteilung sei aber durch eine Überwälzung im Güterpreis nicht garantiert, da die Marktsituation für eine Überwälzung nicht immer günstig sei. Daher könne nur eine Versicherung die gleichmäßige Streuung der Risiken herbeiführen. Zum andern ist er der Meinung, daß nach einer einmal getroffenen Verteilung der Schäden eine Neuverteilung an eine andere Gefahrengemeinschaft durch Rückgriff nicht mehr zweckmäßig sei, sondern nur eine „unproduktive und verschwenderische Übung“ darstelle²⁷²). Daher möge der Schaden dort liegenbleiben, wohin er gefallen sei, wenn der Geschädigte eine ausreichende Versicherung habe erlangen können²⁷³). Seien sowohl für den Geschädigten als auch für den Schädiger Versicherungen zugänglich, so solle der haften, dem die Prämienzahlung am ehesten zuzumuten sei.

Durch Anerkennung der AGB nach Maßgabe der Versicherungsmöglichkeiten ließe sich diese originelle Idee auf einem bedeutenden Rechtsgebiet praktisch verwirklichen, ohne daß die Rechtsprechung auf den Gesetzgeber warten müßte. Allerdings ergeben sich dabei rechtsstaatliche Bedenken²⁷⁴). Die Berufung auf die Sozialstaatsklausel des GG²⁷⁵), die zumindest im Rahmen der Generalklauseln des Privatrechts Anwendung durch die Rechtsprechung finden kann, würde ein solches Vorgehen nicht rechtfertigen. Von diesen Bedenken abgesehen, wäre zu prüfen, ob aus wohlfahrtsökonomischen Gründen eine Risikoabwälzung durch AGB dann akzeptabel wäre, wenn dem Adherenten eine Versicherung mit zumutbaren Prämien offenstünde. Die Rechtsprechung hat — wie gezeigt²⁷⁶) — dieses Argument

²⁷⁰) A. A. Ehrenzweig in Jur.Bl. 1950 S. 253 ff.; Versicherungsgedanken klingen auch an bei Marton, a. a. O. (1926) S. 37. Eine dieser Forderung praktisch nahekommende Wirkung hat die Berücksichtigung einer Haftpflichtversicherung im Rahmen der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers bei den Billigkeitsüberlegungen zur Bemessung des Schmerzensgeldes nach § 847 BGB, vgl. BGHZ 18, 145 (165 f.) und im Rahmen der Haftung nach § 829, wobei zwischen einer freiwilligen Haftpflichtvers., die nur zur Feststellung der Entschädigungshöhe herangezogen wird und einer Pflichtversicherung, die haftungsbegründend wirken kann, zu unterscheiden ist, (vgl. BGH in NJW 1958, 1630).

²⁷¹) a. a. O. S. 255 r. Sp.

²⁷²) a. a. O. S. 256 l. Sp. und S. 257 l. Sp.

²⁷³) Vgl. ähnliche Argumente bei Cl. Morris, Hazardous Enterprises and Risk Bearing Capacity, in: The Yale Law Journal, Bd. 61 (1952) S. 1176.

²⁷⁴) Vgl. Coing, a. a. O. (oberste Grundsätze) S. 152.

²⁷⁵) — in genauer Umkehrung der Idee von H. Krause (BB 1955 S. 265 ff.), der aus der Sozialstaatsklausel ein Instrument zur Eindämmung der Freizeichnungsklauseln entwickeln wollte.

durchaus verwendet, bemerkenswerterweise allerdings nicht auf Grund der hier vorgetragenen gesamtwirtschaftlichen Gedankengänge, sondern auf Grund individueller Billigkeitsabwägungen.

Die Versicherbarkeit ist jedoch als Haftungsprinzip unhaltbar. Das ergibt sich — wie schon die Unhaltbarkeit des Vermögensvergleichs — aus dem Gleichheitssatz, aus dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem der Rechtseinheitlichkeit. Ob für bestimmte Risiken dem Bedrohten eine gesonderte Versicherung offen steht oder ob als greifbare Versicherung nur eine Haftpflichtversicherung des Schädigers in Frage kommt, ist eine reine Zufälligkeit, die nicht mit der Gerechtigkeitsidee in Verbindung gebracht werden kann. Welche absolute Höhe die Prämien einnehmen, hängt von der technischen Natur der Schadensverläufe und von der Zusammensetzung des Risikopools ab, also ebenfalls von rechtsfremden Umständen. Geht man bei diesem Haftungsprinzip der Versicherbarkeit zudem von Wohlfahrtsüberlegungen aus, so kann es für die „Zumutbarkeit“ nicht auf einen Vergleich der absoluten Prämien ankommen. Diese müssen vielmehr zum Vermögen und zum Einkommen des Versicherungsnehmers in Beziehung gesetzt werden. Damit berührt sich das Theorem des „*assurabilité oblige*“ doch wieder mit der Problematik des „*richesse oblige*“²⁷⁷⁾.

3. Fehlende welfare-Kriterien

Abgesehen von der juristischen Unhaltbarkeit solcher ursprünglich für eine weitgespannte Verteilungspolitik konzipierten Vorstellungen müßten derartige Argumente im Zusammenhang mit den AGB schon an der fehlenden wirtschaftstheoretischen Exaktheit der welfare-Grundsätze scheitern²⁷⁸⁾. Zwei Probleme nämlich haben die welfare economics bisher nicht gelöst:

- (1) die Durchführung interpersoneller Nutzenvergleiche und
- (2) die Entwicklung einleuchtender Optimum-Kriterien.

Die wirtschaftenden Individuen haben unterschiedliche Bedürfnisstrukturen, die in sich unübersehbar vieldimensional sind, und unterschiedliche Befriedigungsfähigkeiten. Eine interpersonelle Vergleichbarkeit, eine Nutzenmessung, -aufrechnung oder -addierbarkeit ist daher nicht gegeben. Daran muß zumindest die praktische Durchführung einer Verteilungspolitik mit dem Ziel der welfare-Maximierung scheitern. „Wir stehen hier an einer Grenze menschlicher Gerechtigkeit . . . nur da, wo sie Menschen nicht miteinander zu vergleichen braucht, sondern jedem das Gleiche geben kann, besteht diese Schwierigkeit nicht; das ist der Fall, wo es sich um die Sicherung eines bestimmten Mindestmaßes an Gütern handelt, die jedem in glei-

²⁷⁶⁾ Vgl. oben S. 65 Fußnote 3, S. 66 Fußnote 2, 4 und 5.

²⁷⁷⁾ Vgl. auch die Ablehnung einer isolierten Berücksichtigung der Haftpflichtversicherung im Rahmen des § 829 BGB in BGHZ 23, 90 (100).

²⁷⁸⁾ Vgl. zum folgenden Wilh. Weber, Zur Problematik der neueren „Welfare Economics“, in: ZfNÖ, Bd. 14 (1954) S. 487 ff.

cher Weise zukommen, zum Beispiel das wirtschaftliche Existenzminimum²⁷⁹).“

Aber auch die theoretische Konzeption eines Verteilungsschemas konnte in langer Diskussion nicht erarbeitet werden. Oskar L a n g e²⁸⁰) bestimmt z. B. den Verteilungsschlüssel so, daß der Grenznutzen für alle Einkommenbezieher der gleiche wird, und befürwortet, indem er — wohl aus sozialistischen Gleichheitsvorstellungen heraus — eine gleiche Befriedigungsfähigkeit für alle Individuen unterstellt, letztlich eine egalitäre (Real-)Einkommensverteilung. Zum gleichen Ergebnis kommt A. P. L e r n e r²⁸¹), der darin eine Garantie für die Maximierung des wahrscheinlichen (!) Gesamtnutzens sieht.

Dagegen abstrahieren andere Nationalökonomien von der Frage des Verteilungsschlüssels und diskutieren mehr die produktive Effizienz wirtschaftspolitischer Maßnahmen. Ausgehend von der zwar notwendigen, nicht aber hinreichenden Bedingung Vilfredo P a r e t o s, daß das gesamtwirtschaftliche Ophelimitätsmaximum solange nicht erreicht ist, als durch eine Neuordnung der ökonomischen Verhältnisse noch wenigstens eine Person in eine bessere Position gelangen kann, ohne daß eine andere schlechter gestellt wird, versuchen sie, weitere, und zwar positive, Kriterien zu entwickeln. H. H o t e l l i n g beispielsweise nimmt an, daß jede Maßnahme wohlfahrtserhöhend ist, durch die mindestens eine Person begünstigt, ohne daß eine andere benachteiligt wird. Da das primär kaum jemals möglich ist, müssen die Benachteiligten eine ausreichende Kompensation erhalten²⁸²). Ähnlich lautet das sog. K a l d o r - H i c k s - Kriterium, wonach eine wirtschaftspolitische Veränderung der Daten das gesamtwirtschaftliche Nutzenniveau erhöht, wenn per Saldo die Begünstigten mehr gewinnen, als die Benachteiligten verlieren, wobei die Frage der tatsächlich durchgeführten Kompensation eine politische bleibe²⁸³).

Überhaupt ist man heute überwiegend der Ansicht, daß das Problem der distribution welfare wirtschaftstheoretisch nicht lösbar ist und einer politischen Entscheidung bedarf²⁸⁴). K. E. B o u l d i n g hat das Verhältnis zwi-

²⁷⁹) H. C o i n g, Die obersten Grundsätze des Rechts (a. a. O.) S. 44 und 49. C o i n g zeigt an dieser Stelle, daß auch keine ethischen Maßstäbe für eine umfassende iustitia distributiva verfügbar sind (vgl. auch a. a. O. S. 151).

²⁸⁰) O. L a n g e, Foundation of Welfare Economics, in: Econometrica Bd. 10 (1942) S. 222.

²⁸¹) A. P. L e r n e r, The Economics of Control, Principles of Welfare Economics, New York 1947, S. 28—32.

²⁸²) H. H o t e l l i n g, The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and of Railway and Utility Rates, in: Econometrica Bd. 6 (1938) S. 267.

²⁸³) N. K a l d o r, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, in: The Economic Journal, Bd. 49 (1939) S. 550; J. R. H i c k s, The Foundations of Welfare Economics, ebenda S. 706 und 711.

²⁸⁴) Vgl. E. L a u s c h m a n n, Zur neueren Diskussion der Welfare Economics in der angelsächsischen Literatur, in: Weltwirtschaftliches Archiv, Bd. 74 (1955 I) S. 119.

schen reiner Nationalökonomie und den welfare economics mit dem Verhältnis zwischen Astronomie und Astrologie verglichen²⁸⁵).

Der Begriff der sozialen Gerechtigkeit läßt sich wirtschaftswissenschaftlich also ebensowenig konkretisieren, wie der Begriff der Vertragsgerechtigkeit. Bei diesem unbefriedigenden Stand der Theorie können Vorstellungen der sozialen Gerechtigkeit keine Korrekturen an der bisher erarbeiteten Einstellung zu den AGB begründen. Schutz des Marktmechanismus vor Verzerrungen durch social costs muß der oberste Grundsatz bleiben. Eine Verteilung der Schäden auf zahlreichere Schultern sollte nur durch die Versicherung des Schadenstifters und eine Überwälzung der Prämien im Preis angestrebt werden, soweit es die — möglichst von monopolistischen Beschränkungen bereinigte — Marktsituation gestattet²⁸⁶). Nur ein solches marktkonformes Vorgehen läßt sich in seinen Auswirkungen einigermaßen verfolgen.

²⁸⁵) B o u l d i n g, a. a. O. S. 8.

²⁸⁶) Vgl. auch P. S. A t i y a h, a. a. O. S. 118 und die allerdings kritische Wiedergabe dieser Ansicht bei C l. M o r r i s, in: *The Yale Law Journal*, Bd. 61 (1952) S. 1176.

SCHLUSS

Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

Im Interesse sachgemäßer Regelungen dürfen der Gesetzgeber, die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse nicht einfach ignorieren. Das gilt in besonderem Maße für das Recht der AGB.

Eine betriebswirtschaftliche Untersuchung der beiderseitigen Interessenlagen bei den heute gebräuchlichen Formularverträgen zeigte eine einseitige, durch keine erkennbaren Äquivalente gemilderte Risikoabwälzung auf den Adherenten (Teil B). Ermöglicht wird diese Abwälzung durch die Verheimlichungseffekte, die i. d. R. mit den standardisierten Bedingungen verbunden sind (§ 2). Wirtschaftliche Machtpositionen, d. h. individuelle oder kollektive, monopolistische Marktstrukturen, sind erst in zweiter Linie bedeutsam.

Ein wesentlicher Teil der Untersuchung war der Analyse der von den Freizeichnungsklauseln ausgehenden Preiseinflüsse gewidmet (§ 5). Dabei ergab sich, daß die einseitige Gestaltung der Risikolage nicht durch ein erkennbares Entgegenkommen in der Preiskalkulation abgeschwächt wird.

Diese Erkenntnisse wurden zum Anlaß für eine rechtsdogmatische Überprüfung des in der Rechtsprechung vorherrschenden Lösungsschemas einer Interessenabwägung unter Billigkeitsgesichtspunkten. Dabei konnte festgestellt werden, daß die Vorstellung von der Angemessenheit zwischen Leistung und Gegenleistung als eines zentralen und im Gemeinschaftsinteresse zu garantierenden Vertragszieles zwar aus der rechtsphilosophischen Entwicklungsgeschichte der Vertragsfreiheit, nicht aber aus einzelnen Generalklauseln des BGB und auch nicht aus der Grundanlage unseres Vertragsrechts begründet werden kann (§ 7 I und II, 1).

Es wurde daher erforderlich, einen neuen Weg für die Inhaltskontrolle der AGB zu suchen. Ausgangspunkt dafür mußte die Erkenntnis sein, daß die Problematik der inhaltlichen Zulässigkeit der AGB eine Frage nach den Grenzen der Vertragsfreiheit ist, die das Gesetz selbst nicht beantwortet. Zur Ausfüllung dieser „verdeckten Regelungslücke“ bietet sich die Methode der teleologischen Reduktion des Grundsatzes an (§ 7 II, 2 b).

Im Gegensatz zu den bisherigen Auffassungen ist der Schutzzweck, aus dem die Schranken des Prinzips entwickelt werden müssen, nicht ausschließlich in einer Begründung subjektiver Rechte durch autonome Privatvereinbarungen zu sehen. Vielmehr ist er daneben auch funktional zu verstehen. Ausgehend vom Prinzip des Institutionenschutzes, das als zweites Strukturprinzip unserem Zivilrecht zugrunde liegt, erscheint der Schutzzweck der Vertragsfreiheit in der Funktionsfähigkeit der dezentralen Wirtschaftsverfassung (§ 7 III). Die Koordination der Wirtschaftsrechnung vollzieht sich in dieser Wirtschaftsverfassung durch den Marktmechanismus. Aus den ökonomischen Eigengesetzlichkeiten dieser sozialen Institution können sich somit sachlogische Kriterien zur Beurteilung der standardisierten Vertragsbedingungen ergeben (§ 8).

Wichtigster Gesichtspunkt ist dabei die Gefahr einer Verfälschung des pretilen Lenkungsmechanismus durch heimliche Risikoabwälzungen (social costs). Außerdem sind Freizeichnungsklauseln aus dem Gesichtspunkt einer Beeinträchtigung der Schadensprävention grundsätzlich negativ zu beurteilen. Die von den AGB ausgehende Förderung der Markttransparenz und die Ermutigung zu wirtschaftlicher Dynamik und technischem Fortschritt sind unbedeutend und fallen gegenüber den Nachteilen volkswirtschaftlich nicht ins Gewicht. Eine wohlfahrtssteigernde Wirkung der Risikoverteilung nach AGB ist nicht nachweisbar.

Versteckte Haftungsbeschränkungen sind daher unvereinbar mit dem Schutzobjekt der Vertragsfreiheit, durch höhere, z. B. Wohlfahrts-, Gesichtspunkte nicht gerechtfertigt und müssen als verboten und gem. § 134 BGB als nichtig gelten. Eine abweichende Beurteilung ist gerechtfertigt, wenn die Freizeichnung unmittelbar mit deutlichen Äquivalenten für den Vertragspartner gekoppelt ist — wie das ja auch beim echten Individualvertrag i. d. R. der Fall ist. Zur Wahl gestellte Bedingungen erfüllen diese Voraussetzung aber noch nicht ohne weiteres. Die Wahlmöglichkeit kann eine scheinbare sein.

Da mit dem Verbot der Freizeichnungsklauseln nicht die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen als solche verhindert wird, werden die Rationalisierungseffekte nicht beeinträchtigt. Anerkennenswerte Belange der „Kalkulationssicherheit“, d. h. der Verringerung der Ungewißheit in der Planung, können durch — nicht zu niedrige — Haftungshöchstsummen ausreichend befriedigt werden. Eine Haftungsbegrenzung nach der Schadenshöhe stört den marktwirtschaftlichen Lenkungsmechanismus weniger als eine Begrenzung nach der Schadensursache.

Wenn in dieser Arbeit das objektive Interesse der Gemeinschaft an der Lenkungsfunktion des Marktmechanismus an die Stelle des subjektiven Interesses der Vertragsparteien an einem Leistungsgleichgewicht gesetzt wurde, so wird damit keineswegs eine individuelle Billigkeitskontrolle im Einzelfall (§ 242 BGB) abgelehnt. Auch die Überprüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen auf ihre inhaltliche Zulässigkeit an Hand des § 138 BGB ist als zusätzliches Instrument unentbehrlich. Nur treffen diese Korrekturmöglichkeiten nicht das zentrale Problem der AGB.

Vielleicht wären diese Ergebnisse auch unter Zugrundelegung von Gerechtigkeitsvorstellungen, zum Beispiel dem Grundsatz des Einstehens für die eigene Rechtssphäre, erreichbar gewesen. Die Ableitung aus einer Rechtsidee kann jedoch — wie die bisherigen Versuche zur Konkretisierung der „Gemeinschaftsbelange“ gezeigt haben — nur gefühlsmäßig und intuitiv erfolgen. Das Rechtsgefühl ermöglicht aber bei wirtschaftlich diffizilen Sachverhalten nur sehr pauschale Urteile. Intuition als das plötzliche Aufleuchten von Lösungsmöglichkeiten nach einer intensiven Beschäftigung mit der Sachproblematik ist für andere Wissenschaftler nicht nachvollziehbar. Ihre Ergebnisse sind lediglich durch suggestive Mitteilung übertragbar. Allenfalls können die Lösungen durch eine Darstellung der an der sachlichen Problemstruktur geleisteten analytischen Arbeit einsichtiger werden.

Wenn in der vorliegenden Untersuchung wirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen eine zentrale Bedeutung erlangten, so wird damit keinesfalls der zentrale Zweck des Gesetzes- und Richterrechts: die Verwirklichung der Gerechtigkeit, geleugnet. Die wirtschaftstheoretische Durchdringung der Rechtsprobleme allgemeiner Geschäftsbedingungen sollte eine reale Basis schaffen, von der aus die Gerechtigkeitsvorstellungen in einer rationalen Ableitung entwickelt werden können. Die Vorstellungen von Individualismus, Liberalismus, Wagnisfreudigkeit und Verantwortungsbereitschaft, die in diese Ableitung einfließen, sind freilich ein persönliches Credo.

Literaturverzeichnis

A. Monographien, Lehrbücher, Kommentare

- Adler, Hans, u.
Düring, Walther, u.
Schmaltz, Kurt
Angermann, Adolf
Atiyah, P. S.
Biedenkopf, Kurt H.
Biesel, Manfred
Blümich, Walter, u.
Falk, Ludwig
Bobrowski, Paul
Bochenski, I. M.
Böhm-Bawerk,
Eugen von
Bonner Kommentar
Boulding, Kenneth E.
Brunn, Johann Heinrich
von
Buhle, Johann Gottlieb
Bülow, Oskar
Bundesamt für gewerb-
liche Wirtschaft
Coing, Helmut
Coing, Helmut
- Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Stuttgart 1957, mit Ergänzungsband: Die neue Gewinn- und Verlustrechnung, Stuttgart 1961.
Gleichgewichtskalkulation (Untersuchungen zur Maximalgewinnrechnung des Betriebes), Meisenheim am Glan 1952.
An Introduction to the Law of Contract, Oxford 1961.
Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958.
Die Entwicklung der Kaufrechtspraxis unter dem Einfluß der allgemeinen Geschäftsbedingungen insbesondere hinsichtlich der Beschränkung der Käuferrechte, Diss. Köln 1960.
Einkommensteuergesetz (Komm.) Bd. I, 9. Aufl. Berlin und Frankfurt/M. 1964.
Liefervertrag und Lieferbedingungen, Karlsruhe (Selbstverlag) 1956.
Die zeitgenössischen Denkmethode, München 1954 (Dalp-Taschenbuch Nr. 304).
Positive Theorie des Kapitals, Bd. I, 4. Aufl. Jena 1921.
Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1954 (Loseblatt).
Principles of Economic Policy, Englewood Cliffs (N. J.) 1958.
Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Aufl., Köln 1956.
Lehrbuch des Naturrechts, Göttingen 1798.
Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885.
Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 29. 2. 1964 (BT-Drucksache IV/2320).
Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947.
Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln und Opladen 1959 (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen H. 84).

- | | |
|---------------------------------------|--|
| Coing, Helmut | Zur Geschichte des Privatrechtssystems, Frankfurt/M. 1962. |
| Dahm, Georg | Deutsches Recht, 2. Aufl., Stuttgart 1963. |
| Diederich, Helmut | Der Kostenpreis bei öffentlichen Aufträgen, Heidelberg 1961, (Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Bd. 12). |
| Due, John F., u.
Clower, Robert W. | Intermediate Economic Analysis, 4th ed., Homewood Illinois 1961. |
| Ehrlich, Eugen | Die juristische Logik, Tübingen 1918, (Sonderdruck aus AcP Bd. 115). |
| Elze, Hans | Lücken im Gesetz, München und Leipzig 1916. |
| Emge, Karl-August | Einführung in die Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. u. Wien 1955. |
| Engisch, Karl | Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., Stuttgart 1956. |
| Engisch, Karl | Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg 1950. |
| Esser, Josef | Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, München und Berlin 1941. |
| Esser, Josef | Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, Wien 1949. |
| Esser, Josef | Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960. |
| Etzler, Marbod | Der Geltungsgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Diss. Göttingen 1960 (Druck 1961). |
| Eucken, Walter | Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2. Aufl., Tübingen — Zürich 1955. |
| Eucken, Walter | Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl., Berlin — Göttingen — Heidelberg 1959. |
| Fechner, Erich | Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1953 (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Bd. 174). |
| Fischer, Max | Der Begriff der Vertragsfreiheit, Diss. Zürich 1952. |
| Forsthoff, Ernst | Verfassungsprobleme des Sozialstaats, Münster 1954. |
| Fourastié, Jean | Die große Hoffnung des zwanzigsten Jahrhunderts (Übers.) Köln-Deutz 1954. |
| „Frankfurter
Kommentar“ | Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1958/63 (Loseblatt). |
| Frey, Günther | Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken in ihrer Bedeutung für die Kreditsicherung, Diss. München 1953. |
| Fricke, Werner | Kollektivmonopole, Heidelberg 1956, (Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Bd. 6). |
| Galbraith, John Kenneth | American Capitalism, The Concept of Countervailing Power, Boston 1952. |

- Gandenberger, Otto Was ist ein Unternehmen? Heidelberg 1963, (Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik der Universität Mainz, H. 16).
- „Gemeinschafts-
kommentar“ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht (Hrsg.: H. Müller-Henneberg u. G. Schwartz), 2. Aufl., Köln — Berlin — Bonn — München 1963.
- Giesler, Walter Konditionenkartelle und ihre Abgrenzung zu Preisen und Preisbestandteilen, Köln — Berlin — Bonn — München 1963.
- Grochla, Erwin Betriebsverband und Verbandsbetrieb, Berlin 1959, (Veröffentlichungen des Instituts für Industrieforschung der Freien Universität Berlin, Bd. 8).
- Grotius, Hugo De Jure Belli Ac Pacis, Libri Tres, Paris 1625, Übersetzung: Walter Schätzel, Tübingen 1950.
- Großmann-Doerth,
Hans Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg/Brsg. 1933, (Freiburger Universitätsreden, H. 10).
- Gutenberg, Erich Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. I, Die Produktion, 8./9. Aufl., Berlin — Göttingen — Heidelberg 1963.
- Gutenberg, Erich Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. II, Der Absatz, 7. Aufl., Berlin — Göttingen — Heidelberg 1964.
- Haller, Heinz Typus und Gesetz in der Nationalökonomie, Stuttgart und Köln 1950.
- Hamann, Andreas Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953.
- Hamann, Andreas Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied — Berlin — Darmstadt 1958.
- Hamel, Walter Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957.
- Hankins, F. H. An Introduction to the Study of Society, rev. ed., New York 1948.
- Hartung, Fritz Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart, 2. Aufl., Göttingen — Frankfurt — Berlin 1954.
- Haupt, Günter Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, Leipzig 1937 (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 105).
- Haus, Rudolf Vereinbarungen von Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Interessengruppen, Diss. Bonn 1936.
- Heck, Philipp Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914.
- Heck, Philipp Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- Hedemann,
Justus Wilhelm Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, 1. Teil, Die Neuordnung des Verkehrswesens, Berlin 1910.

- Hedemann,
Julius Wilhelm Deutsches Wirtschaftsrecht, Berlin 1939.
- Henseling, Jakob Die Einwirkung der Marktordnung auf die Gültigkeit von Verträgen, Diss. Marburg 1939 (Druck Berlin 1942).
- Huber, Eugen Recht und Rechtsverwirklichung, Berlin 1921.
- Huber, Ernst Rudolf Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, Oldenburg o. J. (Schriftenreihe der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie Oldenburg, H. 1).
- Hufeland, Gottlieb Lehrsätze des Naturrechts, Jena 1790.
- Hurst, Werner Inwieweit kann Gesetzesrecht durch allgemeine Geschäftsbedingungen abbedungen werden? Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Vertragsfreiheit, Diss. Köln 1958.
- Isay, Hermann Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929.
- Kant, Immanuel Metaphysik der Sitten, Teil I, Methaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 3. Aufl. (Hrsg.: Karl Vorländer), Leipzig 1919.
- Kapp, K. William Volkswirtschaftliche Kosten der Privatwirtschaft (Originaltitel: The Social Costs of Private Enterprise, Harvard University Press 1950), Tübingen und Zürich 1958.
- Kappmeier,
Hans-Joachim Das Verhältnis von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Hamburg 1954.
- Kaufmann, Felix Die Kriterien des Rechts. Eine Untersuchung über die Prinzipien der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1924.
- Kaufmann, Felix Methodenlehre der Sozialwissenschaften, Wien 1936.
- Kemmann, Dieter Der verfassungsrechtliche Begriff des sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Abgrenzung und Bestimmung seiner inhaltlichen Qualität unter besonderer Berücksichtigung der historischen Grundlagen, Diss. Köln 1955.
- Klug, Ulrich Juristische Logik, 2. Aufl., Berlin — Göttingen — Heidelberg 1958.
- Knight, Frank H. Risk, Uncertainty and Profit, (1. Aufl. Boston und New York 1921), 8. Aufl., London School of Economics 1957.
- Koch, Arwed Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Jena 1932.
- Koehler, Walter Allgemeine Verkaufsbedingungen, Mannheim — Berlin — Leipzig 1934.
- Krelle, Wilhelm Preistheorie, Tübingen — Zürich 1961.
- Langen, Eugen Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., Neuwied — Berlin-Spandau — Darmstadt 1958.

- Larenz, Karl Vertrag und Unrecht, 2. Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, Hamburg 1937.
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin — Göttingen — Heidelberg 1960.
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München und Berlin 1963.
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963.
- Leist, Burkhard Wilhelm Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts, Jena 1877.
- Lerner, Abba P. The Economics of Control, Principles of Welfare Economics, 3rd reprint, New York 1947.
- Littmann, Eberhard Das Einkommensteuerrecht (Komm.), 7. Aufl. Stuttgart 1962.
- Littmann, Eberhard, u. Förger, Karl Rückstellungen in Ertragsteuerbilanzen und bei der Einheitsbewertung des Betriebsvermögens, Stuttgart 1964.
- Mangoldt, Hermann von Das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1953.
- Mangoldt, Hermann von, u. Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz (Komm.) Bd. I, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1957.
- Mann, Lothar Volkswirtschaftlich richtige Kostenrechnung, Berlin 1950.
- Marton, G. Verschuldensprinzip, Verursachungsprinzip, München — Berlin — Leipzig 1926.
- Mataja, Viktor Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888.
- Mauczka, Josef Der Rechtsgrund des Schadensersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse, Leipzig und Wien 1904.
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht, 12. Aufl., München — Berlin 1963.
- Maunz, Theodor, u. Dürig, Günter Grundgesetz (Loseblatt-Komm. Stand März 1964), München — Berlin.
- Merkel, Rudolf Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895.
- Michel, Ulrich Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, Tübingen 1932 (Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens, Hrsg.: Arthur Nussbaum, H. 8).
- Morgenstern, Oskar Die Grenzen der Wirtschaftspolitik, Wien 1934 (Beiträge zur Konjunkturforschung, Hrsg.: Österr. Institut für Konjunkturforschung, Bd. 5).
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtl. Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

- Müllereisert,
Franz Arthur Allgemeine Lieferbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand, Berlin 1932.
- Müller-Armack, Alfred Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, Hamburg 1948.
- Naegeli, Walter Allgemeine Geschäftsbedingungen. Ihre Maßgeblichkeit und Unmaßgeblichkeit für die Bestimmung des Inhalts der Vertragsabrede, Diss. Zürich 1950.
- Nipperdey, Hans Carl Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, Karlsruhe 1954, (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, H. 10).
- Noelle, Elisabeth Umfragen in der Massengesellschaft, Hamburg 1963 (rowohlts deutsche enzyklopädie, Bd. 177/178).
- Nottbeck, Benno von Über die Grenzen der Freizeichnung in Allgemeinen Lieferbedingungen, Diss. Göttingen 1960.
- Oberparleiter, Karl Funktionen und Risiken des Warenhandels, 2. Aufl., Wien 1955.
- Pagenstecher, Max Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, 2. Aufl., Marburg/L. 1944. (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Hrsg.: Ernst Heymann, Nr. 86).
- Puchta, G. F. Cursus und Institutionen, Bd. I, Leipzig 1841.
- Puchta, G. F. Pandekten, 9. Aufl., Leipzig 1863.
- Pufendorf, Samuel De jure naturae et gentium libri octo, 1688, Ausgabe: Oxford und London 1934, Bd. I: Fotografischer Nachdruck, Bd. II: Englische Übersetzung von C. H. Oldfather, und W. A. Oldfather; in Bd. I Einleitung von Walter Simons.
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963.
- Raiser, Ludwig Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935.
- Rasch, Harold Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht (Komm.), 2. Aufl., Herne — Berlin 1958.
- Recktenwald,
Horst Claus Steuerinzidenzlehre, Berlin 1958.
- Ricardo, David The Principles of Political Economy and Taxation, 3rd ed. 1821, reprinted London 1962, (Everyman's Library, No 590).
- Rinck, Gerd Wirtschaftsrecht, Köln — Berlin — Bonn — München 1963.
- Robinson, Joan The Economics of Imperfekt Competition, London 1950.
- Rosenstock, Eugen Vom Industrierecht, Berlin und Breslau 1926.
- Rümelin, M. (Max) Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, Freiburg i. B. und Leipzig 1896.

- Sauer, Wilhelm Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940.
- Savigny, Friedrich Carl System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I Berlin
von 1840.
- Schmalenbach, Eugen Dynamische Bilanz, 13. Aufl., Köln und Opladen
1962.
- Schmitt, Carl Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Den-
kens, Hamburg 1934.
- Schneider, Erich Reine Theorie monopolistischer Wirtschaftsformen,
Tübingen 1932 (Beiträge zur ökonomischen Theorie,
Hrsg.: E. Lederer und J. Schumpeter, H. 4).
- Schneider, Erich Einführung in die Wirtschaftstheorie, Teil II, Wirt-
schaftspläne und Wirtschaftliches Gleichgewicht in der
Verkehrswirtschaft, 8. Aufl., Tübingen 1963.
- Schumpeter, Josef Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 5. Aufl.,
Berlin 1952.
- Seyffert, Rudolf Wirtschaftslehre des Handels, 3. Aufl., Köln — Op-
laden 1957.
- Siebert, Wolfgang Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958, Schrif-
tenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe,
H. 41).
- Simitis, Konstantin Gute Sitten und ordre public, Marburg 1960, (Mar-
burger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlun-
gen Reihe A, Bd. 4).
- Smith, Adam An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth
of Nations, 5th ed. 1789, reprinted London 1960
(Everyman's Library, No 412, 413).
- Sombart, Werner Der moderne Kapitalismus, Bd. III, Das Wirtschafts-
leben im Zeitalter des Hochkapitalismus, Berlin 1955
(Nachdruck der 3. Aufl., von 1928).
- Spencer, Herbert Die Prinzipien der Sociologie, Bd. I (autorisierte
Übersetzung), Stuttgart 1877.
- Stadler, Max Studien aus der Theorie des Risikos, Wien 1932, (Be-
triebswi. Forschungen des Wirtschaftsverkehrs, H. 3).
- Staudinger, J. von Kommentar zum BGB, Bd. II, Teil 1 b (§ 242), 11.
Aufl., Berlin 1961, Bearbeiter: Wilhelm Weber.
- Steinbach, Emil Die Grundsätze des heutigen Rechtes über den Ersatz
von Vermögensschäden, Wien 1888, (Sonderdruck aus:
Jur. Bl. 1888 Nr. 21 bis 30).
- Unger, Joseph Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl., Jena 1893.
- Weber, Heinz Die wirtschaftliche Bedeutung der allgemeinen Liefer-
bedingungen der Eisenschaffenden, Eisenweiterver-
arbeitenden und Maschinenindustrie in der Bundesrepu-
blik Deutschland, Diss. Tübingen 1960.
- Weisser, Gerhard Wirtschaftspolitik als Wissenschaft, Stuttgart 1934.
- Weller, Walter Die Freizeichnungsklauseln des Spediteurs im Zusam-
menhang mit der Speditionsversicherung, Diss. Tübingen
1931.

- Welzel, Hans Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962.
- Wieacker, Franz Zum System des deutschen Vermögensrechts, Leipzig 1941, (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, H. 126).
- Wieacker, Franz Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956 (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, H. 193/194).
- Wiese, Leopold von System der Allgemeinen Soziologie, 2. Aufl., München und Leipzig 1933.
- Wissenschaftlicher Beirat bei der Verwaltung für Wirtschaft des Vereinigten Wirtschaftsgebietes, Gutachten 1948 bis Mai 1950 (Hrsg.: Bundeswirtschaftsministerium), Göttingen o. J.
- Wolff, Hans Julius Verwaltungsrecht Bd. I, 5. Aufl., München und Berlin 1963.
- Wolff, Martin, u.
Raiser, Ludwig Sachenrecht, Tübingen 1957, 10. Bearbeitung des Lehrbuches des Bürgerlichen Rechts, Bd. III (Begründet von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolff).
- Wurzel, Karl Georg Das juristische Denken, Wien 1904.
- Zur, Eberhard Wesen und Arten der „social costs“ unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. FU Berlin 1961.

B. Beiträge in Zeitschriften und Sammelwerken

- Bacholf, Otto Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte Bd. 3, 1. Halbbd. (Hrsg.: K. A. Bettermann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner), Berlin 1958.
- Benisch, Werner Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, in: WuW, 11. Jg. (1961).
- Bericht über die Verhandlungen des elften Kongresses deutscher Volkswirte (Sept. 1869), in: Vierteljahresschrift für Volkswirtschaft und Kulturgeschichte (Berlin), 7. Jg. (1869), Lfd. Bd. 27, Einzelbd. 3 (gedr. 1870).
- Bernhardt, Wolfgang Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen, in: DR 12. Jg. (1942).
- Brandner, Hans Erich Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: AcP 162. Bd. (1963).
- Brandt, Hans Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sogenannte dispositiva Recht, in: DRw. 5. Bd. (1940).

-
- Böhm, Franz Verstößt ein Kartellverbot gegen das Grundgesetz? WuW 6. Jg. (1956).
- Brunn, Joh. Heinr. v. Zur Schadensersatzpflicht im modernen Industrierecht, in: NJW 4. Jg. (1951).
- Bundesverband der Deutschen Industrie, Mitteilungen des . . ., 1964, Nr. 7.
- Capelle, Karl-Hermann Zur Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Hamb. Jb., 3. Jg. (1958).
- Caemmerer, Ernst von Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, in: JZ 8. Jg. (1953).
- Coing, Helmut Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaften, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik N.F. Bd. 33. (Hrsg.: L. Raiser, H. Sauer mann, E. Schneider) Berlin 1964.
- Deutsch, Erwin Zurechnungsfähigkeit und Verschulden, in: JZ 19. Jg. (1964).
- Dilcher, Hermann Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, in: NJW 13. Jg. (1960).
- Dittrich, Erich Über den Begriff „social costs“, in: Informationen des Instituts für Raumforschung 6. Jg. (1956) Inf.Nr. 19.
- Due, John F. Monopolistic Competition and the Incidence of Special Sales Taxes, in: Readings in the Economics of Taxation (selected by a committee of the American Economic Association — R. A. Musgrave, C. S. Shoup), London (Allen und Kuwin) 1959.
- Dürig, Günther Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, in: AöfFR 79. Bd. (1953/54).
- Ehrenzweig, Albert A. Versicherung als Haftungsgrund, in: Jur. Bl. 72. Jg. (1950).
- Ehrenzweig, Albert A. Adhesion Contracts in the Conflict of Laws, in: Columbia Law Review, Bd. 53 (1953).
- Eilles Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Gerichte, in: DGWR 6. Jg. (1941).
- Van Erckelens, C. Lieferbedingungen der Industrie im Kampf der Meinungen, in: ZAkDR 7. Jg. (1940).
- Esser, Josef Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht, in: summum ius summa iniuria (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 9) Tübingen 1963.
- Eucken, Walter Was leistet die nationalökonomische Theorie? in: W. Eucken, Kapitaltheoretische Untersuchungen, 2. Aufl., Tübingen — Zürich 1954.
- Evers, Hans Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Social Costs, in: Raumforschung und Raumordnung 15. Jg. (1957).

- Feig, Joh. Arbeitsordnungen, in HwStaatsw. Bd. I, 4. Aufl., Jena 1923.
- Finkentscher, Wolfgang Sind die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen abdingbar? in: BB 16. Jg. (1961).
- Fischer, Robert Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen, in: BB 12. Jg. (1957).
- Flume, Werner Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben (Festschrift zum 100jährigen Bestehen des DJT) Bd. I, Karlsruhe 1960.
- Forsthoff, Ernst Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, H. 12, Berlin 1954.
- Freisler, Roland Der Rechtswahrer im Kampfe des Vierjahresplanes, in: DJ Jg. 1936 II. Halb.
- Geiler, Karl Die wirtschaftliche Methode im Gesellschaftsrecht, in: Gruchots Beitr. 68. Jg. (1957).
- George Rückstellungen für Garantieverpflichtungen, in: DStR 7. Jg. (1957).
- Gleiss, A. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Dekartellierungsrecht, in: WuW 1./2. Jg. (1951/1952).
- Goldiner, Felix Kausalität und Funktionalität in der Wirtschaftstheorie, in: ZfNO Bd. X (1944).
- Hamann, Andreas Über die Verbindlichkeit der „Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen“ (ADSp), in: MDR 3. Jg. (1949).
- Hauenstein, Fritz Die Gründerzeit der Wirtschaftsverbände, in: Ordo Bd. 9 (1957).
- Haupt, Günter Vertragsfreiheit und Gesetz, in: ZAkDR 10. Jg. (1943).
- Heiner, Edmund Kosten und Beschäftigungsgrad, in: HwB, Bd. II, 3. Aufl., Stuttgart 1958.
- Herschel, Wilhelm Erwiderung auf Lancelle, in: DR 10. Jg. (1940).
- Herschel, Wilhelm Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, in: DR 12. Jg. (1942).
- Hicks, J. R. The Foundations of Welfare Economics, in: The Economic Journal Bd. 49 (1939).
- Hildebrandt, Heinz Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: AcP Bd. 143 (1937).
- Hildebrandt, Wolfgang Zulässigkeit und Wirkung allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: JR 1955.
- Hotelling, Harold The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and of Railway and Utility Rates, in: Econometrica Vol. 6 (1938).
- Hueck Normenverträge, in: JherJb. Bd. 73 (1923).
- Isele, Hellmut Georg Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Korreferat) in: JuS 1. Jg. (1961).

- Jastrow, J. Naturrecht und Volkswirtschaft, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik Bd. 126 (1957).
- Kaldor, Nicholas Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, in: The Economics Journal.
- Kaskell, J. Standard Contracts and General Clauses in the United States, in: WuW 1./2. Jg. (1951/52).
- Kempski, Jürgen von Zur Logik der Ordnungsbegriffe, besonders in den Sozialwissenschaften, in: Studium Generale 5. Jg. (1952).
- Kloten, Norbert, u.
Kuhn, Helmut Wirtschaftswissenschaften: Methodenlehre, in: HDSW 12. Bd. (1964).
- Kneser, Hellmuth Soziologie und Wirtschaftswissenschaft in heutiger mathematischer Behandlung, in: Studium Generale 6. Jg. (1953).
- Knur, Alexander Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Staatslexikon Bd. I, 6. Aufl., Freiburg 1957.
- Köhler, Karl-Heinz von Welche Stellung hat der Wettbewerb in unserer Rechtsordnung? in: NJW 17. Jg. (1964).
- Krause, Hermann Rechtseinheit und ständisches Recht, in: DRw 1. Jg. (1936).
- Krause, Hermann Kaufmannsrecht und Unternehmerrecht, in: ZHR Bd. 105 (1938).
- Krause, Hermann Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: BB 7. Jg. (1952).
- Krause, Hermann Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats, in: BB 10. Jg. (1955).
- Krüger, Herbert Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, in: DVBl. 1951.
- Krüger, Herbert Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, in: NJW 8. Jg. (1955).
- Lancelle, Georg Der Ersatz des indirekten Schadens, Ein Beitrag zur Frage der industriellen Lieferbedingungen, in: DR 10. Jg. (1940).
- Lange, Oscar The Foundations of Welfare Economics, in: Econometrica Bd. 10 (1942).
- Larenz, Karl Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht, in: NJW 12. Jg. (1959).
- Laufke, Franz Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann Bd. I, Berlin — Tübingen — Frankfurt 1956 (Hrsg.: H. C. Nipperdey).
- Lauschmann, E. Zur neueren Diskussion der Welfare Economics in der angelsächsischen Literatur, in: Weltwirtschaftliches Archiv Bd. 74 (1955 I).
- Lauschmann, Elisabeth Zur Frage der „social costs“, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft Bd. 4/10 (1959).

- Lerner, A. P. The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, in: The Review of Economic Studies Bd. I (1933/34).
- von Lüpke Zur Ausgestaltung allgemeiner Geschäftsbedingungen, insbesondere für den Handel mit gebrauchten Kraftfahrzeugen, in: BB 12. Jg. (1957).
- Lukes, Rudolf Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Alfred Hueck (Hrsg.: R. Dietz, H. C. Nipperdey, E. Ulmer) München und Berlin 1959.
- Lukes, Rudolf Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: JuS 1. Jg. (1961).
- Lukes, Rudolf § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: NJW 16. Jg. (1963).
- Marton, Géza Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung, in: AcP Bd. 162 (1963).
- Meeske, Helmut Die „Unterwerfung“ unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: BB 14. Jg. (1959).
- Meiss, Wilhelm Zur Frage der Zulässigkeit des Haftungsausschlusses in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen, in: VersR 11. Jg. (1960).
- Mering, Otto von Steuerüberwälzung, in: HDSW Bd. 10 (1959).
- Mestmäcker, Ernst-Joachim Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, in: JZ 19. Jg. (1964).
- Morris, Clarence Hazardous Enterprises and Risk Bearing Capacity, in: The Yale Law Journal Bd. 61 (1952).
- Müller-Armack, Alfred Soziale Marktwirtschaft, in: HDSW Bd. 9 (1956).
- Möller, Hans Geschäftsbedingungen, in: HwB Bd. II, 3. Aufl. (1958).
- Möller, Hans Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen und die dazugehörigen verschiedenen Versicherungsregelungen, in: BB 17. Jg. (1962).
- Natelski, Karl Zulässigkeit und Wirkung allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: DRiZ 33. Jg. (1955).
- Nell-Breuning (S. J.) Oswald von Thesen zu einer Grundsatzdebatte, in: FinanzA. Bd. 12 1951/52.
- Nell-Breuning, Oswald v. Die christliche Überwindung des Sicherheitskomplexes (1953), in: O. v. Nell-Breuning S. J., Wirtschaft und Gesellschaft Bd. I, Freiburg 1956.
- Neumann-Duesberg, Horst Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB, in: JZ 7. Jg. (1952).
- Neumayer, Karl H. Die richterliche Abänderung notleidender Geldverbindlichkeiten (Vertragshilfe) und ihre Kritik, in: MDR 4. Jg. (1950).
- Nipperdey, Hans Carl Geschäftsbedingungen, in: HdW Bd. II, Köln und Opladen 1959.

- Oberparleiter, Karl
Peters, Hans Risikopolitik, in: HwB 3. Aufl., Bd. III (1960).
Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie, Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948.
- Radbruch, Gustav Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948.
- Radbruch, Gustav Rechtsidee und Rechtsstoff, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 17 (1923/24).
- Raiser, Ludwig Vertragsfreiheit heute, in: JZ 13. Jg. (1958).
- Raiser, Ludwig Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, Karlsruhe 1960.
- Raiser, Ludwig Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *summum ius summa iniuria* (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 9) Tübingen 1963.
- Reuver Die neuen Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen, in: ZblHR 3. Jg. (1928).
- Richter, Ingo Die Wirtschaft der „unbezahlten“ Kosten, in: Hamb. Jb. 5. Jg. (1960).
- Rittner, F. Vertragsrecht, in: HDSW Bd. 11 (1961).
- Roth, Alfons Zwangswirtschaft vermittelt der §§ 157, 242 BGB, in: JR 1. Jg. (1925).
- Roth Die zunehmende Verschärfung der Haftung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: ZfVersW 13. Jg. (1962).
- Röpke, Wilhelm Der wissenschaftliche Ort der Nationalökonomie, in: Studium Generale 6. Jg. (1953).
- Rümelin, Gustav Culpahaftung und Causalhaftung, in: AcP Bd. 88 (1898).
- Sales, H. B. Standard Form Contracts, in: The Modern Law Review Bd. 16 (1953).
- Scheuner, Ulrich Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, H. 11, Berlin 1954.
- Schmidt, Gerhard Gegen den Haftungsausschluß, in: VersR 11. Jg. (1960).
- Schmidt-Rimpler, Walter Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: AcP Bd. 147 (1941).
- Schneider, Dieter Beschränkung von Gewährleistungsrechten in allgemeinen Lieferbedingungen, in: NJW 7. Jg. (1954).
- Schwartz, Gustav Verladende Wirtschaft und Speditionsversicherung, in: ZblHR Bd. 125 (1963).

- Sebba Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen im Verkehrsrecht, Leipzig 1931 (Druckschriften des Deutschen Anwaltvereins Nr. 33 H. 3).
- Sieg, Karl Korrektur von Rechtsgeschäften durch den Prozeßrichter, in: NJW 4. Jg. (1951).
- Sommer, A. Das Naturrechtsskolleg von Adam Smith, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 23 (1929/1930).
- Sperl, Hans Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich eine Fortbildung des geltenden Schadensersatzrechts durch besondere Bestimmungen über die Haftung für Schäden, die verursacht werden durch die Verwendung von Luftschiffen und Flugmaschinen? in: Verhandlungen des 31. DJT, Berlin 1912.
- Stammler, Rudolf Vertrag und Vertragsfreiheit, 1911, in: R. Stammler, Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge Bd. I, Charlottenburg 1925.
- Stoll, Heinrich Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessensjurisprudenz, in: Festgabe für Ph. Heck, M. Rümelin, A. B. Schmidt, Tübingen 1931.
- Stratenwerth, Günter Naturrecht, in: HDSW Bd. 7, Stuttgart — Tübingen — Göttingen 1961.
- Stützel, Wolfgang Entscheidungstheoretische Elementarkategorien als Grundlage einer Begegnung von Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft, in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik N. F. Bd. 33 (Titel des Bandes siehe oben bei Coing). Berlin 1964.
- Thamm, Manfred Wirkung des Schweigens auf kaufmännische Auftragsbestätigungen hinsichtlich Geschäftsbedingungen, in: BB 19. Jg. (1964).
- Vorbaum, Herbert Hafenetriebe, in: HwB Bd. II, 3. Aufl. (1958).
- Weber, Wilhelm Zur Problematik der neueren „Welfare Economics“, in: ZfNÖ Bd. 14 (1954).
- Weisser, Gerhard Philosophie und Wirtschaftslehre, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Bd. 32 (1938/39).
- Wendt Die exceptio doli generalis im heutigen Recht, in: AcP Bd. 100 (1906).
- Wiese, Leopold von Institutionen, in: HDSW Bd. 5 (1956).
- Wolff, Hans J. Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: Studium Generale 5. Jg. (1952).
- Wolgast, Herbert Ist der jetztige Speditionsversicherungsschein (SVS) noch ein Bestandteil der Allg. Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp)? in: NJW 15. Jg. (1962).
- Zeiss, W. Gerichtliche Änderung vertraglich vereinbarter Preise? in: NJW 17. Jg. (1964).
- Zwiedineck-Südenhorst, Otto von Kreditwucher nach der Stabilisierung, in: BankA 24. Jg. (1924/25).

C. Zeitschriften und Handwörterbücher

AcP	= Archiv für civilistische Praxis (Tübingen)
AöfFR	= Archiv des öffentlichen Rechts (Tübingen)
ArchRSPh	= ArchRWPh = Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BankA	= Bankarchiv (Frankfurt/M.)
BB	= Der Betriebsberater (Heidelberg)
BStBl.	= Bundessteuerblatt (München)

Columbia Law Review (New York)

DGWR	= Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJ	= Deutsche Justiz (Berlin, Ministerialblatt)
DR	= Deutsches Recht (zuletzt: Berlin — Leipzig — Wien)
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung (heute: Detmold, Köln und Berlin)
DRw.	= Deutsche Rechtswissenschaft (Hamburg)
DStR	= Deutsche Steuer-Rundschau (Hamburg)
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt (Köln — Berlin)

Econometrica (Colorado Springs)

The Economic Journal (London)

F.A.Z.	= Frankfurter Allgemeine Zeitung (Tageszeitung)
FinanzA	= Finanzarchiv N. F. (Tübingen)
Gruchots Beitr.	= Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Berlin) Begründer: Gruchot
HambJb.	= Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik (Tübingen)
HDSW	= Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (Stuttgart — Tübingen — Göttingen)
HdW	= Handbuch der Wirtschaftswissenschaften (Köln und Opladen)
HwB	= Handwörterbuch der Betriebswirtschaftslehre 2. u. 3. Aufl.
Hw Staatsw.	= Handwörterbuch der Staatswissenschaft 4. Aufl. (Jena)
JbfNOuStat.	= Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik (Jena, heute Stuttgart)

Jahrbuch für Sozialwissenschaft (Göttingen)

JurBl.	= Juristische Blätter (Wien)
JherJb.	= Jheriangs Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jena)

 Informationen des Instituts für Raumforschung

- JR = Juristische Rundschau (Berlin)
 JuS = Juristische Schulung (München — Berlin — Frankfurt)
 JW = Juristische Wochenschrift (Leipzig)
 JZ = Juristenzeitung (Tübingen)
 LZ = Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (München, Berlin, Leipzig)
 MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht (Hamburg)

The Modern Law Review (London)

- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (München und Berlin)

Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Düsseldorf und München)

Raumforschung und Raumordnung (heute: Köln und Berlin)

The Review of Economic Studies (New York)

- RStbl. = Reichssteuerblatt (Berlin)

Staatslexikon (Freiburg i. B.)

Studium Generale (Berlin — Göttingen — Heidelberg)

Veröffentlichungen des Kaiserlichen Aufsichtsamtes (später: des Reichsaufsichtsamtes) für Privatversicherung (Berlin)

- VersR = Versicherungsrecht (Karlsruhe)

Vierteljahresschrift für Volkswirtschaft und Kulturgeschichte (Berlin)

Weltwirtschaftliches Archiv (Hamburg)

- WuW = Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf)

The Yale Law Journal (New Haven)

- ZAkDR = Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (München und Berlin)

- ZBlHR = Zentralblatt für Handelsrecht (Berlin)