

Wolfgang Ernst*

Wandlungen der Vertragstypenordnung

Die letzten 125 Jahre

All civil law codes contain a set of contract types. In 1900, the BGB started with a relatively conventional set, mirroring the typology established by 19th-century pandectist scholarship and territorial legislators. Matching a specific agreement to a particular type opens up the applicability of a range of default rules that spell out appropriate regulations for second-order questions. In the 20th century, these default rules became tests for the admissibility of clauses in standard-form contracts. More and more type-specific mandatory rules were introduced. European Union law led to a proliferation of contract types, with a rationale derived from Union law's fundamental freedoms superimposing the traditional typology.

I. Vertragstypenordnung und Kodifikation 47

II. Vertragstypen des BGB¹⁹⁰⁰ 49

 1. Zum kontinentaleuropäischen Vertragstypen-Kanon 49

 2. Der atypische Vertrag und der Innominatvertrag des BGB 51

 3. Typen unentgeltlicher Geschäfte 55

 4. Erste Änderungen im Typenbestand 56

III. Indienstellung dispositiver Normen für die AGB-Kontrolle 58

IV. Der Vertragstyp als Aufgreifstatbestand für zwingendes Recht 61

V. Regelungsmechanismen zwingenden Vertragsrechts 63

VI. Typologische Überkreuzungen aufgrund von Unionsrecht 66

VII. Die Aufgabe multipler Qualifikation 68

VIII. Diskussionsanstöße aus der Wissenschaft 69

IX. Versuch einer Bewertung 72

* Prof. Dr. Dres. h.c., LL.M. (Yale), Professor an den Universitäten Oxford und Zürich. Der Beitrag wurde in verkürzter Form am 30.4.2025 als Vortrag vor der Kölner Juristischen Gesellschaft gehalten.

I. Vertragstypenordnung und Kodifikation

1 Für das Vertragsrecht des BGB ist bestimmend der Grundsatz der Inhalts- und Formfreiheit. Dem entspricht an sich ein Kontinuum von formfrei gültigen Vertragsvereinbarungen. Innerhalb dieses Kontinuums stehen gesetzliche Vertragstypen. Die Zuordnung zu einem dieser Typen entscheidet nicht mehr – wie im römischen Recht – über die Klagbarkeit der konkreten Vereinbarung, sondern liefert vor allem Normen dispositiver Natur. Die Qualifikation, die Feststellung, eine konkrete Vereinbarung unterfalle diesem und nicht jenem Vertragstyp, hat die wesentliche Funktion, dass das Gesetz Detailregelungen für die Vertragsbeziehungen bereitstellt, soweit die Parteien von einer autonomen Regelung abgesehen haben.¹ Zu diesem Zweck definiert das objektive Recht – einigermaßen erschöpfend – die verfügbaren Vertragstypen und bestimmt diejenigen Elemente des Vertragskonsenses, die über die Zuordnung entscheiden (*essentialia negotii*). Viele Vereinbarungen sperren sich einer glatten Zuordnung; damit ist das Problem der gemischten und der atypischen Verträge berührt, auf das zurückzukommen ist.

2 Die Zuordnung der konkreten Vereinbarung zu einem der gesetzlichen Vertragstypen soll „stimmen“, wobei sich die Stimmigkeit danach bemisst, inwieweit die Ergänzung durch die dispositiven Bestimmungen der von den Parteien im Kern gewollten Transaktion entspricht. In der Überlieferung des Privatrechts spricht man die Erwartung „typengerechter“ Ergänzungsnormen mit der Redeweise an, dass die dispositiven Ergänzungsnormen „natürlich“ sein sollen. Seit dem Mittelalter hat die juristische Lehre das Themengebiet mit der Aufstellung der trias *naturalia* – *essentialia* – *accidentalia negotii* zu strukturieren versucht;² die *accidentalia* sind vom Konsens gedeckte Abreden, derer es aber nicht zur Zuordnung zu einem der Typen bedarf; ursprünglich ging es nur um Bedingungen sowie um End- wie Anfangstermine.

3 Die geschilderte Vorstellung ist eng mit dem Gedanken der Kodifikation des Privatrechts verbunden, obschon sie auch für Verträge in Sondergesetzen zu verwenden ist; man denke an das Versicherungsvertragsgesetz. Nur eine Kodifikation kann jedoch den Anspruch erheben, für im Idealfall jeden privatrechtlichen Vertrag mit einem im Grundsatz „passenden“ Satz von Ergänzungsnormen aufzuwarten. Dieses Grundverständnis vom Verhältnis der konkreten Vereinbarung zum kodifizierten Vertragsrecht ist nicht zwangsläufig; es ist das Ergebnis einer historischen Entwicklung mit kontingentem Charakter. Diese

1 S. jetzt, insb. auch rechtsvergleichend, die Beiträge in Häcker/Ungerer (Hg.), *Default rules in Private Law*, 2025.

2 Dazu Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl. 1992, 80 f., 611.

Entwicklung ist an anderem Ort nachgezeichnet, worauf verwiesen werden kann;³ hier genügt die Feststellung, dass die Vertragsordnung des BGB in diesem Sinne aufzufassen ist.

Von vornherein ist die Sonderstellung der formgebundenen Verträge zu betonen. Hier entscheidet die Zuordnung der konkreten Vereinbarung zum Geschäftstyp über das Erfordernis der Form, über die Gültigkeit der Vereinbarung in Abhängigkeit von der Wahrung der Form. Damit sind diese Verträge vom Kontinuum der formfreien Vereinbarungen markant abgesetzt. Das Zuordnungsproblem hat hier eine andere Bedeutung, da es damit um die Reichweite der Formvorschrift geht: Inwieweit etwa gilt für ein Garantieverprechen die Form der Bürgschaft? Bei solchen Fragen werden u. a. die Zwecke der gesetzlichen Formerfordernisse relevant. Für das hier behandelte Thema ist zu bemerken, dass die Formgebundenheit für eine vergleichsweise größere Kontinuität gesorgt hat. Gegenüber den eindrücklichen Änderungen der Vertragstypenordnung, die gleich zu berichten sind, steht z. B. der heutige Grundstückskauf demselben Geschäft des Jahres 1900 noch ganz nahe, obschon natürlich auch hier gewisse Rechtsänderungen zu verzeichnen sind.⁴ Ebenso ist die heutige Bürgschaft noch weitgehend die des BGB¹⁹⁰⁰, nicht anders als die Schenkung. Man kann vielleicht sagen, dass der klassische Privatrechtsvertrag im formgebundenen Geschäft seine stärkste Ausprägung erfahren hat und insoweit am ehesten noch im formgebundenen Geschäft lebendig ist. Für Vertragsrechtstheorien bildet der ausgehandelte und formgerecht vollzogene Vertrag die erst-rangige Referenz, wie weit auch immer sich diese Erscheinung von standardisierten Verträgen des Massengeschäfts entfernt hat.

Im Folgenden geht es um Austauschverträge. Den Gesellschaftsvertrag mit seinen geradezu dramatischen Änderungen der letzten Zeit bespreche ich nicht. Der Miet- und der Arbeitsvertrag würden getrennte Darstellungen verdienen, die hier nicht geboten werden können.⁵ Was den Arbeitsvertrag betrifft, sei lediglich engemerkt, dass dessen Integration in das Vertragsrecht des BGB über die Zeit immer brüchiger geworden zu sein scheint.

Im Vertragsrecht sind seit 1900 noch zahlreiche weitere Entwicklungen zu verzeichnen. Die breitbandige Einführung von Widerrufsrechten beispielsweise betrifft den Vertragsschluss bei – im Grundsatz – allen Verträgen und ist damit

3 S. Ernst ZSR 137 II (2018), 5 ff.; zu den römischrechtlichen Grundlagen s. *ders.*, in: GS für Henryk Kupiszewski, 2011, 61 ff.

4 Von den Entwicklungen des Beurkundungsrechts ist hier nicht zu handeln.

5 Nicht berücksichtigt sind auch die Schuldverträge des HGB, namentlich diejenigen mit den Hilfspersonen des Kaufmanns (§§ 59 ff. HGB).

typenunabhängig. Dasselbe gilt cum grano salis vom Recht der Leistungsstörungen. Diesbezügliche Entwicklungen sind nicht Gegenstand dieses Berichts.

II. Vertragstypen des BGB¹⁹⁰⁰

1. Zum kontinentaleuropäischen Vertragstypen-Kanon

Das BGB hat im Wesentlichen die Vertragstypen fortgeführt, die in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts detailliert ausgeprägt und in dieser Ausprägung anerkannt waren. Im Vergleich zu anderen Teilen des BGB hat sich gerade das Besondere Schuldrecht, soweit es um vertragliche Schuldverhältnisse geht, von innovativen Experimenten ferngehalten. Diese Eigenschaft hat eine bedeutende Nebenwirkung: Die deutsche Vertragstypenordnung des BGB¹⁹⁰⁰ ist in ihrem Grundbestand dieselbe wie die der meisten Kodifikationen des Kontinents, etwa des französischen Code Civil, des schweizerischen Obligationenrechts oder des italienischen Codice Civile. Übrigens hatte bereits das ADHGB einen Geschäftstypenkatalog, indem es die absoluten und die relativen Handelsgeschäfte definierte.⁶

Im BGB geregelt sind die kanonischen Verträge Kauf, Miete (mit Dienst- und Werkmiete), Auftrag, Gesellschaft, Darlehen, Verwahrung und Leihe. Das Schuldversprechen führt die römischrechtliche Stipulation fort, wie auch der Bürgschaftsvertrag und die Anweisung auf den förmlichen Verbalvertrag zurückgehen. Die Auslobung setzt die *pollicitatio* fort. Hinzu kommen die im Pandektenrecht ausgeprägten Verträge Tausch und Mäklervertrag, wogegen man von der Übernahme des Trödelvertrages abgesehen hat.⁷ Eingefügt wurde eine Regelung für Spiel und Wette sowie die deutschrechtliche Leibrente. Den Schiedsvertrag hat man in der CPO belassen. Von einer Regelung des Pfandvertrages im Besonderen Schuldrecht sah man ab, weil dadurch der Zusammenhang mit den sachenrechtlichen Wirkungen des Pfandes zerrissen worden wäre.

Die Weiterführung der seinerzeit gängigen Vertragstypen bedeutet zunächst auch, dass von einem regelrechten Vertragstypensystem, das sich einer Ableitung aus Prinzipien erster Ordnung verdanken würde, keine Rede sein kann. Der Bestand vertypter Verträge stand mit der justinianischen Kodifikation fest, welcher seit dem 12. Jahrhundert der Rahmen der Vertragsordnung entnommen wurde. Es hat in der Geschichte sehr wohl Versuche gegeben, die Vertragstypen rational zu systematisieren. Als Beispiel sei auf *Hugo Grotius*

⁶ Art. 271 f. ADHGB.

⁷ Zum Trödelvertrag s. *Windscheid*, Pandektenrecht, 8. Aufl. 1900, Bd. 2, 574 ff.

verwiesen, nach dem man Verträge etwa wie folgt ordnen sollte (hier stark vereinfacht und verkürzt):⁸

Verfügung gegen Verfügung

Sache gegen Sache: Tausch

Sache gegen Geld: Kauf

Geld gegen Geld: Geldwechsel

Sachüberlassung gegen Geld: Miete

Sachüberlassung gg. Sachüberlassung: Gebrauchstausch

Handlung gegen Verfügung

Arbeit gegen Geld: Arbeitsvertrag

Altruistische Verträge

Verwahrung

Kommission

Gebrauchslleihe

Unter den Kodifikationen ist das österreichische ABGB mit dem stärksten Anspruch rationaler Systematisierung hervorgetreten.⁹ Auch in der Entstehungszeit des BGB hat man sich über eine rationale, den kontingenten Traditionsbestand überwindende Typenbildung Gedanken gemacht. Hier sei nur an Bemühungen von *Ernst Immanuel Bekker* erinnert.¹⁰ Im Vergleich dazu ist das BGB¹⁹⁰⁰ eher anspruchslos: Es hält sich an den bewährten Kanon von Vertragstypen auf römischrechtlicher Grundlage. Auch die Abfolge der verschiedenen Vertragstypen ist keinem stringenten Gliederungskonzept verpflichtet; ein solches ist dem kontingenten Traditionsbestand von Vertragstypen, der sich nicht der Ableitung aus übergeordneten Prinzipien verdankt, auch nicht wirklich inhärent.¹¹ Neuere Schuldverträge jenseits des herkömmlichen Kanons wurden aus dem BGB herausgehalten; genannt seien der Versicherungsvertrag (VVG) und die dem Urheberrecht angehörende (vertragliche) Einräumung von Nutzungsrechten (§ 31 UrhG).

8 *Lapidus*, Hugo Grotius on Exchange and Price, in: 26th Conference of the European Society for the History of Economic Thought, 2023, Liège, Belgium; <https://paris1.hal.science/hal-04125980v1>, zuletzt besucht 2. April 2025.

9 *Charmatz*, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht: mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge, 1937.

10 System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, 1889, 117 ff.

11 Vorübergehend war bei der Gesetzesberatung erwogen worden, die besonderen Vertragstypen mit der Schenkung, als einer gleichsam „allgemeinen“ Unentgeltlichkeitsvariante, beginnen zu lassen.

2. Der atypische Vertrag und der Innominatvertrag des BGB

Zu jeder Vertragstypenordnung, die den Grundsatz der Inhaltsfreiheit anerkennt und gleichzeitig einen Bestand an Vertragstypen ausgeprägt hat, gehört die Erscheinung des atypischen Vertrages. Gelegentlich spricht man auch schief vom „gesetzlich nicht geregelten Vertrag“. Das BGB hat die Verbindlichkeit des atypischen Vertrages nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber vorausgesetzt. Die Möglichkeit der Zuordnung einer konkreten Austauschvereinbarung zu einem der im Besonderen Teil vertypen Schuldverträge bestimmt nicht mehr über die Klagbarkeit der vereinbarten Pflichten – wie im Recht Justinians –, wohl aber über das mit zur Anwendung gelangende dispositive oder zwingende Recht, das der Gesetzgeber für einen bestimmten Vertragstypus aufgestellt hat. Im Anschluss an die Begrifflichkeit der Entstehungszeit des BGB wird hier vom Innominatvertrag gesprochen. Der Innominatvertrag gehört zu der gemeinrechtlichen Typenordnung des 19. Jahrhunderts, an die das BGB fast nahtlos anschließt.

Ein Innominatvertrag liegt vor, wenn die gesetzliche Ordnung für die konkrete Paarung zweier Leistungspflichten, die nach dem Willen der Parteien im Austauschverhältnis stehen sollen, keine Regelung von *naturalia negotii* aufstellt. Ein Vertrag wird nicht schon dadurch ein „Nominatvertrag“, wenn der Vertragsname in irgendeiner Rechtsnorm, etwa einer Verwaltungsvorschrift der Steuerverwaltung, erwähnt wird. Auch der sogenannte gemischte Vertrag, bei dem sich ausschließlich solche Leistungen gegenüberstehen, die in den Vertragstypen des BGB an sich „vorkommen“ (Vermieterleistung gegen Hausmeisterarbeiten), ist ein Innominatvertrag, wenn nicht die Folgenordnung im Besonderen Teil gerade auf diese konkreten Pflichtenkombination eingeht. Es kommt nicht darauf an, in welchem Gesetz sich die rechtliche Ausgestaltung befindet; der im VVG geregelte Versicherungsvertrag ist in diesem Sinne ein Nominatvertrag.

Es wäre ein Fehlverständnis, wenn man meinen würde, es gebe eine Vielzahl von Innominatverträgen, so dass man nur zu den jeweils einzelnen vertypen Verträgen, kaum aber zum Innominatvertrag als solchem Wesentliches aussagen könnte. Das geltende Recht kennt genau eine einheitliche Figur des Innominatvertrags, nicht deren vier, wie die spätclassische römische Schuljurisprudenz,¹² aber auch nicht unendlich viele. Die einheitliche Rechts-

¹² Aus vornehmlich prozessrechtlichen Gründen unterschied die spätclassische Jurisprudenz vier Innominatvereinbarungen: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* und *facio ut facias*. Da es auf die Rechtsnatur der Erstleistung ankam, ergaben sich für *do ut facias* und *facio ut des* aktionenrechtlich verschiedene Klagemöglichkeiten; s. HRP/*Babusiaux*, 2023, § 90 Rn. 72 ff.

figur des Innominatvertrages steht für Geschäfte unterschiedlichen Inhalts zur Verfügung. Diese mögen dann u.U. ihrerseits wieder eine Typenbildung erlauben, nicht anders als verschiedene Anwendungen des Werkvertrags sich als speziellere Anwendungstypen herausgebildet haben. Über den Innominatvertrag des BGB lässt sich Wesentliches aussagen, ohne dass man sich sogleich auf die Ebene seiner verschiedenen Anwendungen begibt. Der Innominatvertrag des BGB ist, wie alle Schuldverträge, eine Anwendung seines allgemeinen Vertragsbegriffs: Es handelt sich um einen Konsensualvertrag. Der Abschluss des Vertrages unterliegt grundsätzlich keiner Form. Die Klagbarkeit setzt nicht voraus, dass die klagende Partei aus freien Stücken vorgeleistet hat, wie dies unter der Geltung des römischen Rechts der Fall gewesen ist. Vielmehr gilt § 320 BGB; es genügt für die klagende Partei, wenn diese ihre Leistung mit der Klage anbietet. Die Parteien können abweichende Vor- und Nachleistungsverhältnisse gültig vereinbaren.

Der Innominatvertrag ist wesentlich gegenseitiger (synallagmatischer) Vertrag. Man könnte daher auch vom Innominat-Austauschvertrag sprechen. Der Innominatvertrag ist – anders als das Schuldanerkennntnis – ein kausaler Schuldvertrag: Der Innominatvertrag hat seine *causa* im Entgeltverhältnis, in welchem beide Leistungen zueinander stehen.¹³ Für den Innominatvertrag ist dessen Inhalt des Schuldvertrages die *causa*, wobei es zu dieser *causa* gehört, dass die versprochenen Leistungen im Austauschverhältnis stehen. Man könnte sagen, das Synallagma bilde die *causa* des Innominatvertrages.

Nicht jeder „atypische“ Vertrag ist als Innominatvertrag klagbar. Durch den Innominat-Austauschvertrag lassen sich lediglich schuldrechtliche Verpflichtungen begründen; es ist nicht möglich, die rechtliche Güterzuordnung unmittelbar durch Innominatvertrag zu beeinflussen. Es gibt z.B. keinen Innominat-Gesellschaftsvertrag, der eine andere Güterverfassung begründen könnte, als die, die das Gesetz entweder für die rechtsfähige Gesellschaft oder für die nicht rechtsfähige Gesellschaft vorsieht. Neue, dem deutschen Recht unbekannte Wertpapiertypen (Innominat-Wertpapiere) können nicht gestützt auf § 311 Abs. 1 BGB (= § 305 BGB¹⁹⁰⁰) kreiert werden. Es ist auch nicht möglich, durch den Innominatvertrag eine abstrakte Forderung zu begründen; hierfür steht ausschließlich das selbstständige Schuldversprechen/Schuldanerkennntnis zur Verfügung.

Hinsichtlich der Leistungen, die sich die Parteien versprechen können, bestehen keine inhaltlichen Beschränkungen. Es kann sich auch um Dauerver-

¹³ Grundlegend (kritisch) zum Konzept des kausalen Vertrages Mazza, Kausale Schuldverträge: Rechtsgrund und Kondizierbarkeit, 2002; dazu Bork JZ 2002, 656 ff. und Schnauder, JZ 2002, 1080 ff.; aus der Literatur Flume (Fn. 2), 163 ff.

pflichtungen handeln. Das Wucherverbot des § 138 Abs. 2 BGB gilt auch für den Innominatvertrag. Der Innominatvertrag kann Handelsgeschäft sein (§ 343 HGB). Es kann sich um ein B2C-Geschäft handeln. Wenn in diesem Fall dem Verbraucher digitale Leistungen geschuldet sind, finden §§ 327 ff. BGB auf den Innominatvertrag Anwendung. Auch ein Innominatvertrag kann durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, die eine der Parteien verwendet, ergänzt werden; dann gelten §§ 305 ff. BGB. Der Innominatvertrag ist mithin keineswegs „unreguliert“.

Kurzum: Der Innominatvertrag des BGB ist ein schuldrechtlicher Austauschvertrag über vermögenswerte Leistungen beliebiger Art, die nach der Vereinbarung der Parteien im Entgeltverhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen. Der Innominatvertrag ist damit eine Figur des Vermögensrechts.¹⁴ Für unbekannte Vereinbarungen im Bereich des Familienrechts zum Beispiel kann man sich m. E. nicht auf die Figur des Innominatvertrags stützen.

Für den Innominatvertrag gibt es an sich keine objektiv-wesentlichen Punkte, keine *essentialia*; diese sind ja gerade objektivrechtlich für die im Gesetz vertyppten Schuldverträge aufgestellt. Bekanntlich haben sich bestimmte Austauschvereinbarungen, die als Innominatvertrag gültige Schuldverträge darstellen, in der Praxis derart etabliert, dass die beteiligten Verkehrskreise bestimmte Regelungen als zum Vertrag passend, als typengerecht, ansehen. Hier ist es die Verkehrspraxis, die – etwa durch anerkannte Vertragsmuster – die *naturalia negotii* des Geschäfts erkennen lässt. Beispiele sind bekanntlich Factoring, Franchising, Leasing usw. Um zur Anwendung solcher Regeln zu kommen, ist wieder eine Qualifikation erforderlich, indem z. B. zu fragen ist, ob der konkrete Vertrag als Leasingvertrag einzuordnen ist. Insofern kann man auch von den durch den Rechtsverkehr vertyppten Verträgen sagen, sie würden durch ihre Kernpflichten definiert, hätten so etwas wie objektiv wesentliche Punkte.¹⁵

Es gilt als Zentralfrage der rechtlichen Behandlung von Innominatverträgen, inwieweit *naturalia negotii*, aber auch Vorgaben zwingenden Rechts, die der Gesetzgeber für bestimmte vertyppte Schuldverträge aufgestellt hat, zur rechtlichen Erfassung des Vertrags beigezogen werden können oder müssen, und nach welcher Methode – oder Methoden – die maßgeblichen Vorschriften aufzufinden sind. Diese Frage erscheint insbesondere dann interessant, wenn dem Innominatvertrag Allgemeine Geschäftsbedingungen beigegeben sind, für die man nach § 307 Abs. 2 Ziff. 2 BGB fragen möchte, ob eine Klausel „wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so

¹⁴ Eine Beschränkung auf den Handelsverkehr im engeren Sinne besteht nicht.

¹⁵ *Amstutz/Morin*, in: Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 7. Aufl., 2020, Einl. vor Art. 184 ff. N 7.

einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.“ Darauf ist noch zurückzukommen.¹⁶

Zur allgemeinen Frage nach dem Herauspicken von typenbezogenen Bestimmungen für den konkreten Innominatvertrag sollen kurze Bemerkungen genügen; die hierüber geführte Diskussion muss an dieser Stelle nicht in voller Breite aufgenommen werden.¹⁷ Für die Ergänzung der vertraglichen Einigung ist man auf die *naturalia negotii*, wie sie für Vertragstypen mit einer ähnlichen, vergleichbaren Leistungspflicht aufgestellt sind, nur bedingt angewiesen, da eine ergänzende Vertragsauslegung zu denselben oder doch zu annähernd denselben Lösungen führen sollte. Stärker sollte das Augenmerk auf die zwingenden Vorschriften gerichtet werden, die der Gesetzgeber mit Bezug gerade auf bestimmte Vertragstypen eingeführt hat. Hier ist es meines Erachtens eine Frage der Auslegung der konkreten Gesetzesnorm, ob diese auch auf den vorliegenden Innominatvertrag anzuwenden ist; man kann insoweit der allgemeinen Methode der Gesetzesauslegung folgen.¹⁸ Verzeichnet werden soll noch die geschlossene Ablehnung der rechtslogisch attraktiven Ansicht, die im neunzehnten Jahrhundert *François Laurent* für den Code Civil vertreten hat. Danach sollten auf den Innominatvertrag ausschließlich die Vorschriften des Allgemeinen Schuldrechts zur Anwendung kommen.¹⁹ In der fast einhelligen Ablehnung dieser Ansicht und in der Suche nach dem „richtigen“ Zugriff auf bereits präformierte *naturalia negotii* zeigt sich ein starker Drang zu einem „closure“ im Wege der Typisierung.

In allen vergleichbaren Vertragsordnungen besteht eine charakteristische Entwicklungsmöglichkeit darin, dass Vereinbarungen, die vom Gesetzgeber zunächst ohne eigenständige Regelung gelassen wurden und demnach als Innominatvertrag erfasst werden, durch die Gesetzgebung auf die Seite der Nominatverträge gezogen werden. Der prominente Fall ist der Tauschvertrag, der in der Tradition des *Ius Commune* als Musterbeispiel des Innominatvertrages galt; das BGB führt ihn, wie schon andere Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts, als Nominatvertrag (§ 515 BGB¹⁹⁰⁰, jetzt § 480 BGB).

¹⁶ S. unten III.

¹⁷ Dieses Thema ist Gegenstand der Arbeit von *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge. Rechtsfindung und Inhaltskontrolle, 2001.

¹⁸ S. für das Schweizerische Recht *Gauch*, Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge, in: FS für Heinrich Honsell, 2002, 13 ff.

¹⁹ *François Laurent*, Principes de droit civil, tom. 24, 1877, N 68, 78.

3. Typen unentgeltlicher Geschäfte

Die gesetzlich geregelten unentgeltlichen Geschäfte bilden einen *numerus clausus*. Zwangsläufig unentgeltlich ist die Schenkung (§§ 516 ff. BGB).²⁰ Leihe (§ 598 ff. BGB) und Auftrag (§§ 662 BGB) sind vom BGB als unentgeltliche Verträge ausgestaltet, bei denen eine Entgeltlichkeit vereinbart werden kann. Umgekehrt ist die Verwahrung (§§ 688 ff. BGB) als entgeltliches Geschäft verfasst, für das die Unentgeltlichkeit vereinbart werden kann (§ 690 BGB). Das BGB¹⁹⁰⁰ kannte das Darlehen als sowohl entgeltliches wie unentgeltliches Geschäft (§ 607 BGB¹⁹⁰⁰). Mit der Schuldrechtsreform 2002 wurde dieser Vertragstyp ausgespalten in Gelddarlehen – weiterhin einfach als “Darlehen” bezeichnet – und Sachdarlehen. Das Sachdarlehen ist nun entgeltlich (§ 607 Abs. 1 S. 2 BGB), wobei eine unentgeltliche Variante nicht mehr angesprochen wird.²¹ Das Gelddarlehen ist ebenso als rein entgeltliches Geschäft typisiert (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB). Das unentgeltliche (Geld-)Darlehen ist verselbständigt und durch einen differenzierenden Verweis auf das Recht des (Geld-)Darlehens geregelt (§ 514 BGB).

Es gibt keinen unentgeltlichen Innominatvertrag. Einem unentgeltlichen Vertrag fehlt das Austauschverhältnis, ohne das der Innominatvertrag seine *causa* entbehrt. Die Preisfreiheit erlaubt freilich die Verwendung entgeltlicher Vertragstypen zur Vereinbarung „gemischter Schenkungen“, solange die Entgeltlichkeit nicht zur Fiktion wird (Erfordernis des *verum pretium*).²² Wie sollen nun Vereinbarungen behandelt werden, bei denen eine Leistung unentgeltlich versprochen wird, die ihrem Inhalt nach weder der eines Schenkers noch der eines Verleihers, (Geld-)Darleihers, Beauftragten oder Verwahrers entspricht? Als Beispiel kann die Leistung gelten, wie sie von einem Vermieter geschuldet wird, den ja ein anderes Pflichtenprogramm trifft als den Verleiher.²³ Werden Leistungen, wie sie ein Vermieter schuldet, erbracht und empfangen, ohne dass der Leistende sich zuvor gem. § 780 BGB zur künftigen Erbringung verpflichtet hatte, so enthält die Leistungserbringung die Vereinbarung einer *causa*, was eine Rückforderung nach Bereicherungsrecht ausschließt. Handelt es sich um eine Dauerleistung und ist diese Leistung nicht vorab für eine bestimmte Dauer

²⁰ Notwendig unentgeltlich ist auch die Auslobung, die ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt (§§ 657 ff. BGB).

²¹ Für das unentgeltliche Sachdarlehen stellt sich seit 2002 m.E. daher die Frage, die sogleich im Text für die unentgeltliche Wohnungsüberlassung behandelt wird.

²² Zur Erfassung der Entgeltlichkeit s. *Ernst*, in: FS für Eduard Picker, 2010, 139 ff.

²³ Zur Problematik, auch aus geschichtlicher Sicht, s. *Slapnicar*, *Gratis habitare* – Unentgeltliches Wohnen nach römischem und geltendem Recht, 1981.

versprochen, kann der Leistende die Erbringung m. E. jederzeit – unter Vorbehalt nur des Rechtsmissbrauchs – beenden.

4. Erste Änderungen im Typenbestand

24

In der weiteren Entwicklung des 20. Jahrhunderts sind zunächst wenig durchgreifende Änderungen zu verzeichnen. Ein Gegenmodell erschien 1975 mit dem Zivilgesetzbuch der DDR.²⁴ Es ordnete die Vertragstypen nach der vermutlichen Bedeutung für den Lebensalltag der Einwohner der DDR:

Wohnungsmiete

Kauf

(mit Lieferung von Energie und Wasser)

Dienstleistungen

Hauswirtschaftliche Dienstleistungen und Reparaturen

Bauleistungen

Persönliche Dienstleistungen

Reise und Erholung

Ausleihdienst (\approx entgeltliche Leihe)

Aufbewahrung von Sachen

Verkehrs- und Nachrichtenleistungen

Konto-, Sparkonto-, Kredit- und Darlehensverträge

Versicherungen

Gemeinschaften von Bürgern, Gegenseitige Hilfe und Schenkung

Im Einzelnen war dieser Typensatz auf die Bedürfnisse einer Versorgungswirtschaft ausgerichtet. Im Vergleich mit dem Zustand des BGB Mitte der siebziger Jahre traten aber bereits Regelungsthemen hervor, die wenig später auch im BGB einen Platz finden sollten.

25

Als Bewährungsprobe für das BGB kann die Adaption des Leasingvertrages an die Ordnung der Verträge gelten. Die ausgiebige Diskussion um die typologische Erfassung des Leasingvertrages offenbarte nicht so sehr eine Lücke im Bestand der Austauschverträge (das Verhältnis Leasingnehmer / -geber ließ sich schlussendlich als modifizierte Miete erfassen); sie zeigte vielmehr, dass das BGB ohne Angebot ist, was „verbundene Verträge“ betrifft, denn das Leasinggeschäft ist sachgerecht nur als Vertragsverbund zwischen Finanzierer, Hersteller und Nutzer zu erfassen. Von der Gesellschaft abgesehen, vertypyt das BGB nur bilaterale Vereinbarungen. Hinsichtlich verbundener Verträge (auch: Netzver-

²⁴ Zu diesem s., statt aller, Ramm JZ 1996, 456 ff.

träge) ist es bei einem blinden Fleck geblieben;²⁵ nur für den besonderen Fall des drittfinanzierten Geschäfts wurde eine isolierte Bestimmung in das BGB aufgenommen (§ 359 Abs. 1 S. 1 BGB).

Wiederholt hat man in das BGB Verträge integriert, die zunächst in eigenständigen Vorschriften geregelt waren. Nachdem der Gesetzgeber des BGB die Pacht von Land als Anwendungsfall des Pachtvertrages gesehen hatte, wurden die gesetzgeberischen Maßnahmen, mit denen der Gesetzgeber seit den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts immer wieder zum Schutz der Pächter in das Vertragsrecht eingegriffen hatte, 1952 im Landpachtgesetz konsolidiert. Dieses wurde 1985 in das BGB integriert und bildet seitdem einen eigenen Vertragstyp, für den auf das allgemeine Pachtrecht verwiesen wird (§ 585 Abs. 2 BGB).²⁶ Das Abzahlungsgesetz (1894) wurde nach seiner europarechtlich veranlassten Überarbeitung (Verbraucherkreditgesetz, 1990) 2002 in das BGB eingegliedert (§§ 506 ff. BGB), ebenso wie das AGB-Gesetz (§§ 305 ff. BGB), auf das noch zurückzukommen sein wird. 1979 erhielt der Reisevertrag einen eigenen Vertragstyp im Gesetz (mit einer Sonderbestimmung für Gastschulaufenthalte). Dessen Regelungen wurden der EG-Richtlinie über Pauschalreisen 1994 und dann wieder 2018 der vollharmonisierenden Pauschalreise-RL angepasst. Der Pauschalreisevertrag ist eine bemerkenswerte Erscheinung, indem hier für ein im Alltagsleben der Bürger stark vertretenes Geschäft eine Komplettregelung unionsrechtlichen Ursprungs und damit unionsweiter Geltung geschaffen wurde. Man kann in alldem eine Bekräftigung der Kodifikationsidee sehen, zugleich aber eine schon auf ersten Blick auffällige Anreicherung des BGB mit sozialpolitisch motivierten Normen in zeitgemäßem, nicht notwendig einladendem Sprachstil.

Der Schwerpunkt der Schuldrechtsreform 2002 lag im Allgemeinen Schuldrecht und im Verjährungsrecht. Für die Vertragstypen ist die Beseitigung des Realvertrags zu nennen. Das BGB¹⁹⁰⁰ hatte das Darlehen, in Fortsetzung einer rund dreitausendjährigen Tradition, als Realvertrag verfasst: Die einzige Vertragspflicht aus Darlehen war die Rückzahlung und zu dieser konnte es erst kommen, wenn eine Auszahlung erfolgt war. Deswegen war die Auszahlung der Valuta eine konstitutive Voraussetzung für das gültige Zustandekommen des

25 Eine Pionierleistung lag in *Graus* Beitrag über Zusammenhängende Rechtsverhältnisse, in: GS für Emil Seckel (= Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät IV), 1927, 345 ff.; umfassende Neusansätze dann bei *Möschel* AcP 186 (1986), 187 ff.; *Rohe*, Netzverträge – Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen, 1998; *Dolzau*, Außen- und Binnendurchgriff im Vertragsnetz, 2015; *Amstutz/Teubner* (Hg.), *Networks*, 2009.

26 Zur Entwicklung der Landpacht s. im Einzelnen *HKK/Thiessen*, Bd. III/1, 2013, §§ 581–597, Rn. 13 ff., 95, 100 ff.

Darlehensvertrages. Das Konzept war angesichts der Inhaltsfreiheit des BGB schon 1900 antiquiert. Das, was heute ein Darlehensvertrag ist, konnte ja – mit verbindlicher Wirkung – einfach als Darlehensvorvertrag vereinbart werden. Die Schuldrechtsreform 2002 hat diesen alten Zopf abgeschnitten: Der Konsensualvertrag als die einzige Vertragsform hat sich damit – spät – restlos und endgültig durchgesetzt.

Bei der grundlegenden Reform des Kaufrechts, die hier nicht näher darzustellen ist, wurden Sondervorschriften für den Viehkauf (§§ 481–492 BGB¹⁹⁰⁰) gestrichen. Zugleich ergab sich, dass das neue Gewährleistungsrecht für den Sachkauf vermehrt an Fällen des Tierkaufs erprobt wurde: ein Tiermangel muss seither nach §§ 439, 437 Nr. 1 BGB vorrangig durch veterinärmedizinische Behandlung beseitigt werden,²⁷ nicht nur beim Viehkauf.

III. Indienstellung dispositiver Normen für die AGB-Kontrolle

Ihre wesentliche Bedeutung hat die Vertragstypologie dadurch, dass sie die Anwendung dispositiver Gesetzesnormen steuert. Mit dem Vordringen einer Anerkennung richterlicher Klauselkontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen – schon vor dem AGB-Gesetz und der EU-Klausel-Richtlinie – erfuhren die dispositiven Vertragsregeln einen überraschenden Bedeutungszuwachs: „Die gesetzlichen Dispositivnormen ergeben den Maßstab für die Beurteilung, ob die Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht der Billigkeit entspricht.“²⁸ Man spricht bekanntlich von der Leitbildfunktion der Dispositivnormen.²⁹ Die Zuweisung der Leitbildfunktion gibt dem dispositiven Recht eine zusätzliche, ihm ursprünglich nicht eigene Bedeutung: Es wirkt nun als zwingende Schranke gegenüber einer abweichenden Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, während eine Individualabrede neben oder entgegen den Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen weiterhin von der dispositiven Vorschrift wegführen darf. Die dispositiven Regelungen des Gesetzes erscheinen „AGB-fest“. Soweit sich der Verkehr auf die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen angewiesen sieht, was ja im Massengeschäft

²⁷ Zur Problematik beim Kauf eines Terrier-Welpens s. BGH NJW 2005, 3211, beim Kauf eines Wallachs BGH NJW 2008, 1371; im Fall von NJW 2007, 1351, war der Mangel des verkauften Reitpferdes unbehebbar.

²⁸ Flume (Fn. 2), 671.

²⁹ Zur Leitbildfunktion vor dem Hintergrund der geschichtlichen Vertragstypenlehre Weick NJW 1978, 11 ff.; aus jüngerer Zeit s. Jansen, Klauselkontrolle, in: Eidenmüller et al. (Hg.), *Revision des Verbraucher-acquis*, 2011, 53 ff.; Renner AcP 213 (2013), 677 ff.

der Fall ist, müssen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem dispositiven Recht folgen: Im Massengeschäft gibt das Gesetz damit die Vertragsbedingungen zwingend vor, soweit es für den betreffenden Vertragstypus einschlägige Dispositivnormen enthält. Mit Recht las man vor einigen Jahren, dispositives Vertragsrecht werde so, „in Verbindung mit dem wirtschaftlichen Zwang zum Formularvertrag, zu faktisch *indispositivem* Recht.“³⁰ Gegenüber dem Befund, dass dann im Massengeschäft der Konditionenwettbewerb durch den Privatrechtsgesetzgeber ausgeschaltet wird, kann man sich aber noch darauf zurückziehen, dass Unternehmer immerhin zu günstigeren Konditionen anbieten können als gesetzlich gefordert.

Obschon diese Entwicklung hin zur Kontrolle am „Leitbild“ sich als fast zwangsläufig darstellt, ist doch der einschneidende Funktionswandel, den das dispositive Vertragsrecht dabei durchmacht, keineswegs problemlos. Zunächst sei auf den fragmentarischen Charakter der Dispositivnormen hingewiesen: Aus der Unzahl von Folgefragen, die bei Verträgen desselben Typus auftreten können, trifft der Gesetzgeber eine Auswahl. Bei dieser Auswahl, die zu einem überwiegenden Teil in den letzten zwei Jahrzehnten des neunzehnten Jahrhunderts unter Rückgriff auf das damals Übliche erfolgt ist, hatte man die Kontrollfunktion gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht im Sinn. Teilweise verfolg(t)en Dispositivnormen vorrangig einen Vereinheitlichungszweck, weil sich die Rechte in den verschiedenen deutschen Territorien unterschieden. Teilweise geben die Dispositivnormen nur einer von mehreren möglichen Vertragsauslegungen einen leichten Vorzug. Wenn diese Normen als zwingende Grenze der Vertragsgestaltung mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen wirken, ergibt sich ein bemerkenswerter Befund: Je umfassender und detailfreudiger ein historischer Gesetzgeber in puncto dispositiver Folgenormen gewesen ist, desto engmaschiger sind nun die zwingenden Vorgaben für AGB-gestützte Massengeschäfte.

Im Idealfall sollte es für jede einzelne Dispositivnorm stimmen, dass sie die *natura contractus* verwirklicht, aber ob dem wirklich so ist, mag im Einzelfall doch zweifelhaft erscheinen. Es besteht auch eine Gefahr der Versteinierung, denn Veränderungen im Wirtschaftsleben und Rechtsverständnis können die Vorstellung, was der am ehesten angemessene Interessenausgleich ist, verschieben; die veraltete Dispositivnorm bleibt in Geltung. Eine AGB-Kontrolle, die sich zu stark auf die Leitbildfunktion der Dispositivnormen verlässt, greift auch zu kurz in den Fällen, in denen der Gesetzgeber des BGB eine Dispositivnorm hätte aufstellen können, davon aber – aus welchen Gründen auch immer – ab-

³⁰ Thomale JZ 2012, 716 ff. (721); ebenso Hellgardt, in Häcker/Ungerer (Fn. 1), 23 ff. (36).

gesehen hat. Hier kommt ersichtlich ein Zufallsmoment ins Spiel, das man bei einer zweckgerichteten Gesetzesgestaltung gerne vermieden sähe.

32 Wie schon erwähnt, trifft die am dispositiven Vertragsrecht als Leitbild orientierte Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen noch auf Probleme, wenn es um Allgemeine Geschäftsbedingungen für atypische oder gemischte Verträge geht; die Streitfrage, welche Vorschriften aus dem Bereich der gesetzlich geregelten Verträge hier anwendbar sind, kehrt damit auf einer neuen Ebene wieder, indem nach den Leitbild-geeigneten Vorschriften gefragt werden muss.³¹ Für das Thema dieses Beitrags sei festgehalten: Als Kontrollmaßstab bietet sich das dispositive Vertragsrecht m. E. nur an, weil und insoweit es dem Ideal verpflichtet ist, Normen aufzustellen, „deren einheitliche Annahme von jedem Sachkundigen ohne Bedenken als Errungenschaft für unseren Kredit, für den Schutz wichtiger Rechte, für die Sicherheit des Verkehrs anerkannt werden muss“.³²

33 Für die Vorstellung, wonach gesetzliche Dispositivnormen als ausgewogene, „natürliche“ Ergänzung der konkreten Parteivereinbarungen bereit stehen, fehlt im Recht der Europäischen Union ein direktes Gegenstück:

„Es gibt kein gemeinschaftseinheitliches Vertragsrecht ... Damit unterscheidet sich das Gemeinschaftsrecht von den nationalen Rechten seiner Mitgliedsstaaten, die ... über ein Netz von Referenzregelungen verfügen, auf das ... zur Konkretisierung einer Generalklausel ... zurückgegriffen werden kann.“³³

Die Vertragstypen, die vom Draft Common Frame of Reference (DCFR) gebildet werden, sind nicht geltendes Recht; Vertragsparteien richten ihre Verhandlungen und Vereinbarungen nicht am DCFR aus. Es wäre unangebracht, den Regelungen des DCFR Leitbildcharakter zuzusprechen.³⁴

34 In überraschender Weise hat die Ordnung der Europäischen Union noch eine andere rechtliche Dimension des dispositiven Vertragsrechts sichtbar werden lassen: Man stellt die Frage, wie sich die national unterschiedlichen Vertragsrechte, gerade auch in ihrem dispositiven Element, zu den Grundfreiheiten der Union verhalten: Kann es eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ sein, dass ein Staat nach seiner Typenordnung dispositive Folgenormen zur Anwendung bringt, die in anderen Staaten so nicht gelten? Immerhin erzeugen

31 Oben, bei Fn. 17.

32 *Munzinger*, in: *Fasel*, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, 2000, 348.

33 *Nassal*, in: *Gebauer/Wiemann*, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, AGB Rn. 62.

34 Möglichkeiten einer besseren Nutzung des Konzepts dispositiver Normen auf der Ebene der Europäischen Union sind angedacht bei *Basedow*, in: *Häcker/Ungerer* (Fn. 1), 100 ff.

Dispositivnormen eine Art „Wegbedingungsobliegenheit“.³⁵ Wie soll die hierdurch erfolgte Beschränkung einer betroffenen Verkehrsfreiheit des primären Unionsrechts, wenn man eine solche erkennen wollte, gerechtfertigt werden? Die Problematik wird von der Möglichkeit der internationalprivatrechtlichen Rechtswahl überlagert.³⁶ Die Fragestellung schreckt auf, doch dürften die herkömmlichen Dispositivnormen, die Regelungsfragen zweiter Ordnung in neutraler Weise beantworten, wohl den Verhältnismäßigkeitstest, auf den es hinausläuft, bestehen.³⁷

IV. Der Vertragstyp als Aufgreifattbestand für zwingendes Recht

Schon im BGB¹⁹⁰⁰ waren Untertypen gebildet worden, um den Aufgreifattbestand für Regulierungen und damit deren Reichweite zu definieren. Zu bestimmen, was eine Wohnungsmiete ist, war und bleibt wichtig deswegen, weil das Recht der Wohnungsmiete in einer Weise reguliert wird, die für die Miete im Allgemeinen unpassend wäre. Die Entwicklung der letzten rund 50 Jahre hat die Anzahl von Vertragstypen und Untertypen, die in diesem Sinne als Aufgreifattbestände zwingenden Vertragsrechts dienen, in eindrucksvoller Weise vermehrt.

Ein kurzer Durchgang durch die neu in das BGB einmontierten Vertragstypen mag einen Eindruck von dieser Proliferation von Vertragstypen geben: Im Bereich des Kaufs untersteht zunächst der grenzüberschreitende Kauf anstatt dem BGB dem UN-Kaufrecht, soweit dessen Anwendungsvoraussetzungen gegeben sind. Der damit eingetretene Bedeutungsverlust des nationalen Kaufrechts – er hält sich in der Rechtspraxis sehr in Grenzen – betrifft auch die kaufrechtlichen Vorschriften des HGB, weil es im Bereich des UN-Kaufrechts

35 Für zwingende Normen wurde die Frage untersucht durch *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003.

36 Grundlegend *Furrer*, Zivilrecht im gemeinschaftlichen Kontext. Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht, 2002.

37 S. (Auswahl) *Gebauer*, in: *Gebauer/Wiemann*, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, AEUV Art 34 Rn. 57 ff.; *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts – Der EuGH als Zivilrichter, 1998; *Langner* *RebelsZ* 2001, 223 ff.; *Tassikas*, Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmebereiche der EG-Grundfreiheiten. Ein Beitrag zur Privatautonomie, Vertragsgestaltung und Rechtsfindung im Vertragsverkehr des Binnenmarkts, 2004; *Foglar-Deinhardstein* *ZfRV* 2005, 22 ff.; *Möslein*, Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden, 2011, 398 ff.; alle auch zu dem Leitscheid EuGH 24. 1. 1991, Rs C-339/89, *Alsthom Atlantique/Sulzer AG*, Slg. 1991, I-107.

durchwegs um Handelsgeschäfte geht.³⁸ Im BGB findet sich (neben Verträgen über den Erwerb besondere Gegenstände wie z.B. Schiffen) speziell der Verbrauchsgüterkauf geregelt. Für ihn sind noch einmal Sonderregeln ausdifferenziert, je nachdem ob es um den Kauf eines digitalen Produkts, einer Ware mit digitalen Elementen oder einer Ware mit digitalen Elementen bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Elemente geht.

Es folgen Abschnitte über Teilzeit-Wohnrechteverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte, Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge. Im Bereich des Darlehensvertrags ist der Verbraucherdarlehensvertrag selbstständig, wobei für den Immobiliendarlehensvertrag nochmals Sonderregeln aufgestellt sind. Im Zusammenhang mit dem Maklervertrag ist der Darlehensvermittlungsvertrag behandelt. Das Sachdarlehen ist vom Finanzierungsdarlehen gelöst (beides war im BGB¹⁹⁰⁰ „Darlehen“). Der Behandlungsvertrag (Behandelnder – Patient) ist als besondere Ausprägung des Dienstvertrages eingeführt. Als besondere Unterarten des Werkvertrags sind Bauvertrag und Verbraucherbauvertrag normiert. Auch für den Architektenvertrag, für den Ingenieurvertrag (im Zusammenhang mit Bauwerkserstellung) und für den Bauträgervertrag sind eigene *naturalia negotii* aufgestellt. Eine besondere Vorschrift behandelt die Gewinnzusage.

Das Auftragsrecht hat sich von jeher für eine überaus große Breite sehr diverser Geschäfte angeboten. Hier ist die gesetzliche Ausdifferenzierung der kommerziellen Ausprägung diverser Geschäftszweige gefolgt. In den Anwendungsbereich der Geschäftsbesorgung wurde das – in sich komplexe – Recht der Zahlungsdienste integriert. Besonders geregelt sind hier (und nicht etwa im Bereich der Anweisung) die Aufträge zur Übertragung von Wertpapieren in Systemen, der Zahlungsdienstvertrag und der Zahlungsdiensterahmenvertrag. Die gesetzlichen Regelungen gehen hier sehr ins Einzelne, weitgehend vorbestimmt durch die unionsrechtlich gebotene Richtlinienumsetzung.

Bei dieser legislativen Proliferation von Vertragstypen, zumeist erzwungen durch Unionsrecht, stehen die verschiedenen Typen systematisch keineswegs auf einer Ebene. Vielmehr erscheinen Typen, Untertypen und Unter-Untertypen in einer mehrfachen Stufung des Systems. Der Zusammenhang wird durch die Anordnung im Gesetz, durch dessen Untergliederung und durch zahlreiche gesetzliche Querverweise hergestellt. Die Typologie hat dabei eine außergewöhnliche Kleinteiligkeit erreicht.³⁹ Alle Geschäfte, die wir einem der soeben aufgezählten Sonder-Vertragstypen zuordnen, waren dabei schon nach

³⁸ Zur Rolle des UN-Kaufrechts u. a. als Referenz für die Schuldrechtsreform 2002 s. HKK/Ernst, Bd. III/1, 2013, vor § 433 Rn. 12 ff.

³⁹ Bei der Schaffung des BGB hatte man bewusst davon abgesehen, den Kleingartenver-

dem BGB¹⁹⁰⁰ gültige Schuldverträge, aufgrund deren sich die Parteien die vereinbarten Leistungen schuldeten: Sofern sie sich nicht einem der herkömmlichen Vertragstypen des BGB zuordnen ließen, was man z. B. beim Teilzeitwohnrechtevertrag bezweifeln konnte, stand und steht der Innominatvertrag zur Verfügung. Die Auffächerung in Untertypen hat den hauptsächlichen, wenn nicht einzigen Zweck, zwingende Bestimmungen zur Anwendung zu bringen.

Zu keinem Zeitpunkt hat man die gesetzliche Typenordnung einer systematischen Revision unterzogen, bei der man von der Frage ausgegangen wäre, für welche Geschäfte ein gesetzliches Typenangebot nützlich wäre und welche ausgewogenen Ergänzungsnormen hierfür aufzustellen sind. Die rechtstatsächliche Beanspruchung der verschiedenen BGB-Vertragstypen wird sich seit dem Jahr 1900 mit den Umgestaltungen der Volkswirtschaft dramatisch gewandelt haben; hier sei nur der Aufstieg des Dienstleistungssektors genannt. Sicherlich spiegeln einige der Neuzugänge im Typenbestand auch Entwicklungen gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Art (z. B. der Reisevertrag); eine stetige Beachtung dieses Aspekts fand und findet aber bei der gesetzlichen Weiterentwicklung des Typenbestandes nicht statt.

V. Regelungsmechanismen zwingenden Vertragsrechts

Zunächst ist die Einführung von halbdispositiven Normen zu verzeichnen. Sie bestimmen, dass (nur) eine zum Nachteil einer Partei von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung unwirksam ist. Diese Technik wurde etwa 1974 im Zweiten Wohnraumkündigungsschutzgesetz eingesetzt; z. B. § 564b Abs. 6 BGB („nicht zum Nachteil des Mieters“). Von ihr wurde dann in immer weiterem Umfang Gebrauch gemacht, wenn Unionsrecht die Aufstellung zwingenden Vertragsrechts erforderte, zumeist zum Zweck des Verbraucherschutzes,⁴⁰ doch bedeutet der systematische Übergang zur Vollharmonisierung das Auslaufen dieser Regelungsvariante.

Verkompliziert hat sich der Umgang mit Verträgen, die in unzulässiger Weise von zwingenden Vorgaben für bestimmte Vertragstypen abgehen. Die ursprüngliche Regelungstechnik zeigt sich in § 619 BGB. Darin heißt es im Hinblick auf die gesetzlichen Pflichten des Dienstverpflichteten gegenüber dem

trag als Typus in die Kodifikation aufzunehmen. Er ist seit 1983 nach Vorgängerregelungen aus der Kaiserzeit in §§ 4 ff. Bundeskleingartengesetz (BKleingG) geregelt.

⁴⁰ Z. B. § 241a Abs. 3 BGB; die Vorschrift setzt um Art. 9 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144 S. 19).

Dienstberechtigten: „Die dem Dienstberechtigten nach den §§ 617, 618 obliegenden Verpflichtungen können nicht im Voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden“. Die gesetzliche Bestimmung ist resistent gegenüber einer Abbedingung. Eine andere Vorschrift dieser Art ist § 248 Abs. 1 BGB: „Eine im Voraus getroffene Vereinbarung, dass fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, ist nichtig“. Bei dergleichen Bestimmungen ist es selbstverständlich, dass der Vertrag in Geltung bleibt und die dem zwingenden Gesetzesrecht entgegenstehende Vereinbarung als nicht geschrieben zu behandeln ist. Eine Anwendung der Vorschrift über Teilnichtigkeit (§ 139 BGB) war an sich denkbar, da man die Anwendung auf den Fall der Unwirksamkeit einer einzelnen Vertragsklausel bejahte, wurde aber, soweit ersichtlich, nicht in Erwägung gezogen. Im Rechtsverkehr sind salvatorische Klauseln üblich geworden, etwa mit einem Wortlaut wie „Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam sein, wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen davon nicht berührt. Die Parteien verpflichten sich, anstelle der unwirksamen Bestimmung eine dieser Bestimmung möglichst nahekommende wirksame Regelung zu treffen.“

Nach der Durchsetzung einer richterlichen Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen hat man bei deren Kodifikation 1977 eine ausdrückliche Regelung für die Verstoßfolgen bei AGB-Klauseln eingeführt. § 6 Abs. 1 AGB-Gesetz bestimmte als „Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit“:

„(1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im übrigen wirksam.

(2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften.

(3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.“

Die Vorschrift, die vorangegangene Rechtsprechung kodifizierte, ist bei der mit der Schuldrechtsmodernisierung erfolgten Integration des AGB-Gesetzes in das BGB als § 306 BGB übernommen worden. Über die rechtsdogmatische Erfassung der richterlichen Ersatzregelbildung wurde und wird viel geschrieben;⁴¹ Einzelheiten sollen hier nicht berichtet werden. Es genügt die Feststellung, dass diese Regelungstechnik auf dem Boden der herkömmlichen privatrechtlichen Logik blieb, weil die Anwendung der Grundsätze über ergänzende Vertragsauslegung im Wesentlichen übereinstimmende Ergebnisse zeitigen sollte.

⁴¹ S. schon *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5 Aufl. 1980, 423; *Dedual*, Geltungserhaltende Reduktion, 2017.

Einen Sonderfall bilden quantitative Grenzen, bei denen sich fragt, ob eine geltungserhaltende Reduktion, oder „Reduktion auf das erlaubte Maß“, derart zulässig ist, dass anstelle der für den Vertrag festgesetzten, gesetzlich aber nicht zulässigen Quantität die maximal zulässige Quantität für den Vertrag gilt („das nächstliegende rechtlich zulässige Maß“).⁴² Argumente lassen sich für und gegen diese Reduktion aufbringen und abwägen. Der Verlauf der Diskussion zeigt deutliche Veränderungen im Verständnis des Vertragsrechts.

Die Klausel-Richtlinie der EU, der die Klauselkontrolle nach dem BGB seit 1995 genügen muss, hat in drei Jahrzehnten erweiternder Auslegung den Rechtsfolgenmechanismus grundlegend umgestaltet. Von vornherein muss hervorgehoben werden, dass dieser Einfluss unmittelbar nur die gegenüber Verbrauchern verwendeten AGB betrifft. Nur soweit die §§ 305 ff. BGB der Umsetzung der Klauselrichtlinie gelten, ist das BGB an ihr zu messen.

Die Klauselrichtlinie verlangt die Aufrechterhaltung des ganzen Vertrags ohne die missbräuchliche Klausel; Art. 6 Abs. 1 Klausel-RL. Nach dem 16. Erwägungsgrund soll eine Art „geltungserhaltende Reduktion“ Regelungslücken füllen, wofür aber auf eine hypothetische Formulierung des Verwenders, der sich nach Treu und Glauben verhält, verwiesen ist. Nur mittelbar kann dabei auch die gesetzliche Regelung mit ihren Zulässigkeitsgrenzen berücksichtigt werden. Der EuGH hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass eine gerichtliche Inhaltsänderung unter der Klausel-RL nicht in Frage kommt.⁴³ Damit entfiel auch die Möglichkeit der Reduktion quantitativer Festsetzungen auf das zulässige Maß.⁴⁴ Einflussreich war hier der der traditionellen Vertragstheorie eher fremde Präventionsgedanke.

Zur richterlichen Ersatzregelbildung bei missbräuchlichen Klauseln hat der EuGH vielfach Stellung genommen und durch seine Entscheidungen ein engmaschiges Regelwerk geschaffen, das weithin durch den Wunsch bestimmt ist, den Verbraucher vor nachteiligen Folgen zu schützen.⁴⁵ Massgeblich ist der europarechtliche Effektivitätsgrundsatz, wonach das nationale Recht die Ausübung der Verbraucherrechte nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren darf. Soweit es dem Schutz des Verbrauchers dient, soll daher – gleichsam als ultima ratio – allenfalls eine Ersetzung der missbräuchlichen Klausel durch nationales Gesetzesrecht in Frage kommen. Dabei ergibt sich

42 Schon für das Wettbewerbsverbot nach § 74a HGB ist angenommen worden, dass anstelle des zeitlich übermäßigen Wettbewerbsverbot ein Verbot für die (gesetzliche maximal zulässige) Dauer von zwei Jahren tritt.

43 EuGH Urt. v. 17.9.2014 – Rs. C 341/13 Rn. 59.

44 EuGH Urt. v. 21.1.2015 verb. Rs.C-482/13 Rn. 40 f., zur missbräuchlichen Höhe eines vertraglichen Verzugszinssatzes.

45 Nassal, in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, AGB Rn. 53.

eine weitere Einschränkung aus dem unionsrechtlichen Transparenzgebot, weil die effektiv wirksam werdenden Vertragsbestimmungen, wenn sie sich erst durch einen unerwartete Rückgang auf nationales Gesetzesrecht ergeben, für den Verbaucher nicht ex ante nachvollziehbar sind.

Jüngst hat der EuGH diese Linie fortgesetzt und radikalisiert: Ist eine Klausel missbräuchlich, soll der Verwender nicht auf seine entsprechenden Rechte nach nationalem Recht zurückgreifen können.⁴⁶ Ein Küchenstudio hatte sich für den Fall der Nichtabnahme formularmäßig die Wahl zwischen einem pauschalen Schadensersatz in Höhe von 20% oder einer konkreten Schadensberechnung ausbedungen, welche auch das gesetzliche „Normal“ darstelle. Diese Klausel war missbräuchlich; nach dem EuGH war jeder auf die Klausel gestützte Anspruch zu versagen, so dass auch die gesetzliche Schadensberechtigung entfiel. Der Rückgang auf die gesetzliche Regelung wäre nicht im Interesse des Verbrauchers gewesen. Stärker als zuvor wird der im öffentlichen Interesse liegende Abschreckungsgedanke (Präventionsgedanke) bemüht. Im Licht dieser Rechtsprechung erscheint die Regelung des deutschen BGB in § 306 mehr denn je als europarechtswidrig.⁴⁷ Dies gilt freilich nur, insoweit diese Vorschrift zur Umsetzung der „Klausel-Richtlinie“ 93/13/EWG dient; außerhalb deren Anwendungsbereichs (also insb. im B2B-Verkehr) kann sie weiter angewandt werden, freilich um den Preis einer gespaltenen Auslegung. Ebenso dürften für den Fall der Nichteinbeziehung weiterhin die herkömmlichen Instrumente zur Anwendung kommen.

Der vorstehende Überblick hatte einen begrenzten Zweck, nämlich die Darlegung des Befundes, dass vor allem unter europarechtlichem Einfluss eine erhebliche Ausdifferenzierung der Rechtsfolgen erfolgt ist, die sich ergeben können, wenn der konkrete Vertrag zu zwingenden gesetzlichen Vorgaben in Widerspruch tritt. Die leitenden Prinzipien und die schlussendlich entscheidenden Kriterien werden dabei zunehmend aus spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Wertentscheidungen abgeleitet und sind in das herkömmliche Instrumentarium der Vertragsauslegung bzw. -ergänzung nicht mehr einzuordnen.

VI. Typologische Überkreuzungen aufgrund von Unionsrecht

Bis ins letzte Viertel des 20. Jahrhunderts hinein haben sich die Vorgaben europäischen Rechts weithin an den herkömmlichen Vertragstypen – die ja kontinentaleuropäisches Gemeingut sind – orientiert. Der Verbrauchsgüter-

⁴⁶ EuGH Urt. v. 8.12.2022 – Rs. C-625/21 (Gupfinger).

⁴⁷ Nassal, in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, AGB Rn. 54 ff.

kauf zum Beispiel setzt einen Kauf voraus. Für ihn gelten im Grundsatz auch die allermeisten der für den Kauf im Allgemeinen aufgestellten Regeln. Das Verbraucherkreditgesetz bezog sich auf die Darlehensgewährung an einen Verbraucher und die Vermittlung eines solchen Darlehens, die als Maklervertrag erschien. Weil aber nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers jede ökonomische Kreditgewährung, auch insoweit sie durch Vor- und Nachleistungsregelungen von Austauschverträgen erfolgt, erfasst werden sollte, bedurfte es einer Regelung über Zahlungsaufschub und sonstige Finanzierungshilfe (§ 499 BGB, zuvor § 1 VerbrKreditG), womit die Regelung bereits die Typengrenzen des BGB überschrang.

Dieser Trend hat sich fortgesetzt: Wenn der unionsrechtliche Regulierungszweck quer zur herkömmlichen Vertragstypenordnung liegt, wird diese ignoriert und überspielt. Die vom Unionsrecht zu erfassenden Verträge werden von *diesem* typisiert, ohne Rücksicht auf die traditionellen Typengrenzen. Die unionsrechtliche Regulierung verlangt den Typus, und wo kein passender Typus bereitsteht, schafft die Regulierung sich den ihr passenden Typus.

Von besonderer Bedeutung ist der unionsrechtliche Begriff von *services*/Dienstleistungen. Art. 57 AEUV (zuvor Art. 50 EGV) definiert Dienstleistungen als „Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen“. Die Typenbildung folgt insoweit aus den Grundfreiheiten des Unionsrechts. Austauschverträge haben danach entweder *goods*/Waren oder *services*/Dienstleistungen zum Gegenstand. In der herkömmlichen Vertragstypologie deutschen Rechts können *services* Gegenstände von Dienst- oder Werkverträgen sein, ebenso aber von Geschäftsbesorgungen. In den Rechtsordnungen der Nachbarländer verhält es sich im Wesentlichen genauso. An einer neuen, dem unionsrechtlichen Rahmen vielleicht etwas besser angepassten Typologie hat man sich mit dem *Draft Common Frame of Reference* versucht:

Sales

Lease

Services

Construction

Processing

Storage

Design

Information and Advice

Treatment

Mandate Contracts

Commercial Agency, Franchise and Distributorship

Loan Contracts

Personal Security

Donation

Die 2006 verabschiedete Dienstleistungsrichtlinie berührte mit ihrem Regelungsgehalt die materiellrechtlichen Vertragstypen des BGB noch nicht.⁴⁸ Eine massive, in ihren Folgen noch nicht abzuschätzende Umgestaltung der Vertragsordnung des BGB hat die Digitale-Inhalte-Richtlinie 2019 gebracht. Wenn nach dem Vertrag digitale Leistungen einem Verbraucher gegenüber zu erbringen sind, gelten die unionsrechtlich vorgegebenen Regelungen, ganz gleich, ob die digitalen Leistungen gekauft, gemietet oder geschenkt werden. Die Richtlinie nimmt die Unterscheidung der Verkehrsfreiheiten auf, stellt nun aber den *services* nicht die *goods* gegenüber, sondern den *content*. Es ist eine zeitgemäße Neuerung, dass Leistungen in ihrer Eigenart erfasst werden, bei denen ein funktionabler Inhalt ohne körperliches Substrat zur Verfügung gestellt wird. Freilich ist es misslich, dass dieser Fortschritt im Gesetz nur bei Beteiligung eines Verbrauchers auf der Empfängerseite durchgeführt ist. Der B2B-Verkehr über digitale Inhalte findet im BGB keine Hilfe; dies mag angesichts ausgefilterter Klauselwerke zu verschmerzen sein.⁴⁹

VII. Die Aufgabe multipler Qualifikation

Die Handhabung der gesetzlichen Typenordnung erfordert heute eine multiple Qualifikation nach – unter sich nicht unbedingt kompatiblen – Typologien. Neben der herkömmlichen Qualifikation als Kauf, Miete, Auftrag usw., die in weitere Typologiestufen hinab führen kann (Kauf/Verbrauchsgüterkauf/Verbrauchsgüterkaufvertrag über digitale Produkte), muss in jedem Fall festgestellt werden, ob es sich um ein Konsumentengeschäft handelt, ob es sich um digitale Leistungen handelt und ob der Vertrag ein Formularvertrag ist oder nicht. Wir haben es also mit einer mehrdimensionalen Qualifikation zu tun. Zweifelsfragen, wie wir sie angesichts unscharfer Typengrenzen schon immer kennen, können nun bei jeder dieser Qualifikationsdimensionen auftreten: Handelt es sich um einen Verbraucher, ist die Leistung eine digitale Leistung? Ist der Vertrag ein Formularvertrag? B2B oder B2C? Die Entscheidung dieser Fragen muss weithin unter Beachtung der Auslegungsprärogative des EuGH

⁴⁸ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12. Dezember 2006.

⁴⁹ Denga ZfPW 2024, 427 ff.

erfolgen. Von keiner dieser zusätzlichen Qualifikationsdimensionen hatte man im Jahre 1900 eine Vorstellung; damals hatte es fast durchweg mit der eindimensionalen Qualifikation als Kauf, Miete, Werkvertrag usw. sein Bewenden. Fragt man nach der heutigen Anzahl von gesetzlichen Aktstypen, die sich bei Ausmultiplikation der verschiedenen Dimensionen ergibt, dürfte man vielleicht eine dreistellige Zahl erreichen.

Gegenwärtig mischen sich im BGB unterschiedliche Typologien, wobei ein erprobter und ideologiefreier Typenbestand aus der Tradition des römischen (gemeinen) Rechts von Wertentscheidungen, Begrifflichkeiten und Ordnungsgesichtspunkten des Unionsrechts überlagert wird. Damit droht u. a. die Gefahr, dass die ordnungsstiftende Funktion der Vertragstypologie – diese ist ja kein Selbstzweck – verloren geht. Für den konkreten Vertrag unter dem BGB ergibt sich das weitgehend durchregulierte gesetzliche Vertragsrecht als ein – oft schlecht abgestimmtes – Konglomerat aus den Vorschriften, die für die Vereinbarung der Parteien als zwingend zu ermitteln sind, verbunden mit den Vorschriften dispositiven Rechts, wie sie aufgrund der herkömmlichen Qualifikation bereitgestellt sind; im Zusammenspiel mit diesen ist die autonome Vertragsvereinbarung zur Geltung zu bringen.

Das für einen Vertrag anwendbare objektive Recht – hier im Gegensatz zu dem autonom von den Parteien gesetzten Inhalt der Vertragsbeziehung – besteht aus Normen mit unionsrechtlichem Hintergrund und solchen in Deutschland autonom gesetzten Rechts. Im Vorgang des Vertragsvollzugs müssen diese Normen aber alle „organisch“ zusammenspielen. Um ein Beispiel zu bilden: Bei einem Verbrauchsgüterkauf weist der Käufer die ihm angebotene Ware als mangelhaft zurück. Der Verkäufer hält seine Ware für mangelfrei und sieht den Käufer im Annahmeverzug. Das Recht des Annahmeverzugs ist eine an sich unionsrechtsfreie BGB-Materie, doch hängt die Berechtigung der Zurückweisung von der Mangelhaftigkeit der angebotenen Sache ab und damit von einer Frage aus dem Bereich der Warenkauf-Richtlinie. Auf solche Weise strahlen die unionsrechtlichen Elemente der Vertragstypen auf den Vertragsvollzug und das notwendig ganzheitliche Vertragsmanagement aus.

VIII. Diskussionsanstöße aus der Wissenschaft

Der Vorgang der Typenqualifikation, der ja bei apriorischer Betrachtung vielleicht nicht unverzichtbar ist,⁵⁰ hat in unserem Vertragsrecht über die Zeit

50 Zum Konzept des Typus in Rechtswissenschaft und Gesetz s. grundlegend *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971.

keineswegs an Bedeutung verloren; er muss unverändert am Anfang jeder Befassung mit einem konkreten Vertrag stehen. Als Folge weitgehender Durchregulierung hat die Typenzuordnung geradezu einen unerwarteten Aufschwung genommen. In der Vergangenheit hat man immer mal wieder einen Idealzustand des Vertragsrechts ins Auge gefasst, bei dem ein flexibles allgemeines Vertragsrecht mit der Anwendung und Auslegung der konkreten Vereinbarung erschöpfend zusammenspielt, so dass jede Typenerfassung entbehrlich wird. Man solle, so diese Ansicht, die Typenbezogenheit der Erfassung von Schuldverträgen überhaupt aufgeben, weil Vertragstypen nicht isolierbare Erscheinungen, sondern miteinander durch stufenlose Übergänge verbunden seien.⁵¹ Angesichts der zunehmenden Indienststellung der Vertragstypen als Anwendungsauslöser für zwingendes Recht hat diese – theoretisch stringente – Ansicht deutlich an Attraktivität verloren. In anderen Ansätzen wird eher wieder die Bedeutung des Bestandes an Dispositivnormen betont. In dem Werk „Dispositives Vertragsrecht“ von *Johannes Cziupka*⁵² ist auch die angelsächsische Diskussion über „default rules“ („non-mandatory rules“) aufgearbeitet, womit eine Berücksichtigung der ökonomischen Seite einhergeht. „Transaktionskostenminimierung“ ist das naheliegende Stichwort. Diskutiert wird die Sichtweise, wonach das dispositive Recht aufgrund einer Marktimitation gestaltet wird.⁵³ Zu der wissenschaftlichen Analyse dispositiven Rechts als Element der Vertragsordnung hat in jüngerer Zeit namentlich *Florian Möslin* beigetragen.⁵⁴ *Möslin* verfolgt einen systemischen Ansatz, bei dem das Wechselspiel von Gesetzgeber und privaten Akteuren im Zusammenhang erfasst werden soll. Er befürwortet ein Verständnis des dispositiven Vertragsrechts als ein Instrument von „governance“, indem es nicht um hoheitliche Intervention, sondern um eine Ermunterung zur Selbstregulierung gehe. Der Staat stelle mit dem dispositiven Recht eine „Rahmenordnung“. Mit der Akzeptanz oder Abbedingung der dispositiven Folgenormen gäben die Parteien ein Signal, das man als Rück-

51 *Dasser*, Vertragstypenrecht im Wandel. Konsequenzen mangelnder Abgrenzbarkeit der Typen, 2000; dazu *Kramer* SJZ 98 (2002), 26 f.; s. auch *Dasser*, in: FS für Heinz Rey, 2003, 207 ff.

52 *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht. Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster, 2010.

53 *Maultzsch* AcP 207 (2007), 530 ff., 546 ff.

54 *Möslin*, Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden, Tübingen 2011, dazu die Rezensionen von *Engert* ERCL 2013, 196 ff., und *Martens* ZEuP 2013, 441 ff.; s. auch schon *Möslin*, in: FS für Klaus J. Hopt, Bd. II, 2010, 2861 ff.; *ders.*, in: *Calliess* (Hg.), Transnationales Recht. Stand und Perspektiven, 2014, 155 ff.; *ders.*, in *Häcker/Ungerer* (Fn. 1), 53 ff., weiterhin unter Beteiligung desselben Autors: *Möslin/Grundmann* ZfPW 2015, 435 ff.

kopplung ansehen könne. Als zukunftsprägende Tendenzen sieht *Möslein* die sich beschleunigenden Innovationen für die Vertragsgestaltung, verbunden mit einer gewissen „Entstaatlichung“, die mit einer Schwerpunktverlagerung auf die globale Ebene einhergeht.⁵⁵ Das Schlagwort „Entstaatlichung“ stellt einen Bezug her zu dem Phänomen der „Rechtssetzung durch Private“,⁵⁶ die hier vor allem in Form von verbandsgenerierten Musterverträgen (und weniger in Form einer echten Delegation rechtssetzender Zuständigkeit) ins Spiel kommt.⁵⁷ Schließlich ist bemerkenswert, dass *Möslein* der kurz zuvor geäußerten Meinung entgegen getreten ist, die gesetzlichen Bestimmungen dispositiver Art könnten einer anderen Auslegungsmethode unterliegen als zwingende Normen.⁵⁸ Bei nüchterner legislatorischer Bestandsaufnahme wird man diesen Überlegungen den Befund entgegensetzen, dass der Großteil des Neuzugangs typenbezogener Vertragsregeln zwingender Natur ist.

Mit der regulatorischen Wirkung und/oder Funktion von Dispositivnormen hat sich wiederholt *Hellgardt* auseinandergesetzt.⁵⁹ Mit anderen sieht er einen regulatorischen Effekt in der Abbedingungsobliegenheit („sticky default“), durch die den Parteien ein bestimmter Vertragsinhalt näher gelegt wird, dies zu Lasten einer anderen, ja auch möglichen, aber entgegengesetzten Vertragsregelung. Darin verberge sich gleichsam eine regulatorische Präferenz. *Hellgardt* ist der Auffassung, regulatorisch aufzufassende Dispositivnormen seien – wohl schon wegen einer eher öffentlichrechtlichen Teleologie – anders auszulegen als Dispositivnormen, die lediglich einen angemessenen Interessenausgleich verwirklichen wollen.⁶⁰

Meines Erachtens ist die Instrumentalisierung von Dispositivnormen zu Regulierungszwecken eine Sünde wider den Geist dieses Rechtselements. Die

55 Zur These von der „Entstaatlichung des Rechts“ s. die Beiträge in Zimmermann (Hg.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, 2008.

56 Aus historischer Sicht: *Meder*, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung*, 2. Aufl., 2009; für die heutige Dogmatik: *Bachmann*, *Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung*, 2006 sowie die Beiträge in: Bumke/Röthel (Hg.), *Privates Recht*, 2012.

57 Auf einer mehr technischen Ebene untersucht *Möslein* die unterschiedlichen Mechanismen für ein „opt-out“ aus der gesetzlichen Dispositivregelung; der Gesetzgeber kann die Wegbedingung erleichtern oder erschweren.

58 Diese Ansicht war vertreten worden von *Schmidt-Kessel*, in: Riesenhuber (Hg.), *Europäische Methodenlehre. Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts*, 2006, § 13 Rn. 23 ff.

59 *Hellgardt*, (Fn. 30): „Default rules are also an instrument of regulation [...] From the point of view of regulation, default rules are just another part of the rule-maker's regulatory toolbox.“ (38).

60 So schon *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, 646 ff.

Entlastungsfunktion der Dispositivnormen beruht existenziell auf der Erwartung, dass deren Normgehalt sich durch Neutralität und Sachangemessenheit auszeichnet. Schon der vereinzelte Einsatz von Dispositivnormen zur Durchsetzung rechtspolitischer Anliegen muss zu einer Verunsicherung führen, indem Vertragsparteien sich gehalten sehen, alle für sie einschlägigen Dispositivnormen durchzumustern, um die regulatorische Spreu vom neutralen Weizen zu trennen. So ruiniert man das Konzept einigermaßen neutraler Ergänzungsnormen. Dann wäre es am Ende wohl besser, das Gesetz würde von Dispositivnormen bereinigt und auf zwingendes Vertragsrecht beschränkt.⁶¹ Soweit der konkrete Vertrag dann Regelungslücken aufweist, wäre man auf ergänzende Vertragsauslegung angewiesen. Für diese trauen wir uns auch zu, eine ausgewogene, den Vertrag in transaktionsgerechter Weise komplettierende Ergänzung zu finden. Ein solches Vorgehen im Einzelfall müsste keine weniger überzeugenden Resultate liefern als eine abstrakte Dispositivnorm, wäre aber vom Geschick des konkreten Richters abhängig und müsste von daher wohl als eine Einbuße an Rechtssicherheit angesehen werden. Freilich ist die Ausbildung von typischen Vertragsgestaltungen die zwangsläufige Folge einer steten Wiederholung im Wesentlichen gleichgearteter Transaktionen. Über die Zeit würden sich in der Evolution des Rechtsverkehrs bestimmte Klauseln bewähren, die man dann als „typische“ Ergänzungsnormen ansehen würde. Diese hätten allerdings nicht den Status von Gesetzesrecht, sondern bezögen ihre Legitimation aus der Anerkennung im Rechtsverkehr. Von daher stünden sie auch nicht zu Regulierungszwecken zur Verfügung. Einen solchen Zustand muss man nicht perhorreszieren.

IX. Versuch einer Bewertung

Eine Bewertung des Status quo kann aus unterschiedlichen Blickwinkeln erfolgen. Schauen wir zunächst auf die Kodifikation selbst. Der heutige Zustand des Vertragstypenrechts ist das Ergebnis von zahlreichen gesetzgeberischen Novellierungen, vor allem der letzten 40 Jahre. Überwiegend verdanken sich die Reformen der Mitgliedschaft in der Europäischen Gemeinschaft, der Union; vergleichsweise wenig ist hausgemacht. Das BGB ist jedenfalls *à jour*, inso-

61 Der den vertraglichen Schuldverhältnissen geltende Teil des zweiten Buchs des BGB könnte dann aus Titeln bestehen, die mit Vorschriften etwa in dieser Art eröffnet würden: „Beim Mietvertrag bestehen die folgenden unabdingbaren Pflichten und es sind die folgenden Vereinbarungen unwirksam beziehungsweise in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam.“

fern die Anzahl unionswidrig verzögerter oder unvollkommener Umsetzungen überschaubar ist: dies sollte zwar selbstverständlich sein, aber es ist doch das Ergebnis einer unablässigen Pflege durch das Bundesministerium der Justiz.

Ungeachtet einiger unvermeidlicher Systembrüche war das BGB¹⁹⁰⁰ eine Kodifikation „aus einem Guss“. Der heutige Zustand des BGB – im betrachteten Bereich – ist nicht das Produkt einer einzigen gezielten Überarbeitung; er hat sich ergeben, indem immer weitere Teilregulierungen in das BGB hineingeflickt wurden. Wenn man nicht den Weg eines getrennten Konsumenten-Gesetzbuchs gehen will, ist diese Entwicklung unausweichlich. Der Vorgang, dass Großkodifikationen infolge laufender Novellierungen Einbußen an der ursprünglich angestrebten Systemstrenge erleiden, ist – schaut man in die Geschichte – durchaus normal. Die justinianische Gesetzgebung, aber auch das preußische ALR haben ein ähnliches Schicksal erlitten. Es ist sehr bemerkenswert, dass der deutsche Gesetzgeber – entgegen dem Schlagwort von der *decodification* – das Konzept der Kodifikation keineswegs aufgegeben hat, im Gegenteil laufenden Reformansprüchen „innerhalb“ der Kodifikation zu entsprechen sucht.

Eine Folge dieser Entwicklung sind Konsistenzstörungen. Die schon für das BGB¹⁹⁰⁰ formulierten Vorschriften dispositiver Art und die neueren Vorschriften zwingenden Rechts stehen nicht ohne weiteres im Einklang. Als Beispiel betrachtet sei die Regelung der Transportgefahr beim Versendungskauf, die nach dem BGB¹⁹⁰⁰, in Fortsetzung einer bewährten Tradition insbesondere des Handelsverkehrs,⁶² dem Käufer zugewiesen ist (§ 447 BGB, bis 2002 § 477 BGB¹⁹⁰⁰). Dies darf für den Verbrauchsgüterkauf so nicht sein. Der Gesetzgeber hat sich mit einer Sondervorschrift um die Angleichung bemüht. § 475 Abs. 2 BGB bestimmt für den Verbrauchsgüterkauf: „§ 447 Absatz 1 gilt mit der Maßgabe, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung nur dann auf den Käufer übergeht, wenn der Käufer den Spediteur, den Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt mit der Ausführung beauftragt hat und der Unternehmer dem Käufer diese Person oder Anstalt nicht zuvor benannt hat.“ Diese Anpassung ist aber wohl nicht unionsrechtskonform.⁶³ Solche Brüche können von der Rechtswissenschaft repariert werden – und sie werden von dieser auch laufend und mit nicht geringem intellektuellen Aufwand repariert. Einen Gewinn an Gerechtigkeitsgehalt sollte man sich von solchen Arbeiten allerdings nicht versprechen. Das Wort von der „Bastelei“ bringt es eher auf den Punkt.

⁶² Ernst ZIP 1993, 481 ff.

⁶³ Leible/Wilke, in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kaufvertrag Rn. 190 ff.

Sehen wir auf den Rechtsanwender und -nutzer. Von Anfang an galt das BGB als Werk für den Juristen, das vor allem aufgrund seiner Systemanlage und Verweisungstechnik zum Selbststudium durch den Bürger weniger geeignet ist. Dies ist heute weitaus deutlicher so als im Jahr 1900. Von den kanonischen Vertragstypen um 1900 hatte der Bürger immerhin eine elementare Anschauung – man weiß, was ein Kauf, eine Miete, eine Schenkung ist, auch wenn man die im Einzelnen anwendbaren Regeln nicht kennt; diese kann man sich erklären lassen. Für die neu geschaffenen Untertypen dürfte ein vergleichbares Rechtsbewusstsein fehlen: Wer macht sich schon eine Vorstellung davon, dass und wie das BGB einen Regelungskomplex anbietet für den in einer öffentlich zugänglichen Versteigerung erfolgten Verbraucherkauf eines körperlichen Datenträgers, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient?

Legt man das AGB-rechtliche Transparenzgebot an, erweist sich die gegenwärtige Typenordnung des BGB als intransparent. Das Ideal des dem Bürger leicht zugänglichen Gesetzes – es war für das BGB ohnehin nie die Leitidee – wird hier und an vielen anderen Stellen eklatant verfehlt, wobei der überwiegende Teil der neueren Vorschriften doch gerade sozialpolitisch gewollte Schutzprivilegien für den Verbraucher bringt. Gewiss kann der geschulte Jurist das für eine konkrete Vereinbarung geltende Vertragsrecht aus dem BGB heraus ermitteln. Die Schwierigkeiten, die sich dabei ergeben, sind mit den regulären Mitteln der Gesetzesauslegung zu überwinden. Es ist allerdings oft mühselig und schon für kleine und mittlere Unternehmen (KMUs) kann der Aufwand, sich verlässlich um einen gesetzeskonformen, interesselgerechten Inhalt von z. B. Lieferverträgen zu kümmern, unverhältnismäßig werden. Angesichts der geringen Einflussmöglichkeiten besteht auch weniger Anreiz, sich dieser Aufgabe zu widmen: Wenn sowieso zwingend feststeht, zu welchen Konditionen verkauft ist, muss man in die kluge Vertragsgestaltung nicht weiter investieren.

Bei internationalen Geschäften muss die derzeitige Gesetzeslage vor der Wahl deutschen Vertragsrechts abschrecken. Man kann der genauen Ermittlung des deutschen Rechts in allen Einzelheiten auch nicht dadurch aus dem Weg gehen, dass man in der angelsächsischen, U.S.-amerikanischen Vertragstradition einen ‚complete contract‘ vereinbart, der eine so vollständige Durchregelung der Vertragsbeziehung bezweckt, dass jede Bezugnahme auf nationalstaatlich dispositives Recht entbehrlich wird. Bei der Wahl deutschen Rechts erweisen sich solche Verträge durchweg als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB, so dass schlussendlich zu den unveränderten Bedingungen des BGB kontrahiert ist, deren Ermittlung und Prüfung auf Sachangemessenheit man sich gerade ersparen wollte. Die Bedenklichkeit dieser Aussicht wird noch durch die bereits geschilderte Ungewissheit verschärft,

wie genau die ersatzweise geltenden Regelungen zu bestimmen sind, die an die Stelle der nicht wirksamen Vertragsklausel treten.⁶⁴

Der Gestaltungsspielraum für Vertragsschließende hat sich verengt. Das Ausmaß des Verlusts an Privatautonomie ist je nach Branche, Vertragstyp und den beteiligten Vertragspartnern verschieden; verschieden gut sind auch die Gründe, aus denen heraus der Gestaltungsspielraum der Parteien begrenzt wird. Ordnungspolitisch ist die Tendenz allemal zu bedauern. Das Klagelied über den Verlust an Privatautonomie ist alt und oft gehört. Es muss hier nicht erneut angestimmt werden.⁶⁵ Anlass dazu bestünde weiterhin, vielleicht mehr denn je. Man könnte als Gradmesser das numerische Verhältnis der zwingenden Gesetzesnormen zu denen dispositiver Art benutzen, die ja eine Aufforderung darstellen, die nachgiebige Regelung durch eine autonome zu ersetzen, und insofern einen Raum für Privatautonomie signalisieren. Besonders bedenklich scheint, dass die Vertragsfreiheit in den gemeinschaftsrechtlichen Grundwertungen nicht zureichend verankert ist. Die unionsrechtlichen Grundfreiheiten wirken eher als „Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten.“⁶⁶ Vielleicht lässt sich in Zukunft das in der EU-Grundrechtecharta verankerte Grundrecht der unternehmerischen Freiheit (Art. 16) als mittelbare Garantie auch der Vertragsfreiheit stärker mobilisieren.⁶⁷

Schließen möchte ich mit der Bewertung durch den Lehrer: Die juristische Ausbildung im Privatrecht ist seit 1900 Ausbildung am und mit dem BGB. Anhand des BGB¹⁹⁰⁰ machte sich der Studierende mit den grundlegenden Verträgen des Rechtsverkehrs vertraut. Obschon von jeher Schwerpunkte gesetzt wurden, konnte man als Lehrer auf eine solide Kenntnis der gesetzlichen Vertragstypen zielen. Dies ist mit dem BGB des Jahres 2025 nicht mehr möglich. Vielleicht brauchen wir ein Lehr-BGB, das von allen Regelungen zweiter Ordnung befreit ist?

⁶⁴ Oben V.

⁶⁵ Die Literatur diskutiert die aktuelle Situation der Vertragsfreiheit zumeist unter bestimmten Aspekten, nämlich dem Antidiskriminierungsrecht, der richterlichen Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, des Verfassungs- und des Europarechts. Aus der umfangreichen Lit. s. nur *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Hg.), *Obligationenrecht* im 21. Jahrhundert, 2010, 13 ff.; *Lobinger* AcP 216 (2016) 28 ff. (speziell mit Blick auf das Gleichstellungsrecht); *Wendland*, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*, 2019 (besonders zur richterlichen AGB-Kontrolle); dazu die Beiträge in: *Riesenhuber/Nishitani* (Hg.), *Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?*, 2007 sowie die Beiträge in: *Bumke/Röthel* (Hg.), *Autonomie im Recht*, 2017. Die Verwendung des Topos in der Judikatur untersucht *Schamberg*, *Privatautonomie als Argument*, 2024.

⁶⁶ So der Untertitel des Werks von *Ganten*, *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 2000.

⁶⁷ *S. Starke*, *EU-Grundrechte und Vertragsrecht*, 2016, 246 ff.