

Universität Bern  
Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Herbstsemester 2017  
Zivilistisches Seminar

Prof. Dr. Yeşim M. Atamer, LL.M.

## Gerechtigkeit im Vertragsrecht

„Marktversagen“ vs. „Schutz der schwächeren Partei“ als Begründung für den  
Eingriff in den Vertrag

---

Vorgelegt am 4. Dezember 2017

[REDACTED]

[REDACTED]

## I. Inhaltsverzeichnis

---

<b>I. Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>I</b>
<b>II. Literaturverzeichnis</b> .....	<b>III</b>
<b>III. Materialienverzeichnis</b> .....	<b>VII</b>
Erlasse .....	VII
Judikatur.....	VII
<b>IV. Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>VIII</b>
<b>A. Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>B. Der Vertrag</b> .....	<b>2</b>
<b>I. Entwicklung des Vertrages</b> .....	<b>2</b>
<b>II. Rahmenbedingungen eines gerechten Vertrages</b> .....	<b>4</b>
1. Vertragsfreiheit.....	4
a) Rechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit .....	4
b) Vertragsfreiheit in der schweizerischen Rechtsordnung .....	5
c) Rechtsgut der Vertragsfreiheit .....	5
2. Vertragsgerechtigkeit .....	6
a) Materiale Vertragsgerechtigkeit.....	6
b) Formale Vertragsgerechtigkeit .....	8
c) Vertragsfreiheit als formale/prozedurale Vertragsgerechtigkeit? .....	8
3. Materialisierung des Vertragsrechts .....	9
<b>III. Eingriffe in den Vertrag</b> .....	<b>10</b>
1. Eingriffsvoraussetzungen .....	10
2. Notwendigkeit von Eingriffen am Beispiel von AGB .....	11
<b>C. Marktversagen</b> .....	<b>13</b>
<b>I. Bedeutung des funktionierenden Marktes</b> .....	<b>13</b>
1. Idealtypischer Markt .....	13
a) Information.....	13
b) Transaktionskosten .....	13
c) Wettbewerbsbedingungen .....	14
2. Sinn und Zweck des Wettbewerbs .....	14
a) Vertragsfreiheit .....	14
b) Preisbildung .....	14
c) Wohlfahrt .....	15
3. Ökonomische Gesichtspunkte des Vertrages .....	15
<b>II. Marktversagen als Auslöser für Vertragseingriffe</b> .....	<b>16</b>

1. Marktversagen und AGB .....	16
2. Exkurs: Wohnungsmiete .....	18
<b>D. Schutz der schwächeren partei .....</b>	<b>19</b>
<b>I. Die schwächere Partei.....</b>	<b>19</b>
1. Individuelle Schwäche.....	19
a) Willensschwäche .....	19
b) Wissensschwäche .....	20
c) Wirtschaftliche Schwäche .....	20
2. Strukturelle Schwäche.....	20
<b>II. Schutz der schwächeren Partei als Rechtfertigung für Vertragseingriffe .....</b>	<b>21</b>
1. Schutz der schwächeren Partei und AGB .....	21
2. Exkurs: Wohnungsmiete .....	22
<b>E. Gegenüberstellung: Marktversagen vs. Schutz der schwächeren Partei .....</b>	<b>23</b>
<b>F. Fazit.....</b>	<b>24</b>
<b>V. Selbstständigkeitserklärung .....</b>	<b>X</b>

## II. Literaturverzeichnis

---

ARNET RUTH: Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht, Bern 2008 (zitiert: ARNET).

ATAMER YEŞİM: Why Judicial Control of Price terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer – Insights from Behavioural Law and Economics, in: John Wiley & Sons (Hrsg.), *The Modern Law Review*, S. 624 ff., Oxford/Malden 2017 (zitiert: ATAMER).

BECKER MICHAEL: Der unfaire Vertrag, Verfassungsrechtlicher Rahmen in privatrechtlicher Ausfüllung, Tübingen 2003 (zitiert: BECKER).

BELSER EVA MARIA: Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, in: Gauch Peter (Hrsg.), *Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Dissertation, Band 198*, Freiburg 2000. (zitiert: BELSER).

BERGMANN ANDREAS: Die Rechtsfolgen des ungerechten Vertrages, Die Grundlegung einer Lehre der materiellen Vertragsgerechtigkeit, Tübingen 2014 (zitiert: BERGMANN).

BUFF FELIX: Vertragliche Anpassungsklauseln im schweizerischen Recht, Dissertation, Zürich/Basel/Genf 2016 (zitiert: BUFF).

BYDLINSKI FRANZ: Gerechtigkeit als rechtspraktischer Maßstab kraft Sach- und Systemzusammenhangs, in: Beck-Mannagetta Margaraethe/Böhm Helmut/Graf Georg (Hrsg.), *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, Rechtsethik, Band 3*, Wien/New York 1996 (zitiert: BYDLINSKI).

CANARIS CLAUS-WILHELM: Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, in: Bork Reinhard/Taupitz Jochen/Wagner Gerhard (Hrsg.), *Archiv für die civilistische Praxis*, 200. Band (2000), S. 273 ff. (zitiert: CANARIS).

FLUME WERNER: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Dritte, ergänzte Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1979 (zitiert: FLUME).

FORNASIER MATTEO: Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, *Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 429*, Berlin 2013 (zitiert: FORNASIER).

FURGLER DOMINIK: Die Anknüpfung der Vertragsform im internationalen Privatrecht, *Der Aus-*

gleich zwischen Parteiautonomie und Schutz des Schwächeren, insbesondere im schweizerischen IPR Entwurf, Zürich 1985 (zitiert: FURGLER).

HAYBÄCK GERWIN: Verbraucherschutzmodelle für ein faires Vertragsrecht, Mit 21 Abbildern von Reinhold Brandstätter, Austria: Forschung und Wissenschaft – Rechtswissenschaft, Band 2, Wien 2008 (zitiert: HAYBÄCK).

HEBESTREIT NATASCHA: Die Verantwortung des Wirtschaftsakteurs, Eine vertragstheoretische Betrachtung, Wiesbaden 2015 (zitiert: HEBESTREIT).

HEINRICH CHRISTIAN: Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, Jus Privatum, Band 47, Tübingen 2000 (zitiert: HEINRICH).

HÖNN GÜNTHER: Kompensation gestörter Vertragsparität, Ein Beitrag zum inneren System des Vertragsrechts, München 1982 (zitiert: HÖNN).

HUGUENIN CLAIRE/MEISE BARBARA: Art. 19/20, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015 (zitiert: BSK-HUGUENIN/MEISE).

KÖTZ HEIN: Europäisches Vertragsrecht, 2., aktualisierte und vervollständigte Auflage, Tübingen 2015 (zitiert: KÖTZ).

KÖTZ HEIN: Vertragsrecht, 2., überarbeitete und aktualisierte Auflage, Tübingen 2012 (KÖTZ-Vertragsrecht).

KÖTZ HEIN: Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle, Eine rechtsökonomische Skizze (2003), in: Basedow Jürgen/Hopt Klaus/Zimmermann Reinhard (Hrsg.), Undogmatisches, Rechtsvergleichende und rechtsökonomische Studien aus dreißig Jahren, Tübingen 2005 (zitiert: KÖTZ-Schutzzweck).

KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS/PERRIG ROMAN: Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016 (zitiert: KRAMER/PROBST/PERRIG).

KÜNZLER ADRIAN: Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Dissertation, Tübingen 2008 (zitiert: KÜNZLER).

LEUSCHNER LARS: Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle: Weshalb M&A-Verträge nicht

der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. AGB unterliegen, in: Bork Reinhard/Taupitz Jochen/Wagner Gerhard (Hrsg.), Archiv für die civilistische Praxis, 207. Band (2007), S. 491 ff. (zitiert: LEUSCHNER).

LEYENS PATRICK C./SCHÄFER HANS-BERND: Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, in: Bork Reinhard/Taupitz Jochen/Wagner Gerhard (Hrsg.), Archiv für die civilistische Praxis, 210. Band (2010), S. 771 ff. (zitiert: LEYENS/SCHÄFER).

LOMFELD BERTRAM: Die Gründe des Vertrages, Eine Diskurstheorie der Vertragsrechte, Tübingen 2015 (zitiert: LOMFELD).

MAINE HENRY JAMES SUMNER: Ancient Law, Its Connection to the History of Early Society, London/New York 2007 (EBook Version; zitiert: MAINE).

MOHR JOCHEN: Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, Domesticierung wirtschaftlicher Macht durch Inhaltskontrolle der Folgeverträge, Jus Privatum, Band 196, Tübingen 2015 (zitiert: MOHR).

OECHSLER JÜRGEN: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluss auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages, Jus Privatum, Band 21, Tübingen 1997 (zitiert: OECHSLER).

SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage, Berlin/Heidelberg 2012 (zitiert: SCHÄFER/OTT).

SCHMIDT-RIMPLER WALTER: Zum Vertragsproblem, in: Baur Fritz/Escher Josef/Kübler Friedrich/Steindorff Ernst (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974 (zitiert: SCHMIDT-RIMPLER).

SCHWENZER INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016 (zitiert: SCHWENZER).

SEDLMEIER KATHLEEN: Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag, Studien zum Privatrecht, Band 21, Tübingen 2012 (zitiert: SEDLMEIER).

STÜRNER MICHAEL: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Schuldvertragsrecht, Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Jus Privatum, Band 153, Tübingen 2010 (zitiert: STÜRNER).

THOUVENIN FLORENT: Art. 8, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zitiert: BSK-THOUVENIN).

TSCHENTSCHER AXEL: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht, Baden-Baden 2000 (zitiert: TSCHENTSCHER).

UEBERSAX HANS-RUDOLF: Der Schutz der schwächeren Partei im internationalen Vertragsrecht, Basel 1976 (zitiert: UEBERSAX).

WATTER ROLF/SPILLMANN TILL: Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, in: Daeniker Daniel/Gerhard Frank/Maizar Karim et al. (Hrsg.), GesKR – Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, S. 94-116, Zürich 2006 (zitiert: WATTER/SPILLMANN).

WENDENBURG FELIX: Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, in: Stürner Rolf (Hrsg.), Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Band 95, Tübingen 2013 (zitiert: WENDENBURG).

WESEL UWE: Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 4., neu bearbeitete Auflage, München 2014 (zitiert: WESEL).

WILL HEINER KARL: Notice und Reasonableness, Instrumente der Vertragskontrolle im Common Law des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1994 (zitiert: WILL).

ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE/BUCHER EUGEN: Vor Art. 1-40 f., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015 (zitiert: BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER).

### III. Materialienverzeichnis

---

#### Erlasse

---

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220 (Stand am 1. April 2017).

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101 (Stand am 12. Februar 2017).

#### Judikatur

---

Bundesgerichtsentscheid	BGE 123 III 292
Bundesgerichtsentscheid	BGE 129 III 276
Bundesgerichtsentscheid	BGE 142 III 442
Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (DE)	BVerfGE 89, 214

#### IV. Abkürzungsverzeichnis

---

Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
bes.	besonders
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
b2c-contracts	business to consumer contracts (dt. Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen und Privatpersonen)
d.h.	das heisst
dt.	deutsch
DE	Deutschland
E.	Erwägung
evtl.	eventuell
f.	folgende (Singular)
ff.	folgende (Plural)
FN	Fussnote
grds.	grundsätzlich
Hrsg.	Herausgeber
insb.	insbesondere
i.d.R.	in der Regel
lit.	litera (dt. Buchstabe)
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.V.	mit weiterem Verweis / mit weiteren Verweisen
N	Randnote
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
resp.	respektive
S.	Seite
sic	sic erat scriptum (dt. so stand es geschrieben)
sog.	sogenannten

SR	Systematische Rechtssammlung
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
u.U.	unter Umständen
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
vs.	versus (dt. gegenübergestellt)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

## A. EINLEITUNG

---

Verträge dienen der privatautonomen Regelung von Rechtsverhältnissen und bilden eine durch die Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Form der Kooperation.<sup>1</sup> Im Vertragsrecht gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, was insb. bedeutet, dass die Parteien frei darüber entscheiden können, mit wem und mit welchem Inhalt sie einen Vertrag schliessen möchten.<sup>2</sup>

In der heutigen Gesellschaft ist diese Möglichkeit der privatautonomen Gestaltung von Rechtsverhältnissen auch kaum mehr wegzudenken. So werden Verträge wohl allgemein als selbstverständliche Grundlage eines jeden Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung gesehen. Allgemein bekannt dürfte indes auch sein, dass neben dem vertragskonstitutiven Element der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Vertragsparteien nach Art. 1 Abs. 1 OR, zusätzlich weitere Vorgaben sowie Beschränkungen der Vertragsfreiheit bestehen und u.U. mithin auch Eingriffe in Verträge möglich sind.<sup>3</sup> Demnach drängt sich die Frage auf, wie sich solche Eingriffe begründen lassen. Als mögliche Gründe werden in der Literatur<sup>4</sup> u.a. das Marktversagen, als auch der Schutz der schwächeren Partei diskutiert.

In der vorliegenden Arbeit soll geklärt werden, welche Rollen das Marktversagen und der Schutz der schwächeren Partei im Zusammenhang mit Eingriffen in Verträge spielen, wobei nicht zuletzt auch der Frage nach deren Verhältnis in diesem Zusammenhang nachgegangen werden soll. Für eine schrittweise Annäherung an das Kernthema, wird dazu zunächst ein Blick auf die historische Entwicklung des Vertrages geworfen. Danach sollen anhand der Begriffe der Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit die vertragstheoretischen Grundlagen bzgl. der Entstehung eines gerechten Vertrages dargelegt werden, um im Anschluss daran festhalten zu können, unter welchen Bedingungen allgemein in Verträge eingegriffen werden kann. Schliesslich werden sodann anhand der AGB-Problematik das Marktversagen und der Schutz der schwächeren Partei als mögliche Hauptgründe für Vertragseingriffe untersucht.

Es wird erwartet, dass das Marktversagen für Vertragseingriffe die wahrscheinlichere Begründung ist als der Schutz der schwächeren Partei, da letztere möglicherweise lediglich aufgrund des Marktversagen entsteht. Diese Erwartungshaltung bildet zugleich die These dieser Arbeit, welche als Leitfaden für die nachfolgende Abhandlung dienen soll. Die These soll nach umfassender Diskussion schlussendlich abschliessend bestätigt oder verworfen werden.

---

<sup>1</sup> BELSER, S. 50; vgl. BUFF, S. 10 f.

<sup>2</sup> SCHWENZER, N 25.01; BUFF, S. 13.

<sup>3</sup> Vgl. u.a. BSK-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 3; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, Vor Art. 1-40 N 2.

<sup>4</sup> Vgl. statt vieler, FORNAISER, S. 64 betreffend das „Marktversagen“; FURGLER, S. 16 betreffend den „Schutz der schwächeren Partei“.

## B. DER VERTRAG

---

### I. Entwicklung des Vertrages

---

Während Ansprüche auf Leistungen gegenwärtig meistens aufgrund einer vertraglichen Abmachung entstehen,<sup>5</sup> ergaben sich solche früher vielmehr aus dem Status der jeweils Beteiligten.<sup>6</sup> Was also bspw. ein Herr<sup>7</sup> von seinem Leibeigenen zu Gute hatte, ergab sich nicht aufgrund einer Willenseinigung, sondern aufgrund der Beziehung in der die Beiden zueinander standen.<sup>8</sup> Die entscheidende Grundlage für das Entstehen von Rechten und Pflichten war demnach der berufsständische Status.<sup>9</sup> Dies bedeutet, dass man sich dieses Statusverhältnis nicht aussuchen konnte, da es darauf beruhte, in welche Sippe, welchen Stand oder welchen Beruf man hineingeboren wurde.<sup>10</sup> Eine frei und individuell gewählte Einflussnahme auf das Austauschverhältnis der Beteiligten blieb folglich in dieser Zeit der staatlich gelenkten Wirtschaft, des sog. Merkantilismus, aus.<sup>11</sup> Sodann war es die Arbeitsteilung, die immense Vorteile mit sich brachte, weil sie u.a. auch das Bedürfnis für die rechtliche Anerkennung von Verträgen weckte.<sup>12</sup> Aufgrund der Arbeitsteilung ging es fortan nämlich zum einen entweder um das (öffentliche) Erbringen einer Leistung oder um die Herstellung eines Produktes und so entwickelten sich Fachmänner für unterschiedliche Bereiche, um die Lebensbedürfnisse der Leute zu decken.<sup>13</sup> Während sich einerseits also bspw. Handwerker oder Ärzte auf das Erbringen einer Leistung spezialisierten, so spezialisierten sich andererseits z.B. Bauern auf die Erzeugung von Nahrungsmitteln oder Schneider auf die Anfertigung von Kleidern.<sup>14</sup> Eins hatten jedoch all diese Fachmänner gemeinsam, nämlich den Willen, für ihr Erbrachtes eine gerechte Gegenleistung zu erhalten, um mit dieser die Leistungen und Produkte zu erwerben, mit welchen sie wiederum die ihrigen Lebensbedürfnisse decken können.<sup>15</sup>

Es hat demzufolge eine Veränderung des Gerechtigkeitsgedankens stattgefunden, die u.E. eng mit der Entwicklung des Vertrages zusammenhängt. Während ganz zu Beginn nach platonischer Lehre lediglich „*das wahre Sein*“ ausschlaggebend für die Gerechtigkeit war, entwi-

---

<sup>5</sup> Für die anderen beiden Entstehungsgründe vgl. Art. 41 OR (Leistungsanspruch aus unerlaubter Handlung) und Art. 62 OR (Leistungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung).

<sup>6</sup> KÖTZ, S. 7; WESEL, N 47; vgl. BELSER, S. 7 bzgl. aristotelischer Ansicht der Gerechtigkeit: „*Der einzelne ist gerecht, wenn er nicht mehr will, als ihm zukommt, und sich nicht auf Kosten anderer bereichert [...]*“.

<sup>7</sup> Der einfacheren Lesbarkeit halber wird bei geschlechtsspezifischen Ausdrücken in dieser Arbeit die männliche Form verwendet. Die weibliche Form ist selbstverständlich jeweils mitgemeint.

<sup>8</sup> BELSER, S. 11 f.; KÖTZ, S. 7.

<sup>9</sup> BELSER, S. 12; vgl. WILL, S. 31.

<sup>10</sup> KÖTZ, S. 7; WESEL, N 47.

<sup>11</sup> BELSER, S. 12; WESEL, N 282; WILL, S. 31 f.

<sup>12</sup> KÖTZ, S. 7 f.; vgl. LOMFELD, S. 142 (Vertrag als Mittel für den Nutzen von Sach-, Werk- und Dienstleistungen).

<sup>13</sup> KÖTZ, S. 8; WILL, S. 31.

<sup>14</sup> KÖTZ, S. 8; WILL, S. 31.

<sup>15</sup> BELSER, S. 15; KÖTZ, S. 8.

ckelte sich dies unter ARISTOTELES weiter.<sup>16</sup> Dieser unterschied im Wesentlichen zwischen der zuteilenden Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*), die der platonischen Theorie nachempfunden war und für das Verhältnis zwischen Staat und Bürgern galt, und der ausgleichenden Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*), die für die Rechtsbeziehung der einzelnen untereinander galt.<sup>17</sup> Dieser Gedanke der Ausgleichsgerechtigkeit hatte eine immense Wirkung entfaltet und war vom Altertum bis ins 16. Jahrhundert dominierend.<sup>18</sup> Er führte die Austauschverhältnisse nach und nach endgültig weg vom Status, hin in Richtung Vertrag.<sup>19</sup> Schlussendlich war es sodann der Liberalismus, durch den im 18. und 19. Jahrhundert die feudalen, politischen und religiösen Bindungen entscheidend verdrängt wurden.<sup>20</sup> Die zentrale Idee des Liberalismus war es, die Autonomie des Einzelnen immer mehr in den Vordergrund zu stellen, zumal es jedermann erlaubt sein sollte, seine Lebensverhältnisse und Ziele so zu gestalten, wie er dies wollte und für richtig empfand, solange er damit nicht dieselbe Freiheit anderer verletzte.<sup>21</sup> Eine äusserst prägende Rolle kam dabei ADAM SMITH zu, der der Meinung war, dass insb. der Staat diese Freiheit durch Einmischen nicht beschränken durfte, sondern vielmehr die Rahmenbedingungen für deren Funktionieren schaffen sollte.<sup>22</sup> Plötzlich galten das Individuum und der freie Handel als höchste Werte der Gesellschaft und die Rechtsordnung musste sich bemühen, ein Instrument zu erschaffen, dass diesen Interessen gerecht wurde und somit die Ausübung der Privatautonomie gewährleistete.<sup>23</sup> Den Ansatz dazu lieferte sodann POTHIER, der das Zusammentreffen des Willens zweier Parteien als Vertrag kennzeichnete.<sup>24</sup> Auch BENTHAM erkannte, dass der übereinstimmende Wille die Grundvoraussetzung für den Vertrag ist.<sup>25</sup> Es herrschte also Einigkeit betreffend die Schaffung dieses Instruments, das zur rechtlichen Unterstützung resp. Durchsetzung des liberalen Denkens und dessen Werte zwingend notwendig war. Es entstand schlussendlich im 19. Jahrhundert durch den Gesetzgeber und die Gerichte der auf

---

<sup>16</sup> BELSER, S. 6 f.: „jedem das ihm Zukommende geben“; vgl. oben, FN 6 für die aristotelische Weiterentwicklung der platonischen Ausgangstheorie.

<sup>17</sup> BELSER, S. 7 f. bzgl. Ausgleichsgerechtigkeit: „jedem das Seine zu erhalten“; FORNASIER, S. 38 f.

<sup>18</sup> BELSER, S. 8 f.; zudem war die *iustitia commutativa* der Ausgangspunkt der *iustum pretium* (Lehre vom gerechten Preis).

<sup>19</sup> BELSER, S. 15; MAINE, S. 100 f.: “[...] we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract.“; WESEL, N 47; WILL, S. 32.

<sup>20</sup> BELSER, S. 13; KÖTZ, S. 8; vgl. WILL, S. 34.

<sup>21</sup> BELSER, S. 14; KÖTZ, S. 8.

<sup>22</sup> BELSER, S. 13 f.; WESEL, N 282; WILL, S. 32; alle m.w.V. auf ADAM SMITH: The Wealth of Nations.

<sup>23</sup> BELSER, S. 15; WILL, S. 32.

<sup>24</sup> BELSER, S. 17; WILL, S. 33, m.w.V. auf ROBERT-JOSEPH POTHIER: „Le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre accepte la promesse qui lui est faite.“

<sup>25</sup> BELSER, S. 16; WILL, S. 33; m.w.V. auf JEREMY BENTHAM: „... no man of ripe years and of sound mind, acting freely, and with his eyes open, ought to be hindered, with a view to his advantage, from making such bargain, in the way of obtaining money, as he thinks fit, nor ... anybody hindered from supplying him upon any terms he thinks proper to accede to.“

Konsens beruhende Vertrag.<sup>26</sup> Bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts war es jedoch offensichtlich, dass dieses Modell kaum der Realität entsprach und sich die Vertragswirklichkeit zusehends vom Idealbild des ausschliesslich auf Konsens beruhenden Vertrags entfernte.<sup>27</sup> Die rein formal verstandene Vertragsfreiheit führte zu materieller Ungerechtigkeit, weswegen nach einer material verstandenen Vertragsfreiheit gestrebt wurde.<sup>28</sup> Der Grund lag darin, dass der Staat die formale Vertragsfreiheit allen Privaten in gleicher Weise gewährleistete.<sup>29</sup> Was folgte war eine Abkehr vom eben erwähnten Modell der Vertragsfreiheit, zurück zu einer wiederum eher stärkeren Gewichtung der Vertragsgerechtigkeit.<sup>30</sup>

## II. Rahmenbedingungen eines gerechten Vertrages

Heutzutage steht fest, dass ein Vertrag nicht ohne Weiteres und unter allen Umständen als Quelle rechtlicher Ansprüche erachtet werden kann.<sup>31</sup> Vielmehr soll eben nur ein gerechter Vertrag als Grundlage für darin enthaltene Ansprüche dienen.<sup>32</sup> Folglich stellt sich die Frage, unter welchen Bedingungen ein Vertrag als gerecht beurteilt wird und demnach seine Bindungswirkung richtigerweise entfalten kann, oder unter welchen Umständen dies eben nicht der Fall ist und allenfalls Eingriffe notwendig sind. Im Rahmen dieser Diskussion spielen insb. die Begriffe „Vertragsfreiheit“ und „Vertragsgerechtigkeit“ eine wichtige Rolle,<sup>33</sup> weshalb auf diese ebenfalls eingegangen wird.

### 1. Vertragsfreiheit

#### a) Rechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit

Für die moderne und freiheitliche Gesellschaft gilt der Grundsatz der Privatautonomie, wonach der Einzelne frei in der Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse ist, als grundlegendes Fundament.<sup>34</sup> Eine wesentliche Ausprägung davon ist die Vertragsfreiheit,<sup>35</sup> welche ihrerseits als Konzept jedoch zwingend eine Rechtsordnung voraussetzt, zumal normative Verbindlichkeit einer selbstbestimmten und selbstverantworteten (vertraglichen) Vereinbarung – welche letztlich ebenfalls aus der Privatautonomie abgeleitet werden kann und in Form der Vertrags-

<sup>26</sup> BELSER, S. 24; WILL, S. 34.

<sup>27</sup> SCHWENZER, N 25.05; vgl. BELSER, S. 31 f., welche die Offensichtlichkeit dieser Entwicklung bereits in der Mitte des 19. Jahrhunderts feststellt.

<sup>28</sup> BELSER, S. 34 f.; SCHWENZER, N 25.07; vgl. BUFF, S. 13; siehe unten, B. II.

<sup>29</sup> BELSER, S. 37; vgl. HAYBÄCK, S. 23: „*Schrankenlose, ernst gemeinte Vertragsfreiheit ist unsozial: „Sie ist die Freiheit eines freien Fuchses in einem freien Hühnerstall.“ Roger Garaudy.*“

<sup>30</sup> BELSER, S. 49; vgl. FURGLER, S. 9 f.

<sup>31</sup> HEBESTREIT, S. 128; vgl. BELSER, S. 51; BERGMANN, S. 62; BUFF, S. 1 und 16.

<sup>32</sup> HEBESTREIT, S. 128; vgl. LOMFELD, S. 177.

<sup>33</sup> Vgl. BGE 123 III 292 E. 2e/aa; BELSER, u.a. S. 3 und 111; HAYBÄCK, S. 33 ff.

<sup>34</sup> BUFF, S. 10; vgl. FLUME, S. 1; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT/BUCHER, Vor Art. 1-40 N 1.

<sup>35</sup> ARNET, S. 132; BELSER, S. 4 und 50; BUFF, S. 10 f; SEDLMEIER, S. 24.

bindung die Grundlage für die effektive Freiheitsverwirklichung darstellt<sup>36</sup> – nur auf der Basis und in den Schranken einer Rechtsordnung erlangt werden kann.<sup>37</sup> Innerhalb dieser Schranken soll die Vertragsfreiheit dem Grundsatz nach allerdings den Rahmen zur Verwirklichung des Willens des Individuums schaffen.<sup>38</sup> Insofern ist die Vertragsfreiheit formal gewährleistet, wenn der Staat die freie Verwirklichung des Willens der Parteien anerkennt und darauf basierende Vereinbarungen durchsetzt oder m.a.W. wenn der Staat sich aus privaten Angelegenheiten raushält und die Vertragsfreiheit rechtlich garantiert.<sup>39</sup>

#### b) Vertragsfreiheit in der schweizerischen Rechtsordnung

Im schweizerischen Vertragsrecht gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit als umfassendes Prinzip,<sup>40</sup> wobei er als solcher allerdings keine ausdrückliche gesetzliche Verankerung in der Privatrechtsordnung findet und dieser deshalb mithin nur als ungeschriebener Grundsatz zugrunde liegt, wodurch er allerdings dennoch deren Ausgestaltung prägt.<sup>41</sup> Die Vertragsfreiheit umfasst konkret die Formfreiheit, die Inhaltsfreiheit, die Aufhebungs- und Änderungsfreiheit, die Abschlussfreiheit sowie die Partnerwahlfreiheit.<sup>42</sup>

#### c) Rechtsgut der Vertragsfreiheit

Das zu schützende Rechtsgut der Vertragsfreiheit ist die Selbstbestimmung, in deren Name eine vertraglich eingegangene Bindung nur anerkannt und durchgesetzt werden darf, wenn sie auch Ausdruck des tatsächlichen Willens der sich verpflichtenden Parteien ist.<sup>43</sup> Daraus ergibt sich für die Vertragsfreiheit zugleich eine „immanente Schranke“ zumal die Durchsetzung von Verträgen, die nicht Ausdruck der Autonomie der Vertragsschliessenden sind, weder geboten noch gerechtfertigt ist.<sup>44</sup> Folglich kann die Vertragsfreiheit nur dann optimal verwirklicht werden, wenn die Vertragsparteien ihren Willen nicht nur in rechtlicher resp. formaler Hinsicht frei bilden dürfen, sondern diesbezüglich auch in tatsächlicher Hinsicht frei von willensbeeinträchtigenden Hindernissen sind, was mitunter auch dem materialen Verständnis der Vertragsfreiheit entspricht.<sup>45</sup> Aufgrund solcher Überlegungen wurde mittlerweile erkannt, dass die rein formal verstandene Vertragsfreiheit für einen gerechten Vertrag nicht in allen Fällen

<sup>36</sup> BUFF, S. 29; vgl. STÜRNER, S. 6.

<sup>37</sup> BUFF, S. 11; FLUME, S. 2; vgl. HEINRICH, S. 67.

<sup>38</sup> BUFF, S. 11; vgl. FLUME, S. 2; BSK-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 1.

<sup>39</sup> Vgl. BELSER, S. 50; BUFF, S. 13; CANARIS, S. 277; HEINRICH, S. 53 f.

<sup>40</sup> BGE 129 III 276, E. 3.1; BUFF, S. 11; BSK-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 1; SCHWENZER, N. 25.01.

<sup>41</sup> BUFF, S. 12; vgl. BSK-ZELLWEGGER-GUTKNECHT/BUCHER, Vor Art. 1-40 N 5.

<sup>42</sup> BGE 129 III 35, E. 6.1; BUFF, S. 12; BSK-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 N 4; SCHWENZER, N 26.01, welche zusätzlich die Typenfreiheit nennt. Für weiterführende Informationen wird an dieser Stelle ebenfalls auf die genannte Literatur verwiesen.

<sup>43</sup> BELSER, S. 51; vgl. CANARIS, S. 277.

<sup>44</sup> BELSER, S. 51; vgl. SEDLMEIER, S. 27.

<sup>45</sup> CANARIS, S. 277; vgl. HEINRICH, S. 54; MOHR, S. 19.

hinreichend ist, was die Materialisierung des Vertragsrechts zur Folge hatte.<sup>46</sup> Die Hintergründe dieser Überlegungen sollen im Folgenden unter dem Aspekt der Vertragsgerechtigkeit dargestellt werden.

## 2. Vertragsgerechtigkeit

Während bei der Diskussion rund um die Vertragsfreiheit insb. die freie Selbstbestimmung im Mittelpunkt steht, zielt die Diskussion der Vertragsgerechtigkeit in erster Linie auf das Zustandekommen von inhaltlich angemessenen Verträgen bzw. eines gerechten Leistungsaustauschs (*iustitia commutativa*) ab.<sup>47</sup> M.a.W. beschäftigt sich die Vertragsgerechtigkeit demnach mit der Problematik der Gleichwertigkeit resp. dem Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.<sup>48</sup> In diesem Kontext existieren sodann unterschiedliche Auffassungsmöglichkeiten.<sup>49</sup> Nach hier vertretener Auffassung scheint allerdings eine Unterscheidung zwischen einem formalen und einem materialen Verständnis der Vertragsgerechtigkeit am zielführendsten zu sein.<sup>50</sup> Zwecks Nachvollziehbarkeit der weiteren Ausführungen werden diese Begrifflichkeiten zunächst umschrieben, um im Anschluss daran festzustellen, welches Gerechtigkeitsverständnis hinter der Vertragsfreiheit liegt und aus welchen Gründen dieses nach Lehre und Rechtsprechung nicht bedingungslos als Legitimation für eine rein formal verstandene Vertragsfreiheit dient resp. dienen kann.<sup>51</sup>

### a) Materiale Vertragsgerechtigkeit

Materiale Überlegungen betreffend die Vertragsgerechtigkeit gehen in ihrem Ausgangspunkt insb. vom Inhalt des Vertrages aus und zielen insofern auf eine objektive Äquivalenz, d.h. auf ein vom Parteiwillen unabhängiges, durch inhaltliche Vorgaben festgelegtes, gerechtes Verhältnis zwischen vereinbarter Leistung und Gegenleistung, ab.<sup>52</sup> Ein Beispiel solcher Gerechtigkeitsüberlegungen bildet das dispositive Recht, welches sich am mutmasslichen Willen der Parteien orientiert und im Sinne der *iustitia commutativa* bei fehlender vertraglicher Regelung einen angemessenen Interessensausgleich herzustellen versucht.<sup>53</sup> Zwar mag der Gedanke eines objektiv gerechten Vertragsinhalts durchaus positiv erscheinen. Indes besteht in einem solchen Ansatz das Problem, dass für die Beurteilung eines angemessenen Inhalts nur Wert-

<sup>46</sup> Vgl. BGE 123 III 292, E. 2e/aa; BELSER, S. 34 f. und 50 ff.; BUFF, S. 15 ff.; SCHWENZER, N 25.06 f.

<sup>47</sup> Vgl. MOHR, S. 18 f.; SEDLMEIER, S. 26 und 34.

<sup>48</sup> Vgl. CANARIS, S. 283; MOHR, S. 20 f.

<sup>49</sup> Vgl. CANARIS, S. 282 ff.; SEDLMEIER, S. 37.

<sup>50</sup> Vgl. CANARIS, S. 282 ff., dessen Ausführungen ferner auch jenen von BUFF (S. 13, FN 59) zugrunde liegen.

<sup>51</sup> Vgl. BELSER, S. 34 f. und 50 ff.; BUFF, S. 15 ff.; SCHWENZER, N 25.06 f.

<sup>52</sup> Vgl. CANARIS, S. 282 f.; SEDLMEIER, S. 37 ff.

<sup>53</sup> SEDLMEIER, S. 35; vgl. CANARIS, S. 285, welcher dem dispositiven Recht dennoch auch einen prozeduralen Einschlag zuschreibt.

urteile in Betracht kommen, welche ihrerseits einer rationalen Begründung jedoch nicht zugänglich sind.<sup>54</sup> Dies zeigt sich bspw. daran, dass der Gerechtigkeitsgehalt von auf Verträge anwendbaren Gesetzen häufig streitig ist und ferner auch die Richtigkeit einer Gegenleistung durch diverse Kriterien, welche allesamt zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können, bestimmt werden kann, weshalb eine einheitliche Lösung kaum zu finden ist.<sup>55</sup> Aus diesem Grund kann der Inhalt resp. die materiale Vertragsgerechtigkeit insofern kein genereller Ausgangspunkt für Gerechtigkeitsfragen sein.<sup>56</sup> Wenn sich nun Gerechtigkeit inhaltlich auch nicht unmittelbar wissenschaftlich überprüfen lässt, so existieren dennoch Möglichkeiten, Gerechtigkeit über andere Wege herbeizuführen.<sup>57</sup> OECHSLER verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass im Gegensatz zum aus oben erwähnten Gründen nicht unmittelbar wissenschaftlich überprüfbaren Gerechtigkeitsinhalt, alternativ jedoch die Umgebung, „*in der auf Gerechtigkeit basierende Entscheidungen getroffen werden und wirken*“, einer rationalen Überprüfung zugänglich ist.<sup>58</sup> Demnach lassen sich nämlich mögliche Begriffsinhalte von Gerechtigkeit, durch Kontrolle deren Entstehungs- und Wirkungsbedingungen, reduzieren.<sup>59</sup> Nach HEBESTREIT bedeutet dies, dass bestimmte Verträge über formale Rahmenbedingungen bzw. formale Gerechtigkeitskriterien als ungerecht ausgesondert werden können, demzufolge keine normative Verbindlichkeit beanspruchen und sich infolgedessen der potenzielle Kreis gültiger Verträge auf diejenigen reduzieren lässt, die den formalen Mindestansprüchen der Gerechtigkeit genügen.<sup>60</sup> M.a.W. wird damit auf ein formales Verständnis der Vertragsgerechtigkeit abgestellt.<sup>61</sup>

---

<sup>54</sup> Vgl. CANARIS, S. 286; HEBESTREIT, S. 129; OECHSLER, S. 12; ferner auch BUFF, S. 16; SEDLMEIER, S. 37.

<sup>55</sup> OECHSLER, S. 12; SCHMIDT-RIMPLER, S. 15.

<sup>56</sup> HEBESTREIT, S. 130; vgl. BYDLINSKI, S. 151, welcher das Ziel der „*materiellen Freiheit*“ lediglich in der „*Bekämpfung struktureller oder im Einzelfall nach den Umständen krasser, dadurch jedenfalls gut erkennbarer Ungleichgewichte der Entscheidungslagen für die unmittelbar Beteiligten*“ sieht, diese als Leitgedanken jedoch für untauglich hält; CANARIS, S. 283 f.: „*Wenn man nämlich überhaupt von der Gerechtigkeit eines Vertrages sprechen kann und will, so beruht diese in erster Linie nicht etwa auf dessen Übereinstimmung mit bestimmten inhaltlichen Vorgaben – solche werden ja grundsätzlich gerade nicht gemacht –, sondern auf dem Satz *volenti non fit iura.*“; MOHR, S. 195; OECHSLER, S. 21 f., welcher den materialen Begriff der Vertragsgerechtigkeit dennoch für unverzichtbar hält und ihm die Funktion der Ergänzung von lückenhaften Parteivereinbarungen sowie jene der Bewertungsgrundlage für die Inhaltskontrolle von vorformulierten Parteivereinbarungen zuordnet und aus diesem Grund in seiner Abhandlung unter dem Aspekt der formalen Gerechtigkeit insb. Kriterien für die Überprüfung materieller Gerechtigkeitsinhalte erarbeitet; SEDLMEIER, S. 36 ff.*

<sup>57</sup> HEBESTREIT, S. 130; vgl. OECHSLER, S. 15 und 22, allerdings mit dem Verweis darauf, dass dieses Problem nicht vollständig aufgelöst werden kann, zumal sich die rechtlichen Verteilungsentscheidungen im Vertrag nie ausschliesslich rational herstellen lassen, sondern stets auf Wertungen angewiesen bleiben werden.

<sup>58</sup> OECHSLER, S. 22.

<sup>59</sup> OECHSLER, S. 22; vgl. CANARIS, S. 287.

<sup>60</sup> HEBESTREIT, S. 130.

<sup>61</sup> Siehe sogleich unten, B. II. Ziff. 2 lit. b); vgl. CANARIS, S. 287, welchem zufolge der Gegensatz zwischen formaler und materialer Gerechtigkeit nicht überspitzt werden dürfe, zumal die Übergänge teils fließend seien und sich eine prozedurale Sichtweise u.U. dazu nutzen lasse, um ebenfalls gewisse inhaltliche Kriterien zu gewinnen – „*sei es zumindest als Kontrollmaßstab oder sei es gar als Ansatz zur Formulierung „richtigen“ Rechts*“.

## b) Formale Vertragsgerechtigkeit

Das formale Verständnis der Vertragsgerechtigkeit basiert auf dem Gedanken, dass ein gerechtes Vertragsergebnis durch ein bestimmtes Verfahren, welches als solches noch keine inhaltlichen Vorgaben macht, zustande kommt, und demnach insofern in erster Linie die Voraussetzungen für ein solches Verfahren anzugeben sind.<sup>62</sup> Solche Theorien werden mithin auch als prozedural bezeichnet.<sup>63</sup> Dies hat zur Folge, dass das vertraglich Vereinbarte durch die Rechtsordnung ohne Wertung des Inhaltes grds. anerkannt wird,<sup>64</sup> was demnach einem subjektiven resp. formellen Äquivalenzprinzip entspricht, welches Leistung und Gegenleistung als Resultat einer Vereinbarung und damit eines vom Inhalt unabhängigen Verfahrens akzeptiert.<sup>65</sup> Ebenfalls einem solchen prozeduralen – und damit im hier verstandenen Sinne formalen – Ansatz der Vertragsgerechtigkeit zuzuordnen ist die Lehre SCHMIDT-RIMPLERS von der *Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus*, wonach sich die „Richtigkeit“ des Vertragsinhaltes insb. aus dem Verhandlungsprozess ergibt.<sup>66</sup> Dabei wird zwischen positiver und negativer Richtigkeitsgewähr unterschieden, wobei erstere bei Zustandekommen des Vertrags dessen „Richtigkeit“ gewähre, während letztere „unrichtige“ Verträge verhindere, indem ein Antrag auf Vertragsabschluss eines Vertrags mit unrichtigem Inhalt abgelehnt werde.<sup>67</sup>

## c) Vertragsfreiheit als formale/prozedurale Vertragsgerechtigkeit?

In Anbetracht der beiden soeben erläuterten Auffassungen der Vertragsgerechtigkeit scheint dem Prinzip der Vertragsfreiheit in erster Linie der Gerechtigkeitsgedanke der formalen resp. prozeduralen Vertragsgerechtigkeit zugrunde zu liegen.<sup>68</sup> In der Tat kann dieser Annahme u.a. auch unter Einbezug der *Lehre der Richtigkeitsgewähr*<sup>69</sup> durchaus zugestimmt werden, scheint es doch einleuchtend, dass das materielle Konsenserfordernis für einen fairen vertraglichen Interessenausgleich sorgt, zumal Vertragsparteien innerhalb des vorgegebenen Rahmens einem Vertragsinhalt nur zustimmen, wenn dieser aus ihrer subjektiven Sicht gerecht erscheint resp. die Zustimmung im umgekehrten Falle verweigern würden.<sup>70</sup> Zu beachten ist im aufgeführten Kontext allerdings der Zusammenhang zwischen formaler bzw. prozeduraler

<sup>62</sup> Vgl. CANARIS, S. 282; TSCHENTSCHER, S. 121.

<sup>63</sup> CANARIS, S. 283; vgl. BELSER, S. 23 ff.; SEDLMEIER, S. 40.

<sup>64</sup> Vgl. SEDLMEIER, S. 39.

<sup>65</sup> CANARIS, S. 283; vgl. SEDLMEIER, S. 39.

<sup>66</sup> SCHMIDT-RIMPLER, S. 3 ff.: „Da nun beide Vertragspartner im Verträge sich einigen müssen, werden die Rechtsfolgen des Vertrages mit großer Wahrscheinlichkeit für keinen Partner nach seiner Wertung ungerecht sein, wird also ein richtiges Ergebnis in diesem Sinne zustande kommen, jedes egoistisch bedingte ungerichte Wollen paralyisiert werden.“; vgl. BUFF, S. 14; CANARIS 284.

<sup>67</sup> SCHMIDT-RIMPLER, S. 6; vgl. BUFF, S. 14.

<sup>68</sup> Vgl. BUFF, S. 14; CANARIS, S. 283, für den primär prozeduralen Charakter der Vertragsgerechtigkeit in einer Rechtsordnung, zu deren Fundamenten die Vertragsfreiheit gehört.

<sup>69</sup> Siehe oben, B. II. Ziff. 2 lit. b).

<sup>70</sup> Vgl. BUFF, S. 14 f.; CANARIS, S. 284; MOHR, S. 196; SCHMIDT-RIMPLER, S. 5 f.

Vertragsgerechtigkeit und materialer Vertragsfreiheit: Ein inhaltlich gerechter Vertrag kann im Sinne der prozeduralen Vertragsgerechtigkeit nämlich nur zustande kommen, wenn der Wille der Vertragsparteien nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher (materialer) Hinsicht frei gebildet werden kann.<sup>71</sup> Die sog. *Richtigkeitsgewähr* kann folglich nur unter ebendieser Voraussetzung eintreten und nicht schlechthin.<sup>72</sup> Eine solche, tatsächlich freie Willensbildung und damit einhergehend ein funktionierendes Konzept der (formalen) Vertragsfreiheit, wonach durch staatliche Nichteinmischung ein gerechter Interessenausgleich zustande kommen soll, setzen voraus, dass die Parteien rechtlich und tatsächlich gleich sind und zudem ein funktionierender Wettbewerb besteht.<sup>73</sup> Fehlt eine dieser Prämissen, führt dies u.U.<sup>74</sup> zu einem ungerechten, tatsächlich nicht gewollten Interessenausgleich und damit zum Versagen der Richtigkeitsgewähr.<sup>75</sup> Nicht zuletzt aus diesem Grund, muss demnach das Verständnis der Vertragsfreiheit um eine materiale, d.h. tatsächliche Komponente erweitert werden.<sup>76</sup>

### 3. Materialisierung des Vertragsrechts

Materialisierung der Vertragsfreiheit bedeutet der Prozess einer stärkeren Betonung der faktischen Möglichkeit einer freien Willensbildung.<sup>77</sup> Diesbezüglich gilt allerdings zu beachten, dass der Zweck der materialen Vertragsfreiheit keineswegs die Ersetzung der formal verstandenen Freiheit ist, vielmehr muss die formal-rechtliche Gewährung der Vertragsfreiheit nämlich weiterhin vorgelagert existieren, damit die materialen Aspekte überhaupt eine Rolle spielen können.<sup>78</sup> Folglich wird die formale Vertragsfreiheit „[...] lediglich um ein korrigierendes Element erweitert, welches einen Vorbehalt für die Fälle des Fehlens der realen Voraussetzungen für einen ausgewogenen Vertragsabschluss anbringt.“<sup>79</sup> Durch die Materialisierung wird ausserdem ebenfalls der Vertragsgerechtigkeit Rechnung getragen.<sup>80</sup> Während die stärkere Betonung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit mithin auch der formalen bzw. prozeduralen Vertragsgerechtigkeit dient, sind im Rahmen von Vertragseingriffen speziell bei der Feststellung von Missverhältnissen sodann auch materiale Aspekte zu berücksichtigen.<sup>81</sup>

<sup>71</sup> CANARIS, S. 286; vgl. BUFF, S. 15; MOHR, S. 196.

<sup>72</sup> Vgl. BELSER, S. 51 f.; HEINRICH, S. 190; SCHMIDT-RIMPLER, S. 6 f.

<sup>73</sup> BELSER, S. 52, 72 ff. und 111; vgl. HAYBÄCK, S. 43; HEBESTREIT, S. 137 und 140; MOHR, S. 19.

<sup>74</sup> Vgl. u.a. HEBESTREIT, S. 132 f., für Beispiele, wonach ein Machtgefälle nicht automatisch zu einem unter Gerechtigkeitsaspekten defizitären Vertragsinhalt führt.

<sup>75</sup> BELSER, S. 111; vgl. BUFF, S. 15 ff.

<sup>76</sup> BUFF, S. 14 ff.; vgl. SEDLMEIER, S. 29.

<sup>77</sup> SEDLMEIER, S. 42; vgl. BUFF, S. 16 f.; CANARIS, S. 280.

<sup>78</sup> BUFF, S. 17; HEINRICH, S. 54; vgl. SEDLMEIER, S. 29.

<sup>79</sup> BUFF, S. 17.

<sup>80</sup> Vgl. CANARIS, S. 286 f.; SEDLMEIER, S. 29.

<sup>81</sup> Vgl. BGE 123 III 292 E. 2e/aa, wonach das Vertragsrecht zunehmend «materialisiert», und demzufolge die formale Vertragsfreiheit durch *materielle Vertragsgerechtigkeit* verdrängt werde; CANARIS, S. 287 ff.; ferner OECHSLER, S. 21 f., welcher den materialen Begriff der Vertragsgerechtigkeit dennoch für unverzichtbar hält

Es kann demnach festgehalten werden, dass die Rahmenbedingungen für einen gerechten Vertrag heutzutage grds. zwar immer noch durch einen prozeduralen Grundcharakter und demnach durch ein formales Gerechtigkeitsverständnis geprägt sind. Aufgrund der Prämissen der gleichwertigen Parteien und des funktionierenden Marktes, die ein solches Verfahren voraussetzt, kann bei deren Wegfall die materiale bzw. tatsächliche Freiheit in der Willensbildung von der rein rechtlich gewährten Freiheit abweichen. Aus diesem Grund wird auf der Basis der Materialisierung von der Rechtsordnung sodann nicht mehr die bedingungslose Enthaltung vor Eingriffen in privatrechtliche Vereinbarungen verlangt, sondern zusätzlich der aktive Schutz des privatautonomen Handelns als Aufgabe zugewiesen und damit das Vertragsrecht zunehmend materialisiert.<sup>82</sup>

### III. Eingriffe in den Vertrag

---

#### 1. Eingriffsvoraussetzungen

---

Wie oben erwähnt, scheitert die Vertragsfreiheit u.U. wenn eine der dafür erforderlichen Funktionsvoraussetzungen bzw. Prämissen, namentlich der wirksame Wettbewerb und/oder die Gleichheit der Parteien, nicht vorhanden ist.<sup>83</sup> An einem wirksamen Wettbewerb<sup>84</sup> fehlt es u.a. dann, wenn nicht ausreichende Information über Qualität, Preis, Herkunft usw. der angebotenen Güter vorliegen, während die Gleichheit der Parteien<sup>85</sup> bspw. beim Vorliegen einer Willensschwäche als nicht gegeben betrachtet werden muss. Um dem vorzubeugen und zu verhindern, dass es überhaupt so weit kommt, interveniert das Gesetz bereits indem es formale Voraussetzungen schafft, bei deren Missachtung es einen Vertrag gar nicht erst anerkennt, wodurch sodann die tatsächliche Vertragsfreiheit geschützt und um deren Willen prozedurale Gerechtigkeit gewährt wird.<sup>86</sup> Solche normative Vorgaben zielen folglich auf das gültige Zustandekommen eines Vertrages ab und nicht auf die Angemessenheit des Inhalts.<sup>87</sup> Wo aber diese gesetzlichen Präventivmassnahmen scheitern und es demnach zu einer Störung einer der genannten Funktionsvoraussetzungen kommt, ist zusätzlich und zwingend erforderlich,

---

und ihm die Funktion der Ergänzung von lückenhaften Parteivereinbarungen sowie jene der Bewertungsgrundlage für die Inhaltskontrolle von vorformulierten Parteivereinbarungen zuordnet und aus diesem Grund in seiner Abhandlung unter dem Aspekt der formalen Gerechtigkeit insb. Kriterien für die Überprüfung materieller Gerechtigkeitsinhalte erarbeitet.

<sup>82</sup> BUFF, S. 17; vgl. BGE 123 III 292 E. 2e/aa; BELSER, S. 163 ff.; SEDLMEIER, S. 42.

<sup>83</sup> BELSER, S. 52 und 111; vgl. HÖNN, S. 15, welcher „eine gewisse reale Ausgewogenheit des Kräfteverhältnisses zwischen den Vertragsbeteiligten, eine Art Waffengleichheit“ fordert; UEBERSAX, S. 6 f.; ferner MOHR, S. 21 betreffend Wettbewerb: „Dabei kommt dem Wettbewerb die zentrale Aufgabe zu, die gegenseitige Unabhängigkeit und Wahlfreiheit der Vertragspartner zu sichern [...]“.

<sup>84</sup> BELSER, S. 59 ff.; siehe unten, C. I. Ziff. 1.

<sup>85</sup> BELSER, S. 53 ff.; siehe unten, D. I. Ziff. 1.

<sup>86</sup> Ein Beispiel dafür ist Art. 28 OR (Täuschung); vgl. SEDLMEIER, S. 40.

<sup>87</sup> U.E. sind diese normativen Vorgaben insofern als *unechte Eingriffe* zu qualifizieren. Der Inhalt wird nicht gewürdigt und die Rechtsfolge steht bereits im Voraus fest.

dass ein Missverhältnis der vereinbarten Leistungen vorliegt, weshalb bei der richterlichen Beurteilung sodann im Sinne der Vertragsgerechtigkeit auch inhaltliche Aspekte resp. die Vertragsäquivalenz zu berücksichtigen sind.<sup>88</sup> Der Grund dafür liegt in erster Linie darin, dass bspw. auch Verträge einen gerechten Interessensausgleich vorsehen können, welche nicht auf beidseitiger Autonomie beruhen.<sup>89</sup> Liegt eine sog. gestörte Äquivalenz vor, so muss zusätzlich geprüft werden, warum die benachteiligte Partei einen solchen Vertrag trotzdem geschlossen hat.<sup>90</sup> Es ist demnach trügerisch davon auszugehen, dass bei jedem Missverhältnis der vereinbarten Leistungen ohne weiteres in den Vertrag eingegriffen wird.<sup>91</sup> Ein Eingriff hat nur dort zu erfolgen, wo die gestörte Vertragsäquivalenz mit dem Marktversagen und/oder dem Schutz der schwächeren Partei zusammenhängt.<sup>92</sup> Ein Beispiel einer scheiternden Vertragsfreiheit, welche als Folge u.U. eines Vertragseingriffes bedarf, bilden Verträge unter Einbezug von AGB.<sup>93</sup>

## 2. Notwendigkeit von Eingriffen am Beispiel von AGB

Oben wurde bereits erwähnt, dass bei fehlender vertraglicher Regelung dispositives Recht zum Zuge kommt, welches sich am mutmasslichen Willen der Parteien orientiert und im Sinne der *iustitia commutativa* einen angemessenen Interessensausgleich herzustellen versucht.<sup>94</sup> Umgekehrt soll es den Parteien allerdings auch freistehen, vom dispositiven Recht abzuweichen und bspw. eine andere als im dispositiven Recht vorgesehene Risikozuweisung vorzunehmen, was denn auch mittels Verwendung von AGB möglich ist.<sup>95</sup>

Bei AGB handelt es sich um einseitig vorformulierte Vertragsklauseln, die für eine Vielzahl von künftigen Vertragsabschlüssen verwendet werden sollen und welche diesen darüber hinaus als grds. nicht verhandelbare Grundlage dienen.<sup>96</sup> Obwohl die Gültigkeit der AGB nicht zwingend die Schriftform voraussetzt, so sind sie in der Praxis doch meistens in ebendieser festgehalten.<sup>97</sup> AGB spielen besonders im wirtschaftlichen Sektor eine wichtige Rolle, da sie grösseren Unternehmen wie z.B. Versicherungen oder Banken im Hinblick auf Vertragsne-

<sup>88</sup> Vgl. BELSER, S. 127; BUFF, S. 27 f.; CANARIS, S. 280, für deutsches Recht am Beispiel des Wuchers: „Hinzukommen muss [...] das „auffällige Mißverhältnis“ zwischen Leistung und Gegenleistung.“

<sup>89</sup> BELSER, S. 111, wonach ein gerechtes Ergebnis ein mangelhaftes Verfahren zu heilen vermag; vgl. HEBESTREIT, S. 132 f.

<sup>90</sup> BELSER, S. 128; vgl. Canaris, S. 287.

<sup>91</sup> BELSER, S. 128; FURGLER, S. 15, nach welchem eine gestörte Äquivalenz für sich alleine nicht für einen Eingriff ausreicht (Gründe dafür sind bspw. Rechtsgeschäfte aus Grosszügigkeit oder das Bezahlen eines Liebhaberpreises); STÜRNER, S. 49.

<sup>92</sup> BELSER, S. 140; vgl. BUFF, S. 28.

<sup>93</sup> Vgl. BELSER, S. 162 f.; UEBERSAX, S. 95 f.

<sup>94</sup> Siehe oben, B. II. Ziff. 2 lit. a).

<sup>95</sup> Vgl. BELSER, S. 395; BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 6.

<sup>96</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 48 f.; vgl. BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 1; UEBERSAX, S. 95 f.

<sup>97</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 49 f., zwingend ist jedoch, dass die AGB „einfach zu finden und gut lesbar sind“.

benpunkte viele Vorteile verschaffen.<sup>98</sup> Da die Verwendung von AGB Unternehmen erlaubt, diese für eine Mehrheit von künftigen Verträgen zu verwenden, was zur Rationalisierung des Geschäftsverkehrs führt und mithin der Umständlichkeit entbehrt, im Rahmen typisierter Geschäftsabläufe für jedes einzelne Geschäft einen separaten neuen Vertrag entwerfen zu müssen, haben diese mitunter auch eine transaktionskostensenkende Wirkung.<sup>99</sup> Des Weiteren führen AGB auch dazu, dass das Vertragsrecht „[...] durch Ergänzung der nicht ins Detail gehenden Gesetzesregeln, aber auch durch völlige Neuregelungen [...]“, laufend an neue ökonomische Bedürfnisse angepasst wird und damit der Gesetzgeber insofern entlastet wird, als er nicht auf jede Entwicklung neuer Vertragstypen umgehend reagieren muss („Spezialisierungsfunktion“).<sup>100</sup> Dies mag zwar durchaus vorteilhaft erscheinen, aufgrund der einseitigen Inanspruchnahme der privatautonomen Gestaltungsmacht des AGB-Verwenders besteht allerdings ebenfalls eine erhebliche Missbrauchsgefahr, zumal AGB typischerweise nicht individuell ausgehandelt, sondern i.d.R. in Form der Globalübernahme in den Vertrag integriert werden,<sup>101</sup> weshalb ein kompromisshafter Interessensausgleich oftmals nicht stattfindet und daher von einer *Richtigkeitsgewähr* des AGB-Vertrags keine Rede sein kann.<sup>102</sup> Da die normativen Vorschriften z.B. in Bezug auf die Haftung für mangelhafte Waren oder Dienstleistungen mehrheitlich dispositiv sind, steht es den Vertragsparteien wie bereits erwähnt frei, anderweitige Risikozuweisungen vorzunehmen.<sup>103</sup> Naheliegenderweise werden die AGB-ausarbeitenden Unternehmen ihre Gestaltungsmacht nun aber wohl nicht altruistisch einsetzen, sondern viel mehr versuchen ihr Eigeninteresse durchzusetzen und damit einhergehend, allfällige Risiken systematisch auf ihre Kunden verlagern.<sup>104</sup> Folglich kann die im Rahmen der AGB-Verwendung vorhandene faktische Beschränkung der Vertragsfreiheit u.U. zu ungerechten Verträgen führen, was mithin zur Notwendigkeit von Eingriffen führt.<sup>105</sup> Geeignete Kontrollinstrumente hierfür sind die Konsenskontrolle, die Auslegungskontrolle, die Gültigkeitskontrolle sowie die offene Inhaltskontrolle.<sup>106</sup> Welchen eingriffsbegründenden Zweck diese Eingriffe sodann effektiv verfolgen, soll in den nachfolgenden Abschnitten anhand des Beispiels der AGB genauer geklärt werden. Wie weiter oben bereits erwähnt, kommen hierfür die Argumen-

<sup>98</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 1 und ferner S. 6 für die Beschreibung von sog. *b2c-contracts*.

<sup>99</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 1; vgl. BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 18.

<sup>100</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 2; BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 7.

<sup>101</sup> BELSER, S. 162f.

<sup>102</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 4 f.; BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 5.

<sup>103</sup> BELSER, S. 395.

<sup>104</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 5; vgl. BELSER, S. 395; LEYENS/SCHÄFER, S. 778.

<sup>105</sup> Vgl. BELSER, S. 395; KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 6 ff.: „Schutzbedürftigkeit des Kunden“; BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 8; UEBERSAX, S. 96, welcher von einem „Schutzbedürfnis des Publikums“ spricht.

<sup>106</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 64; vgl. BSK-THOUVENIN Art. 8 N 50 ff. Da das Thema der vorliegenden Arbeit insb. die Frage der Begründung von Eingriffen ist, wird auf die Kontrollinstrumente vorliegend nicht weiter eingegangen.

te der Schwächeren Partei sowie jene eines Marktversagens in Frage.

## **C. MARKTVERSAGEN**

---

Wie vorangehend erarbeitet, stellt der funktionierende Markt eine der Prämissen für das Konzept der Vertragsfreiheit dar. Versagt der Markt, fehlt diese Funktionsvoraussetzung und die *Richtigkeitsgewähr des Vertragsschlusses* scheitert. Zwecks Veranschaulichung des Zusammenhangs von Marktversagen und Vertragseingriffen soll im Folgenden zunächst die Bedeutung des funktionierenden Marktes aufgezeigt werden, um in einem zweiten Schritt sodann das Marktversagen sowie die Notwendigkeit entgegenwirkender Eingriffe anhand des AGB-Beispiels sowie mittels eines kleinen Exkurses in ein kürzlich gefälltes Urteil des Bundesgerichts<sup>107</sup> im Bereich des Mietrechts darzulegen.

### **I. Bedeutung des funktionierenden Marktes**

---

Nachfolgend wird für alle Erläuterungen auf den idealtypischen Markt abgestellt, denn auch wenn es unstrittig ist, dass ein solcher in der Realität nicht vorzufinden ist, dient er doch als nützliches Referenzmodell.<sup>108</sup>

#### **1. Idealtypischer Markt**

---

Ein idealer Markt besteht nach FORNASIER insb. beim Vorliegen der drei untenstehenden Punkte.<sup>109</sup>

##### **a) Information**

Das Verhalten der Anbieter und Nachfrager ist vollkommen rational, d.h. sie treffen stets diejenige Entscheidung, die ihnen am meisten Nutzen einbringt. Sie sind weiter vollkommen über die gehandelten Güter und Leistungen informiert.<sup>110</sup>

##### **b) Transaktionskosten**

Die getätigten Geschäfte sind nicht mit Transaktionskosten verbunden. Dies bedeutet, dass weder beim Abschluss, noch bei der Durchführung der Geschäfte Kosten anfallen, und auch die Informationssammlung und die Verhandlung keinen Aufwand erfordern.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> BGE 142 III 442.

<sup>108</sup> FORNASIER, S. 24: „Doch trotz seines fiktiven Charakters ist der idealtypische Markt ein nützliches Referenzmodell“; SCHÄFER/OTT, S. 58 f.: „Die vollständige Konkurrenz als Angebot und Nachfrage vieler am vollständigen Markt darf jedoch nicht mit der Realität verwechselt werden. [...] Sie ist aber bis heute ein wichtiges Bezugs- und Referenzsystem.“

<sup>109</sup> FORNASIER, S. 24; vgl. BELSER, S. 130: Ein freier Markt liegt dort vor, wo er „nicht durch Wettbewerbsabreden oder durch marktbeherrschende Unternehmen behindert“ wird.

<sup>110</sup> Vgl. BELSER, S. 98 f.; SCHÄFER/OTT, S. 80 f.

<sup>111</sup> Vgl. BELSER, S. 99 f.; SCHÄFER/OTT, S. XXXIX (Einleitung).

### c) Wettbewerbsbedingungen

Es liegen wirksame Wettbewerbsbedingungen vor, weil es für alle Güter zahlreiche Anbieter und Nachfrager gibt. Dies führt zu Konkurrenz unter den Marktakteuren und Monopolstellungen werden vermieden.<sup>112</sup>

Obwohl ein solches Marktmodell wie bereits gesagt mehr als nur unrealistisch ist, so kann es wenigstens – verglichen mit einem in der Wirklichkeit existierenden Markt – die Ursachen für ein Marktversagen darlegen.<sup>113</sup>

## 2. Sinn und Zweck des Wettbewerbs

---

### a) Vertragsfreiheit

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vertragsfreiheit in zweierlei Hinsicht mit dem Wettbewerb zusammenhängt: Während sie nämlich zum einen die Voraussetzung für ein Wettbewerbssystem bildet, wird sie zum anderen ebenfalls durch den funktionierenden Wettbewerb geschützt.<sup>114</sup> Massgebend für das Bestehen eines Wettbewerbssystems ist demnach die Vertragsfreiheit insofern, als die Rechtsordnung den freien Wettbewerb ja überhaupt gestatten muss und darüber hinaus ein solcher ebenfalls nur funktionieren kann, wenn tatsächliche Vertragsfreiheit herrscht.<sup>115</sup> Durch die Schaffung bzw. das Bestehen verschiedener Wahlmöglichkeiten, wird den Nachfragern durch den funktionierenden Wettbewerb sodann eine tatsächliche Entscheidungsmöglichkeit und damit materiale Vertragsfreiheit gewährleistet.<sup>116</sup> Es wird damit folglich ebenfalls der prozeduralen Vertragsgerechtigkeit Rechnung getragen, stellt der Wettbewerb, bei welchem grds. das Verfahren und nicht inhaltliche Vorgaben im Mittelpunkt steht, doch ein Musterbeispiel für eine solche dar, zumal die *Richtigkeitsgewähr des Vertrages* grds. vom Verfahren und nicht von inhaltlichen Vorgaben abhängig gemacht wird.<sup>117</sup>

### b) Preisbildung

Eine Aufgabe des Marktes ist die Preisbildung, die durch das Spiel von Angebot und Nachfrage stattfindet, indem zwei Parteien von Marktakteuren, Anbieter und Nachfrager, untereinander um die Option konkurrieren, mit der Gegenpartei ein Geschäft einzugehen.<sup>118</sup> Durch das

---

<sup>112</sup> Vgl. BELSER, S. 96 f.; SCHÄFER/OTT, S. 60, mit der wirtschaftlichen Begründung, weshalb Konkurrenz besser als das Monopol ist.

<sup>113</sup> FORNASIER, S. 24.

<sup>114</sup> Vgl. CANARIS, S. 294; MOHR, S. 224.

<sup>115</sup> Vgl. CANARIS, S. 294; MOHR, S. 135 und 216 ff.

<sup>116</sup> Vgl. BELSER, S. 62; MOHR, S. 224.

<sup>117</sup> Vgl. CANARIS, S. 294; MOHR, S. 198 ff.

<sup>118</sup> FORNASIER, S. 24; vgl. BELSER, S. 131.

Vorhandensein eines Preises wird die tatsächliche Entscheidungsfreiheit der Vertragsparteien gewährleistet, da er die Möglichkeit zum Vergleich von Angeboten schafft.<sup>119</sup> Im Zusammenhang mit Vertragseingriffen kommt dem Marktpreis sodann insofern eine wichtige Rolle zu, als die Rechtsordnung nicht selbst festlegen kann, welche Verträge inhaltlich gerecht sind und welche nicht, weshalb diese Beurteilung anhand des marktüblichen Preises vorgenommen werden muss.<sup>120</sup> Die Bildung eines Preises ist somit die Voraussetzung für die Ermittlung einer gestörten Äquivalenz, die bei gewissen Eingriffen von zentraler Bedeutung ist.<sup>121</sup>

### c) Wohlfahrt

Art. 2 Abs. 2 BV hält fest, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft die gemeinsame Wohlfahrt und die nachhaltige Entwicklung des Landes zu fördern hat. Wohlfahrt in einem Staat bedeutet grds. das Gemeinwohl der Menschen, wobei im wirtschaftlichen Sinne darunter die Summe des Gewinns der Nachfrager (Konsumentenrente) und der Anbieter (Produzentenrente) und u.E. das damit verbundene Erreichen eines gewissen Lebensstandards verstanden wird.<sup>122</sup> Die Wohlfahrt wird durch den funktionierenden Markt geschaffen und erhalten, und sorgt schlussendlich auch für eine gerechte resp. effiziente Ressourcenverteilung.<sup>123</sup>

### 3. Ökonomische Gesichtspunkte des Vertrages

Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Vertragsfreiheit einem funktionierenden Markt dient.<sup>124</sup> Im Rahmen der Vertragsfreiheit dienen Verträge in einem funktionsfähigen Markt dem Austausch von Gütern und dadurch der effizienten Verteilung von Ressourcen indem sich Güterpreise bilden, welche echte Knappheitsverhältnisse anzeigen und damit eine echte Produktionsstruktur gewährleisten.<sup>125</sup> Verträge erhöhen den Nutzen der Vertragsparteien und dienen aufgrund des durch die Vertragsfreiheit gewährleisteten Wettbewerbs ferner auch der Anhebung des Wohlstands.<sup>126</sup>

Der Sinn und Zweck von vertraglichen Regelungen besteht darin, Bedenken über das Verhalten der Vertragspartner und den damit verbundenen Risiken zu beseitigen, wobei es den Ver-

<sup>119</sup> Vgl. FORNASIER, S. 70; ferner BELSER, S. 98.

<sup>120</sup> BELSER, S. 129 ff.; Ausgangspunkt ist also der durch den freien Markt gebildete Preis. Weichen die ausgetauschten Leistungen übermässig von diesem ab, kann nicht länger von Gerechtigkeit gesprochen werden; vgl. CANARIS, S. 288, demzufolge dieses Vorgehen von prozeduralen Faktoren geprägt ist, die Begründung der Übermässigkeit allerdings durch materiale Gesichtspunkte der Vertragsgerechtigkeit beeinflusst wird.

<sup>121</sup> Vgl. STÜRNER: „Der „Marktpreis“, der zur Bestimmung des objektiven Werts der jeweiligen Leistung dient, [...]“; ferner BELSER, S. 133 f., für weiterführende Kriterien die bei Nichtvorhandensein eines Marktpreises für die Beurteilung der Äquivalenz herangezogen werden.

<sup>122</sup> KÜNZLER, S. 85, für eine Definition der wirtschaftlichen Wohlfahrt.

<sup>123</sup> Vgl. MOHR, S. 273 f. „Allokation der Ressourcen“; SCHÄFER/OTT, S. 423.

<sup>124</sup> Siehe oben, C. I. Ziff. 2 lit. a).

<sup>125</sup> Vgl. SCHÄFER/OTT, S. 423; BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 16.

<sup>126</sup> Vgl. SCHÄFER/OTT, S. 423; BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 16.

tragsparteien freisteht, sich über die Risikoordnung zu einigen.<sup>127</sup> Damit kommt dem Vertragsrecht die Funktion des Vertrauensschutzes – wodurch der Abschluss von Verträgen gefördert werden soll, damit Güter ausgetauscht und möglichst effizient alloziert werden – sowie die Funktion der Vereinfachung des Güteraustausches, welche auch der Senkung von Transaktionskosten dient, zu.<sup>128</sup>

## II. Marktversagen als Auslöser für Vertragseingriffe

---

Marktversagen bedeutet, dass sich auf spezifischen Märkten Defizite der marktlichen Selbststeuerung offenbaren, wodurch es einem sich selbst überlassenen Markt nicht mehr gelingt, die Ressourcen effizient zu allozieren.<sup>129</sup> Liegt kein funktionierender Wettbewerb vor, führt dies ebenfalls zum Scheitern der Vertragsfreiheit sowie ferner u.U. auch der Vertragsgerechtigkeit.<sup>130</sup> Einem Marktversagen wird in erster Linie mittels wettbewerbs- und regulierungsrechtlichen Vorschriften entgegengetreten, wodurch ebenfalls die Vertragsfreiheit geschützt bzw. wiederhergestellt wird.<sup>131</sup> Da diese Massnahmen den wirksamen Wettbewerb in der Praxis allerdings nur teilweise sicherzustellen vermögen, bedarf es in Fällen, wo beeinträchtigter Wettbewerb zu ungerechten Verträgen führt, und umgekehrt,<sup>132</sup> zusätzlicher Unterstützung durch Zivilgerichte.<sup>133</sup> Wo die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften nicht in der Lage sind, ein Marktversagen zu verhindern, kann es ferner gar auch ökonomisch sinnvoll sein, dass Gerichte die Durchsetzung unausgeglichener Verträge verweigern, wodurch zwar kein funktionierender Wettbewerb geschaffen wird, immerhin allerdings die Verwendung von Marktmacht zwecks Durchsetzung ökonomisch ineffizienter Risikoverteilungen oder Preise verhindert wird.<sup>134</sup>

### 1. Marktversagen und AGB

---

Wie aus den bisherigen Ausführungen ersichtlich, führt der funktionierende Wettbewerb zur Koordination von Angebot und Nachfrage, was mithin auch bewirkt, dass am Markt nur Produkte bestehen können, welche ein gutes Preis-Leistungsverhältnis bieten, zumal Anbieter gezwungen sind, ihre Produkte den Vorzügen der Nachfrager auszurichten, da Güter, die nicht nachgefragt werden am Markt nicht bestehen können.<sup>135</sup> In Bezug auf AGB gilt dabei zu

---

<sup>127</sup> Vgl. BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 17.

<sup>128</sup> Vgl. SCHÄFER/OTT, S. 428; BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 17.

<sup>129</sup> MOHR, S. 224 und 523; WATTER/SPILLMANN, S. 97 f.

<sup>130</sup> Vgl. oben, C. I. Ziff. 2 lit. a).

<sup>131</sup> Vgl. BELSER, S. 61 ff., wonach das Wettbewerbsrecht auf den 3 Säulen (Kartellverbot, Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie Fusionskontrolle) beruht; MOHR, S. 199.

<sup>132</sup> Vgl. KRAMER, S. 7; LEUSCHNER, S. 502.

<sup>133</sup> BELSER, S. 71; vgl. Mohr, S. 200 f.

<sup>134</sup> BELSER, S. 182 f.

<sup>135</sup> BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 12; vgl. SCHÄFER/OTT, S. 523.

beachten, dass nicht jene AGB die effizientesten sind, welche eine bestmögliche Position der Abnehmer bieten, sondern jene, welche das beste Preis-Leistungsverhältnis aufweisen, was sodann vom Preis des Produkts sowie vom Gesamtnutzen des Abnehmers, der für ihn aus der Qualität des Produkts und derjenigen der AGB resultiert, abhängt.<sup>136</sup> Da eine Verbesserung der Position der Abnehmer in den AGB die Kosten eines Anbieters und damit auch den Preis erhöht, ist eine Verteilung der Risiken dann am vorteilhaftesten, wenn diese jeweils demjenigen Vertragspartner zugeordnet werden, welcher sie am günstigsten vermeiden kann.<sup>137</sup> Bei funktionierendem Wettbewerb wird die Reduktion der Risiken des Anbieters sodann zur Reduktion des Preises führen.<sup>138</sup>

Für die Koordination von Angebot und Nachfrage setzt der Wettbewerb voraus, dass die Abnehmer über Preis und Qualität der verschiedenen Angebote informiert sind.<sup>139</sup> Die Beurteilung der Qualität eines Angebots gestaltet sich allerdings insb. auch unter Verwendung von AGB schwierig, zumal diese i.d.R. mittels Globalübernahme in Verträge integriert werden und deren Inhalt mithin nicht überprüft wird.<sup>140</sup> Grund dafür könnte sein, dass der Übernehmer von der Menge an Text und den abstrakten und juristischen Formulierungen überfordert ist, weswegen er die AGB einfach akzeptiert.<sup>141</sup> KÖTZ indes führt diese diskussionslose Hinnahme auf die *Nutzen-Kosten-Theorie* zurück, bei der es einfach gesagt darum geht, dass der Aufwand für die Verhandlungen und das Einholen der nötigen Informationen sowie das Verstehen der Klausen für den Kunden in keinem Verhältnis zum dadurch erreichbaren Vorteil steht.<sup>142</sup> Aufgrund der hohen Transaktionskosten wird der Kunde sich weder gegen die AGB zur Wehr setzen, noch andere Angebote prüfen (da dasselbe Problem wartet), was zur Folge hat, dass aufgrund von Informationsasymmetrie die vertraglichen Risiken von den Anbietern auf ihn übertragen werden.<sup>143</sup> Aufgrund dessen, dass die AGB aus den genannten Gründen keine entscheiderelevanten Informationen bilden, geschieht diese Abwälzung seitens der Anbieter ferner ohne entsprechende Preisverminderung und ohne Befürchtung einer Absatzeinbusse, was letztlich auch die Möglichkeit einer risikofreien Gewinnerhöhung bietet.<sup>144</sup> Wegen des Preiswettbewerbs kann dies sodann Druck auf die übrigen Anbieter erzeugen, infolgedessen

---

<sup>136</sup> BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 12; vgl. SCHÄFER/OTT, S. 431 f.

<sup>137</sup> BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 12; vgl. BELSER, S. 395 f.; LEYENS/SCHÄFER, S. 780; SCHÄFER/OTT, S. 431 f.

<sup>138</sup> BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 12; vgl. SCHÄFER/OTT, S. 431 f.

<sup>139</sup> BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 13; vgl. SCHÄFER/OTT, S. 431 f.

<sup>140</sup> Vgl. BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 13; oben, B. III. Ziff. 2.

<sup>141</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 6; vgl. LEUSCHNER, S. 495 f.

<sup>142</sup> KÖTZ-Schutzzweck, S. 225 ff.; vgl. KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 6; LEUSCHNER, S. 496; BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 13;

<sup>143</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 7.

<sup>144</sup> BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 15; vgl. BELSER, S. 184 f.; LEUSCHNER, S. 502.

sie ihre AGB ebenfalls verschlechtern werden, was letztlich in einem „*race to the bottom*“ enden kann.<sup>145</sup> Die Folge der hohen Transaktionskosten liegt schliesslich darin, dass der freie Wettbewerb das Bedürfnis an ökonomisch effizienten AGB nicht zu befriedigen vermag, weshalb auf der Ebene der AGB somit ein Marktversagen vorliegt, wodurch u.U. Eingriffe notwendig werden.<sup>146</sup>

Da das dispositive Vertragsrecht durch AGB anderweitig geregelt werden kann,<sup>147</sup> kann die auf der Informationsasymmetrie beruhende Abwälzung der Risiken ferner auf vertraglicher Ebene dazu führen, dass Kunden aufgrund der nachteiligen AGB und des damit einhergehenden Vertrauensverlustes,<sup>148</sup> nicht mehr bereit sind, fremde AGB zu akzeptieren, wodurch individuelle Verhandlungen erforderlich werden und sich demzufolge die Senkung der Transaktionskosten und dadurch die effiziente Verteilung von Ressourcen<sup>149</sup> nicht realisieren lässt.<sup>150</sup> In Anbetracht des Wohlfahrtsaspekts des Marktes,<sup>151</sup> begründet dies somit wiederum ein Marktversagen, welchem u.U. durch Eingriffe entgegenzuwirken ist.

## 2. Exkurs: Wohnungsmiete

Ein weiteres Beispiel resp. ein Fall, der das Problem des Marktversagens und die damit einhergehende Notwendigkeit für Vertragseingriffe veranschaulicht, wurde erst gerade im Frühling letzten Jahres vom Bundesgericht entschieden und wird deswegen an dieser Stelle nur sehr verkürzt dargestellt.<sup>152</sup> Einfach gesagt ging es darum, dass zwei Mieter aufgrund von Wohnungsmangel einen überbezahlten Mietvertrag unterzeichnet haben. Der Wohnungsmangel kam zustande, weil das Angebot auf dem Markt für Wohnungen die Nachfrage nicht befriedigen konnte, was verglichen mit dem idealtypischen Markt, analog dem AGB Beispiel mit den anfallenden Transaktionskosten, wegen einem Angebot-Nachfrage-Ungleichgewicht *contrario* einem Marktversagen gleichkommt.<sup>153</sup> Die Mieter konnten aufgrund fehlender gleichwertiger Ausweichmöglichkeiten keinen anderen, als den überbezahlten Vertrag abschliessen, was eine Einschränkung ihrer tatsächlichen Vertragsfreiheit darstellt und zu einer gestörten Äquivalenz geführt hat.

---

<sup>145</sup> LEUSCHNER, S. 502; vgl. LEYENS/SCHÄFER, S. 748; SCHÄFER/OTT, S. 527; BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 15.

<sup>146</sup> BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 15; vgl. LEUSCHNER, S. 502.

<sup>147</sup> Siehe oben, B. III. Ziff. 2.

<sup>148</sup> Vgl. oben, C. I. Ziff. 3.

<sup>149</sup> Vgl. oben, C. I. Ziff. 3.

<sup>150</sup> BSK-THOUVENIN, Art. 8 N 19.

<sup>151</sup> Vgl. oben, C. I. Ziff. 2 lit. c).

<sup>152</sup> BGE 142 III 442, für die nachfolgende Abhandlung sofern nicht anders gekennzeichnet, sowie für ausführlichere Informationen des Problems.

<sup>153</sup> Vgl. oben, C. I. Ziff. 1.

## D. SCHUTZ DER SCHWÄCHEREN PARTEI

Wie oben bereits angeschnitten, kommt dem Schutz der schwächeren Partei bei Vertragseingriffen Relevanz zu.<sup>154</sup> Durch gesetzgeberische oder gerichtliche Eingriffe in die formale Vertragsfreiheit soll eine Disparität der vertragschliessenden Parteien korrigiert und dadurch die schwächere Partei geschützt werden.<sup>155</sup> Damit jedoch überhaupt von einer schwächeren Partei gesprochen werden kann, bedarf es natürlich auch einer stärkeren Partei, wobei sich Vertragseingriffe bei zunehmender *Stärke-Schwäche-Diskrepanz* entsprechend einfacher rechtfertigen lassen.<sup>156</sup> Dass indes bei jedem Abschluss eines Vertrages eine solche Diskrepanz resp. Machtungleichheit besteht ist offenkundig, stehen sich zwei Parteien doch so gut wie nie genau gleich mächtig gegenüber.<sup>157</sup> Wenn also bei Verträgen nach Schwächeelementen gesucht wird, lassen sich solche auch finden.<sup>158</sup>

### I. Die schwächere Partei

Nach BELSER sind Machtunterschiede zwischen zwei vertragschliessenden Parteien grds. auf zwei Arten von Schwächen zurückzuführen, die individuelle Schwäche und die strukturelle Schwäche.<sup>159</sup>

#### 1. Individuelle Schwäche

Die individuelle Schwäche liegt in der vertragschliessenden Person selbst und ist in der Regel eine *absolute Schwäche*, d.h., dass sie unabhängig vom jeweiligen Vertragspartner vorliegt.<sup>160</sup>

Sie ist im Wesentlichen in Willens-, Wissens- und wirtschaftliche Schwächen unterteilt, welche in der Praxis alle eng zusammenhängen oder sich gar überschneiden.<sup>161</sup>

##### a) Willensschwäche

Es ist erstens offensichtlich, dass einem Vertragsschluss zweier Parteien nie der exakt gleich starke und freie Wille vorangeht.<sup>162</sup> Hat eine Partei den Vertrag nicht mit überwiegend freiem Willen geschlossen, so ist sie ihrer Gegenpartei aufgrund ihrer Willensschwäche unterlegen

---

<sup>154</sup> Vgl. oben, B. III.

<sup>155</sup> BELSER, S. 112; vgl. FURGLER, S. 9 f.

<sup>156</sup> FURGLER, S. 14; vgl. UEBERSAX, S. 18, der nicht explizit von einer stärkeren Partei, jedoch von einer Machtungleichheit zwischen der schwächeren Partei und der Gegenpartei spricht.

<sup>157</sup> BELSER, S. 113; FURGLER, S. 12; vgl. UEBERSAX, S. 19, der von einem unterschiedlichen Stärkeverhältnis spricht.

<sup>158</sup> BELSER, S. 113; vgl. FURGLER, S. 14.

<sup>159</sup> BELSER, S. 73.

<sup>160</sup> BELSER, S. 73.

<sup>161</sup> BELSER, S. 73 f.; vgl. FURGLER, S. 14; UEBERSAX, S. 18; die vor 30 resp. 40 Jahren bzgl. Machtunterschieden beide noch von intellektuellen, psychologischen und marktmässigen Ursachen gesprochen haben. Diese können u.E. als Quellen der heutigen Willensschwäche (psychologische Schwäche), Wissensschwäche (intellektuelle Schwäche) und wirtschaftlichen Schwäche (marktmässige Schwäche) angesehen werden.

<sup>162</sup> BELSER, S. 74; vgl. KÖTZ-Vertragsrecht, N 31 f., bzgl. Rechtsbindungswille.

und nicht in der Lage, für einen Vertrag zu sorgen, der im Interesse beider liegt.<sup>163</sup> In den meisten Fällen ist dieser Unterschied indes unerheblich, da er verschwindend gering ausfällt.<sup>164</sup>

### b) Wissensschwäche

Wenn weiter eine Partei aufgrund unvollständiger oder fehlerhafter Informationen bzw. Tatsachen einen Vertrag abschliesst, ist dies der Wissensschwäche zuzuordnen, ist es doch offenkundig, dass sie bei Kenntnis dieser Umstände den Vertrag nie geschlossen hätte, oder zumindest nicht zu denselben Konditionen.<sup>165</sup> Weiter kann auch die Rechtslage von der Wissensschwäche betroffen sein, dies bspw. wenn eine Partei mangelnde Kenntnis ihrer Rechte hat und aufgrund dessen in widerrechtliche oder sittenwidrige Klauseln einwilligt.<sup>166</sup>

### c) Wirtschaftliche Schwäche

Letztens ist auch denkbar, dass unterschiedliche finanzielle Möglichkeiten ein Machtungleichgewicht und somit eine schwächere Partei hervorrufen können, denn eine wohlhabende Partei hat viel die angenehmere Verhandlungsposition als eine in bescheidenen Verhältnissen lebende Partei.<sup>167</sup>

## 2. Strukturelle Schwäche

Die strukturelle Schwäche geht, aufgrund eines zwischen den beiden Vertragsparteien bestehenden Gefälles, aus der Art des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes hervor und ist eine *relative Schwäche*.<sup>168</sup> Durch die strukturelle Schwäche wird die Verhandlungsposition aus dem Gleichgewicht geworfen und die unterlegene Partei bei der Durchsetzung des Vertrages geschwächt.<sup>169</sup> Im Wesentlichen ergibt sie sich aus einem Willens-, Wissens-, und Wirt-

---

<sup>163</sup> BECKER, S. 6: „Unfair ist ein Vertrag im wesentlichen [sic] dann, wenn er keinen beiderseitig angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interesse zu leisten vermag.“; BELSER, S. 74; vgl. KÖTZ-Vertragsrecht, N 38.

<sup>164</sup> BECKER, S. 6: „[...] dass es nicht auf die Ungleichgewichtslage per se, sondern entscheidender auf die ungewöhnlich starke Belastung des benachteiligten Vertragspartners ankommt.“; BELSER, S. 74.

<sup>165</sup> BELSER, S. 76; SCHWENZER, N 36.02: „[...] ohne Vorliegen eines Willensmangels [...] einen Vertrag nicht oder nur zu anderen Bedingungen geschlossen hätte.“ Dass sowohl die Willens- als auch die Wissensschwäche zu einem Willensmangel führen können ist sprachlich etwas verwirrend. Es ist jedoch so, dass die Willensschwäche sich auf die Freiheit der Willensbildung (Täuschung / Drohung), die Wissensschwäche (Irrtum) hingegen auf die Bildung des Willens aufgrund von Wissen bezieht und somit beide Schwächen aufgrund unterschiedlicher Gründe zu einem fehlerhaften Willen resp. Willensmangel führen können.

<sup>166</sup> BELSER, S. 76 f.; vgl. WENDENBURG, S. 51, wo die Position der schwächeren Partei in der Mediation durch mangelnde Kenntnis der Rechtslage analog hervorgerufen werden kann.

<sup>167</sup> BELSER, S. 78: „Der wirtschaftlich Starke kann es sich erlauben, vertragliche Risiken einzugehen, [...] dem wirtschaftlich Schwachen fehlt dieser Spielraum.“

<sup>168</sup> BELSER, S. 80; vgl. BVerfGE 89, 214, wo von einer ungewöhnlich starken Belastung einer der beiden Vertragspartner als Ergebnis einer strukturell ungleichen Verhandlungsstärke gesprochen wird.

<sup>169</sup> BELSER, S. 80 und 92: Obwohl grds. Partnerwahlfreiheit besteht, bedarf die Vertragsabschlussverweigerung deswegen aufgrund des letzten Punktes stets einer sachlichen Rechtfertigung, weil sonst eine Persönlichkeitsverletzung begangen wird.

schaftsgefälle und wird bei diskriminierendem Verhalten der überlegenen Partei zusätzlich verstärkt.<sup>170</sup>

## II. Schutz der schwächeren Partei als Rechtfertigung für Vertragseingriffe

Das bisher Erarbeitete hat gezeigt, dass es verschiedene Gründe gibt, die dazu führen können, dass eine der beiden Vertragsparteien schwächer ist als die andere. Die Schwäche alleine reicht indes noch nicht aus, um in einen Vertrag einzugreifen und damit einhergehenden Schutz zu gewähren, vielmehr ist zusätzlich ein offenes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erforderlich.<sup>171</sup> Liegt eine gestörte Äquivalenz vor, so muss geprüft werden, warum die eine Partei einen solchen Vertrag trotzdem geschlossen hat.<sup>172</sup>

Nachfolgend wird der Schutz der schwächeren Partei anhand der gleichen beiden Beispiele wie beim Marktversagen konkret dargestellt und aufgezeigt, wieso dadurch ein Eingriff in den Vertrag gerechtfertigt wird.

### 1. Schutz der schwächeren Partei und AGB

Wie gesehen, liegt der Vertragsfreiheit im Sinne der prozeduralen Vertragsgerechtigkeit die Vorstellung zugrunde, dass zwei gleichwertige Parteien durch gegenseitiges Aushandeln zu einem gerechten Vertragsergebnis kommen.<sup>173</sup> Dies entspricht jedoch u.a. im Rahmen der Verwendung von AGB nicht mehr ohne Weiteres der Vertragswirklichkeit, zumal solche eben gerade einseitig formuliert werden und Unternehmen diesen Umstand nutzen, um ihr Eigeninteresse durchzusetzen und damit einhergehend, allfällige Risiken systematisch auf ihre Kunden zu verlagern.<sup>174</sup> Problematisch ist die AGB-Übernahme u.E. insb. im Zusammenhang mit dem tatsächlichen Willen und dem vorhandenen Wissen.

Angesichts des Zusammenhanges des Marktversagens und dem Schutz der schwächeren Partei stellt die Abhandlung des Beispiels in gewisser Weise eine Wiederholung dar. Der Kunde akzeptiert die ihm vorgelegten AGB infolge zu hoher Transaktionskosten, was zu einer Informationsasymmetrie führt, woraus schliesslich ein Machtungleichgewicht zwischen ihm

---

<sup>170</sup> BELSER, S. 80 ff.: Aufgrund der Nähe zur Wissens-, Willens- und wirtschaftlichen Schwäche wird an dieser Stelle auf die Erläuterung des Wissens-, Willens- und wirtschaftlichen Gefälles verzichtet und auf die genannte Literatur verwiesen.

<sup>171</sup> BELSER, S. 127, die davon spricht, dass neben der Disparität der Parteien auch eine gestörte Äquivalenz vorliegen muss; vgl. OECHSLER, S. 146.

<sup>172</sup> BELSER, S. 128; FURGLER, S. 15, nach welchem auch eine gestörte Äquivalenz für sich alleine nicht für einen Eingriff ausreicht (Gründe dafür sind bspw. Rechtsgeschäfte aus Grosszügigkeit oder das Bezahlen eines Liebhaberpreises).

<sup>173</sup> Siehe oben, u.a. B. II. Ziff. 2 lit. c).

<sup>174</sup> Vgl. BELSER, 393 ff.; KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 5.

und dem AGB-Verwender entsteht.<sup>175</sup> Während vorhin auf die Transaktionskosten als Ursprung eines Marktversagens eingegangen wurde, wird nun das Augenmerk auf die Informationsasymmetrie gelegt, da diese nämlich zu einer Wissensschwäche des AGB-Übernehmers führt.<sup>176</sup> Sind in den AGB nun missbräuchliche Klauseln versteckt, die dazu führen, dass sich infolge einer Wissensschwäche eine Disparität der vereinbarten Leistungen entwickelt resp. dem Kunde ein Nachteil erwächst, so muss in den Vertrag eingegriffen und der Kunde als schwächere Partei geschützt werden.<sup>177</sup> Ein Eingriff erfolgt um die „gestörte Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus wiederherzustellen“ und die „materielle Entscheidungsfreiheit des Kunden“ zu schützen.<sup>178</sup>

## 2. Exkurs: Wohnungsmiete

---

Das Beispiel des Wohnungsmangels und die damit verbundene Schutzbedürftigkeit einer Partei durch einen Vertragseingriff wird auch an dieser Stelle nur sehr verkürzt dargestellt und für eine vertiefte Auseinandersetzung aufgrund der Aktualität des bereits aufgeführten Bundesgerichtsentscheids auf ebendiesen verwiesen.<sup>179</sup> Wichtigster Punkt für die gegenwärtige Abhandlung ist indes die Entstehung der schwächeren Partei und wieso deren Vorhandensein einen Eingriff in den Vertrag rechtfertigt. Konkret wurden die Mieter aufgrund von Wohnungsmangel – und sich daraus ergebenden fehlenden Ausweichmöglichkeiten auf ein anderes gleichwertiges Wohnungsangebot – sozusagen zum Abschluss eines überbewerteten Vertrages *gezwungen*. Es ergibt sich daraus, dass die Mieter den Vertrag als willensschwache Partei geschlossen haben, da der freie Wille in einer solchen Situation nicht gewährleistet wurde.<sup>180</sup> Bevor nun in den Vertrag eingegriffen werden kann, bedarf es noch eines offenbaren Missverhältnisses der vereinbarten Leistungen, welches sich im überbewerteten Mietzins widerspiegelt und somit bejaht werden kann.<sup>181</sup>

Dieses konkrete Beispiel betreffend hat das Bundesgericht aufgrund des soeben Erläuterten entschieden, in den Vertrag einzugreifen und die schwächere Partei aufgrund eines Missverhältnisses zu schützen, indem es den Anfangsmietzins für missbräuchlich erklärt hat und den

---

<sup>175</sup> Vgl. LEUSCHNER, S. 499.

<sup>176</sup> Vgl. oben, D. I. Ziff. 1. lit. b) und D. I. Ziff. 2.

<sup>177</sup> Vgl. KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 293 f., bzgl. missbräuchlichen Klauseln die zu einem Missverhältnis führen.

<sup>178</sup> Vgl. FUGLER, S. 188; SCHÄFER/OTT, S. 488: „Der „Schutz des Schwächeren“ ist aus juristischer Sicht geboten, um Störungen der Vertragsparität aufgrund der Unterlegenheit einer Vertragspartei, die ihre Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt, zu begegnen und eine einseitige Interessendurchsetzung, der sich der Schwächere unterwerfen muss, zu verhindern.“

<sup>179</sup> BGE 142 III 442, für die nachfolgende Abhandlung sofern nicht anders gekennzeichnet, sowie für ausführlichere Informationen des Problems.

<sup>180</sup> Siehe oben, D. I. Ziff. 1 lit. a).

<sup>181</sup> Vgl. oben, D. II.

Fall zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

## **E. GEGENÜBERSTELLUNG: MARKTVERSAGEN VS. SCHUTZ DER SCHWÄCHEREN PARTEI**

---

Auf Basis des bisher Erarbeiteten findet nachfolgend eine Gegenüberstellung des Marktversagens und des Schutzes der schwächeren Partei, im Hinblick auf ihre Begründung für Vertragseingriffe, statt.

Werden die beiden Ansätze im Zusammenhang mit der AGB-Problematik verglichen, wird ersichtlich, dass sich diese nicht nur unterscheiden. Eine Gemeinsamkeit besteht insb. darin, dass die Globalübernahme der AGB und die damit einhergehende Entstehung einer Informationsasymmetrie hauptsächlich auf die im Rahmen einer allfälligen Informationsbeschaffung, die für eine rationale und freie Entscheidung notwendig wäre, zu hoch anfallenden Transaktionskosten zurückzuführen sind.<sup>182</sup> Zwar wird teilweise ebenfalls argumentiert, dass der AGB-Übernehmer diese lediglich deshalb bedingungslos akzeptiere, da er von der Menge an Text sowie wegen den abstrakten und juristischen Formulierungen überfordert sei, weshalb seitens der Rechtsordnung aufgrund dessen Unterlegenheit zugunsten seiner freien Willensbildung Eingriffe erforderlich seien.<sup>183</sup> Dieses Argument kann allerdings bereits insofern widerlegt werden, als bspw. auch ein Professor der Rechtswissenschaften, welcher durch AGB-Formulierungen wohl kaum überfordert wäre, diese beim Kauf von Gütern grds. wohl ebenfalls unbesehen hinnehmen wird, wobei diese Hinnahme wiederum auf die zu hoch anfallenden Transaktionskosten zurückzuführen ist.<sup>184</sup>

Wird sodann der Sinn und Zweck der infrage stehenden Eingriffsbegründungen verglichen, kann festgestellt werden, dass sich diese auf unterschiedlichen Ebenen bewegen und sich somit auch im Begründungsansatz unterscheiden.<sup>185</sup>

Eingriffe aufgrund des Vorliegens einer schwächeren Partei werden insb. mit den Zwecken der *Wiederherstellung der gestörten Richtigkeitsgewähr* und dem *Schutz der materiellen Entscheidungsfreiheit* begründet. Diese Begründung resultiert daraus, dass infolge der auf zu hohen Transaktionskosten basierenden Informationsasymmetrie eine Wissensschwäche und dadurch ein Machtungleichgewicht entsteht, was mithin das Entstehen einer schwächeren Partei begründet und damit die *Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus* in Frage

---

<sup>182</sup> Vgl. oben, C. II. Ziff. 1 und D. II. Ziff. 1.

<sup>183</sup> Vgl. KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 6; LEUSCHNER, S. 494; oben, C. II. Ziff. 1.

<sup>184</sup> Vgl. KRAMER/PROBST/PERRIG, S. 6 f.

<sup>185</sup> Vgl. LEUSCHNER, S. 493 ff.; oben, C. II. Ziff. 1 und D. II. Ziff. 1.

stellt.<sup>186</sup>

Eingriffe aufgrund von Marktversagen werden sodann insb. mit der *Gewährleistung der Ziele des funktionierenden Marktes* begründet.<sup>187</sup> Argumentiert wird dahingehend, dass AGB infolge der hohen Transaktionskosten keine entscheiderelevanten Informationen bilden können, weshalb einseitige Risikoabwälzungen ohne entsprechende Preisverminderungen geschehen, was letztlich zu einer allgemeinen Verschlechterung der AGB („*race to the bottom*“) führt, wodurch der freie Wettbewerb das Bedürfnis an ökonomischer Effizienz nicht mehr zu befriedigen vermag, was mithin einem Marktversagen entspricht.<sup>188</sup> Ferner wird ebenfalls mit dem Vertrauensverlust der Kunden argumentiert, zumal dieser dazu führen kann, dass die AGB-Akzeptanz sinkt, infolgedessen für Verträge jeweils individuelle Verhandlungen erforderlich werden, wodurch sich die transaktionssenkende Wirkung und die damit einhergehende effiziente Ressourcenverteilung nicht mehr realisieren lässt, was wiederum einem Marktversagen entspricht.<sup>189</sup>

In Anbetracht dieser Gegenüberstellung scheinen demnach beide Ansätze gewissermassen als Begründung für Vertragseingriffe herangezogen werden zu können. Da allerdings im idealen Markt davon ausgegangen wird, dass Transaktionskosten gar nicht erst vorhanden sind, solche bei der Verwendung von AGB aber vorliegen und insb. aufgrund ihrer unverhältnismässigen Höhe die ganze Problematik überhaupt erst begründen, kann bereits bei Vorliegen unverhältnismässig hoher Transaktionskosten von einem Marktversagen ausgegangen werden, welches schliesslich ebenfalls die Entstehung einer schwächeren Partei begründet.

## **F. FAZIT**

---

Ziel dieser Arbeit war es, zu klären welche Rollen das Marktversagen und der Schutz der schwächeren Partei im Zusammenhang mit Eingriffen in Verträge spielen. Zudem sollte geklärt werden, in welchem Verhältnis die Beiden zueinanderstehen.

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass der funktionierende Wettbewerb sowie die Gleichwertigkeit der Vertragsparteien die Prämissen der Vertragsfreiheit und damit der *Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus* bilden. Fehlt eine Prämisse, scheitert die Vertragsfreiheit und es werden im Falle einer darauf gründenden Äquivalenzstörung Eingriffe erforderlich. Wie ersichtlich, werden AGB aufgrund zu hoher Transaktionskosten grds. durch Global-

---

<sup>186</sup> Vgl. D. II. Ziff. 1.

<sup>187</sup> Siehe oben, C. I. Ziff. 2.

<sup>188</sup> Vgl. C. II. Ziff. 1.

<sup>189</sup> Vgl. C. II. Ziff. 1.

übernahme in Verträge integriert, was mithin dazu führt, dass der AGB-Übernehmer nicht alle, für die freie Willensbildung notwendigen Informationen verfügt, wodurch er in seiner freien Entscheidung aufgrund von Informationsasymmetrie eingeschränkt ist. In der Folge entsteht eine schwächere Partei.

Es ist indes trügerisch davon auszugehen, dass die Begründung für Vertragseingriffe nur in einem der beiden Aspekte liegen muss. Vertragseingriffe werden vielmehr durch beide Aspekte begründet, nämlich durch das Marktversagen als Auslöser und den Schutz der schwächeren Partei als Rechtfertigung. Dies, da AGB wegen ihrer Transaktionskosten für Vertragsabschlüsse nämlich nicht von entscheidender Relevanz sind und in dieser Hinsicht deshalb ein fehlerhafter Wettbewerb vorliegt, woraus sich u.U. aufgrund der Risikoabwälzung auf den AGB-Übernehmer zum einen ungerechte AGB-Verträge ergeben können, welche ferner auf ökonomischer Ebene aufgrund der ineffizienten Risikoverteilung usw. zu einem Wohlfahrtsverlust und damit zu einem Marktversagen führen können. Folglich bilden im Rahmen von Verträgen unter der Verwendung von AGB die Transaktionskosten den Ausgangspunkt für die Entstehung einer schwächeren Partei. Der Schutz der schwächeren Partei hat sodann den Nebeneffekt der Korrektur der gescheiterten Prämisse und führt somit wiederum zu einem funktionierenden Markt.

Die zu Beginn dieser Arbeit aufgestellte These kann aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse folglich nur teilweise bestätigt werden. Eine bessere Aussage wäre demnach, dass Vertragseingriffe sowohl aufgrund von Marktversagen, wie auch zum Schutz der schwächeren Partei stattfinden, da ersteres der Auslöser und letzteres die Rechtfertigung ist und diese Beiden somit eng miteinander verbunden sind.

## V. Selbstständigkeitserklärung

---

*„Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist. Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbstständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.“<sup>190</sup>*

Bern, Dezember 2017

Bern, Dezember 2017

David Ammann

Dominik Luder

---

<sup>190</sup> Art. 42 Abs. 2 Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 22. Mai 2014 (Studienreglement RW [RSL RW]).