

## § 1 Grundlagen des Vertragsrechts

### A. Die Stellung des Vertragsrechts im System des BGB

Man muss nicht Jurist sein, um zu erkennen, dass einen Vertrag schließt, wer eine Wohnung gemietet, einen Kühlschrank gekauft oder einen Handwerker mit der Reparatur seines Autos beauftragt hat. Diesen Fällen ist gemeinsam, dass sich die eine Partei zur Zahlung eines Geldbetrages verpflichtet und die andere ihr dafür eine Gegenleistung versprochen, nämlich sich ihrerseits dazu bereiterklärt hat, ihr den Gebrauch der Wohnung zu überlassen, den Kühlschrank zu liefern oder das defekte Auto instandzusetzen. Auch dem Laien wird einleuchten, dass ein Vertrag offenbar immer dann vorliegt, wenn die Parteien einander etwas versprechen, also ein Einverständnis darüber erzielen, dass jede Partei der anderen eine bestimmte Leistung schulden, jede diese Leistung von der anderen aber auch verlangen können soll. An dieser Einsicht wird sich der Laie, wenn er über ein gewisses Abstraktionsvermögen verfügt, auch dann nicht irremachen lassen, wenn man ihm sagt, dass die vertraglich versprochenen Leistungen von ganz unterschiedlicher Beschaffenheit und von ganz unterschiedlichem Wert sein können, und dass es manchmal nur Sekunden, manchmal viele Jahre dauern kann, bis die Parteien ihre Leistungen einander vollständig erbracht haben und der Vertrag damit erfüllt ist. Ein Vertrag liegt also nicht nur dann vor, wenn eine Zeitung oder ein Pfund Butter, sondern auch dann, wenn für einen Millionenpreis ein Flugzeug oder ein Industrieunternehmen verkauft wird. Ebenso wenig macht es einen Unterschied, ob es sich bei der Sache, deren Gebrauch die eine Partei der anderen zu überlassen verspricht, um ein Tretboot, ein Kraftfahrzeug, eine Wohnung, ein Mehrfamilienhaus oder einen Wolkenkratzer handelt oder ob der Gebrauch der Sache dem Vertragspartner für eine Stunde oder ein Wochenende oder für 20 Jahre oder auf unbestimmte Zeit überlassen werden soll. Wer bis zu diesem Punkt gefolgt ist, wird sicherlich akzeptieren, dass ein Vertrag auch dann vorliegen kann, wenn es nur die *eine* Partei ist, die sich durch ihn zu einer Leistung verpflichtet hat. Solche Fälle sind zwar selten. Denn warum sollte sich jemand verpflichten, einen Geldbetrag zu zahlen, ein Grundstück zu übereignen, juristischen Rat zu erteilen oder für den anderen ein bestimmtes Geschäft zu führen, wenn ihm dafür von dem anderen keinerlei Gegenleistung versprochen wird? Immerhin kommen solche Fälle vor. Auch bei ihnen verhält es sich

aber so, dass die Parteien ein vertragliches Einverständnis erzielt haben, mag es sich in diesem Falle auch im wesentlichen darauf beschränken, dass nur die eine Partei zu einer Leistung verpflichtet sein soll.

- 2 Manchmal entsteht unter den Parteien Streit darüber, ob ein Vertrag gültig zustande gekommen, wie er auszulegen und was die eine Partei von der anderen aufgrund des Vertrages zu fordern berechtigt ist. Wenn die Parteien den Streit nicht gütlich beilegen können und die Sache deshalb vor Gericht ausfechten, so stützt der Richter seine Entscheidung auf Rechtsregeln, die unter dem Begriff des „**Vertragsrechts**“ zusammengefasst werden können und den Gegenstand dieses Buches bilden. Manche vertragsrechtlichen Regeln gelten nur dann, wenn der Vertrag, über den gestritten wird, ganz bestimmte Merkmale aufweist, also z.B. nur dann, wenn es im konkreten Fall um einen Kaufvertrag, einen Mietvertrag oder einen Dienstvertrag geht. Andere vertragsrechtliche Regeln gelten hingegen für **sämtliche** Verträge; sie werden deshalb oft als „**allgemeines Vertragsrecht**“ bezeichnet. Wenn etwa eine Partei die Ungültigkeit des Vertrages darauf stützt, dass sie bei seinem Abschluss nicht geschäftsfähig gewesen oder von ihrem Vertragspartner arglistig getäuscht worden sei oder dass der Angestellte, der den Vertrag für sie geschlossen hat, keine ausreichende Vollmacht besessen habe, so beurteilen sich die dadurch aufgeworfenen Fragen grundsätzlich nach den gleichen Regeln, ohne dass es darauf ankommt, ob es sich bei dem Vertrag, dessen Ungültigkeit behauptet wird, im konkreten Fall um einen Kauf-, Miet-, Dienst- oder Werkvertrag handelt.
- 3 Die meisten Regeln des Vertragsrechts finden sich im **Zweiten Buch** des BGB. Es behandelt das „Recht der Schuldverhältnisse“, enthält also Regeln über Rechtsverhältnisse, die nach der Definition in § 241 Abs. 1 dadurch gekennzeichnet sind, dass die eine Partei – das BGB nennt sie den „Gläubiger“ – von der anderen – dem „Schuldner“ – eine Leistung zu fordern berechtigt ist. So liegt es insbesondere dann, wenn der Gläubiger die Leistung fordern kann, weil sie ihm vom Schuldner **durch Vertrag** versprochen war. So liegt es aber auch dann, wenn das Forderungsrecht des Gläubigers sich unmittelbar aus einer **gesetzlichen Regelung** ergibt.
- 4 Das Zweite Buch enthält deshalb Vorschriften nicht nur über Kauf-, Miet-, Werk-, Dienstverträge und bestimmte andere **vertragliche Schuldverhältnisse**. Es regelt auch **gesetzliche Schuldverhältnisse**. Hierher gehört z.B. der wichtige Fall, in dem der Gläubiger „eine Leistung zu fordern“ berechtigt ist, weil der Schuldner ihn durch eine **unerlaubte Handlung** geschädigt hat und deshalb Schadensersatz leisten muss (§§ 823 ff.). Ein gesetzliches Schuldverhältnis liegt auch dann vor, wenn der Schuldner auf Kosten des Gläubigers etwas erlangt hat und sich auf einen Grund, der ihn zum Behaltendürfen des Erlangten berechtigen könnte, nicht berufen kann: Auch hier ist der Gläubiger kraft Gesetzes – nämlich aufgrund der Vorschriften über die **ungerechtfertigte Bereicherung** (§§ 812 ff.) – berechtigt, vom Schuldner eine Leistung, nämlich die Herausgabe des Erlangten zu fordern. Hat jemand für einen anderen ein Geschäft besorgt, ohne dass der

andere ihn damit beauftragt hätte, so entsteht zwischen ihm und dem anderen das gesetzliche Schuldverhältnis der „Geschäftsführung ohne Auftrag“ (§§ 677 ff.). Gesetzliche Schuldverhältnisse können auch in einem familien- oder erbrechtlichen Kontext entstehen, so etwa dann, wenn im Verhältnis unter Verwandten oder Ehegatten Unterhaltsansprüche gegeben sind (vgl. §§ 1601 ff., 1360 ff., 1569 ff.), ebenso, wenn jemand durch Testament seinem Neffen eine silberne Tabaksdose vermacht hat: Gläubiger ist hier der Neffe, der als Vermächtnisnehmer kraft Gesetzes eine Leistung – hier: die Verschaffung des Eigentums an der Tabaksdose – von den Erben fordern darf (§ 2174). – Dass das BGB die Schuldverhältnisse aus Vertrag und die Schuldverhältnisse aus unerlaubter Handlung gleichsam als Holz vom gleichen Stamm ansieht, stößt im Ausland manchmal auf Verwunderung. Insbesondere vermögen manche Juristen aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis zwischen der Haftung aus Vertrag und der Haftung aus unerlaubter Handlung keinen rechten inneren Zusammenhang zu entdecken; deshalb werden dort das „law of contract“ und das „law of tort“ als durchaus selbständige Rechtsgebiete behandelt. Anders das BGB: Es findet, dass sowohl beim Kauf wie bei einer unerlaubten Handlung die eine Person von der anderen „eine Leistung zu fordern“ berechtigt ist, so dass beide Materien dem Schuldrecht zugewiesen und durchweg sogar in einer und derselben Lehrveranstaltung und in einem und demselben Lehrbuch behandelt werden.

Zwar enthält das Zweite Buch Vorschriften über bestimmte einzelne Vertragstypen, also z.B. über Kauf-, Werk- oder Dienstverträge. Aber eine in sich geschlossene Regelung des **allgemeinen Vertragsrechts** findet sich dort nicht. Zwar enthält das Zweite Buch einen Abschnitt über „Schuldverhältnisse aus Verträgen“ (§§ 311–360). Aber dort wird nur ein eher zufällig wirkendes Sammelsurium von Einzelfragen behandelt, so z.B. die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Partei von einem Vertrag zurücktreten kann, wenn ihr Vertragspartner die von ihm versprochene Gegenleistung nicht oder nicht so wie geschuldet erbringt (§ 323). Aber schon die damit in der Praxis eng zusammenhängende Frage, ob die Partei nicht unter den eben genannten Voraussetzungen auch **Schadensersatz** von ihrem Vertragspartner verlangen kann, wird an einer ganz anderen Stelle erörtert, und zwar in §§ 280 ff., also in einem Abschnitt, in dem unter der Überschrift „Inhalt der Schuldverhältnisse“ Regeln vor die Klammer gezogen werden, die sich nicht nur auf vertragliche, sondern auch auf gesetzliche Schuldverhältnisse anwenden lassen. Zurücktreten kann der Gläubiger in der Tat nur von einem Vertrag. Schadensersatz kommt hingegen auch bei einem gesetzlichen Schuldverhältnis in Betracht, so z.B. dann, wenn der Gläubiger Schadensersatz wegen einer unerlaubten Handlung verlangen kann und ihm ein weiterer Schaden dadurch entsteht, dass der Schuldner mit der Leistung des Schadensersatzes in Verzug geraten ist.

Regeln des allgemeinen Vertragsrechts finden sich aber auch im **Ersten Buch** des BGB. So wird z.B. in §§ 145–157 unter der Überschrift „Vertrag“ erörtert, wie ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande kommt und wie er auszulegen ist. Zwar haben diese Regeln praktische Bedeutung in erster Linie für schuldrechtliche Verträge, also z.B. für Kauf-, Miet-, Werk- oder

Dienstverträge. Dennoch hat sie der Gesetzgeber nicht in das Zweite Buch über Schuldverhältnisse, sondern in das Erste Buch – den „Allgemeinen Teil“ des BGB – aufgenommen, und zwar deshalb, weil es auch außerhalb des Schuldrechts Fälle gibt, in denen es für den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen auf einen „Vertrag“ ankommt.

- 7 Im **Familienrecht** wird ein Vertrag z.B. dann geschlossen, wenn die Parteien vor dem Standesbeamten erklären, dass sie künftig Eheleute sein wollen (§ 1310 Abs. 1), oder wenn die Eheleute für die Zeit nach der Scheidung einen Unterhaltsvertrag schließen (§ 1585 c). Im **Erbrecht** kann der Erblasser einen Erben nicht nur einseitig durch ein Testament, sondern auch dadurch einsetzen, dass er darüber mit einem anderen einen Erbvertrag schließt, dies mit der Folge, dass er (anders als bei testamentarischer Erbinsetzung) später nicht mehr einseitig statt des „Vertragserben“ eine andere Person zum Erben berufen kann (vgl. §§ 1941, 2274 ff.).
- 8 Auch im **Sachenrecht** hängt der Eintritt bestimmter Rechtsfolgen oft davon ab, dass es unter den Beteiligten zu einer vertraglichen Einigung kommt. Insbesondere ist es für den Übergang des Eigentums an einer beweglichen Sache u.a. erforderlich, dass der Veräußerer und der Erwerber miteinander einen „**dinglichen Vertrag**“ schließen, nämlich „darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll“ (§ 929 Satz 1). Ebenso liegt es bei der Übereignung eines Grundstücks: In diesem Fall wird der dingliche Vertrag „**Auflassung**“ genannt; sie muss von den Beteiligten (oder ihren Vertretern) vor einem Notar erklärt und von ihm beurkundet werden (§§ 873, 925). Ein dinglicher Vertrag ist schließlich auch dann erforderlich, wenn der Eigentümer eine bewegliche Sache zugunsten eines anderen mit einem Pfandrecht oder wenn er sein Grundstück zugunsten des anderen mit einem Grundpfandrecht oder einem anderen dinglichen Recht belasten will (§§ 873, 1204 Abs. 1). Ein dinglicher Vertrag wird auch dann abgeschlossen, wenn jemand eine Forderung einer anderen Person abtritt, sich also mit ihr darüber einig ist, dass sie nunmehr ihm zustehen soll (§ 398; Rn. 1219 f.).
- 9 Zwar fallen sowohl der „dingliche Vertrag“ wie der schuldrechtliche Vertrag unter den Begriff des „Vertrages“ i. S. der §§ 145 ff. Gleichwohl müssen die beiden Verträge nicht nur streng auseinandergelassen („**Trennungsprinzip**“), sondern auch in jedem Einzelfall unabhängig voneinander auf ihre Gültigkeit hin überprüft werden („**Abstraktionsprinzip**“, vgl. Rn. 378 ff.). Hat z.B. ein Kunstfreund die Absicht, seine Gemäldesammlung dem Inhaber einer Galerie zu verkaufen, sie einem Museum zu schenken oder sie seiner Bank zum Zweck der Sicherung eines von ihr gewährten Darlehens zu überlassen, so muss man unterscheiden: Zur Übereignung der Sammlung ist der Kunstfreund verpflichtet, sobald er den Kaufvertrag mit dem Galeristen (§ 433), den Schenkungsvertrag mit dem Museum (§§ 516, 518) oder den Sicherungsvertrag mit der Bank (im BGB nicht geregelt) geschlossen hat. Diese Verträge begründen aber für ihn zunächst nur eine Verpflichtung zur Übereignung; als bloße „**Verpflichtungsgeschäfte**“ haben sie hingegen für die Eigentumsverhältnisse an der Gemäldesammlung keine Bedeutung. Das Eigentum an den Gemälden erwerben der Galerist, das Museum oder die Bank erst dann, wenn das „**Verfügungsgeschäft**“ zustande gekommen ist, die Beteiligten sich also gemäß § 929 über den Eigentumsübergang geeinigt und damit den „dinglichen Vertrag“ geschlossen

haben; außerdem verlangt § 929 auch noch die körperliche Übergabe der Bilder. Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft lässt sich verdeutlichen, wenn man unterstellt, dass der Kunstfreund das Geschäft nach seiner Durchführung wieder rückgängig machen will, indem er z.B. dem *Galeristen* entgegenhält, dass dieser ihn über den wahren Wert der Bilder arglistig getäuscht oder trotz vieler Mahnungen den Kaufpreis nicht gezahlt habe, dem *Museum*, dass er nach dem Vollzug der Schenkung in bittere Not geraten sei und sich ohne die Bilder nicht mehr über Wasser halten könne (vgl. § 528), der *Bank*, dass sie das Darlehen nicht ausgezahlt oder eine Zwangslage, in der er sich befunden habe, zu ihrem Vorteil in sittenwidriger Weise ausgenutzt habe. Auch hier ist zu unterscheiden: Die eine Frage geht dahin, welche Wirkungen diese Einwendungen auf das **Verpflichtungsgeschäft** haben, insbesondere, ob sie zur Unwirksamkeit des Kauf-, Schenkungs- oder Sicherungsvertrags geführt haben. Eine ganz andere Frage ist es aber, ob durch diese Einwendungen auch das **Verfügungsgeschäft** unwirksam gemacht wird, dies mit der Folge, dass der Kunstfreund das Eigentum an seinen Bildern nicht verloren hätte. Insbesondere kann das Verfügungsgeschäft auch dann durchaus wirksam und das Eigentum mithin übergegangen sein, wenn das Verpflichtungsgeschäft als von Anfang an nichtig oder als nachträglich aufgehoben anzusehen ist. In diesem Falle geht das Eigentum zwar über. Aber der Erwerber muss es, weil er es ohne gültigen Vertrag und daher „ohne rechtlichen Grund“ erworben hat, nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung dem Kunstfreund zurückübertragen (§ 812).

Gemäß §§ 145 ff. kommt ein Vertrag nicht zustande, wenn es an einem Einverständnis der Parteien – in der Regel also an der Annahme eines entsprechenden Angebots – fehlt. Daneben gibt es noch zahlreiche andere Gründe, auf die sich die Unwirksamkeit eines Vertrages stützen lässt. Wer einen Kauf-, Miet- oder Werkvertrag oder irgendeinen anderen schuldrechtlichen Vertrag geschlossen hat, kann sich z.B. darauf berufen, dass er beim Abschluss des Vertrages nicht geschäftsfähig gewesen sei, dass ihn sein Vertragspartner durch eine Täuschung oder Drohung zum Abschluss des Vertrages bestimmt habe, dass der Vertrag gegen eine Formvorschrift, gegen andere gesetzliche Vorschriften oder gegen die guten Sitten verstoße und deshalb nichtig sei oder dass er bei Abschluss des Vertrages nicht selbst, sondern dass für ihn ein Dritter gehandelt, er aber diesem Dritten die erforderliche Vollmacht nicht erteilt habe. Die gesetzlichen Vorschriften, nach denen sich die Begründetheit aller dieser Einwendungen beurteilt, finden sich in §§ 104–185. Zwar haben auch sie praktische Bedeutung in erster Linie für schuldrechtliche Verträge; insoweit gehören sie daher zum allgemeinen Vertragsrecht. Aber der Gesetzgeber wollte erreichen, dass sie nicht nur auf schuldrechtliche und sonstige – insbesondere „dingliche“ – **Verträge**, sondern ganz allgemein auf „**Rechtsgeschäfte**“ angewendet würden. Unter einem „Rechtsgeschäft“ versteht man jede Willensäußerung, mit der ihr Urheber einen bestimmten rechtlichen Erfolg herbeiführen will, sofern er diesen Erfolg, weil er vom geltenden Recht als Folge der Willensäußerung anerkannt ist, auch tatsächlich erreicht. Rechtsgeschäft ist zunächst jeder **Vertrag**: Hier beruht der erstrebte Erfolg, nämlich die rechtliche Bindung an das

übereinstimmend von den Parteien Gewollte, auf den **Willenserklärungen**, die sie zu diesem Zweck abgegeben haben. Ein Rechtsgeschäft kann aber auch aus einer einzigen Willenserklärung bestehen; in diesem Fall spricht man von einem „**einseitigen Rechtsgeschäft**“.

- 11 Ein solches „einseitiges Rechtsgeschäft“ liegt z.B. in einer Willenserklärung, durch die jemand ein Testament errichtet oder widerruft (§§ 2247, 2253), einen Vertrag anfecht (§ 143), ihn kündigt (vgl. z.B. § 314), von ihm zurücktritt (vgl. z.B. § 323), ihm zustimmt (§ 182) oder seine Anpassung an veränderte Umstände verlangt (§ 313). Ein „einseitiges Rechtsgeschäft“ liegt auch in der Willenserklärung, mit der jemand bekundet, dass er mit einer Gegenforderung aufrechnen (§ 388), jemandem eine Vollmacht erteilen (§ 167) oder eine früher erteilte Vollmacht widerrufen (§ 168) will, ebenso in der Erklärung, mit der ein Ehemann die Vaterschaft eines während der Ehe geborenen Kindes, der Sohn das von seinem Vater errichtete Testament oder ein Aktionär den Beschluss der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft anfechten will (vgl. §§ 1600 ff., 2078 ff. BGB, 243 ff. AktG). Zwar behauptet das BGB mit eiserner Stirn, dass auf alle diese Rechtsgeschäfte die Vorschriften der §§ 104–185 gleichermaßen anzuwenden seien, auf die Vaterschaftsanfechtung also ebenso wie auf die Kündigung eines Mietvertrages, auf die Errichtung eines Testaments ebenso wie auf den Widerruf einer Vollmacht. Aber es liegt auf der Hand, dass es damit den Mund zu voll genommen hat und für viele Rechtsgeschäfte spezielle Bestimmungen gelten, die den allgemeinen Regeln der §§ 104–185 vorgehen.
- 12 Niemand bestreitet, dass das BGB auf einer ausgefeilten und kunstvollen Systematik beruht. Sie ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber sorgfältig zwischen vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen, zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Verträgen, zwischen Verträgen und sonstigen Rechtsgeschäften sowie zwischen Rechtsgeschäften und den Willenserklärungen unterscheidet, von denen eine oder mehrere das Rechtsgeschäft konstituieren. Hinzu kommt, dass die Regeln, nach denen bestimmte Sachfragen zu entscheiden sind, in diesem System so weit wie irgend möglich „vor die Klammer“ gezogen werden, dies mit der Folge, dass eng verwandte Lebensvorgänge oft an ganz unterschiedlichen, verstreut umherliegenden Gesetzesstellen geordnet werden. Die Verfasser des BGB haben die Begriffe und die Systematik des Gesetzes – insbesondere seinen „Allgemeinen Teil“ – nicht selbst entwickelt, sondern von der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts übernommen, die sie in einem langwierigen und mühevollen Prozess doktrinäer Verallgemeinerung aus dem praktischen Rechtsstoff herausdestilliert hat. Darin liegt sicherlich eine respektable und vielleicht sogar bewunderungswürdige wissenschaftliche Leistung, die auch im Ausland oft kühle Anerkennung gefunden und in manchen neueren Zivilgesetzbüchern Spuren hinterlassen hat. Andere Kodifikationen haben sich davon aber nicht beeindrucken lassen. Dort werden alle Fragen, die z.B. die Geschäftsfähigkeit, die Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen Gesetz oder gute Sitten, die Anfechtung wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung oder die Stellvertretung betreffen, in demjenigen Zusammenhang geregelt, in dem sie in allererster Linie prak-

tisch werden, nämlich im **Vertragsrecht**; und statt allgemeiner Regeln über „Rechtsgeschäfte“ findet man lediglich Vorschriften, in denen es z.B. heißt, dass „die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge ... auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse [finden]“ (so Art. 7 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, ähnlich Art. 1324 Codice civile, § 876 ABGB).

Vgl. dazu näher – auch zu den Vorzügen und Schwächen des „Allgemeinen Teils“ und mit Hinweisen auf die Literatur – *Zweigert/Kötz* S. 143 ff.; *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht (2. Aufl. 2003) 11 ff.; *Koschaker*, Europa und das römische Recht (2. Aufl. 1953) 279 ff. 13

Dieses Buch behandelt das Vertragsrecht, also diejenigen Regeln, nach denen sich das Zustandekommen, der Inhalt und die Gültigkeit von Verträgen, ferner die Haftung auf Vertragserfüllung und die Haftung wegen Vertragsverletzung beurteilen. Die Darstellung dieses Stoffs wird sich nicht streng an der „Legalordnung“ und Begrifflichkeit des BGB orientieren, nicht daran also, dass die Regeln, um die es geht, ihren Standort im „Allgemeinen Teil“ oder im „allgemeinen“ oder „besonderen Schuldrecht“ des BGB gefunden haben, dass sie sich manchmal auf „Willenserklärungen“, manchmal auf „Rechtsgeschäfte“ beziehen und dass sie mitunter nur auf vertragliche Schuldverhältnisse, bisweilen aber auch auf „dingliche Verträge“ oder auch auf „gesetzliche Schuldverhältnisse“ anzuwenden sind. Vielmehr soll es für die Ordnung des Stoffs auf den Zusammenhang ankommen, in dem sich vertragsrechtliche Fragen in der Praxis zu stellen pflegen. Deshalb werden zunächst die Regeln behandelt, die darüber entscheiden, ob ein Vertrag zustande gekommen ist (§ 2), ob er gültig ist (§§ 3–6), ob er nachträglich von einer Vertragspartei durch eine Anfechtung annulliert werden kann (§ 7) und ob eine Partei an einen Vertrag oder an vertragliche Erklärungen auch dann gebunden ist, wenn nicht sie selbst, sondern statt ihrer und für sie ein Vertreter gehandelt hat (§ 8). Sodann geht es um das vertragliche **Pflichtenprogramm** (§ 9): Welche Pflichten sind es, deren Erfüllung die Vertragsparteien einander schulden, sei es schon während des Stadiums der Vertragsverhandlungen, sei es nach dem Abschluss des Vertrages? Daran schließt sich die Behandlung der drei zentralen Rechtsbehelfe, die den Vertragsparteien zur Verfügung stehen, nämlich ihr Anspruch auf **Vertragserfüllung** (§ 10), sodann das Recht einer Vertragspartei, aus besonderen Gründen den Vertrag nachträglich **aufzuheben** (§ 11), schließlich ihr Recht, wegen einer Pflichtverletzung des anderen Teils **Schadensersatz** zu verlangen (§ 12). Manchmal sind es neben den Vertragsparteien auch **Dritte**, die vertragliche Ansprüche geltend machen dürfen oder erfüllen müssen; auch kommt es vor, dass die vertraglich versprochene Leistung von mehreren Schuldnern geschuldet wird oder von mehreren Gläubigern verlangt werden kann. Davon wird in § 13 die Rede sein. 14

- 15 Diese Ordnung des Stoffs ist nicht originell. Zwar mag sie ungewöhnlich erscheinen, weil sich in Deutschland nicht nur die juristische Literatur, sondern weithin auch der Zuschnitt der Lehrveranstaltungen immer noch streng an der „Legalordnung“ des BGB orientieren. Überall im Ausland verhält es sich aber anders. Dort sind Lehrbücher und Lehrveranstaltungen über Vertragsrecht geradezu alltäglich; auch die Bemühungen um die europäische Rechtsvereinheitlichung haben das Vertragsrecht zum Gegenstand (Rn. 19). Dem sucht dieses Buch Rechnung zu tragen. Es will damit auch die jungen deutschen Juristen darauf vorbereiten, dass sie sich künftig mehr und mehr in einem europäischen Rechtsraum zu bewegen haben werden, in dem der hochgetriebenen Begrifflichkeit des BGB zwar oft kühle Anerkennung gezollt wird, sie aber – man mag das bedauern oder nicht – wenig Chancen hat, systemprägend oder stilbildend zu wirken.

## B. Europäisches Vertragsrecht

- 16 Die Regeln des deutschen Vertragsrechts werden mehr und mehr durch Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft bestimmt. Die EG besitzt eine Kompetenz zur „Angleichung“ des Rechts der Mitgliedstaaten überall dort, wo dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Markts erforderlich ist (Art. 3 h EGV). Von dieser Kompetenz hat sie vor allem dadurch Gebrauch gemacht, dass sie **Richtlinien** erlassen hat, die von allen Mitgliedstaaten innerhalb bestimmter Fristen „umgesetzt“, d.h. in die Form nationaler Rechtsvorschriften gegossen und sodann innerstaatlich in Kraft gesetzt werden müssen (vgl. Art. 249 Abs. 3 EGV). Für das Vertragsrecht sind diejenigen Richtlinien besonders wichtig gewesen, die sicherstellen wollen, dass in allen Mitgliedstaaten für bestimmte Geschäfte ein **Mindestverbraucherschutz** gewährleistet wird. Hat z.B. ein Verbraucher mit einem Unternehmer ein „Haustürgeschäft“ abgeschlossen, von ihm einen „Verbraucherkredit“ in Anspruch genommen, sich von ihm das „Teilnutzungsrecht“ an einem Grundstück gewähren lassen, Waren oder Dienstleistungen von ihm im Wege des „Fernabsatzes“ oder des „elektronischen Geschäftsverkehrs“ erworben oder mit ihm einen Kaufvertrag über bewegliche Sachen abgeschlossen, so findet man die für solche Geschäfte maßgeblichen Regeln zwar im BGB (vgl. z.B. §§ 13 f., 312 ff., 355 ff., 474 ff., 481 ff., 488 ff.). Aber sie gehen auf Richtlinien der EG zurück; das gleiche gilt für die Vorschriften des BGB, nach denen die Gerichte prüfen dürfen, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verbraucherverträgen missbräuchlich und deshalb unwirksam sind (§§ 305 ff.). Soweit Vorschriften des BGB auf Richtlinien beruhen, dürfen sie nicht einfach nach den Regeln ausgelegt werden, wie sie sonst für die Gesetzesauslegung maßgeblich sind. Vielmehr müssen sie „**richtlinienkonform**“, also so ausgelegt werden, dass sie der Zielsetzung der Richtlinie Rechnung tragen (vgl. z.B. BGH NJW 2002, 1881). Ist in einem konkreten Fall zweifelhaft, was mit der Richtlinie bezweckt war und wie die deutsche Regelung, mit der sie umgesetzt wurde, zu verstehen ist, so sind die mit der Sache be-

fassten deutschen Gerichte berechtigt und der BGH sogar verpflichtet, die Auslegungsfrage dem EuGH vorzulegen (Art. 234 EGV) und die Sache so dann so zu entscheiden, wie sich dies aus der – vom EuGH verbindlich ausgelegten – Richtlinie ergibt (vgl. Beispiele in Rn. 249, 764, 964, 978, 986).

Rechtsvereinheitlichung durch Richtlinien ist oft nützlich. Aber kostenlos ist sie nicht. Sie führt nämlich dazu, dass die Vertragsrechte der Mitgliedstaaten stets nur in Ausschnitten und Bruchstücken angeglichen werden, im übrigen aber unverändert fortgelten. Richtlinien und die im Zuge ihrer Umsetzung erlassenen Vorschriften werden deshalb in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten oft als Fremdkörper empfunden; jedenfalls lassen sie sich in aller Regel nicht bruchlos und störungsfrei in sie einfügen. Auch wird das nationale Vertragsrecht selbst dort nicht immer vereinheitlicht, wo Richtlinien gelten, sei es, weil sie von den Mitgliedstaaten unterschiedlich umgesetzt oder von ihren Gerichten unterschiedlich angewendet werden, sei es, weil sie nur einen Mindestschutz sichern wollen, also unterschiedliches nationales Recht fortgilt, solange es nur den Verbraucher im Ergebnis ebenso stark oder stärker schützt, als es von der Richtlinie bezweckt war. 17

In der Rechtswissenschaft ist deshalb schon früh die Forderung erhoben worden, es sei die europäische Rechtsvereinheitlichung nicht nur durch Richtlinien, sondern auch noch auf einem anderen Wege voranzutreiben, dadurch nämlich, dass in Europa ein Konsens über die Grundlagen des „gemeineuropäischen Privatrechts“ hergestellt und damit die Voraussetzungen geschaffen werden, unter denen eine Vereinheitlichung auch des europäischen Vertragsrechts im Ganzen gelingen kann. 18

Zu diesem Zweck sind unterschiedliche Wege eingeschlagen worden. Die Commission of European Contract Law, die 1980 von dem dänischen Rechtswissenschaftler *Ole Lando* gegründet worden ist, hat inzwischen „Principles of European Contract Law“ (PECL) vorgelegt, die fast alle Gebiete des allgemeinen Vertragsrechts erfassen, weithin große Beachtung gefunden haben und zwar nirgends geltendes Recht sind, aber doch von manchen geradezu als erster Entwurf eines europäischen Vertragsgesetzbuchs angesehen werden. Vgl. *v. Bar/Zimmermann* (Hrsg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II (2002), Teil III (2005). Der Text der PECL ist abgedruckt in ZEuP 2000, 675 (Teile I und II) und 2003, 895 (Teil III). Die Arbeit der Commission on European Contract Law wird inzwischen (unter der Leitung von *Christian v. Bar*) von einer **Study Group on a European Civil Code** und ihren Untergruppen fortgesetzt. Eine andere Gruppe von Wissenschaftlern – die **Research Group on EC Private Law (Acquis Group)** – konzentriert sich auf die Frage, ob sich dem geltenden Gemeinschaftsprivatrecht und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH – also dem „**acquis communautaire**“ – allgemeine Regeln und Prinzipien des Vertragsrechts abgewinnen lassen. Vgl. *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract I (2007), abgedruckt in ZEuP 2007, 735 und 1152. Schließlich entsteht allmählich eine Literatur, die sich auf rechtsvergleichender Grundlage um den Nachweis bemüht, dass es auf bestimmten Gebieten des europäischen Privatrechts – besonders des Vertragsrechts – bereits einen Grundbestand allgemein akzeptierter Regeln gibt (vgl. z.B. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht [1996]). Alle diese Entwicklungen werden in der „Zeitschrift für 19

Europäisches Privatrecht“ (ZEuP) dokumentiert, kommentiert und in Einzeluntersuchungen vertieft. Vgl. dazu ausführlich z.B. *Basedow*, Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht (2000); *Zimmermann*, Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung (2006).

- 20 Die Europäische Kommission hat 2003/2004 einen „Aktionsplan“ beschlossen, der zu einem „kohärenteren europäischen Vertragsrecht“ führen soll (teilweise abgedruckt in ZEuP 2004, 424 und 2005, 462). Zu seiner Ausführung hat sie in einem ersten Schritt ein Netzwerk von Wissenschaftlern mit der Ausarbeitung eines „Gemeinsamen Referenzrahmens“ beauftragt. Was darunter genau zu verstehen ist, ist freilich ebenso zweifelhaft und umstritten wie die Frage, ob der „Gemeinsame Referenzrahmen“ als Vorläufer eines künftigen europäischen Vertragsgesetzbuchs taugt und wann der richtige Zeitpunkt für ein solches Gesetzbuch gekommen sein wird.
- 21 Vgl. dazu die Aufsätze in ZEuP 2007, 109–303. Inzwischen haben die beiden oben genannten Wissenschaftlergruppen einen ersten gemeinsamen Text vorgelegt. Vgl. *v. Bar/Clive/Schulte-Nölke* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (2008).

## C. Freiheit und Zwang im Vertragsrecht

### I. Vertragsfreiheit

- 22 Das Privatrecht wird vom Gedanken der **Privatautonomie** beherrscht. Sie bedeutet, dass jeder Mensch in freier Selbstbestimmung darüber entscheiden können soll, wie er seine Lebensverhältnisse im Rahmen der Rechtsordnung gestalten will, wie er z.B. mit seinem Eigentum und seinem sonstigen Vermögen verfahren, wen er in seinem Testament zum Erben einsetzen, welchen Beruf er ergreifen, welches Gewerbe er betreiben oder ob und zu welchem Zweck er sich mit anderen zu einer Vereinigung zusammenschließen will. Als besondere Erscheinungsformen der Privatautonomie werden die Eigentums- und Testierfreiheit durch Art. 14 GG, die Berufs- und Gewerbefreiheit durch Art. 12 GG, die Vereinigungsfreiheit durch Art. 9 GG geschützt. Daneben gewährleistet Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit und mit ihr auch die **Vertragsfreiheit**. Danach soll es in jedermanns freie Entscheidung gestellt sein, ob er einen Vertrag bestimmten Inhalts schließen oder ob er den Abschluss eines Vertrages ablehnen will („Abschlussfreiheit“); ferner sollen er und sein Vertragspartner gemeinsam den Inhalt des Vertrages frei festlegen, die getroffenen Vereinbarungen nachträglich abändern und den Vertrag im Ganzen wieder aufheben können („Inhaltsfreiheit“). Vertragsfreiheit gilt freilich nur im Rahmen der Rechtsordnung. Sie enthält Regeln, nach denen sich beurteilt, innerhalb welcher Grenzen Verträge als