

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 82

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS  
und Professor Dr. Michael R. WILL

Professor Dr. VÉKÁS Lajos  
egyetemi tanár

Leiter des Lehrstuhls für Zivilrecht  
Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Eötvös-Lorand-Universität  
Budapest

**ERNEuern UND BEWAHREN  
IN DER  
PRIVATRECHTSDOGMIK**  
— am Beispiel der römisch-rechtlichen Vertragstypisierung —

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes

Saarbrücken, 22. Mai 1987

I.

Das Vertragsrecht in den heutigen Gesetzbüchern weicht in seinem dogmatischen Aufbau und in seiner Struktur kaum von den alten Traditionen der kontinentaleuropäischen Privatrechte ab. Sowohl im westlichen, wie auch im östlichen Teil Europas nimmt es seinen Ausgangspunkt vom Grundsatz der allgemein bindenden Kraft von Verträgen und weist den herkömmlichen Vertragstypen - mit ihren überwiegend dispositiven Normen - die Rolle struktureller Pfeiler zu.

Sucht man nach den Gründen für diese strukturellen und dogmatischen Ähnlichkeiten in den Vertragssystemen, insbesondere in denen von Staaten mit unterschiedlicher Gesellschaftsordnung, so muß man vor allem auf die in beiden Systemen existierenden wirtschaftlichen Austauschverhältnisse des Waren- und Dienstleistungsverkehrs hinweisen. Neben dieser wirtschaftlichen Grundlage spielt aber auch die gemeinsame Tradition eine sehr wesentliche Rolle<sup>1</sup>. Und dies ist eben die Frage, die wir im folgenden näher untersuchen möchten: Traditionsbewahrung und Erneuerung in der Privatrechtsdogmatik - am Beispiel der gesetzlichen Vertragstypisierung.

---

(1) Näher zum Thema Vékás, L.: A szerződési rendszer fejlődési csomópontjai. Budapest 1977. In englischer Fassung: Landmarks in the Development of the Contractual System. Akadémiai Kiadó, Budapest 1986.

Für Westeuropa ist diese Betrachtungsweise besonders gerechtfertigt. Hier lebt man in einer Zeit der Annäherung und Vereinheitlichung des Rechts. "In einem solchen Augenblick, wie Coing feststellt, erscheint es notwendig, die Erinnerung an die gemeinsame Rechtstradition wieder zu wecken und sie lebendig zu erhalten."<sup>2</sup>

---

(2) Coing, H.: Europäisches Privatrecht, Bd. I. München 1985, p. 2.

II.

1. "Tief ist der Brunnen der Vergangenheit. Sollte man ihn nicht unergründlich nennen?" - mit diesen Sätzen beginnt (wie wohl bekannt) der Josef-Roman von Thomas Mann. Ähnlich könnten auch wir unsere rechtsgeschichtlichen Betrachtungen beginnen.

Es gibt jedoch in der Privatrechtsgeschichte immer einen wichtigen und stabilen Ort, wo wir innehalten können: das wundervolle Schloß des römischen Privatrechts. Zwar kann - um erneut Thomas Mann zu zitieren - das Unerforschliche auch "mit unserer Forscherangelegentlichkeit eine Art von foppendem Spiel" treiben: Es kann "ihr Scheinhalte und Wegesziele bieten, hinter denen, wenn sie erreicht sind, neue Vergangenheitsstrecken sich auftun."

Mit größter Wahrscheinlichkeit ist dennoch festzuhalten, daß unsere Vertragstypen und der Typisierungsgedanke selbst ihre Wurzeln im römischen Privatrecht haben.

2. Es war das vorklassische und das klassische römische Recht, welches neben den wichtigsten Grundtypen des Vertrages (wie Kauf, Miete, Werkvertrag, Gesellschaftsvertrag usw.) auch die Idee der Vertragstypisierung als solche herausgearbeitet hat. Bekker, Betti, Leenen, Sundberg u. a. haben zu Recht auf den engen Zusammenhang zwischen dem aktionenrechtlichen System des Formularprozesses und der Ausbildung von Vertragstypen im römischen Recht hingewiesen<sup>3</sup>. "Solange es Aktionen gab, war die Definition (eines Vertragstyps) leicht: Alle Geschäfte ..., welche dieselbe "actio" erzeugen, gehören demselben Typus an" - schreibt Bekker<sup>4</sup>.

In der Zeit vor Einführung des Formularprozesses waren die prozeßrechtlichen Formeln noch zu allgemein und zu flexibel gehalten, um das Spezifische der Vertragsgestaltung im rechtsgeschäftlichen Verkehr erfassen zu können. Wie Kaufmann behauptet: Es "waren der Stipulation oder der ihrer Durchsetzung dienenden actio keine formalen Kategorien eigen, welche auf die Relationsbegriffe der Miete wie merces und pretium, locare und vendere sowie conducere, emere und redimere eine förmende oder selektive Kraft auszuüben vermochten. Die konturenlose Elastizität der

---

(3) Bekker, E.I.: System des heutigen Pandektenrechts. Band 2. Weimar 1889, pp. 121 et seq. Betti, E.: Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts. Festschrift Wenger I. München 1944. Leenen, D.: Typus und Rechtsfindung. Berlin 1971, pp. 124 et seq. Sundberg, J.: The Law of Contracts. Jurisprudential Writing in Search of Principles, in: Scandinavian Studies in Law 7 (1963) 127<sup>7</sup>.

(4) Bekker (Fn. 3) 124.

stipulatio incerti räumte den Parteien vielmehr volle Freiheit in der sachlichen und terminologischen Ausgestaltung ihrer Abreden ein. Da die rechtliche Form den Beteiligten kein Material an die Hand gab, mußten sie dieses aus der Gemeinsprache so nehmen, wie es dort vorhanden war ... Die in der Republik zunehmende Verfeinerung der Kautelarjurisprudenz wird kaum zur Trennung der Kauf- und Mietsprache voneinander beigetragen haben ... Insofern als die Kautelarjurisprudenz durch die Bedürfnisse der Stipulationstechnik bedingt war, kann hierin immerhin vielleicht ein später indirekter Einfluß der stipulatio incerti auf die unterscheidende Typisierung von Kauf- und Mietsprache gelegen haben."<sup>5</sup> Ähnlich beurteilt auch Bekker die Typenbildung im römischen Recht. Die ganz allgemeinen Formeln innerhalb des Legisaktionenprozesses waren einer Vertragstypisierung wenig förderlich. Es scheint, "daß man mehr und mehr den Mittelweg zwischen dem verschwimmend allgemeinen und dem eigenartig besonderen herauszufinden bemüht war ... Eine recht brauchbare und darum feste Gestalt nehmen all diese Dinge erst in dem auf Formularprozeß beruhenden prätorischen Edikte an."<sup>6</sup>

---

(5) Kaufmann, H.: Die altrömische Miete. Köln-Graz 1964, pp. 341-342.

(6) Bekker (Fn. 3) 124.

Es ist demnach festzuhalten, daß die Vertragstypisierung in der Hauptquelle des klassischen römischen Rechts, nämlich im prätorischen Edikt und in den mit diesem gegebenen actiones, ihren Ursprung hat. Selbstverständlich haben daneben jedoch auch die größeren wissenschaftlichen Bearbeitungen zur Verfeinerung des Typisierungsgedankens beigetragen.

Die Einführung des Libellprozesses hat den Gebrauch von spezialisierten Klageformeln unnötig gemacht. Die Macht der Tradition war aber stark genug, die im aktionenrechtlichen System ausgearbeiteten Vertragstypen in das Justinianische Recht und die Vertragstypisierung selbst auch in die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen hinüberzuretten.

III.

1. Die Anfang des 19. Jahrhunderts erlassenen Gesetzbücher, wie der französische Code Civil und das österreichische ABGB, haben der gesetzlichen Regelung der einzelnen Vertragstypen zu Recht eine bloß subsidiäre, verkehrs-erleichternde Rolle zugeordnet. Denn diese Kodifikationen fallen in die Hochblüte des klassischen Kapitalismus, in der das auf der naturrechtlichen Theorie gegründete Prinzip der schrankenlosen Vertragsfreiheit volle gesellschaftliche Deckung fand. Von daher ist es begreiflich, daß die Redaktoren des Code Civil und des österreichischen ABGB bestrebt waren, dem Prinzip der Vertragsfreiheit zu unbeschränkter Geltung zu verhelfen. Sie haben daher ihr – die Vertragstypen des römischen Rechtes modernisierendes – Vertragssystem als dispositivrechtliche "Mustersammlung" konzipiert, die lediglich die Beurteilung der einzelnen Vertragsabschlüsse und der Vertragsstreitigkeiten erleichtern sollte<sup>7</sup>.

2. Konnte im Zeitpunkt der Schaffung des Code Civil das alle Errungenschaften der siegreichen Revolution zu seinen Gunsten enteignende Bürgertum noch zu Recht auf die sozio-ökonomische Kraft des freien Wettbewerbs vertrauen, und war das ABGB mit seiner Idee der Vertragsfreiheit

---

(7) Charmatz, H.: Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht. Brunn-Wien 1937; unveränderte Neuauflage: Frankfurt/M. 1968, pp. 149, 156, 203, 347.



infolge der dort verspäteten bürgerlichen Entwicklung sogar seiner Zeit voraus, so kann dies von Deutschland am Ende des 19. Jahrhunderts (zur Zeit der Ausarbeitung des BGB) nicht gesagt werden. Die zwischenzeitlich erfolgte Entwicklung zu einem monopolkapitalistischen Wirtschaftssystem wie auch die soziale Notlage der Arbeiterklasse lassen ein auf den Grundsätzen des freien Wettbewerbs aufbauendes Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse als von vornherein bedenklich erscheinen.

Die gesellschaftspolitische Fragwürdigkeit dieses Grundkonzeptes wurde indes während der gesamten Kodifikationsphase kaum beachtet. Im Vertragsrecht ist dies besonders auffallend. Die Regelung der vertraglichen Schuldverhältnisse - und hier wiederum vor allem das System der Vertragstypen - folgt dem auf römischrechtlicher Grundlage beruhenden Pandektensystem. In ihrem systematischen Aufbau unterscheidet sie sich nicht von derjenigen der Gesetzbücher zu Beginn des Jahrhunderts: Das Prinzip der Vertragsfreiheit wird mit subsidiär zum Zuge kommenden Bestimmungen über die einzelnen Vertragstypen kombiniert. Die Überbetonung des Prinzips der Vertragsfreiheit hat schon seinerzeit Kritik ausgelöst. So hat etwa Menger das Prinzip der bürgerlichrechtlichen Vertragsfreiheit unter klassenkämpferischen Gesichtspunkten einer harten Kritik unterzogen<sup>8</sup>.

---

(8) Menger, A.: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen.<sup>3</sup> Tübingen 1904.

Noch mehr hat man freilich den konservativen und damit unzeitgemäßen Aufbau der Vertragstypen kritisiert<sup>9</sup>. Die deutsche Rechtswissenschaft ist auch heute noch der Meinung, daß schon damals die Erfordernisse eines modernen Wirtschaftslebens mit dem Instrumentarium römischrechtlicher Vertragstypen nur höchst unvollkommen zu bewältigen waren, weshalb es einer gesonderten handelsrechtlichen Kodifikation bedurft hatte. So meint beispielsweise Esser: "Solche 'Antiquiertheit' im schuldrechtlichen Bereich war weniger nachteilig, weil das wichtige Gebiet des Handelsrechts, in dem viele Schuldgeschäfte näher ausgestaltet sind, bereits 1861 mit dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch kodifiziert und in den meisten deutschen Staaten als gemeindeutsches Handelsrecht in Kraft gesetzt worden war<sup>10</sup>.

In der Tat war dadurch den wichtigsten Erfordernissen eines kapitalistischen Wirtschaftssystems, insbesondere dessen elementarem Interesse am Güterverkehr, bereits Rechnung getragen worden. Vor diesem Hintergrund mochte der Luxus des Klassizismus bei der Kodifikation der privatrechtlichen Vertragstypen zulässig gewesen sein und konnte das Denkmal des Pandektismus errichtet werden.

---

(9) Vor allem Gierke, O.: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

(10) Esser, J.: Schuldrecht Bd. I. Karlsruhe 1970, p. 2.

Die Wurzeln der Vertragstypen selbst reichen auch im BGB über die Pandektistik zum römischen Recht zurück. Ihre Definition und begrifflich-systematische Form haben sie vom usus modernus pandectarum bekommen<sup>11</sup>. Insoweit beruht das BGB auf der gleichen Grundlage wie das hundert Jahre ältere österreichische ABGB. Doch ist das BGB in vielerlei Hinsicht noch "klassischer", d. h. dem römischen Recht noch getreuer.

Die Normierung der Vertragstypen im BGB weicht jedoch in einer Hinsicht von derjenigen in den am Anfang des 19. Jahrhunderts geschaffenen Kodizes ab: Das deutsche BGB nimmt erstmals in seine Regelung der einzelnen Vertragstypen Normen zwingenden Rechts auf. Damit reagiert der Gesetzgeber auf die stark monopolkapitalistischen Tendenzen der Wirtschaft, die zu gesellschaftlichen Krisensymptomen und sozialen Spannungen geführt haben. Der Staat ist gezwungen, im Wege der Gesetzgebung auch auf dem traditionell der vollen Privatautonomie unterliegenden Gebiet des bürgerlichen Vertragsrechts zu intervenieren und die bislang weitgehend unbeschränkte Vertragsfreiheit konkret einzudämmen. Allgemein gehaltene, alle Rechtsgeschäfte ergreifende Verbote - wie das Verbot von Verträgen, die gegen die guten Sitten verstoßen - genügten hierfür nicht mehr. Anders als die zu Beginn des 19. Jahrhunderts entstandenen Gesetz-

---

(11) Vgl. Bekker (Fn. 3) 121; Charmatz (Fn. 7) 10, 22, 30; Leenen (Fn. 3) 124; Wieacker, F.: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. 2. Auflage, Göttingen 1967, p. 237.

bücher<sup>12</sup> (und sogar der erste Entwurf des BGB) enthält der deutsche Kodex unabdingbare Bestimmungen beim Dienstvertrag (§§ 617, 618, 629, 630), denen später (z. B. im Mietrecht) noch weitere folgten<sup>13</sup>. Dies waren die ersten Zeichen einer Änderung, welche die Normen der Vertragstypen - unter dem Druck der sich wandelnden sozialen Verhältnisse - in diesem Jahrhundert erfahren haben.

Die Aufnahme von Bestimmungen zwingenden Rechts in das weitgehend dispositive Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse ändert nun schon für sich allein den Charakter dieses Rechtsgebietes. Darauf hat Charmatz als erster hingewiesen, obwohl er die Folgen, die sich hieran knüpfen, überschätzt<sup>14</sup>.

Zwar läßt sich aus der dispositivrechtlichen Regelung der einzelnen Vertragstypen klar ablesen, von welchen Wertvorstellungen der Gesetzgeber ausgegangen ist. Denn die an den Vertragsabschluß geknüpften Rechtsfolgen

---

(12) Vgl. Charmatz (Fn. 7) 226, 260; ferner Ehrlich, E.: Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Jena 1899. Zum Vertragssystem des ersten Entwurfes im allgemeinen Bekker (Fn. 3) 127.

(13) Vgl. Charmatz (Fn. 7) 348; Esser (Fn. 10) 83; Raiser, L.: Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Karlsruhe 1960. I, 102; Wieacker (Fn. 11) 238, 430.

(14) Charmatz (Fn. 7) VIII, 226, 245, 260, 348.

hängen je von der Subsumtion des Vertrages unter diesen oder jenen Typus ab. Insoweit hat das BGB - im Unterschied zu den älteren Gesetzbüchern - der Qualifikation eines Vertrages schon dadurch größere Bedeutung verliehen, daß es durch weitergehende Vertragstypisierung zu genauerer Qualifikation zwingt<sup>15</sup>. Mit der Statuierung zwingendrechtlicher Normen erhöht sich nur die Bedeutung dieses Subsumtionsvorganges; denn nunmehr können die Parteien auch durch übereinstimmende Willenserklärung die unabdingbaren Rechtsfolgen des gewählten Vertragstyps nicht mehr ausschließen. In dieser Hinsicht erweist sich etwa die zwingend vorzunehmende Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag als Zünglein an der Waage<sup>16</sup>.

Doch bleibt die Einsicht Leenens zutreffend, daß - trotz engerer Bindung der Rechtsfolgen - die Normen der einzelnen Vertragstypen weiterhin als Typenbestimmung und nicht als Begriffsbestimmung aufgefaßt werden sollen. Ebenso wie in den früheren Gesetzbüchern sind also die Vertragstypen des BGB vom Gesichtspunkt der Gesetzgebungstechnik aus wirkliche Typen, die eine richterliche Konkretisierung und die Einordnung auch neuer Formen rechtsgeschäftlichen Handelns in das vorhandene Vertragssystem - unter Wahrung der spezifischen Vertragsgerechtigkeit - ermöglichen<sup>17</sup>. Die

---

(15) Vgl. Charmatz (Fn. 7) VIII, XIV, 348.

(16) Vgl. Charmatz (Fn. 7) 245.

(17) Leenen (Fn. 3) 131.

Vertragstypen mit Normen zwingender Natur engen nicht den Spielraum neuer Vertragstypenbildung ein, wohl aber diejenigen der an die neuen Typen geknüpften erlaubten Rechtsfolgen. Dadurch werden die gemischten Verträge zu einem der wichtigsten Probleme der Rechtsprechung<sup>18</sup>.

---

(18) Das Hauptziel von Charmatz ist es, die Probleme der gemischten Verträge darzustellen; zu den einzelnen theoretischen Standpunkten: Seite 261 (deutsche, österreichische und französische Literatur). Aus dem neueren Schrifttum vgl. Larenz, K.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin 1969, p. 443; und Lehrbuch des Schuldrechts. München 1968. II, 5, 129; Esser (Fn. 10) 100; Leenen (Fn. 3) 133, 166.

IV.

1. Die Zeit nach Erlaß des BGB ist durch einen spezifischen Anpassungsprozeß "bewahrend abschaffender" Art gekennzeichnet, durch den die klassischen Vertragsprinzipien wie auch die einzelnen Institute schrittweise an die Anforderungen herangeführt werden sollen, die sich aus der wissenschaftlich-technischen und gesellschaftlichen Entwicklung ergeben.

Wir befassen uns hier mit diesem Adaptationsvorgang nur insoweit, als er Einfluß auf die Funktion und Bedeutung der Vertragstypen selbst genommen hat. Nur im Zusammenhang mit unserem diesbezüglichen Gedankengang weisen wir auf den Zerfall des klassischen Vertragsbegriffs hin, während wir zahlreiche Teilerscheinungen von grundlegender Bedeutung, wie z. B. die Änderungen in der Auffassung vom Vertragsverhältnis als einem Zweipersonenverhältnis<sup>19</sup>, die Probleme der sogenannten faktischen Vertragsverhältnisse<sup>20</sup> usw. überhaupt nicht erörtern<sup>21</sup>.

---

(19) Harmathy, A.: Felelősség a közreműködőért (Haftung für Zulleferer). Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest 1974, p. 109 mit ausführlichen Schrifttumsnachweisen.

(20) Aus der umfangreichen Literatur vor allem Haupt, G.: Über faktische Vertragsverhältnisse. Leipzig 1941; Simits, S.: Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts. Frankfurt/M. 1957; Larenz: Lehrbuch (Fn. 18) I, 33; Esser (Fn. 10) 97. Unter den Gegnern der Lehre siehe Flume, W.: Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Karlsruhe 1960. I, 183.

Die in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts eingetretenen gesellschaftlichen Veränderungen haben sich in unserem Jahrhundert nicht nur fortgesetzt, sondern sogar beschleunigt. Hierbei hat der gewaltige Aufschwung produktiver Kräfte traditionelle privatrechtliche Auffassungen, insbesondere auch auf dem Gebiet des klassischen bürgerlichen Vertragsrechts, gesprengt. Vor allem nach dem zweiten Weltkrieg wurden diese Vorgänge durch den wissenschaftlich-technischen Fortschritt derart akzeleriert, daß das Privatrecht mit der Entwicklung kaum Schritt halten kann<sup>22</sup>.

Vom Gesichtspunkt der Rolle, die hierbei die gesetzlichen Vertragstypen spielen, messen wir insbesondere zwei Phänomenen gesteigerte Bedeutung zu: der Standardisierung der Vertragsbedingungen und den sogenannten "selbstregulierenden Verträgen"<sup>23</sup>. Beide Entwicklungen machen

---

(21) Zu den Wandlungen des bürgerlichen Vertragsrechts Friedmann, W.: Changing Functions of Contract in the Common Law, in: University of Toronto Law Journal, 1/1951; Raiser, L.: Vertragsfreiheit heute, in: Juristenzeitung 1958, 1 et seq.; Mayer-Maly, T.: Vertrag und Elnigung, in: Festschrift Nipperdey. München-Berlin 1965. Bd. I, 512; Eörsi, Gy.: Comparative Civil (Private) Law. Akadémiai Kiadó, Budapest 1979, p. 232.

(22) Siehe z. B. Batiffol, H.: La "crise du contrat" et sa portée, in: Archives de philosophie du droit 1968, 13. Skeptisch äußert sich bezüglich des ganzen Privatrechts Wieacker: Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Karlsruhe 1960. II, 1 und insbesondere 18.

(23) Eörsi (Fn. 21) 250.



die gesetzlich vorgesehenen Vertragstypen weitgehend überflüssig und schalten sie als Kategorien der Systematisierung aus, ja sie führen sogar häufig zur Umgehung des gesamten dispositiven Vertragsrechts.

2. So erweist sich insbesondere die "Selbstregulierung" im Falle komplizierter, individuell ausgehandelter Verträge in der Regel als so vollständig, daß demgegenüber das dispositive Gesetzesrecht in seiner Bedeutung völlig zurücktritt. Funktion, die dem dispositiven Gesetzesrecht sonst zukommt, geht hier praktisch gänzlich verloren, weil die Vertragspartner alle möglichen Folgen ihrer Rechtsbeziehung ausführlich regeln und deshalb die Qualifikation ihrer Vereinbarung in einem eventuellen Rechtsstreit gar keine Rolle mehr spielt. Das bedeutet natürlich nicht, daß durch diese Form der "Selbstregulierung" immer irgendeine Art von "neuem Recht" gebildet würde; die Parteien schließen vielmehr ihre Verträge in den meisten Fällen durchaus gestützt auf die dispositiven Normen, des geltenden Rechts ab, sie bauen also ihre Rechte und Pflichten, ebenso wie die an Rechtsverletzungen geknüpften Rechtsfolgen, auf die vorhandenen Elemente des bestehenden Rechts. Doch müssen sie - bedingt durch die Kompliziertheit und den individuellen Charakter ihres Rechtsverhältnisses - vielfach die Grenzen der gesetzlichen Vertragstypen überschreiten und sich über die Schranken der dort geleisteten Vertragstypisierung hinwegsetzen; dies auch dann, wenn ihr Vertrag grundsätzlich typischen Charakter hat, also einem bestimmten, wiederkehrenden geschäftlichen Vorgang entspricht. Die ausführliche und umfassende vertragliche Regelung wird nun sehr oft damit begründet, daß Rechtsverhältnisse dieser Art - wegen ihrer zusammengesetzten Leistungen

und der weitverzweigten Rechte und Pflichten, die sie involvieren - nicht einem einzigen gesetzlichen Vertragstypus unterstellt werden können, sondern gemischter oder atypischer Natur sind. In jedem Fall hat dies zur Folge, daß sich bei der Beurteilung solcher Verträge die herkömmlichen Bauelemente des klassischen Vertragsrechts - die Vertragstypen - als veraltet erweisen und daher in der Praxis außer acht gelassen werden. Die Entwicklung der Produktivkräfte hat in diesem Bereich diejenige rechtliche Auffassung und diejenigen rechtlichen Möglichkeiten überschritten, welche in den gesetzlichen Vertragstypen ihren Ausdruck finden.

3. Die andere oben erwähnte Erscheinung - nämlich die der Standardisierung von Vertragsbedingungen bei Massenproduktion - ist ähnlichen Ursprungs und zeitigt ähnliche Wirkungen; sie wirft jedoch Probleme wesentlich größerer gesellschaftlicher Relevanz auf. Während bei den zunächst erörterten "selbstregulierenden" Verträgen in den meisten Fällen - sowohl hinsichtlich der wirtschaftlichen Potenz als auch der juristischen Bildung - grundsätzlich ein Kräftegleichgewicht zwischen den Vertragspartnern besteht, bergen Standardverträge die Gefahr der Ausnützung des wirtschaftlich schwächeren und rechtlich unerfahrenen Partners in sich. Typische Vertragspartner "selbstregulierender" Vereinbarungen sind Großunternehmen; bei standardisierten Verträgen stehen dagegen oft viele voneinander isolierte Kleinverbraucher in schwächerer Position einem Vertragspartner gegenüber, der durch seine wirtschaftliche Lage und seine Fachkenntnisse deutlich überlegen ist. Aus dieser Situation eines eigenartigen "rechtlichen Wuchers" erwuchs einer der größten Problemkreise des heutigen Vertragsrechts. "Die

standardisierten Verträge haben sich eine so große Bedeutung verschafft, daß sie immer mehr ein selbständiges Rechtsgebiet neben dem herkömmlichen Recht der Verträge werden. Auf das Vertragsrecht wird in breiten und wichtigen Bereichen - z. B. Konsumentenschutz, Versicherungsrecht, Antitrustgesetzgebung - ein mächtiges, das Vertragsrecht von außen abänderndes Vertragskontrollrecht gebaut.<sup>24</sup> Das ist eine sehr charakteristische Lösung des Vertragsrechts der Gegenwart: Das Neue umarmt das Alte von außen. Bestehendes wird nicht schlechthin beseitigt, sondern "bewahrend aufgehoben"; genauer: Das Herkömmliche wird in einen Bereich meist weniger bedeutender Verträge verdrängt.

Unter den Rechtsgeschäften, die unter den Sammelbegriff "standardisierte Verträge"<sup>25</sup> fallen, zeigen die auf Grund von sogenannten

---

(24) Eörsi (Fn. 21) 251, 260.

(25) Aus der sozusagen eine Bibliothek bildenden umfangreichen Literatur vor allem Raiser, L.: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hamburg 1935. Neuauflage Bad Homburg 1961; Weber, W.: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Sonderdruck aus der 11. Auflage des Staudinger-Kommentars. Bd. II/1a. Berlin 1968; Schmidt-Salzer, J.: Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen. Berlin 1967; Rehbinder, M.: Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts. Berlin 1972; Prausnitz, O.: The Standardization of Commercial Contracts. London 1937; Kessler, F.: Contracts of Adhesion - Some Thoughts about Freedom of Contract, in: 43 Col. L. Rev. (1931) 629; Hippel, E. von: Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht. Frankfurt/M. 1963; Keller, H.: Allgemeine Geschäftsbedingungen. Eine Rechtstatsachenuntersuchung in einigen Zweigen der schweizerischen Wirtschaft. Bern 1970; Berlioz, G.: Le contrat d'adhésion. 2<sup>e</sup> éd. Paris 1976.

Vertragsformularen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine gewisse Nuancenabweichung. Im erstgenannten Fall führt die konkrete Vereinbarung die Bedingungen selbst an, während im zweitgenannten Fall in der konkreten Vereinbarung lediglich auf Allgemeine Geschäftsbedingungen verwiesen wird, die dem Vertragspartner auf andere Weise zur Kenntnis gebracht werden, sei es, daß sie ihm separat ausgehändigt oder im Geschäftslokal gut sichtbar angebracht werden<sup>26</sup>. Dieser Unterschied ist zwar nicht rein formeller Natur, er kann vielmehr - z. B. aus dem Gesichtspunkt der Feststellung des übereinstimmenden Vertragswillens - auch rechtliche Bedeutung erlangen, doch wird dadurch das Wesen der Sache nicht berührt: Beide Arten der standardisierten Verträge ermöglichen es, daß die wirtschaftlich stärkere Vertragspartei ihrem Vertragspartner nachteilige Vertragsbedingungen aufzwingt.

Aus eben dieser Situation "verdünnter Vertragsfreiheit" erwachsen jedoch die rechtlichen Probleme. Zwar steht die Daseinsberechtigung standardisierter Verträge heute außer Frage, und es sind sogar ihre wesentlichen Vorteile in einer Massengüter produzierenden Wirtschaft anerkannt. Insofern spiegeln die Vertragsformulare nur jene rechtlichen Möglichkeiten wider, die einer Vertragspartei in wirtschaftlich übermächtiger Stellung oder gar in einer Monopollage ohnehin offenstünden. Doch eben diese günstige wirtschaftliche Lage oder Marktüberlegenheit bilden den Kern des Problems, da sie die mißbräuchliche Ausnützung dieser Stellung durch die Verwendung

---

(26) Eine solche Unterscheidung trifft z. B. Esser (Fn. 10) 92.

standardisierter Verträge erleichtern. Die rechtlich weiterhin uneingeschränkt gegebene Vertragsfreiheit des schwächeren Vertragspartners reduziert sich somit - infolge des fehlenden sozio-ökonomischen Gleichgewichts - auf die bescheidene, Kompromißbereitschaft voraussetzende, häufig erniedrigende Alternative: "take it or leave it"; ja manchmal nicht einmal darauf, wenn der Partner, der die Bedingungen diktiert, eine Monopolstellung innehat. Nicht die Verwendung standardisierter Verträge an sich ist somit für die andere Vertragspartei nachteilig; sondern die regelmäßig hiermit verbundene Möglichkeit der völlig einseitigen Ausnützung des durch das dispositive Recht eröffneten Verhandlungsspielraums zuungunsten der wirtschaftlich schwächeren Partei. Sie erlaubt der stärkeren Vertragspartei, ihr günstige Bestimmungen des materiellen wie auch des Verfahrensrechts in die Vertragsbedingungen aufzunehmen: so Bestimmungen über die Gefahrtragung, Klauseln über Haftungsausschluß und Haftungsminde rung, Schiedsklauseln u. a.<sup>27</sup>.

An wichtigeren rechtlichen Mitteln präventiver oder repressiver Art, mit deren Hilfe derartige Mißbräuche unterbunden werden sollen, wären beispielsweise zu nennen: unabdingbare gesetzliche Vertragsbestimmungen, das Antitrustrecht, die vorherige verwaltungsrechtliche Kontrolle von Vertragsformularen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie deren

---

(27) Weber (Fn. 25) 222 und die dort angeführte Literatur.

gerichtliche Inhaltskontrolle (wie z. B. nach dem bundesdeutschen AGB-Gesetz von 1976)<sup>28</sup>.

Im Schrifttum werden in der mißbräuchlichen Verwendung standardisierter Verträge zwei Verletzungen des herkömmlichen Vertragsrechts erblickt: einerseits die darin gelegene Beschränkung bzw. der damit verbundene Ausschluß der Vertragsfreiheit, andererseits die massenhafte Umgehung (wenn nicht gar en-bloc-Beiseitelegung) des dispositiven Rechtsstoffes. Beide Erscheinungen hängen eng miteinander zusammen. Schon Kessler stellt fest, daß die Vertragsfreiheit dieserart zu einem einseitigen Privileg wird<sup>29</sup>. Deshalb hat die Rechtswissenschaft diesen Vorgang auch von Anfang an kritisch beurteilt. Ludwig Raiser hat schon vor fünfzig Jahren betont, daß sich die Aufgabe des dispositiven Rechts nicht darin erschöpfe,

---

(28) Außer den in Fn. 25 zitierten Werken: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Arbeiten zur Rechtsvergleichung Nr. 41. Frankfurt/M.-Berlin 1968; Raiser, G.: Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im deutschen und amerikanischen Recht (Dissertation) Karlsruhe 1966; Stockar, C.H.: Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht. Basel-Stuttgart 1971. Ferner Zweigert, K./Kötz, H.: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Zivilrechts. 2. Auflage Tübingen 1984, II, 11 et seq.; Jørgensen, S.: Vertrag und Recht. København 1968, p. 25.

"Zwingende Normen anstatt dispositiver Regelung als rechtliches Mittel gegen unlautere Vertragsbedingungen" behandelte auch die deutsch-schwedische Juristentagung von 1975. Siehe hierzu den Bericht: von Hoffmann/Siehr, 39 Rabels Zeitschrift (1975) 525.

(29) Kessler (Fn. 25) 640. Vgl. Eörsi (Fn. 21) 254<sup>549</sup>, 486.

eine subsidiär zur Anwendung kommende Regelung der vertraglichen Schuldverhältnisse zu liefern, sondern diesem eine sehr wichtige Funktion in der "gerechten und zweckmäßigen Ausgleichung" der widerstreitenden Interessen der Vertragspartner zukomme; daher hat er auch dem um sich greifenden Vorgang den Kampf angesagt, wonach Allgemeine Geschäftsbedingungen jegliches dispositive Recht mit generellem Charakter ausschließen sollen<sup>30</sup>.

Die durch die standardisierten Verträge hervorgerufenen Probleme haben die Aufmerksamkeit der Wissenschaft auch ganz allgemein auf die Normen der Vertragstypen bzw. auf das ganze dispositive Vertragsrecht gelenkt. Die Rolle der in ihrer Mehrheit auch heute noch dispositiv geregelten gesetzlichen Typen bei der Verwirklichung der wichtigsten wirtschaftlichen Ziele im rechtsgeschäftlichen Verkehr, nämlich bei der Interessenabwägung und bei der Risikoverteilung, wird immer wieder betont<sup>31</sup>. Zur gleichen Zeit werden jedoch - und zwar hauptsächlich in der skandinavischen Rechtsliteratur - auch solche kritischen Bemerkungen laut, die das Zustandekommen der standardisierten Verträge auf die Überlebtheit des Gesetzesrechts, die Langsamkeit des Staates in der Rechtssetzung sowie auf die Ungeschmeidigkeit der gesetzlichen Vertragstypen zurückführen und deshalb diese "außerrechtliche Gesetzgebung" sogar für gerechtfertigt halten. Jørgensen

---

(30) Raiser (Fn. 25) 293; ähnlich Weber (Fn. 25) 226.

(31) Vgl. Leenen (Fn. 3) 127; Larenz, K.: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. München 1967, p. 26; Esser (Fn. 10) 96. Die Rolle des dispositiven Vertragsrechts wird unter ähnlichem Aspekt erörtert bei Weber, M.: Rechtssoziologie. Neuwied 1960, p. 123.

weist z. B. zur Illustration auf den Anachronismus des skandinavischen Kaufgesetzes von 1907 hin, das über weite Strecken die technischen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Jahrhundertwende widerspiegelt. Die Langsamkeit und Schwerfälligkeit der Rechtssetzung gewähren den standardisierten Verträgen (Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformularen) einen ausdrücklichen Spielraum für die "rechtliche Regelung" neuer, gesetzlich nicht oder nicht genügend geregelter - insofern somit zwar atypischer, im Geschäftsleben jedoch schon typisierter - Rechtsgeschäfte (Kreditgeschäfte, Miet- und Lieferverträge usw.)<sup>32</sup>.

Der Kampf spielt sich also zwischen dem neuen "Recht" der standardisierten Verträge und der herkömmlichen dispositiven Regelung der Vertragstypen ab; und mit der Verbreitung der standardisierten Verträge verblaßt die Rolle der gesetzlichen Vertragstypen.

---

(32) Jörgensen (Fn. 28) 21, 45, 103; ähnlich und mit gleichen Ergebnissen - an Hand der Normen des BGB für den Werkvertrag - Leenen (Fn. 3) 164.



V.

1. In den europäischen sozialistischen Staaten wandelt die - für längere oder kürzere Zeit, so in Ungarn bis 1968 geltende - direkte Wirtschaftslenkung mit Planaufteilung die herkömmlichen Kriterien der Vertragstypisierung in verwaltungsrechtliche Elemente um. Die Verträge der Wirtschaftsorganisationen werden nicht zuletzt deshalb in der Gesetzgebung systematisch von den Rechtsgeschäften der Staatsbürger separiert. Es scheint, als wenn sich die vertraglichen Beziehungen der staatlichen Unternehmen untereinander endgültig von dem gewohnten System der gesetzlichen Vertragstypisierung abheben und gleichzeitig auf einer höheren Abstraktionsebene als "Planverträge" (oder "Wirtschaftsverträge") eine abgesonderte Einheit bilden würden. Diese Differenzierung hat ihren Grund vorwiegend in dem System einer Wirtschaftsleitung mit Planaufteilung, nicht aber in dem gesellschaftlichen Eigentum der Produktionsmittel.

Durch die Kodifikation eines abgesonderten Wirtschaftsrechts wird der tatsächlich vorhandene Unterschied zwischen den Verträgen der Staatsbürger und den vertraglichen Beziehungen der staatlichen Unternehmen absolutisiert. Die tschechoslowakische Gesetzgebung führt diesen Lösungsansatz so weit fort, daß sie die traditionellen Grundsätze der gesetzlichen Vertragstypisierung nicht nur bei Verträgen innerhalb des staatlichen Eigentums, sondern auch bei Verträgen der Staatsbürger untereinander aufgibt. So werden z. B. die Ladenverkäufe und Warenkäufe der Staatsbürger untereinander separat geregelt usw.

2. In einem System des planmäßigen Marktmechanismus ist die Gesetzgebung imstande, auf die herkömmlichen Grundsätze der Vertragstypisierung zurückzugreifen und auf dieser Grundlage zu einer einheitlichen Kodifikation des zivilrechtlichen Vertragssystems zu gelangen. Diese Möglichkeit hängt eng damit zusammen, daß - wie schon erwähnt - diese Art der sozialistischen Wirtschaftslenkung die wirtschaftlichen Austauschverhältnisse auch im Bereich des staatlichen Waren- und Dienstleistungsverkehrs verwendet und den zivilrechtlichen Verträgen eine bedeutende inhaltliche Funktion vorbehält.

In diesem indirekten Wirtschaftslenkungsmodell werden gleichzeitig gegensätzliche Wirkungen verstärkt. Wir denken vor allem an die Verwendung der "selbstregulierenden Verträge" und der standardisierten Verträge unter sozialistischen Umständen. Dies zeigt, daß das im wesentlichen gleiche Niveau der Produktivkräfte in den Rechten der beiden gesellschaftlichen Systeme zu ähnlichen rechtlichen Lösungen führt. Auch die mißbräuchliche Verwendung der standardisierten Verträge ist unter sozialistischen Verhältnissen eine Realität. Das führt einerseits ebenso zur Verminderung der Rolle der Vertragstypen, wie wir es bei den westlichen Rechten feststellen konnten, andererseits wird dadurch grundsätzlich die Möglichkeit der mißbräuchlichen Ausnutzung der wirtschaftlichen Überlegenheit bei Monopollagen eröffnet.

VI.

1. Kein Wunder, daß es nach den gesellschaftlich-wirtschaftlichen Umwälzungen unseres Jahrhunderts, die das klassische Vertragsrecht ausgehöhlt und seine Grundsätze und Institute in weiten Bereichen ihrer Funktion beraubt haben, auch zur theoretischen Abwertung der Vertragstypisierung kam.

Eine neue Grundlegung der Vertragstypen mit neuer funktioneller Abgrenzung finden wir hauptsächlich in der skandinavischen Rechtswissenschaft. Dies kann kein Zufall sein, wenn wir daran denken, daß die einst im kontinentaleuropäischen Rechtssystem wurzelnden nordischen Rechte nunmehr seit etlichen Jahrzehnten aus den angelsächsischen Rechtssystemen Impulse zur Weiterentwicklung und Erneuerung gewinnen; somit aus solchen Rechten, welche die dem römischen Recht entstammende kontinentaleuropäische Vertragstypisierung im Zuge ihrer Entwicklung bis heute vermieden haben.

2. Gegen die klassische Struktur der Vertragstypen wurden natürlich auch schon viel früher und von ganz anderer Seite Einwände formuliert, die das geltende System zuweilen bis in seine Grundfesten erschütterten. So hat z. B. Hoeniger 1910 in seiner Monographie über die gemischten Verträge die gesetzlichen Vertragstypen als Last bezeichnet, die zur Fessel adäquater Rechtsanwendung würden; deshalb habe die Rechtswissenschaft dem Gesetz mit einer gewissen Freiheit gegenüberzutreten und "eine Zertrümmerung und

Auflösung der gesetzlichen Vertragstypen" vorzunehmen<sup>33</sup>. Charmatz wiederum weist in seinem 1937 erschienenen Buch an zahlreichen Stellen darauf hin, daß das bestehende System der Vertragstypen sowohl in der deutschen wie in der französischen Rechtswissenschaft weithin strittig sei. Er bezweifelt die frühere Auffassung von der "Unveränderlichkeit" dieses Systems und stellt die Forderung nach einem - den modernen sozio-ökonomischen Gegebenheiten gerecht werdenden - Vertragsrecht auf<sup>34</sup>. Und 1975 wurde auf der deutsch-schwedischen Juristentagung (eben bei der Erörterung der rechtlichen Möglichkeiten zur Verhinderung von Mißbräuchen mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen) festgestellt, daß "die Vertragstypen des BGB die Differenziertheit des modernen Waren- und Dienstleistungsverkehrs nicht erfassen"<sup>35</sup>.

3. Die umfassendste Kritik am System der gesetzlichen Vertragstypen ist jedoch in der skandinavischen Literatur der letzten Jahrzehnte zu verzeichnen. Zum Unterschied von älteren kritischen Stellungnahmen bezweifeln diese nicht nur die Zeitgemäßheit der überlieferten Vertragstypisierung oder stellen gar ihre Daseinsberechtigung unter den heutigen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen in Frage, sondern entwerfen auch positive

---

(33) Hoeniger, H.: Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge. Bd. I. Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim-Leipzig 1910, p. 387.

(34) Charmatz (Fn. 7) XIII, pp. 22<sup>o</sup> et seq.

(35) Siehe den Bericht von Hoffmann/Siehr (Fn. 28 a. E.).

Gegenvorschläge; insbesondere befürworten sie solche Erklärungsmodelle, die heute schon durch die Praxis der Geschäftsabschlüsse nahegelegt oder gar bestätigt werden. Die Praxisbezogenheit der skandinavischen Rechtslehre zeigt sich übrigens auch in der Art der Problemaufrollung:

"In der neuesten skandinavischen Theorie spricht man nicht mehr von Rechtsgeschäften und Willenserklärungen, sondern von sogenannten dispositiven Erklärungen. Man legt den Hauptwert auf die Rechtswirkungen der Erklärung, ohne Rücksicht darauf, ob die sprachlichen Äußerungen Symbole, Handlungen oder Unterlassungen sind ... Wenn ein Verhalten, das gewöhnlich mit einem gewissen Komplex von Rechtswirkungen verbunden ist, festgestellt wird, so treten diese typischen Rechtswirkungen normal auch ein" - so führt etwa Jørgensen aus<sup>36</sup>. Eine - sowohl ihrem Inhalt wie ihrer theoretischen "Anspruchslosigkeit" nach - ähnliche Ansicht vertritt Olivecrona: Der Vertragsabschluß gleiche dem Druck auf einen Knopf, der das Erscheinen einer Dose bewirke. Diese "Dose" beinhalte dann nicht nur den Willen der Vertragspartner, sondern auch solche Dinge, die aus dem Vertragstyp folgten, und auch solche, die die Parteien - oder wenigstens eine von ihnen - nicht beabsichtigt hätten (z. B. wenn einem im Vertrag verwendeten Ausdruck eine gerichtlich objektiv begründete andere Auslegung als jene beigelegt werde, die beide Parteien oder auch nur eine von ihnen beabsichtigt hätten). Der Vertragsinhalt entspräche somit nicht dem von den Parteien tatsächlich Gewollten und übereinstimmend Erklärten: Der "Druck auf den Knopf" ließe demnach keine individuelle "Dose" erscheinen, sondern nur einen Dosentyp,

---

(36) Jørgensen (Fn. 28) 40.

und zwar jenen, der den Willen der Vertragspartner am meisten zum Ausdruck bringe. Demgemäß berücksichtige das Gericht sowohl die Absicht der Parteien als auch das entsprechende Vertragsmodell. Es versuche dann, den Vertrag mit einem schon bekannten Modell zu identifizieren; gelinge dies nicht, so strebe es die Ausgestaltung eines neuen Modells an<sup>37</sup>.

Zweifellos sind diese Auffassungen mehr an der tatsächlichen Praxis orientiert als danach bestrebt, eine umfassende, terminologisch differenzierte Theorie anzubieten. Doch ist die Überwindung der überlieferten, in der Pandektistik verhafteten Kategorien an sich schon keine leichte Aufgabe. Die "Modell-Theorie" von Olivecrona macht deutlich, in welcher Richtung die skandinavische Gerichtspraxis die Schranken der gesetzlichen Vertragstypen überschreitet: in erster Linie in Richtung einer offenen, flexibleren Annäherung an das Geschäftsleben, einer lebensnaheren, den gesetzlichen Vertragstypen gegenüber weniger weitgehenden Kategorisierung<sup>38</sup>.

Sundberg hält in seinem "clausal law approach", den er als Ergänzung der klassischen Vertragstypisierung ausgearbeitet hat, die herkömmlichen Vertragstypen - und so auch die schwerfällige, langsame Methode der gesetzlichen Typisierung im allgemeinen - in erster Linie für die rechtliche Erfassung neuer Vertragsverhältnisse des Güterverkehrs für

---

(37) Olivecrona: Penninghetens problem. Lund 1953, p. 146; vgl. auch Schmidt, F.: Model, Intention, Fault, Three Canons for Interpretation of Contracts, in: Scandinavian Studies in Law 4 (1960) 207.

(38) Olivecrona (Fn. 37) 146.

unzulänglich. Das clausal law, womit er praktisch die standardisierten Verträge im weitesten Sinne bezeichnet<sup>39</sup>, würde dem modernen Geschäftsverkehr und der Rechtspflege über die "rechtsleeren" Situationen hinüberhelfen, in die sie - angesichts immer neuer Mischformen von Rechtsgeschäften - durch die Starre der klassischen Vertragstypen und die erst mit jahrzehntelanger Verspätung einsetzende Gesetzgebung versetzt würden. Sundberg bezeichnet daher das clausal law als Vertragsrecht "praeter legem", insoweit es dem Recht der klassischen Schule, also dem System gesetzlicher Vertragstypisierung (sei es auch nur vorübergehend, bis zu einer neuen gesetzlichen Regelung) aushilft.

Das letztere biete nämlich zur rechtlichen Beurteilung neu entstehender Rechtsgeschäftstypen "herzlich wenig": "The Classical School has little to offer. Only by pursuing conceptualistic methods, like subsuming the new phenomenon under a preexisting contract type and thereby bringing all the legal consequences attached to that concept to apply, can the school lay down law in the classical sense. Such conceptualism is not fashionable in presentday Scandinavia."<sup>40</sup>

---

(39) "Clausal law ... (as a) term is hereby adopted to signify those rules which are created by the contract and derive their force from the validity of the contract, and which set aside the law of the cases and the governmental legislation unless it is *ius cogens*." Sundberg (Fn. 3) 129.

(40) Sundberg (Fn. 3) 130, 149.

Abgesehen von der rechtlichen Erfassung neuer rechtsgeschäftlicher Phänomene liefert das clausal law - nach Sundberg - bei gewissen Geschäften des internationalen Handels auch dem traditionellen, auf Vertragstypisierung beruhendem Recht einen Beitrag; und zwar dadurch, daß gewisse Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Firmen zahlreicher Länder inhaltlich gleich formuliert werden. Als Beispiel erwähnt er die Flugticket-Verträge internationaler Luftfahrtgesellschaften<sup>41</sup>.

Für die "Modell-Theorie" von Olivecrona, den "clausal law approach" von Sundberg und die anderen - die Überwindung der starren Vertragstypisierung bezweckenden - skandinavischen Erklärungsversuche ist die auffallend einheitliche Tendenz charakteristisch, den pandektistischen Nachlaß des kontinentaleuropäischen Systems hinter sich zu lassen. Dieses System ist heute infolge seiner Überbetonung der Begriffsbildung beschwerlich geworden. Die skandinavischen Vorschläge bringen (trotz gewisser Übertreibungen) sehr viele realistische, den modernen Anforderungen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs entsprechende Elemente hervor. Sie machen nicht zuletzt den tiefgreifenden Widerspruch zwischen der grundsätzlichen Statik gesetzlicher Vertragstypisierung und der ständigen Dynamik sozialer Lebensverhältnisse sichtbar<sup>42</sup>. Dieser Widerspruch wurde zwar schon vor Jahrhunderten erkannt, aber erst durch die sozio-ökonomische und wissenschaftlich-

---

(41) Sundberg (Fn. 3) 131.

(42) Sundberg (Fn. 3) 144. Zur allgemeinen Klarlegung des Problems "der Anpassung des notwendigerweise starren Rechts an die gesellschaftlich-wirtschaftliche Umgebung" Eörsi (Fn. 21) 413.



technische Entwicklung verschärft. Dessenungeachtet können die dargelegten Auffassungen freilich (trotz im einzelnen richtiger Kritik an dem klassischen System der Vertragstypisierung und trotz einer elastischeren Beurteilung neuer gesellschaftlicher Strukturen) keine richtige Alternative zu dem auf den gesetzlichen Vertragstypen aufbauenden Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse bieten.

Doch liegt dies gar nicht in der Absicht ihrer Verfasser. Sundberg z. B. betont ausdrücklich: "The clausal law approach ... is not meant to replace the Classical School. Its function is to supplement this school in the areas where the latter is unable to achieve results."<sup>43</sup> Jörgensen wiederum erachtet die Aufrechterhaltung der gesetzlichen Vertragstypen aus Gründen der Rechtssicherheit für notwendig, obgleich diesem Erfordernis - seiner Meinung nach - auch durch allgemeine Vertragsbedingungen und Musterverträge nachzukommen wäre<sup>44</sup>.

4. Aus den dargelegten kritischen Meinungen kann somit nicht die Schlußfolgerung gezogen werden, daß die Methode der Vertragstypisierung und die Lösungen, welche die herkömmlichen Vertragstypen bieten, zur Gänze überholt wären. Die Kritik soll nur davor bewahren, die Rolle der gesetzlichen Vertragstypen zu überschätzen, nicht soll sie hingegen davon

---

(43) Sundberg (Fn. 3) 149.

(44) Jörgensen (Fn. 28) 21; vgl. auch 15, 45; des weiteren noch Betti (Fn. 3) 282.

abhalten, sie zu verwenden. Die Kritik ist jedoch insoweit stichhaltig, als wir die gesetzlichen Vertragstypen nicht per se als Mittel der rechtlichen Klassifikation der sich ständig verändernden wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse auffassen dürfen, somit vermeiden sollten, sie zum "Prokrustes-Bett" rechtsgeschäftlicher Vorgänge zu machen.

Kaum strittig kann auch sein, daß die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Änderungen des vergangenen Jahrhunderts (neben anderen Institutionen der traditionellen Privatrechtsdogmatik) auch die Kategorie der gesetzlichen Vertragstypen ergriffen und deren Rolle und Bedeutung gewandelt haben. Die Probleme traten vor allem bei der Rechtsanwendung auf und äußerten sich hier hauptsächlich in der steigenden Diskrepanz zwischen den Tatbeständen der Vertragstypen und den an sie geknüpften Rechtsfolgen. Diese Diskrepanz ist m. E. vor allem darauf zurückzuführen, daß die sozialen Verhältnisse seit der Entstehung der gesetzlichen Regeln über die wichtigsten Vertragstypen wesentlich komplizierter geworden sind; und während das Begriffsinstrumentarium - bei genügender Abstraktheit - dafür ausreicht, die neuen Verhältnisse tatbestandlich zu erfassen, vermögen die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen mit der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung nicht Schritt zu halten. Denn in sehr vielen Fällen bringen die Rechtsfolgen der Vertragstypen ein früheres wirtschaftlich-gesellschaftliches Niveau zum Ausdruck. Ein bedeutender Teil der Bestimmungen in den geltenden Gesetzbüchern stellt auf Geschäfte des einfachen Kleinunternehmers im liberalen Kapitalismus ab.

Im modernen Wirtschaftsleben sucht man diesen Anachronismus der gesetzlichen Vertragstypen zu vermeiden. Dieses Bestreben kommt in den erörterten Krisenerscheinungen der gesetzlichen Vertragstypisierung, insbesondere auch in der Verbreitung standardisierter und "selbstregulierender" Verträge, zum Ausdruck. Auch in der Zunahme von Mischformen und Unterarten verschiedener Vertragstypen äußert sich diese Tendenz. So finden wir vor allem bei den Kauf- und Werkverträgen immer mehr normative Begriffsbestimmungen von Vertragsuntertypen. Das Erfordernis einer differenzierteren Regelung taucht deshalb auf, weil die durch die begriffliche Allgemeinheit des gegebenen Vertragstyps umfaßten Lebensverhältnisse nicht derart homogen sind, daß sie einheitlich geregelt werden könnten.

Die spezifischen Probleme der Vertragssysteme in den sozialistischen Staaten haben zum Teil denselben Ursprung. Eine Zusammenfassung der für wirtschaftliche Organisationen einerseits und der für Staatsbürger andererseits vorgesehenen Vertragstypen zu einem einheitlichen System ist ja - grundsätzlich - in dem planmäßigen Marktmechanismus möglich; eine homogene Regelung läßt sich jedoch nicht bei allen Vertragstypen verwirklichen. Bei mehreren Vertragstypen (z. B. bei Kaufvertrag, Werkvertrag, Auftrag usw.) ist es weiterhin notwendig, abweichende Regelungen für Verträge zwischen wirtschaftlichen Organisationen vorzusehen. Die betriebliche Herstellung von Massengütern, die Serienproduktion oder auch die Erzeugung von komplizierten Einzelprodukten erfordert in vielerlei Hinsicht - sowohl im Westen als auch im Osten - eine andere rechtliche Regelung als es in einer auf Manufakturbetrieben aufbauenden Wirtschaftsordnung der Fall war.

5. Zur Modernisierung der gesetzlichen Vertragstypen bieten sich somit mehrere Wege an. Das Recht ist gezwungen, auch auf diesem Gebiet sich den wandelnden sozialen Verhältnissen anzupassen. M. E. ist jedoch jene Auffassung richtig, die neben der Erforschung der Modernisierungsmethoden im Vertragsrecht davon ausgeht, daß die Vertragstypen römischrechtlichen Ursprungs nicht nur reformbedürftig, sondern auch reformfähig sind.

Diese Auffassung wird auch durch die neueren Kodifikationsvorhaben bestätigt, und zwar sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene: Der Gedanke der Vertragstypisierung lebt weiter in den Kodifikationsreformbestrebungen der einzelnen Staaten und auch in den Staatsverträgen privatrechtlicher Natur.

Der Katalog der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB wurde (erstmalig seit 1900) durch das Änderungsgesetz vom 4. Mai 1979 um einen neuen Untertyp erweitert: den Reisevertrag. Diese Entwicklung gilt es weiterzuführen. Die Reformarbeiten des Schuldrechts, deren Hauptaufgabe es ist, die systematische Geschlossenheit und die Übersichtlichkeit des Schuldrechts wiederherzustellen und den bereits eingetretenen Wandel der Wirtschafts-, Sozial- und Rechtsordnung im Zweiten Buch des BGB sichtbar zu machen, wollen auch einige außerhalb des BGB entstandene Vertragstypen, die für den heutigen Rechtsverkehr von besonderem Gewicht sind, in das Gesetzbuch

zurückführen<sup>45</sup>. Der Gesetzgeber hat nämlich eine Reihe von Vertragstypen an anderer Stelle ausgeformt. Es geht außerdem darum, nicht oder unzureichend normierte Vertragstypen gesetzlich zu regeln, solche Vertragstypen, die in der Wirtschaftspraxis verbreitet sind. Als kodifikationsreife besondere Vertragsgestaltungen werden u. a. der Bauvertrag, das Leasinggeschäft, der medizinische Behandlungsvertrag, der Factoringvertrag, der Architektenvertrag hervorgehoben, über viele mögliche Untertypen nicht zu sprechen<sup>46</sup>. Eines ist schon auf Grund der bisherigen Reförmarbeiten festzustellen: Das deutsche BGB wird auch in der Zukunft die einzelnen Vertragsgestaltungen mit Hilfe von Vertragstypen definieren und normieren - und dies mit gutem Grund.

Eine ganz ähnliche Bestrebung kann man auch in der fortgeschrittenen niederländischen Zivilrechtskodifikation beobachten: Die besonderen Vertragsverhältnisse werden im Entwurf (Buch 7 und 8) in traditionell aufgefaßten Vertragstypen geregelt<sup>47</sup>. Diese traditionelle Strukturierung der Regelung für die besonderen Vertragsgestaltungen hindert

---

(45) Vgl. die vom Bundesminister der Justiz herausgegebenen Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: I, II (Köln 1981) und III (Köln 1983), insbesondere I, pp. XIV et seq., 911 et seq., II, 1115 et seq.

(46) Gutachten (Fn. 45) I, p. XIV et seq.; II, 1049 et seq.

(47) Vgl. Basedow, J.: Grundfragen der Vertragsreform - Niederländische Erfahrungen, in: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 79 (1980) 132 et seq.; Lüderitz, A.: Die Überarbeitung des deutschen Schuldrechts im Lichte internationaler Erfahrungen, insbesondere in den Niederlanden. Festschrift Hübner (1983) 593 et seq.; Gotzen, P.: Die niederländische Gesetzgebung zum Zivilrecht, in: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 85 (1986) 324 et seq.

den Gesetzgeber nicht, Antworten auf die rechtlichen Gegenwartsprobleme zu geben, die von der technischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung moderner Industriestaaten aufgeworfen werden: "Der Entwurf zeigt an drei Beispielen eine Tendenz des Vertragsrechts zur Herausbildung sozialer und liberaler Spielarten desselben Vertragstypus: Im Kaufrecht stehen die allgemeinen Regeln dem verbraucherschutz-orientierten Abzahlungskauf gegenüber, im Dienstleistungsrecht finden wir einen ähnlichen Gegensatz zwischen der Wahrnehmung fremder Angelegenheiten und dem Arbeitsvertragsrecht, im Mietrecht gilt eine besondere Abteilung dem Schutz des Wohnraummieters vor Kündigung. Der Schutz der schwächeren Vertragspartei zieht sich als leitender Gesichtspunkt durch diese neuen Normenkomplexe. Ihnen gegenüber stehen die vielen Regelungen, die am traditionellen Vertragsbild vom Einverständnis freier und gleicher Bürger orientiert sind."<sup>48</sup> Zweierlei Vertragsrecht harmonisch in ein Zivilgesetzbuch zu fügen, ist eine große Aufgabe des heutigen Gesetzgebers, zu deren Lösung die traditionelle Vertragstypisierung eine sichere Grundlage schaffen kann.

Erneuerung des Zivilrechts kann wohl durch Traditionsbewahrung unterstützt werden.

---

(48) Basedow (Fn. 47) 147.