

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 34

Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem

Dargestellt am Beispiel
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Von
Falk Roscher



Duncker & Humblot · Berlin

FALK ROSCHER

Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 34

Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem

Dargestellt am Beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Von

Dr. Falk Roscher



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1974 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1974 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03083 4
D 21

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Einleitung

I. Problemstellung	7
II. Zur Methode	12

Zweiter Teil

Das Vorverständnis zum Problem der Vertragsfreiheit im Bereich der AGB

1. <i>Abschnitt</i> : Das Vorverständnis in Wissenschaft und Rechtsprechung ..	17
I. Das Problem der einseitigen Aufstellung	17
II. Die rechtliche Lösung des Problems	20
2. <i>Abschnitt</i> : Kritik des Vorverständnisses der Wissenschaft und Rechtsprechung	24
I. Die Gleichsetzung von Wirtschaftspraxis und Recht	24
II. Die Rationalität der AGB	24
III. Das Ausweichen auf die Richtigkeitskontrolle, insbesondere die Theorie von Manfred Wolf	30
3. <i>Abschnitt</i> : Das eigene Vorverständnis	37
I. Die Betonung der Selbstbestimmung	37
II. Das Verhältnis von Freiheit und Gerechtigkeit	39

Dritter Teil

Die Konkretisierung des Art. 2¹ GG

1. <i>Abschnitt</i> : Das Verfassungsverständnis	42
I. Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens	42
II. Die Bedeutung der Grundrechte	43

2. Abschnitt: Vertragsfreiheit und das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 ^I	46
I. Die Abhängigkeit eines Grundrechts Vertragsfreiheit vom Privatrecht	46
II. Das Verhältnis der Schrankentrias des Art. 2 ^I zu einem Grundrecht Vertragsfreiheit	48
III. Das Grundrecht auf Selbstbestimmung im wirtschaftlichen Bereich	54
3. Abschnitt: Der Umfang wirtschaftlicher Selbstbestimmung	58
I. Selbstbestimmung und „Wirtschaftsverfassung“	58
II. Selbstbestimmung und Eigentum	64
III. Selbstbestimmung und Sozialstaatsprinzip	70
IV. Ergebnis	74

Vierter Teil

Praktische Folgerungen für den Bereich der AGB

1. Abschnitt: Alternativmodelle	78
I. Die Notwendigkeit neuer Formen von Selbstbestimmung	78
II. Das Modell der participatory democracy im einzelnen	85
2. Abschnitt: Vorschläge für eine Verwirklichung des Modells der participatory democracy	96

Fünfter Teil

Ergebnisse und Folgerungen

I. Ergebnisse	107
II. Folgerungen und Ausblick	108
Literaturverzeichnis	112

Erster Teil

Einleitung

I. Problemstellung

1. Private Autonomie und damit auch Vertragsfreiheit konnten sich erst entwickeln, nachdem sich Warenverkehr und Güterproduktion von feudalen Bindungen lösten. Zwar gab es schon zuvor Verträge, jedoch wurden die Beziehungen der einzelnen untereinander im wesentlichen nicht durch Rechtsgeschäfte vermittelt, sondern sie wurden durch die geltende Ordnung des Standes oder Verbandes bestimmt, dem der einzelne angehörte. Mit dem zunächst noch von staatlicher Seite verordneten und geförderten Merkantilismus und der damit verbundenen kapitalistischen Produktionsweise werden die gesellschaftlichen Beziehungen in steigendem Umfang auf Tauschverhältnisse gegründet, so daß sich ein umfangreicher Markt bilden kann. Allerdings bleiben diese nunmehr privatisierten Beziehungen zunächst noch reglementiert durch die Eingriffe des staatlichen Machtapparates. Aber sie bildeten das Modell für eine Theorie, in der der Marktverkehr auch von diesen Beschränkungen befreit ist und sich privatautonom vollziehen kann¹: Die autonome Warenproduktion der Wirtschaftssubjekte, als „subjektiv anarchische“, soll durch den freien Wettbewerb am Markt eine Ordnung hervorbringen, die „objektiv harmonisch“^{1a} ist. Notwendig zur Herstellung der Ordnung soll absolute Freiheit von staatlichem Zwang, im besonderen Gewerbefreiheit, Eigentumsfreiheit und Vertragsfreiheit sein. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt würden, könne sich das System zur Wohlfahrt aller regulieren. Machtausübung der Privaten untereinander erscheint ausgeschlossen, weil man sich die ökonomische Macht der Warenbesitzer als gegenseitig neutralisiert vorstellt. Herrschaftsfreiheit, und zwar sowohl von staatlicher Reglementierung als auch privater Macht wird als mit Ordnung sinnvoll verbunden angesehen. Die Kodifikationen des bürgerlichen Rechts von 1794, 1804 und

¹ Gemeint sind die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Theorien von *Adam Smith*, *Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*, Basil 1776, von *David Ricardo*, *On the Principles of Political Economy, and Taxation*, London 1817 und von *Jean Baptiste Say*, *Catéchisme d'Economie politique*, Paris 1815.

^{1a} *Habermas*, *Strukturwandel* S. 108.

1811² legen die dafür notwendigen Garantien des privaten Eigentums, der Erbfreiheit und der Vertragsfreiheit fest.

Die Garantien erweckten jedoch lediglich Hoffnungen auf Herrschaftsfreiheit, die nicht erfüllt wurden. Nicht erst die Industrialisierung verhinderte Autonomie; die Vertragsfreiheit war vielmehr von Beginn an beschränkt auf die kleine Minderheit der Warenbesitzer und Bildungsbürger, wobei sich dieser Personenkreis weithin deckte, da Bildung an Besitz gebunden war. Die Masse des „Volkes“ vermochte an der Befreiung nicht teilnehmen. Es wurde bei der Interpretation der Freiheit von einer *allgemeinen*, für *jedermann* gegebenen Freiheit auch gar nicht erst ausgegangen: „Die ... erforderliche Qualität ist, außer der natürlichen (daß es kein Kind, kein Weib sei), die einzige: daß er sein eigener Herr sei, mithin irgendein Eigentum habe (wozu auch jede Kunst, Handwerk, oder schöne Kunst, oder Wissenschaft gezählt werden kann), welches ihn ernährt; d. i. daß er in den Fällen, wo er von anderen erwerben muß, um zu leben, nur durch Veräußerung dessen, was sein ist, erwerbe, nicht durch Bewilligung, die er anderen gibt, von seinen Kräften Gebrauch zu machen, folglich, daß er niemanden als dem gemeinen Wesen im eigentlichen Sinne des Wortes diene³.“

Die Möglichkeit der Korrektur dieser beschränkten Freiheit dadurch, daß jedermann innerhalb der absolut freien Beziehungen durch Talent, Glück und Fleiß sich schließlich „den Stand eines Mitmenschen“ schaffen könne, „der sein eigener Herr ist“⁴, wurde noch vor dem Einsetzen der eigentlichen Industrialisierung als Fiktion erkannt. Bereits Hegel entdeckte, daß die bürgerliche Gesellschaft, „die von Natur gesetzte ... Ungleichheit ... nicht nur nicht aufhebt, sondern ... zu einer Ungleichheit der Geschicklichkeit, des Vermögens und selbst der intellektuellen und moralischen Bildung erhebt“⁵. Durch die gesellschaftliche Reproduktion „vermehrt sich die Anhäufung der Reichtümer ... auf der einen Seite, wie auf der anderen Seite die Vereinzelung und Beschränktheit der besonderen Arbeit und damit die Abhängigkeit und Not der an diese Arbeit gebundenen Klasse“⁶.

² In Preußen 1794 das ALR, in Frankreich 1804 der Code Civil und in Österreich 1811 das ABGB.

³ *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nichts für die Praxis, 1793 in *Kant*, Werke ed. Wilhelm Weischedel, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1964, Bd. VI, S. 151. *Kant* bezieht dies auf die Freiheit des *citoyen*, des „Staatsbürgers“, aber er bestimmt damit zugleich, wann jemand nur bei seinen Beziehungen, also auch zu seinen Mitmenschen, sich als eigener Herr bezeichnen darf: wenn er Eigentümer ist! In einer Fußnote führt er dann weiter aus, daß nur die Privateigentümer, die untereinander als Warenbesitzer mittels Tausch von Gütern verkehren, ihre eigenen Herren seien.

⁴ *Kant* S. 152 und Fußnote S. 151 a. E.

⁵ *Hegel*, Rechtsphilosophie § 200.

⁶ *Hegel*, Rechtsphilosophie § 243.

2. Statt Herrschaftsfreiheit in einem vollständig, d. h. auch von staatlicher Reglementierung befreiten Tauschverkehr der Privatleute, bildeten sich in den Formen bürgerlicher Vertragsfreiheit neue Gewaltverhältnisse⁷. Vertragsfreiheit wurde von Anfang an als Mittel zur Ausschaltung dieser Freiheit bei den damals wie heute zahlenmäßig überwiegenden wirtschaftlich schwächeren, d. h. nicht durch Eigentum unabhängigen Vertragspartnern benutzt^{7a}. Die Beschränkung vor allem der Gestaltungsfreiheit war besonders gravierend in den Beziehungen zwischen den Eigentümern der Produktionsmittel und den Lohnabhängigen.

Die Probleme der Vertragsfreiheit sind heute keine anderen: Die industrielle Entwicklung ist nur soweit fortgeschritten, daß die zu ihrem Beginn noch als Träger des vorgeblich machtfreien Tauschverkehrs fungierenden Kleinwarenproduzenten in die große Masse derer abgerutscht sind, die den Anspruch ihr eigener Herr zu sein bezüglich der Vertragsfreiheit, insbesondere der Vertragsgestaltungsfreiheit nicht erheben können⁸. Aber nicht die nun auch quantitativ immer deutlicher werdende Beschränkung der Autonomie macht den Mißbrauch der

⁷ *Habermas*, Strukturwandel S. 152; ähnlich *Wieacker*, Das Sozialmodell S. 10: „... die formalen Ideale der bürgerlichen Rechtsordnung (waren) genau auf die Erfordernisse der expansiven, unternehmensfreudigen und kapitalstarken Pioniere der industriellen Revolution zugeschnitten ... , damit (ist) schon gesagt, daß diese Ideale auf Kosten der Klassen durchgesetzt wurden, deren Lebensbedingungen sie nicht entsprachen“.

^{7a} Überaus deutlich wurde dies von einem Kautelarjuristen zur Rechtfertigung bestimmter AGB formuliert: „In der Tat ist die liberalistische Vorstellung, jede Partei unterliege grundsätzlich bei Abschluß eines Vertrages der Privatautonomie, die Vertragsbedingungen würden also in völliger Abschluß- und Gestaltungsfreiheit ausgehandelt, eine Utopie. Von jeher wurden die Vertragsbedingungen dem wirtschaftlich Schwächeren vom wirtschaftlich Stärkeren diktiert.“ *S. Ott NJW 72, 420 (421)*.

⁸ Als ein gewisses Indiz für diese Veränderung kann das Verhältnis der selbständig zu den unselbständig Erwerbstätigen im Bundesgebiet im April 1971 herangezogen werden (Quelle: Stat. Jahrbuch 1972, S. 124, Tabelle 7 b). Die Land- und Forstwirtschaft, Tierhaltung und Fischerei ist bei den folgenden Zahlen nicht berücksichtigt, weil dort die Verhältnisse wegen der großen Zahl der mithelfenden Familienangehörigen, deren Einordnung als selbständig oder unselbständig schwierig ist, unklar sind (Selbständige 761 000, Mithelfende Familienangehörige 1 161 000 und Unselbständige 2 780 000).

Insgesamt:	Unselbständige	Selbständige	Mithelfende Angeh.
	21 515 000	1 902 000	486 000
in Prozent:	90 %	7,95 %	2,05 %

Die Zahlen verändern sich weiter zu Lasten der Selbständigen, wenn man das eigentlich *produzierende Gewerbe*, also die Warenherstellung (Industrie, produzierendes Handwerk, Baugewerbe, Energie- und Wasserversorgung) betrachtet:

	Unselbständige	Selbständige	Mithelfende Angeh.
	12 059 000	647 000	152 000
in Prozent:	93,78 %	5,03 %	1,19 %