

Abschnitt 3

Schuldverhältnisse aus Verträgen

Titel 1

Begründung, Inhalt und Änderungen

Untertitel 1

Begründung

Vorbemerkungen

Schrifttum: Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, 1920; S i b e r, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JherJb 70 (1921), 223; B ü l c k, Vom Kontrahierungszwang zur Abschlußpflicht, 1940, Nachdr 1995; S c h m i d t - R i m p l e r, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130; S c h e r r e r, Die geschichtliche Entwicklung der Vertragsfreiheit, 1948; L R a i s e r, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1; d e r s, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschr 100 Jahre DJT I, 1960, S 101; F l u m e, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschr 100 Jahre DJT I, 1960, S 135; B r o x, Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, JZ 1966, 761; F B y d l i n s k i, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967; S c h m i d t - S a l z e r, Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, NJW 1970, 8; M W o l f, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970; L i e b, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen?, Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978), 196; F B y d l i n s k i, Kontrahierungszwang und allgemeines Zivilrecht, JZ 1980, 378; d e r s, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwangs, AcP 180 (1980), 1; H a c k l, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang im deutschen, im österreichischen und im italienischen Recht, 1980; K i l i a n, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 47; H ö n n, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982; F K i r c h h o f, Private Rechtsetzung, 1987; J S c h m i d t, Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform, Überlegungen zur Rechtfertigung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit bei Schuldverträgen, 1985 (Bespr hierzu: P i c k e r, Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform, JZ 1988, 339); H ö f l i n g, Vertragsfreiheit, Eine grundrechtsdogmatische Studie, 1991; H a b e r s a c k, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992; C a n a r i s, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Festschr für Lerche, 1993, S 873; S i n g e r, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133; E n d e r l e i n, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996; S t L o r e n z, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997; B u s c h e, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999; M ü l l e r - G r a f f (Hrsg), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1999; G - P C a l l i e s s, Die Zukunft der Privatautonomie, Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips, JbZivRWiss 2000, 85; C a n a r i s, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu einer „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273; M W o l f, Vertragsfreiheit und Vertragsrecht im Lichte der AGB-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre BGH I, 2000, S 111; H o f e r, Freiheit ohne Grenzen?, 2001; R u f f e r t, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001; R i t g e n, Vertragsparität und Vertragsfreiheit, JZ 2002, 114; S c h u l t e - N ö l k e, Vertragsfreiheit und Informationszwang nach der Schuldrechtsreform, ZGS 2002, 72; Z i m m e r m a n n, Vertrag und Versprechen, Deutsches Recht und Principles of European Contract Law im Vergleich, in: Festschr für Heldrich, 2005, S 467; B a c h m a n n, Private Ordnung, 2006; B a y e r (Hrsg), Schranken der Vertragsfreiheit, 2007; T h ü s i n g / v H o f f, Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, 21; A r m b r ü s t e r, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?, NJW 2007, 1494; K r o p p e n b e r g, Privatautonomie von Todes wegen, Verfassungs- und zivilrechtliche Grundlagen der Testierfreiheit im Vergleich zur Vertragsfreiheit unter Lebenden, 2008; G i n e r R o m m e l, Die Auslegung der Privatautonomie, 2008; L a n g, Vertragsfreiheit bei Eheverträgen, 2009; H a h n, Vertragsfreiheit bei Unternehmensverträgen, DStR 2009, 589; R ö s l e r, Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht, RabelsZ 73 (2009), 889; B a l d u s, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010), 1; B a c h m a n n, Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten, AcP 210 (2010), 424; C z i u p k a, Dispositives Vertragsrecht, Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster, 2010; C h r i s t, Vertragsfreiheit in China: Ein Vergleich zwischen chinesischem und deutschem Vertragsrecht, 2011; B i e s a l s k i, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, 2011; C h o u, Die Entwicklung des Spannungsverhältnisses von Freiheit und Gleichheit im deutschen Zivilrecht seit der Französischen Revolution, 2012; D r y g a l a, Private autonomy in Germany and Poland and in the common European sales law, 2012; K e i s e r, Vertragszwang und Vertragsfreiheit im Recht der Arbeit von der Frühen Neuzeit bis in die Moderne, 2013.

1. **Schuldverträge.** Der 3. Abschnitt enthält in den §§ 311–360 Vorschriften, die sich, wie bereits die Vorschriften der §§ 305–310 über die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, im Wesentlichen auf **Schuldverhältnisse aus Verträgen** beziehen und grundsätzlich nur für diese gelten. Die §§ 241–304 und §§ 362–432 gelten dagegen für vertragliche wie für gesetzliche Schuldverhältnisse gleichermaßen.

Die §§ 311–360 enthalten keine vollständige Regelung aller rechtlichen Probleme der Schuldverträge. Sie regeln vielmehr in § 311 Abs 1 die Begründung, Änderung und Aufhebung des Schuldvertrags, in § 311 Abs 2 und 3 die Entstehung des vertragsnahen gesetzlichen Schuldverhältnisses.

nisses der culpa in contrahendo¹, die Folgen von bereits bei Vertragsschluss bestehenden Leistungshindernissen (§ 311 a), die Formbedürftigkeit des Grundstücksvertrags (§ 311 b Abs 1), Verträge über Vermögen (§ 311 b Abs 2–5), die Erstreckung auf Zubehör (§ 311 c), besondere Vertriebsformen wie Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge (§§ 312–312 i), die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313) und die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund (§ 314) sowie die einseitige Leistungsbestimmung, falls der Vertragsinhalt insoweit durch die Parteien nicht festgelegt worden ist (§§ 315–319). Ferner enthalten die §§ 320–326 besondere Regelungen für die Erfüllung und die Leistungsstörungen beim gegenseitigen Vertrag. Die §§ 328–335 regeln den Vertrag zugunsten Dritter, die §§ 336–345 die Draufgabe und Vertragsstrafe. Die §§ 346–354 regeln den Rücktritt aufgrund eines vertraglichen oder gesetzlichen Rücktrittsrechts. Außer den §§ 311–360 sind auf den Schuldvertrag alle Regeln der §§ 241–432 anwendbar. Daneben kommen für die einzelnen gesetzlich geregelten Vertragstypen die hierfür im besonderen Teil des Schuldrechts in den §§ 433–808 enthaltenen Vorschriften in Betracht. Auch können aufgrund der Vertragsfreiheit neue, im Gesetz nicht geregelte Schuldvertragstypen vereinbart werden². Einzelheiten zum Abschluss von Verträgen enthalten die §§ 145 ff, wobei auch die für Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften der §§ 104 ff sowie die Vorschriften der §§ 305 ff über die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zur Anwendung kommen.

- 3** In ihrer heutigen Form gehen die §§ 311–360 im Wesentlichen auf das am 1. 1. 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zurück. Neu in das BGB aufgenommen wurden die ursprünglich nicht kodifizierten Institute der culpa in contrahendo (§ 311 Abs 2 und 3) und der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313) sowie das bisher aus dem Prinzip von Treu und Glauben (§ 242)³ oder aus einer Gesamtanalogie⁴, insbesondere zu §§ 543, 626, 723, abgeleitete Recht zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund (§ 314). Zu Abweichungen gegenüber dem alten Recht kommt es durch § 311 a, der die Vorschriften über die anfängliche Unmöglichkeit (§§ 306–308 alte Fassung) ablöst, durch die §§ 323–326 aus den Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag (§§ 323–327 alte Fassung) und durch die Rücktrittsvorschriften der §§ 346–354 (§§ 346–361 alte Fassung). Durch die §§ 355–360 (unter anderem §§ 361 a, 361 b alte Fassung) sind nun das Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen vereinheitlicht. Die §§ 312–312 i über besondere Vertriebsformen lösen das HWiG und das FernAbsG ab und dienen außerdem der Umsetzung von Bestimmungen der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr⁵. Eine neue Nummerierung, ohne inhaltliche Veränderung, haben § 311 Abs 1 (§ 305 alte Fassung), § 311 b Abs 1 (§ 313 alte Fassung), § 311 b Abs 2–5 (§§ 310–312 alte Fassung) und § 311 c (§ 314 alte Fassung) erhalten. Weitgehend gleich geblieben sind die §§ 315–319, §§ 320, 322, §§ 328–335 und §§ 336–345.
- 4** **2. Öffentlich-rechtliche Verträge.** Auf öffentlich-rechtliche Verträge⁶, die nach VwVfG § 54 zugelassen sind, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, finden die §§ 311–360 nicht unmittelbar Anwendung. VwVfG § 54 enthält vielmehr besondere Regelungen. Allerdings sieht VwVfG § 62 Satz 2 die ergänzende Anwendung der Vorschriften des BGB vor und damit auch der §§ 311 ff⁷. Insbesondere gilt auch die Regelung der culpa in contrahendo (§ 311 Abs 2 und 3), wobei Streitigkeiten über solche Ansprüche vor die ordentlichen Gerichte gehören, wenn sie in engem Zusammenhang mit Amtshaftungsansprüchen stehen⁸. Die Gestaltungsfreiheit ist bei öffentlich-rechtlichen Verträgen durch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung stark eingeschränkt. Ein Anspruch auf Erlass eines bestimmten Bauleitplans kann zB nicht vertraglich wirksam vereinbart werden⁹. Möglich ist aber die Übernahme einer privatrechtlichen Gewähr¹⁰. Der Erlass des Bauleitplans kann auch zur Grundlage oder Bedingung für die Leistung des privaten Vertragspartners gemacht werden, zB für die Abtretung von Flächen an die Gemeinde (sogenannte Verträge mit kausaler bzw konditioneller Verknüpfung)¹¹.
- 5** Die **Abgrenzung** zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen ist nicht nur bedeutsam für den Rechtsweg, sondern auch für den Umfang der Gestaltungsfreiheit und die Zulässigkeit einer Regelung. Abgegrenzt wird danach, ob die Vereinbarung nach ihrem Gegenstand

1 S auch § 311 Rz 8.

2 S § 311 Rz 24 ff.

3 BGH NJW 1951, 836; BGHZ 41, 104, 108; 82, 354, 359; Soergel¹²/Teichmann § 242 Rz 270.

4 Vgl BGHZ 9, 157, 161 f.

5 Art 10, 11 und 18 der Richtlinie 2000/31/EG, Abl 2000 L 178/1.

6 S Soergel/M Wolf Rz 115 ff vor § 145.

7 S zum öffentlich-rechtlichen Vertrag Gurlit, Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, 20 ff, 36 ff, 245 ff, 333 ff; Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner,

2000, 110 ff, 467 ff, 536 ff; U Stelkens, Verwaltungsprivatrecht, 2005, 660 ff.

8 BGHZ 43, 34, 41 f; 71, 386, 388; 76, 343, 348; BGH NJW 1986, 1109, 1110; BVerwG NJW 2002, 2894, 2895. AA Kopp/Schenke VwGO, 2012¹⁸, § 40 Rz 71; Eyermann/Rennert VwGO, 2010¹³, § 40 Rz 121.

9 BGHZ 76, 16, 22; BVerwG DÖV 1981, 878.

10 BGHZ 76, 16; BGH NJW 1990, 245; Papier JuS 1981, 498, 501 f.

11 BVerwGE 111, 162, 164 f; s auch Birk, Städtebauliche Verträge, 2002⁴, Rz 62 ff.

und Zweck einen vom öffentlichen Recht oder vom Privatrecht geordneten Sachbereich betrifft¹². Dabei kommt es entsprechend der modifizierten Subjektstheorie (Sonderrechtstheorie) maßgeblich darauf an, ob die das vereinbarte Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtsnormen für jedermann gelten oder öffentliches Sonderrecht sind, das sich zumindest auf einer Seite nur an einen Hoheitsträger wendet¹³. Diese Abgrenzung gilt grundsätzlich auch für gemischte Verträge, zB bei öffentlich-privaten Partnerschaften (Public Private Partnerships)¹⁴. Aus Gründen der vertragstypischen „Waffengleichheit“ sind bei solchen Verträgen aber Leistung und Gegenleistung jeweils einheitlich dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zu unterstellen¹⁵.

Öffentlich-rechtlich sind etwa Verträge zwischen der Gemeinde und Privaten über die Ab- 6
lösung der Stellplatzpflicht¹⁶, Erschließungsverträge nach BauGB § 124¹⁷, Verträge über Erschließungskosten¹⁸, Verträge zur Abwälzung von Folgelasten der Bebauung¹⁹, Verträge über Maßnahmen des vorbeugenden Umweltschutzes²⁰ oder über die Beseitigung eines nicht genehmigten Bauwerks²¹. Öffentlich-rechtlich sind auch Altlasten-Sanierungsverträge nach dem BBodSchG²² und Verträge über die Wahrnehmung der rettungsdienstlichen Notfallversorgung, auch wenn sie von einer privatrechtlichen Organisation ausgeführt wird²³. Gleiches gilt für einen Vertrag im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Vergleichs²⁴, zB in Form eines Grundstückstauschs²⁵. Ins öffentliche Recht gehört auch ein Vertrag über Steuern mit einem Steuerpflichtigen²⁶ oder zwischen Gemeinden über die Teilung des Steueraufkommens²⁷. Öffentlich-rechtlich sind ferner Verträge zwischen dem Dienstherrn und dem Beamten über Studienförderung und deren Rückzahlung²⁸; ebenso Enteignungsverträge nach BauGB §§ 110, 111²⁹. Dagegen sind außerhalb eines Enteignungsverfahrens geschlossene Verträge zur Vermeidung der Enteignung privatrechtlich³⁰.

Privatrechtlich ist etwa der Vertrag mit dem Krankenhausträger über die Behandlung eines 7
Kassenpatienten³¹, zwischen Flughafenbetreiber und Luftfahrtunternehmen über die Benutzung des Flughafens³², ein Konzessionsvertrag über die Verlegung von Leitungen in öffentlichen Straßen³³, über die Entnahme von Wasser aus öffentlichen Gewässern³⁴, über eine Kunstaussstellung in öffentlichen Gebäuden³⁵ oder zwischen einem öffentlichen Dienstherrn und dem Betreiber der Kantine³⁶. Ebenfalls privatrechtlich sind Verträge über Dienstleistungen der Nachfolgeunternehmen der ehemaligen Bundespost (Deutsche Post AG, Deutsche Postbank AG, Deutsche Telekom AG)³⁷. Auch der Vertrag zwischen der Deutschen Bahn AG und einer Gemeinde über den Bahnhofsnamen ist heute privatrechtlicher Natur³⁸. Ein Vertrag zwischen zwei Privatpersonen, zB ein Studienplatztauschvertrag³⁹, kann grundsätzlich nicht dem öffentlichen Recht zugeordnet werden⁴⁰. Privatrechtlich ist auch ein Grundstückskaufvertrag, selbst wenn die veräußernde Gemeinde damit auch öffentliche Zwecke verfolgt, etwa im Rahmen von Einheimischenmodellen⁴¹ oder mit der Verpflichtung des Käufers, sich an einen noch nicht bestandskräftigen Bebauungsplan zu halten⁴².

3. Schuldverträge der Zweistufentheorie. Nach der sogenannten Zweistufentheorie wird bei 8
der Gewährung von öffentlichen Leistungen durch die Verwaltung in der ersten Stufe das Leistungsverhältnis durch Verwaltungsakt begründet, während die Abwicklung in der zweiten Stufe durch einen öffentlich-rechtlichen oder einen privatrechtlichen Vertrag erfolgt⁴³. Wird die Abwicklung in

12 S BVerwGE 111, 162, 164; 92, 56, 58; 96, 326, 329 f; GmS-OGB BGHZ 97, 312, 314; 162, 78, 80 f; BGH NJW 1997, 328.

13 Vgl GmS-OGB BGHZ 102, 280, 283; 108, 284, 286; BVerwGE 129, 9 Rz 4; BVerwG NJW 2006, 2568.

14 Bonk DVBl 2004, 141, 143 f.

15 BVerwG NJW 1980, 2538 f; NJW 1990, 1679, 1680; Papier JuS 1981, 498, 499; Lange NVwZ 1983, 313, 319.

16 BVerwG DÖV 1979, 756; BGH NJW 1979, 642.

17 BGHZ 54, 287; 58, 386, 388; 61, 359; BGH MDR 2000, 1270; NVwZ 2003, 1015, 1016; BVerwGE 32, 37; 89, 7, 9.

18 BVerwGE 22, 138, 140 f; BVerwG DÖV 1976, 349; 1991, 462; NJW 1990, 1679; BGH NJW 1972, 585; 1974, 1709.

19 BGHZ 56, 365; 71, 386; BGH NJW 1986, 1109; BVerwGE 42, 331; 55, 337; 90, 310; 124, 385; von Mutius VerwArch 65, 201.

20 BVerwGE 84, 236.

21 OVG Münster DÖV 1960, 798.

22 Frenz/Heßler NVwZ 2001, 13.

23 BGH MDR 2010, 278, 279.

24 BVerwGE 14, 103, 105; 17, 87, 93 f; BVerwG NJW 1994, 2306; 2010, 3048.

25 BVerwG NJW 1976, 2360.

26 BVerwGE 8, 329; BFHE 142, 549.

27 AA aber BGH VerwRspr 4 Nr 181.

28 BVerwG NJW 1968, 2023; 1982, 1412; BVerwGE 74, 78; BGH LM Nr 126 zu GVG § 13.

29 BGHZ 50, 284, 287.

30 BGH NJW 1973, 656; BGHZ 100, 329, 333; vgl aber BGH NJW 1974, 1709.

31 BGHZ 89, 250, 252.

32 BGH VRS 55, 18 (Nr 7); BGH NJW-RR 1997, 1019.

33 BGHZ 15, 113; BVerwGE 29, 248, 251 ff.

34 BGHZ 28, 34, 41.

35 BVerwG VerwRspr 28 Nr 65; Düsseldorf NJW 1990, 2000.

36 BGH LM Nr 150 zu GVG § 13.

37 BGH NJW 1995, 875; Frankfurt NJW 1994, 1226; Gramlich NJW 1996, 617.

38 Anders noch BGH NJW 1975, 2015 zu einem Vertrag mit der Bundesbahn.

39 München NJW 1978, 701.

40 BVerwG NJW 2006, 2568; BGH NJW 2000, 1042; 2003, 2451, 2452.

41 BGHZ 153, 93, 97; vgl auch BGH NVwZ 2010, 531.

42 BGH NJW 1985, 1892.

43 S etwa BGHZ 36, 91, 95 f; 40, 206, 210; 52, 155, 160 ff; 57, 130, 133; 61, 296, 299; 98, 140, 143 f; BVerwGE 18, 46, 47; 32, 333; 41, 127; 123, 159, 161 f; BVerwG DVBl 1990, 154. Krit Dawin NVwZ

der zweiten Stufe durch einen privatrechtlichen Schuldvertrag durchgeführt, so finden auf diesen die §§ 311–360 grundsätzlich Anwendung. Die Vorschrift des § 311 Abs 1 kann jedoch nur eingeschränkt Anwendung finden, weil der rechtliche Rahmen für die privatrechtliche Abwicklung durch den Verwaltungsakt der ersten Stufe weitgehend vorgegeben ist. Ein zweistufiges Verhältnis kommt in erster Linie bei der Subventionsgewährung in Betracht, zB in Form von Darlehen⁴⁴ oder bei Übernahme einer „Hermes-Bürgschaft“⁴⁵. Es kann auch bei der Benutzung öffentlich-rechtlicher Anstalten vorliegen, so zB bei der Benutzung eines Kindergartens, wenn die Benutzung selbst durch privatrechtlichen Vertrag geregelt ist⁴⁶. Gleiches kann für die Vergabe von Standplätzen auf kommunalen Volksfesten in Betracht kommen⁴⁷. Nicht anwendbar ist die Zweistufentheorie auf die Vergabe öffentlicher Aufträge, die als einheitlicher Vorgang insgesamt dem Privatrecht zuzuordnen ist⁴⁸.

9 4. **Normenverträge.** Als Normenverträge bzw Normvereinbarungen werden der Tarifvertrag und die Betriebsvereinbarung bezeichnet⁴⁹. Hierher gehören auch Verträge über die ärztliche Versorgung zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Verbänden der Krankenkassen⁵⁰. Kennzeichen der Normenverträge ist, dass sie Dritten gegenüber normative Wirkung entfalten. Solche Verträge sind im BGB, das nur von der Bindung der Vertragspartner ausgeht, nicht vorgesehen. Insbesondere sind Verträge zu Lasten Dritter ausgeschlossen⁵¹. Auf Normenverträge sind daher, soweit sie normative Regelungen enthalten, die §§ 311–360 nicht anwendbar. Mit diesen Verträgen sind aber häufig schuldrechtliche Verpflichtungen verbunden, etwa im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags⁵². Auf diesen schuldrechtlichen Teil des Normenvertrags können die §§ 311–360 wie auch die sonstigen Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts Anwendung finden.

10 5. Zur Lehre von den **faktischen Vertragsverhältnissen** und zur Frage des Vertragsschlusses durch „**sozialtypisches Verhalten**“ siehe § 311 Rz 8.

11 6. **System der Beschränkung der Vertragsfreiheit.** – a) In § 311 Abs 1 kommt der **Grundsatz der Vertragsfreiheit**⁵³ als Unterfall der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie⁵⁴ zum Ausdruck. Wenn diesem Grundsatz sekundär ein uneinheitliches und gewachsenes System von unmittelbaren und mittelbaren Beschränkungen gegenübersteht, so wird dadurch die Antithese zwischen dem Idealbild der freien Aushandlung der Verträge durch die Vertragspartner und der Kompensation der ungleichen Verteilung wirtschaftlicher Macht sowie der Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips deutlich, wobei der Rahmen für Beschränkungen der Vertragsfreiheit sehr weit gespannt ist und in Abhängigkeit zur Entwicklung der Wirtschafts- und Sozialverfassung steht⁵⁵.

12 b) Die **Beschränkungen der Vertragsfreiheit** können nach unterschiedlichen Gesichtspunkten eingeteilt werden. Die herkömmliche Einteilung geht vom Gegenstand der Beschränkung aus und ist in Beschränkungen der Abschluss- und Inhaltsfreiheit gegliedert, wobei die Abschlussfreiheit auch die freie Wahl des Vertragspartners umfasst (sogenannte Partnerfreiheit)⁵⁶. Darüber hinaus kann man unter anderem ausdrückliche und mittelbare, gesetzliche, durch Verwaltungsakt begründete und von der Rechtsprechung entwickelte, privatrechtliche und öffentlich-rechtliche, europarechtliche und solche des nationalen Rechts unterscheiden.

13 aa) Die dem Charakter des Schuldrechts immanente **Abschlussfreiheit** ist durch **Verbotstatbestände** des bürgerlichen Rechts selbst und anderer Gesetze, insbesondere öffentlich-rechtlicher Wirtschaftsnormen, eingeschränkt. Ob ein gegen ein Abschlussverbot verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig oder nur schwebend unwirksam ist⁵⁷, richtet sich nach § 134 und dem jeweiligen Sinn der Verbotsbestimmung⁵⁸. Die Abschlussfreiheit ist weiterhin durch **Gebotstatbestände** eingeschränkt, nämlich durch Vorschriften über den Kontrahierungszwang (Annahmepflicht)⁵⁹. Der

1983, 400, 401; Gusy DÖV 1984, 872, 880; Röhl VerwArch 86, 531, 535.

44 S BGHZ 52, 155, 160 ff; 61, 296, 299; BGH WM 1979, 866, 868; NJW 2003, 2742, 2743; 2005, 971, 972; BVerwG NJW 2006, 536, 537.

45 BGH NJW 1997, 328, 329.

46 S dazu VGH Kassel NJW 1977, 452; 1979, 886; allg BVerwGE 32, 333, 334; 91, 135; OVG Münster NJW 1969, 1077.

47 BVerwG NVwZ 1984, 585; Lässig NVwZ 1983, 18.

48 BVerwGE 129, 9 Rz 5 ff; vgl auch BVerfGE 116, 135, 149 f; Ruthig NZBau 2005, 497. AA P M Huber JZ 2000, 877, 882; Pünder VerwArch 95, 38, 57 f; U Stelkens, Verwaltungsprivatrecht, 2005, 1035.

49 Hueck JherJb 73 (1923), 33; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, 1970⁷, § 65 E VI, S 1275; F Kirchhof aaO S 91 f, 222; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rz 774 f, 1194 f; Bachmann aaO S 123 f, 264 f.

50 Boerner, Normenverträge im Gesundheitswesen, 2003, 7 f, 89 ff.

51 S § 311 Rz 9; Soergel/Hadding § 328 Rz 118 ff.

52 S Wiedemann/Thüsing TVG, 2007⁷, § 1 Rz 856 ff.

53 S Soergel/M Wolf Rz 19 ff vor § 145; HKK/Thier § 311 Abs 1 Rz 1 ff, 24 ff.

54 Zur Abgrenzung der Vertragsfreiheit gegenüber der Privatautonomie von Todes wegen s Kroppenberg aaO S 229 ff.

55 Vgl Nipperdey aaO S 1 ff; Höfling aaO S 44 ff; Busche aaO S 644 ff; Ruffert aaO S 328 ff; Chou aaO S 177 ff.

56 Zur unterschiedlichen Entwicklung von Typenfreiheit und inhaltlicher Gestaltungsfreiheit Dilcher NJW 1960, 1040.

57 Vgl zB Genehmigungsvorbehalt beim Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken nach dem GrdstVG v 28. Juli 1961, BGBl I, S 1091 (Schönfelder Ergänzungsband Nr 40).

58 Vgl Soergel/Hefermehl § 134 Rz 1, 4, 14 ff.

59 S Soergel/M Wolf Rz 50 ff vor § 145.

Kontrahierungszwang ist in vielen Fällen **gesetzlich**⁶⁰ als „Korrektiv der Marktwirtschaft“⁶¹ geregelt, um die Versorgung der Rechtsteilnehmer sicherzustellen, die mangels ausreichenden Wettbewerbs auf die Leistung eines bestimmten Anbieters angewiesen sind. Des Weiteren kann ein Kontrahierungszwang durch **Verwaltungsakt**⁶², aber auch von der **Rechtsprechung** begründet sein. Für den Fall einer **Monopolstellung** eines Unternehmens hat das Reichsgericht aus dem Verbot sittenwidriger Schädigung (§ 826) einen Kontrahierungszwang abgeleitet⁶³. Eine Abschlusspflicht besteht gemäß GG Artikel 3 im Bereich der Versorgung der Bevölkerung durch öffentliche Betriebe, soweit es um die Befriedigung schützenswerter Bedürfnisse geht, zB durch öffentlich betriebene Krankenhäuser, Schwimmbäder, Theater, Bibliotheken und Museen, nicht jedoch für den Besuch einer öffentlichen Spielbank⁶⁴. Private Anbieter unterliegen einem Abschlusszwang nach § 826 in Verbindung mit § 249 Abs 1 jedenfalls dann, wenn lebensnotwendige oder lebenswichtige Leistungen sonst nicht in zumutbarer Weise erlangt werden können. Dagegen würde eine Ausdehnung der Abschlusspflicht auf alle Güter und Dienstleistungen, die einem Durchschnittsmenschen regelmäßig zur Verfügung stehen (sogenannter „Normalbedarf“)⁶⁵, die Vertragsfreiheit zu sehr einschränken. Mangels gesetzlicher Regelung besteht daher gegenüber Privatbanken grundsätzlich kein „Recht auf ein Girokonto“⁶⁶. Dagegen ist im Sparkassenrecht der Länder zum Teil ein entsprechender Kontrahierungszwang vorgesehen⁶⁷. Die Bundesregierung hat die Kreditwirtschaft im Jahr 2008 aufgefordert, die bisherige unverbindliche Empfehlung des Zentralen Kreditausschusses (ZKA) zum „Girokonto für jedermann“ von 1995 zu einer rechtlich verbindlichen Selbstverpflichtung weiterzuentwickeln⁶⁸. Ein Recht des Verbrauchers auf Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen sieht Artikel 15 des Richtlinienvorschlages der Europäischen Kommission vom 8.5.2013 vor⁶⁹. Gemäß § 826 kommt es zu einem Kontrahierungszwang auch dann, wenn die Verweigerung des Vertragsschlusses im Einzelfall eine sittenwidrige Diskriminierung darstellt⁷⁰. Ferner verbietet das über die europäischen Vorgaben⁷¹ hinausgehende **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz** vom 14.8.2006 eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität auch bei der Begründung bestimmter zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, insbesondere bei Massengeschäften (AGG § 19). Ein Verstoß gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot kann nach richtiger Ansicht zu einem Kontrahierungszwang führen (AGG § 19 mit AGG § 21 Abs 1 Satz 1)⁷², weil sich die Beeinträchtigung, die in der Verweigerung des Vertragsschlusses liegt, nur auf diese Weise vollständig beseitigen lässt. Dagegen besteht bei einem Verstoß gegen das arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbot (AGG § 7, vgl BGB § 611 a alte Fas-

60 Vgl zB AEG § 10; PostG § 11, 12; TKG §§ 21 ff, §§ 40, 41; PersBefG § 22; LuftVG § 21 Abs 2; EnergWVG §§ 17, 18, 36; VerLg § 26; PatG § 15; PflVersG § 5 Abs 2; BRAO §§ 48, 49; BNotO § 15. Nicht hierher gehören, weil es nicht um eine Pflicht zum Vertragsschluss mit einem bestimmten Vertragspartner geht, die Haftpflichtversicherungspflicht der Autohalter, Luftverkehrsunternehmer und Unternehmer nach dem GüKG (anders Soergel¹²/M Wolf Rz 12 Fn 13 vor § 305 aF).

61 So Larenz, SchuldR I § 4 I a, S 43.

62 ZB in den Verleihungsbedingungen bei beliebiger Wirtschaftstätigkeit; E R Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 1953², § 46 III 3 b, S 549.

63 RGZ 48, 127; 132, 273, 276; 143, 24, 28; 148, 326, 334; aber auch RG LZ 1927, 449 (Nr 4); HRR 1933 Nr 6; Raiser ZHR 111 (1946), 75, 86 ff.

64 Vgl BGH ZIP 1994, 1274, 1275 f; BGHZ 131, 136, 137 f; 165, 276, 279.

65 So F Bydlinki AcP 180 (1980), 37; Medicus/Lorenz, SchuldR I Rz 84; vgl auch Tilmann ZHR 141 (1977), 32, 74 ff. Offengelassen in BGH NJW 1990, 761, 763; ZIP 1994, 1274, 1276; vgl aber BGH GRuR 1966, 564, 565; BGHZ 124, 39, 43.

66 Bremen ZIP 2006, 798; Köndgen NJW 1996, 558, 559; Busche aaO S 630 ff; Grünekle, Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen, 2001, 179 ff; Bachmann ZBB 2006, 257, 263; Mülbart, in: Festschr für Konzen, 2006, S 561, 565 ff. AA Reifner ZBB 1995, 243, 254 ff. Zum Pfändungsschutzkonto gemäß ZPO § 850 k vgl Ahrens NJW 2010, 2001.

67 So in SpkO (Bayern) § 5 Abs 2; SpkV (Brandenburg) § 5; SpkVO (Mecklenburg-Vorpommern) § 5; SpkG (NRW) § 5 Abs 2; SpkG (RLP) § 2 Abs 4; Sächs-SpkVO § 5; SpkVO (Sachsen-Anhalt) § 5; ThürSpkVO § 12 Abs 2.

68 BT-Drucks 16/11495, S 8; s auch BT-Drucks 17/8312, S 22. Vgl hierzu Hergenröder, in: Verbraucherschutz im Kreditgeschäft, Compliance in der Kreditwirtschaft, 2009, S 39, 92 ff.

69 KOM(2013), 266 endg. (Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontogebühren, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen).

70 ZB – auch im Hinblick auf GG Art 5 und 12 – im Fall des Ausschlusses eines missliebigen Theaterkritikers vom Theaterbesuch; Enneccerus/Nipperdey, AT II, 1960¹⁵, § 162 IV 2, S 1001 Fn 41; vgl auch Medicus/Lorenz, SchuldR I Rz 84. AA RGZ 133, 388; Soergel/M Wolf Rz 53 vor § 145. Zur Verhängung eines Stadionverbots gegen einen kritischen Sportreporter s Köln NJW-RR 2001, 1051; vgl zum Stadionverbot auch BGH NJW 2010, 534.

71 Richtlinie 2000/43/EG, Abl 2000 L 180/22; Richtlinie 2000/78/EG, Abl 2000 L 303/16; Richtlinie 2002/73/EG, Abl 2002 L 269/15; Richtlinie 2004/113/EG, Abl 2004 L 373/37.

72 Vgl Schwab DNotZ 2006, 649, 667; Maier-Reimer NJW 2006, 2577, 2582; Bauer/Göpfert/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2011³, § 21 Rz 6; Bittner, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 21 Rz 14 ff; Deinert, in: Däubler/Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2008², § 21 Rz 75 ff; Münch-Komm⁶/Thüsing AGG § 21 Rz 17 ff; Wendeling-Schröder/Stein, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2008, § 21 Rz 12 ff. AA Bachmann ZBB 2006, 257, 265 f; Armbrüster NJW 2007, 1494; Schürbrand BKR 2007, 305, 310 f; Hey/Kremer, Kommentar zum AGG, 2009, § 21 Rz 235 ff.

sung) gemäß AGG § 15 Abs 6 kein Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses. Als Grundlage eines Kontrahierungszwangs für marktstarke Unternehmen kommen hinsichtlich aller Güter und Leistungen GWB §§ 19, 20 mit GWB § 33 Abs 1 in Betracht⁷³.

- 14 bb) Die **inhaltliche Gestaltungsfreiheit** fand ihre **Grenze** zunächst nur in gesetzlichen Beschränkungen, teilweise in Gestalt zwingender Vorschriften⁷⁴, teilweise in Gestalt spezieller gesetzlicher Verbotstatbestände⁷⁵. Hierzu traten später die für allgemeinverbindlich erklärten Vorschriften über Festentgelte (zB der frühere Einheitstarif für Kraftfahrtversicherungen)⁷⁶. Auch Höchst- und Mindestentgelte (zB AEntG § 2 Nummer 1) gehören hierher. Abgesehen von den gesetzlichen Verboten wird durch solche Vorschriften der Vertragsinhalt ganz oder teilweise normiert. Bei einer Monopolstellung eines Vertragsteils findet auch die inhaltliche Gestaltungsfreiheit Beschränkungen⁷⁷.
- 15 Eine sich unter dem Einfluss europäischer Vorgaben ständig erweiternde Einschränkung der Vertragsfreiheit ergibt sich aus dem **Verbraucherschutzrecht**⁷⁸, das durch die Schuldrechtsreform in weiten Teilen in das BGB integriert worden ist (§§ 312–312i, 355–360, 474–479, 481–487, 491–512, 655 a–655 e). Das Recht der Verbraucherverträge, für die § 310 Abs 3 eine Legaldefinition enthält, dient dazu, Verbraucher im Sinne von § 13, also natürliche Personen, die ein Rechtsgeschäft mit privater Zwecksetzung abschließen⁷⁹, ohne Rücksicht auf ihre geschäftliche Erfahrung und individuelle Schutzbedürftigkeit aufgrund ihrer typischerweise vorhandenen wirtschaftlichen, intellektuellen oder psychologischen Unterlegenheit gegenüber dem Unternehmer (§ 14) zu schützen. Das Verbraucherschutzrecht ist grundsätzlich nicht abdingbar (§ 312i Satz 1, § 475 Abs 1 Satz 1, § 481 Satz 1, § 487 Satz 1, § 511 Satz 1, § 655 e Abs 1 Satz 1) und enthält ausdrückliche Umgehungsverbote (§ 312i Satz 2, § 475 Abs 1 Satz 2, § 481 Satz 2, § 487 Satz 2, § 511 Satz 2, § 655 e Abs 1 Satz 2).
- 16 Eine weitere Einschränkung der Vertragsfreiheit ergibt sich bei Verwendung von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** durch die §§ 305–310, die im Zuge der Schuldrechtsreform aus dem AGB-Gesetz in das BGB übernommen wurden. Laut der Generalklausel des § 307 Abs 1 und 2 findet die inhaltliche Gestaltungsfreiheit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ihre Grenze an den Geboten von Treu und Glauben. Damit hat der Gesetzgeber den zuvor von der Rechtsprechung angelegten Maßstab⁸⁰ in das Gesetz übernommen. Bei Verbraucherverträgen kommt es gemäß § 310 Abs 3 Nummer 1 und 2 auch dann zur Anwendung von AGB-Vorschriften, wenn die vorformulierten Vertragsbedingungen von einem neutralen Dritten, zB dem Notar, eingeführt werden oder nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind. Die §§ 305–310 gelten jedoch nicht für Individualvereinbarungen (§ 305 Abs 1 Satz 3), also dann, wenn der Verwender den Inhalt seiner vorformulierten Vertragsbedingungen ernsthaft zur Disposition gestellt hat⁸¹. Sind die §§ 305–310 nicht anwendbar, ist die Kontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen im Wesentlichen auf die §§ 134, 138 beschränkt. Darüber hinaus nimmt der BGH eine Inhaltskontrolle auch nach den Maßstäben des § 242 vor und sieht bei notariellen Verträgen über den Erwerb neu errichteter oder noch zu errichtender Eigentumswohnungen einen formelhaften Gewährleistungsausschluss nach Treu und Glauben als unwirksam an⁸². Diese Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle notarieller Verträge, die vielfach kritisiert worden ist⁸³, greift in ihrer Allgemeinheit zu stark in die Vertragsfreiheit ein. Bei notariellen Verträgen mit Verbrauchern findet heute gemäß § 310 Abs 3 Nummer 2 ohnehin eine Kontrolle anhand der AGB-Vorschriften statt, weshalb es hier einer Inhaltskontrolle auf der Grundlage des § 242 nicht mehr bedarf.
- 17 Wegen der weitgehend ungleichgewichtigen Verhandlungssituation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist Inhaltskontrolle des **Einzelarbeitsvertrags** von besonderer Wichtigkeit. Zur Zeit der Geltung des AGB-Gesetzes, das gemäß § 23 Abs 1 keine Anwendung auf Verträge auf dem Gebiet des Arbeitsrechts fand, begründete das BAG die Inhaltskontrolle (nicht nur formularmäßiger) arbeitsvertraglicher Bestimmungen zum Teil mit einer Billigkeitskontrolle aufgrund von

73 BGHZ 36, 91, 100; 38, 90, 100; 52, 65, 69; 78, 190, 129, 53; BGH NJW 1973, 280, 282; 1976, 801; GRuR 1980, 125, 128; ZIP 1997, 858; GRuR 1999, 276; BVerfG GRuR 2001, 266, 267; krit Markert, in: Immenga/Mestmäcker GWB, 2007⁴, § 20 Rz 231.

74 Vgl zB Soergel/Hefermehl § 138 Rz 164f.

75 Vgl Soergel/Hefermehl § 134 Rz 2, 6ff.

76 Vgl Feyock/Jacobsen/Lemor, Kraftfahrtversicherung, 2009³, Europa Rz 3.

77 BGH JZ 1958, 610.

78 Vgl auch Soergel/M Wolf Rz 38 vor § 145.

79 S Soergel/Pfeiffer § 13 Rz 29ff.

80 Beginnend in BGHZ 22, 90, 97ff; ferner etwa BGHZ 33, 216, 219; 38, 183, 185; 60, 243, 245; 60, 377,

380; 62, 323, 325f; 63, 256, 258f; 63, 369, 374; 70, 304, 310. Vgl auch BGHZ 83, 169, 174.

81 BGHZ 143, 103, 111f; 150, 299, 302f; BGH NJW 2005, 2543, 2544; NJW-RR 2009, 947, 948.

82 S etwa BGHZ 101, 350; 108, 164, 168f; BGH NJW 1982, 2243, 2244; 1984, 2094; NJW-RR 1986, 1026; 1987, 1035; NJW 1988, 1972; NJW-RR 1990, 786, 787; NJW 2005, 1115, 1117. Anders bei Veräußerung von Altbauten ohne Herstellungsverpflichtung; BGHZ 98, 100, 107f; 108, 156, 163; 164, 225, 230.

83 Habersack AcP 189 (1989), 403, 418ff; Medicus, Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge, 1989, S 21ff; Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S 94ff, 103ff.

§ 242⁸⁴ bzw § 315⁸⁵, zum Teil mit dem Gedanken der Gesetzesumgehung⁸⁶, zum Teil auch mit der Drittwirkung der Grundrechte (Rz 19)⁸⁷. Seit der Schuldrechtsreform sind die AGB-Vorschriften grundsätzlich auch auf Arbeitsverträge anwendbar, wobei die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen sind (§ 310 Abs 4 Satz 2 Halbsatz 1). Eine Einbeziehungskontrolle nach § 305 Abs 2 und 3 findet jedoch gemäß § 310 Abs 4 Satz 2 Halbsatz 2 nicht statt. Tarifverträge sowie Betriebs- und Dienstvereinbarungen sind weiterhin aus dem Anwendungsbereich der AGB-Vorschriften ausgenommen (§ 310 Abs 4 Satz 1). Eine Inhaltskontrolle nach § 242 kommt bei den sogenannten **Publikums-Personengesellschaften**⁸⁸ und vor allem auch bei **Eheverträgen**⁸⁹ in Betracht.

cc) Abschluss- und Inhaltsfreiheit werden beim sogenannten **diktierter Vertrag**⁹⁰ beschränkt **18** oder ausgeschlossen. Entstehungstatbestand ist nicht die Willensbetätigung der Parteien, sondern ein Hoheitsakt, der Antrag und Annahme ersetzt. Trotz seiner Systemwidrigkeit wird man ihn jedenfalls in Ausnahme- bzw Notsituationen als mit dem Grundgesetz vereinbar ansehen können⁹¹. Er ist vorwiegend ein Gestaltungsmittel der Planwirtschaft⁹² und kann, wie in der Nachkriegszeit die Zwangsmiete nach WBewG § 16, der Überwindung besonderer Notsituationen dienen. Heutige Anwendungsfälle finden sich in PatG § 24, GebrMG § 20, BauGB § 97 Abs 2, VermG § 6 a und ASG § 10, 13. Der Eintritt in das Mietverhältnis an der Ehwohnung gemäß § 1568 a Abs 3 erfolgt kraft Gesetzes, also anders als nach HausratsVO § 5 alte Fassung nicht mehr durch richterliche Gestaltungsentscheidung. Abgesehen vom Zustandekommen, hier handelt es sich um Rechtsgestaltung durch Verwaltungsakt bzw kraft richterlicher Entscheidung, richtet sich der diktierter Vertrag in Inhalt und Grenzen nach den allgemeinen Vertragsvorschriften des bürgerlichen Rechts. Insoweit ist auch der ordentliche Rechtsweg gemäß GVG § 13 gegeben.

c) Eine Beschränkung der Vertragsfreiheit kann auch durch die **Drittwirkung von Grundrechten** eintreten⁹³. Entgegen der von Nipperdey⁹⁴ und anfänglich auch vom BAG⁹⁵ vertretenen Lehre einer unmittelbaren Drittwirkung ist heute anerkannt, dass grundsätzlich nur die öffentliche Gewalt (GG Artikel 1 Abs 3), nicht jedoch Private unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind. Eine generelle Grundrechtsbindung Privater würde nicht nur der Funktion der Grundrechte, die in erster Linie als Abwehrrechte gegen den Staat konzipiert sind, widersprechen, sondern auch die Privatautonomie zu sehr beschränken⁹⁶. Da die Grundrechte zugleich eine **objektive Wertordnung** bilden, an die der Richter auch bei der Auslegung zivilrechtlicher Normen gebunden ist, kommt es jedoch zu einer mittelbaren Drittwirkung: Insbesondere bei der Ausfüllung von Generalklauseln wie der §§ 138, 242 und der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ist das Wertesystem der Grundrechte zu beachten⁹⁷. **19**

84 S etwa BAG AP Nr 1 zu § 242 Ruhegehalt – Unterstützungskasse = BAG 22, 189; AP Nr 144 zu § 242 Ruhegehalt = WM 1970, 1231; BAG AP Nr 1 zu § 305 Billigkeitskontrolle = BAGE 23, 160; AP Nr 6 zu HGB § 65 = WM 1973, 318; AP Nr 3 zu BuRlG § 7 Betriebsferien = BB 1976, 1419; AP Nr 9 zu § 339 = BAGE 46, 50; AP Nr 1 zu AGB-Gesetz § 3 = BAGE 81, 317; AP Nr 31 zu TVG § 3 = BAGE 109, 369.

85 BAG AP Nr 170 zu § 242 Ruhegehalt; AP Nr 12 zu § 339 = NZA 1986, 782; AP Nr 1 zu BErzGG § 19 = BAGE 68, 389; offengelassen in BAG AP Nr 11 zu § 611 Mehrarbeitsvergütung = BAGE 74, 133; AP Nr 2 zu § 241 = BAGE 96, 371; AP Nr 2 zu HGB § 74b = NZA 1998, 258; AP Nr 15 zu § 611 Sachbezüge = BAGE 107, 256.

86 BAG GS AP Nr 16 zu § 620 befristeter Arbeitsvertrag = NJW 1961, 798; BAG AP Nr 28 zu § 611 Gratifikation = BAGE 15, 153.

87 S Coester-Waltjen AcP 190 (1990) 1, 5 ff; Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, 159 ff; Fenn, Festschr für Söllner, 2000, S 333 ff.

88 BGHZ 64, 238; 84, 11; 104, 50.

89 BGHZ 158, 81, 94; BGH NJW 2005, 137; 2005, 139; 2005, 1370; 2005, 2386; 2005, 2391; 2006, 2331; 2006, 3142; 2008, 1076; 2008, 1080; 2008, 3426; 2009, 842; 2009, 2124.

90 Grundlegend Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S 119 ff, ausgehend von Hedemann, Das bürgerliche Recht und die neue Zeit, 1919, S 17; Loeber, Der hoheitlich gestaltete Vertrag, 1969, S 166 ff; Busche aaO S 116, 647; vgl Soergel/M Wolf Rz 56 vor § 145.

91 Vgl auch E R Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 1953², § 8 II 2 a, S 79; II, 1954², § 74 II 2 b, S 104; § 107 I 3 b, S 669.

92 Vgl Loeber, Der hoheitlich gestaltete Vertrag, 1969, S 117 ff.

93 Dazu v Mangoldt/Klein/Starck GG, 2010⁶, Art 1 Rz 248 ff, 303 ff; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S 227 ff; Ruffert aaO S 8 ff, 65 f, 252 f; Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, 45 ff, 154 ff; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S 285 ff; Wintrich, Festschr für Apelt, 1958, S 1, 9 ff. Vgl auch Soergel/Hefermehl § 134 Rz 7; Soergel/M Wolf Rz 47 vor § 145.

94 So Nipperdey RdA 1950, 121, 124 ff; ders, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S 13 ff; ders, Festschr für Molitor, 1962, S 17, 23 ff; ders, in: Bettermann/Nipperdey, Die Grundrechte IV/2, 1962, S 741, 747 ff.

95 BAG AP Nr 2 zu KSchG § 13 = BAGE 1, 185, 191 ff; AP Nr 1 zu GG Art 6 Abs 1 Ehe und Familie = BAGE 4, 274, 276 ff; AP Nr 1 GG Art 5 Abs 1 Meinungsfreiheit = BAGE 7, 256, 260; AP Nr 25 zu GG Art 12 = BAG 13, 168, 174. Anders die spätere Rspr, vgl BAG GS AP Nr 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht = BAGE 48, 122, 138 f; AP Nr 101 zu § 611 Haftung des Arbeitnehmers = BAGE 70, 337, 343; BAG AP Nr 27 zu § 611 Direktionsrecht = BAGE 47, 363, 374 f.

96 Dürig, Festschr für Nawiasky, 1956, 157, 176 ff; Canaris AcP 184 (1984), 201, 203 ff; Medicus AcP 192 (1992), 35, 43 ff; E Klein NJW 1989, 1633, 1639 f; Hager JZ 1994, 373.

97 BVerfGE 7, 198, 206; 42, 143, 148; 73, 261, 269.

20 d) Durch das **Europäische Gemeinschaftsrecht** wird die Vertragsfreiheit einerseits gestützt, weil diese durch die vier Grundfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit, Personenfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit sowie Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit) für die betroffenen binnengrenzüberschreitenden Rechtsgeschäfte vorausgesetzt wird⁹⁸. Auch der Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens für ein europäisches Privatrecht enthält in DCFR Artikel II – 1:102 Abs 1 den Grundsatz der Vertragsfreiheit. Andererseits ergeben sich aus dem primären und sekundären Gemeinschaftsrecht zunehmend Einschränkungen der Vertragsfreiheit. Unmittelbare Wirkung für das Privatrecht haben etwa das Verbot wettbewerbsbeschränkender Verträge gemäß AEUV Artikel 101 Abs 1, 2 (Kartellverbot) und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß AEUV Artikel 102⁹⁹. Nach der Rechtsprechung des EuGH entfalten das Verbot der Diskriminierung von EU-Arbeitnehmern (AEUV Artikel 45 Abs 2)¹⁰⁰ und das Gebot der Entgeltgleichheit (AEUV Artikel 157 Abs 1 und 2)¹⁰¹ unmittelbare Drittwirkung gegenüber privaten Arbeitgebern. In Verordnung 1612/68/EWG Artikel 7 Abs 4¹⁰² wird für den Bereich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen die unmittelbare Nichtigkeit von diskriminierenden Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen angeordnet¹⁰³. Ausnahmsweise zulässig sind Kartellabsprachen, zB Alleinvertriebs-, Alleinbezugs- oder Franchisevereinbarungen, nach Maßgabe der Gruppenfreistellungsverordnungen, welche gemäß AEUV Artikel 103 Abs 2 lit b die in AEUV Artikel 101 Abs 3 enthaltene Ausnahme vom Kartellverbot konkretisieren. Die größte Bedeutung für das Vertragsrecht kommt jedoch nicht dem primären Gemeinschaftsrecht und auch nicht den Verordnungen zu, sondern der Vielzahl von Richtlinien, die vom nationalen Gesetzgeber in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind und die auch von den Gerichten im Wege der richtlinienkonformen Auslegung zu beachten sind. Zu nennen sind hier vor allem die Richtlinie betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (Haustürwiderrufsrichtlinie)¹⁰⁴, die Richtlinie über Pauschalreisen¹⁰⁵, die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klauselrichtlinie)¹⁰⁶, die Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie)¹⁰⁷, die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie)¹⁰⁸, die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce-Richtlinie)¹⁰⁹, die Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Zahlungsverzugsrichtlinie)¹¹⁰, die Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (Zahlungsdiensterichtlinie)¹¹¹ und die Richtlinie über Verbrauchercreditverträge (Verbrauchercreditrichtlinie)¹¹². Die Umsetzung der Verbraucherrechtrichtlinie¹¹³, die Änderungen der Klauselrichtlinie sowie der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorsieht und die Haustürwiderrufsrichtlinie sowie die Fernabsatzrichtlinie ersetzt, hat bis zum 13.12.2013 zu erfolgen.

§ 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs 2 entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen
2. die Anbahnung eines Vertrages, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder
3. ähnliche geschäftliche Kontakte

(3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsabschluss erheblich beeinflusst.

98 Müller-Graff aaO S 9, 28 f.

99 Vgl Weiß, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 2011⁴, AEUV Art 102 Rz 74.

100 EuGH Rs C-281/98, Slg 2000, I-4139 Rz 31 ff (An-gonese); vgl auch EuGH Rs 36/74, Slg 1974, 1405 Rz 16/19 (Walrave); Rs C-415/93, Slg 1995, I-4921 Rz 82 ff (Bosman); EuGH Rs C-176/96, Slg 2000, I-2681 Rz 35 (Lehtonen); hierzu Brechmann, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 2011⁴, AEUV Art 45 Rz 52.

101 EuGH Rs 43/75, Slg 1976, 455 Rz 4/6 ff (Defrenne II); hierzu Krebber, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 2011⁴, AEUV Art 157 Rz 5.

102 ABl 1968 L 257/2, zuletzt geändert durch Richtlinie 2004/38/EG, ABl 2004 L 158/77.

103 S Brechmann, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 2011⁴, AEUV Art 45 Rz 60 f.

104 Richtlinie 1985/577/EWG, ABl 1985 L 372/31.

105 Richtlinie 1990/314/EWG, ABl 1990 L 158/59.

106 Richtlinie 1993/13/EG, ABl 1993 L 95/29.

107 Richtlinie 1997/7/EG, ABl 1997 L 144/19.

108 Richtlinie 1999/44/EG, ABl 1999 L 171/12.

109 Richtlinie 2000/31/EG, ABl 2000 L 178/1.

110 Richtlinie 2000/35/EG, ABl 2000 L 200/35.

111 Richtlinie 2007/64/EG, ABl 2007 L 319/1.

112 Richtlinie 2008/48/EG, ABl 2008 L 133/66, mit Berichtigung, ABl 2009 L 207/14.

113 Richtlinie 2011/83/EU, ABl 2011 L 304/64.

Absatz 1

ÜBERSICHT

I. Zweck und Allgemeines	1–3	a) Typische Hauptleistung mit andersartiger Nebenleistung (einseitige Typenkumulation)	28, 29
II. Vertragsprinzip und Ausnahmen	4–14	b) Gleichgewichtige Kumulation typenverschiedener Leistungen (gleichgewichtige Typenkumulation)	30, 31
1. Vertragsprinzip	4–9	c) Typenverschmelzung	32, 33
a) Antrag und Annahme	4	d) Zweiseitige Typenkumulation	34, 35
b) Rechtsgrund	5	3. Der zusammengesetzte Vertrag	36–38
c) Vertragsfreiheit	6, 7	V. Änderung von Schuldverhältnissen	39–49
d) Faktische Vertragsverhältnisse	8	1. Vertragsprinzip und Ausnahmen	39
e) Vertragsschluss zwischen den Beteiligten	9	2. Arten der Änderung	40–44
2. Einseitige Rechtsgeschäfte	10–14	3. Form- und Genehmigungserfordernisse	45, 46
a) Entstehung	11, 12	a) Form	45
b) Änderung und Aufhebung	13, 14	b) Genehmigung	46
III. Funktionen der Schuldverträge	15–23	4. Wirkung der Änderung	47–49
1. Verpflichtende und verfügende Verträge	15	a) Wirkung ex nunc oder ex tunc	47
2. Abstrakte und kausale Verträge	16	b) Erhaltung der Identität	48, 49
3. Gegenseitige, zweiseitig und einseitig verpflichtende Verträge	17	VI. Aufhebung von Schuldverhältnissen	50–58
4. Entgeltliche und unentgeltliche Verträge	18	1. Aufhebungsvertrag als Beendigungsgrund	50
5. Einmalige und wiederkehrende Leistungen	19–23	2. Arten des Aufhebungsvertrags	51–55
a) Dauerschuldverhältnisse	20	a) Reiner Aufhebungsvertrag	51
b) Raten- oder Teillieferungsverträge	21	b) Schuldersetzung (Novation)	52–55
c) Sukzessivlieferungsvertrag	22	3. Formerfordernisse	56
d) Versorgungsverträge, Wiederkehrschuldverhältnisse	23	4. Wirkungen und Wirksamkeit der Aufhebung	57
IV. Atypische und gemischte Schuldverträge	24–38	5. Beweislast	58
1. Atypische Verträge	25, 26		
2. Gemischte Verträge	27–35		

Schrifttum: Blo c i s z e w s k i, Vermengung von Vertragstypen, 1905; P k l e i n, Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, 1907; v o n M e e r s c h e i d t - H ü l l e s s e m, Gemischte Verträge und Verträge eigener Art, DJZ 1910, 854; H o e n i g e r, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, Bd I: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 1910; d e r s, Das Problem der gemischten Verträge, DJZ 1913, 263; S c h r e i b e r, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, JherJb 60 (1912), 106; C h a r m a t z, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge, 1937; S c h e l p, Gemischte Rechtsverhältnisse mit arbeitsrechtlichen Elementen, in: Festschr für Herschel, 1955, S 87; H d i l c h e r, Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960, 1040; U h u b e r, Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung, JurA 1970, 784; W e i c k, Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht, NJW 1978, 11; B e c k e r - S c h a f f n e r, Der Aufhebungsvertrag in der Rechtsprechung, BB 1981, 1340; W i l l o w e i t, Schuldverhältnisse und Gefälligkeit, JuS 1984, 909; d e r s, Die Rechtsprechung zum Gefälligkeitshandeln, JuS 1986, 96; L a m b r e c h t, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994; O e t k e r, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994; G r ö s c h l e r, Zur Frage der einvernehmlichen Fortsetzung erloschener Verbindlichkeiten: Wiederherstellung oder Neubegründung?, NJW 2000, 247; S t o f f e l s, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 2001; H a u, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, 2003; B a u e r, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 2007⁸; M ü l b e r t, Vertragliche Dauerschuldverhältnisse im Allgemeinen Schuldrecht, in: Festschr für H P Westermann, 2008, 491; K i e n e, Vertragsaufhebung und Rücktritt des Käufers im UN-Kaufrecht und BGB, 2010; K ö t z, Vertragsrecht, 2012²; A d e r h o l d / K o c h / L e n k a i t i s, Vertragsgestaltung, 2013.

I. Zweck und Allgemeines

§ 311 Abs 1 enthält die Grundnorm für die rechtsgeschäftliche Begründung von Schuldverhältnissen sowie deren Änderung und Aufhebung. Die Vorschrift stellt für die Begründung und Änderung von Schuldverhältnissen das **Vertragsprinzip** auf, soweit nicht gesetzlich etwas anderes vorgesehen ist. Das Vertragsprinzip bedeutet, dass schuldrechtliche Rechte und Pflichten grundsätzlich nur durch Vertrag begründet, geändert und aufgehoben werden können und einseitige Rechtsgeschäfte dafür grundsätzlich nicht ausreichen. Eine Ausnahme gilt nur, soweit ein einseitiges Rechtsgeschäft eines Beteiligten vom Gesetz oder aufgrund eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags zugelassen ist¹.

§ 311 Abs 1 bringt auch den Grundsatz der **Vertragsbindung** zum Ausdruck, indem er durch den Vertrag ein Schuldverhältnis entstehen lässt, aus dem für die Beteiligten Pflichten entstehen, die

¹ Vgl Staud²⁰¹³/Löwisch/Feldmann Rz 6, 18.

vor Gericht durchgesetzt werden können. Das ist mit dem Satz „**pacta sunt servanda**“ gemeint. Dieser Satz geht, genauso wie der Grundsatz der Vertragsfreiheit, nicht etwa auf das römische Recht, sondern auf das mittelalterliche kanonische Recht zurück². Nach **römischem Recht** waren nur bestimmte schuldrechtliche Vertragstypen, für die im Edikt des Prätors Klagen vorgesehen waren, rechtlich durchsetzbar³. Trotz der Erweiterung des Kreises der klagbaren Verträge durch die sogenannten **Innominatkontrakte**, bei denen nach erbrachter Vorleistung auf Erfüllung geklagt werden konnte, drangen die römischen Juristen nie zur allgemeinen Anerkennung der Vertragsfreiheit durch⁴. Erst die **Kirchenjuristen** nahmen abweichend vom römischen Recht bei sämtlichen Verträgen, soweit sie nicht verbots- oder sittenwidrig waren, eine Erfüllungspflicht an, da nach der christlichen Morallehre der Bruch nicht nur eines eidlich bekräftigten, sondern auch eines einfachen Versprechens sündhaft war⁵. Im 16. und 17. Jahrhundert setzte sich die allgemeine Vertragsbindung auch im weltlichen Recht durch⁶.

- 3 § 311 Abs 1 gilt für Schuldverhältnisse beliebigen Inhalts und lässt auch deren beliebige Änderung zu. Damit kommt in § 311 Abs 1 der **Grundsatz der Vertragsfreiheit** für den Schuldvertrag zum Ausdruck, der durch GG Artikel 2 Abs 1, Artikel 12 und 14 auch verfassungsrechtlich abgesichert ist. Die Vertragsfreiheit nach § 311 Abs 1 bedeutet in erster Linie inhaltliche Gestaltungsfreiheit, die ihre Grenzen erst im zwingenden Recht findet, das in §§ 134, 138, 242, 305–310 und in zahlreichen weiteren Vorschriften enthalten ist⁷. Da § 311 Abs 1 den Abschluss des Vertrags freistellt und nicht vorschreibt, mit wem der Vertrag zu schließen ist, enthält er auch das Prinzip der Abschlussfreiheit, das durch die Vorschriften über den Kontrahierungszwang beschränkt wird⁸. Aus § 311 Abs 1 wird zudem deutlich, dass zur Begründung und Änderung von Schuldverhältnissen ein Vertrag ausreicht, ohne dass die Einhaltung bestimmter Formen erforderlich ist. Damit bringt § 311 Abs 1 auch den Grundsatz der Formfreiheit zum Ausdruck, der seine Grenzen in den gesetzlichen Formvorschriften findet⁹. Aus der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit ergibt sich, dass § 311 Abs 1 über die im Gesetz geregelten Schuldverträge hinaus die Vereinbarung neuer Schuldvertragstypen als Verträge sui generis und als gemischte Verträge erlaubt¹⁰.

II. Vertragsprinzip und Ausnahmen

- 4 1. **Vertragsprinzip**. – a) Das Schuldverhältnis bedarf zu seiner Entstehung eines Vertrags, soweit gesetzlich nicht ein anderes bestimmt ist. Vertrag ist in Übereinstimmung mit §§ 145 ff das Rechtsgeschäft, das aus den inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärungen der Beteiligten in Form von **Antrag und Annahme** besteht. Das Schuldverhältnis hat demnach seinen Entstehungsgrund im Parteiwillen, wie er für den Geschäftsverkehr und den anderen Teil erkennbar war. Wegen der Maßgeblichkeit des Willens für die Entstehung der Verpflichtungen im Schuldverhältnis muss der Parteiwille den Willen zur rechtlichen Verpflichtung mit einschließen. Dieser sogenannte **Verpflichtungswille** gehört zu den Voraussetzungen der Entstehung eines Schuldverhältnisses. Daran fehlt es insbesondere bei den sogenannten **Gefälligkeitsverhältnissen**¹¹, bei denen ein Beteiligter oder alle Beteiligten gerade keine rechtlich bindende Verpflichtung übernehmen wollen, wie zB bei gesellschaftlichen Einladungen oder Verabredungen.
- 5 b) **Rechtsgrund**. Mit dem Verpflichtungswillen ist eine bestimmte Zwecksetzung verbunden. Der Geschäftszweck, der zugleich die Motivation für die Eingehung der Verbindlichkeit bildet und somit nicht nur eine finale, sondern auch eine kausale Komponente aufweist¹², wird im Anschluss an das mittelalterliche kanonische Recht als **causa** bezeichnet¹³. Die causa im Sinne des von den Parteien festgelegten Zwecks, die von unbeachtlichen Motiven und der Geschäftsgrundlage zu unterscheiden ist, ist zugleich der **Rechtsgrund**, der die im Vertragsschluss liegende Forderungszuwendung rechtfertigt¹⁴. Als causa kommen alle rechtlich zulässigen und nicht sittenwidrigen Zwecke in Betracht. Die freie Wahl der causa ist zugleich Ausfluss der in § 311 Abs 1 zum Ausdruck gebrachten Vertragsfreiheit. Die Schuldverträge tragen ihre causa grundsätzlich in sich. Sie sind deshalb kausale Verträge. Es gibt jedoch auch abstrakte Schuldverträge ohne eigene causa, wie zB das abstrakte Schuldversprechen (§ 780) und das abstrakte Schuldanerkennnis (§ 781). Diese

2 HKK/Thier § 311 Abs 1 Rz 4 ff mweltNachw.

3 Kaser, Das römische Privatrecht I, 1971², § 122 II 3, S 477; § 114 I 2, S 484.

4 Vgl Artner, Agere praescriptis verbis, 2002, S 11 ff, 237 ff.

5 Landau, in: Festschr für K W Nörr, 2003, S 457, 460 ff.

6 Vgl HKK/Thier § 311 Abs 1 Rz 17 f.

7 S Rz 11 ff vor § 311.

8 S dazu Rz 13 vor § 311 und Soergel/M Wolf Rz 49 ff vor § 145.

9 S dazu Soergel/Hefermehl § 125 Rz 3 ff.

10 S dazu Rz 24 ff.

11 Dazu im Einzelnen Soergel/Hefermehl Rz 83 ff vor § 145; Willoweit JuS 1984, 909; Schreiber Jura 2001, 310.

12 H P Westermann, Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, 1967, S 19, 40.

13 HKK/Thier § 311 Abs 1 Rz 15; Söllner SZRA 77 (1960), 182, 240 ff, 256. Zum römischen Recht s Meyer-Pritzl, Mélanges Schmidlin, 1998, 99, 111 ff.

14 Vgl Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S 9 f. Krit zur causa-Lehre L–Ch Wolff, Zuwendungsrisiko und Restitutionsinteresse, 1998, S 72 ff.