

Abschied von der Privatautonomie auf dem Weg zu materieller Gerechtigkeit

Welche Perspektiven für Europa?

*von Dr. Marion Träger, Rechtsanwältin,
Kanzlei Derra, Meyer & Partner, Ulm*

I. Parteiautonome Vertragsgestaltung und die Frage eines angemessenen Interessenausgleichs

Ausgangspunkt eines jeden Vertragsschlusses ist zunächst ein freier Willensentschluß der Parteien zu einem Vertragsabschluss sowie die Einigung über den Vertragsinhalt. Einer parteiautonomen Vertragsgestaltung sind heute jedoch starke Grenzen gesetzt. Man denke z. B. nur an das soziale Mietrecht, den Schutz des Arbeitnehmers, das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die zahlreichen Regelungen zum Schutz des Verbrauchers. Hierbei handelt es sich nicht um ein auf Deutschland beschränktes Phänomen. So gehen z. B. die verschiedensten Verbraucherschutzgesetze, welche in die privatautonome Vertragsgestaltung eingreifen, auf europäische Initiativen zurück.¹ Die Begrenzung der im 19. Jahrhundert noch weitgehend unangetasteten Privatautonomie unter dem Aspekt einer materiellen Vertragsgerechtigkeit oder des Schutzes einer schwächeren Vertragspartei ist eine im Laufe des 20. Jahrhundert ebenfalls international zu beobachtende Erscheinung.²

In Deutschland mag man sich im Hinblick auf stark ausgeprägte richterliche Interventionen in die Vertragsgestaltung und eine umfangreiche Schutzgesetzgebung vielleicht fragen, ob nicht der Grundsatz der Vertragsfreiheit bereits zugunsten einer vertraglichen Angemessenheitskontrolle aufgegeben worden ist oder ob vielleicht die intensive Ausprägung der Vertragskontrolle – auch im Hinblick auf veränderte

1 Z. B. das Produkthaftungsgesetz auf die Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25.07.1985, das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften auf die Richtlinie 85/577/EWG des Rates zu Haustürgeschäften vom 20.12.1985, das Verbraucherkreditgesetz auf die Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22.12.1986, Änderungen im Reisevertragsrecht des BGB auf die Pauschalreisenrichtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13.06.1990, das Fernabsatzgesetz auf die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG des Rates und des Europäischen Parlamentes vom 20.05.1997, Teile der Schuldrechtsreform 2002 auf die Richtlinie 99/44/EG des Rates und des Europäischen Parlamentes zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vom 25.05.1999.

2 S. für einen Überblick z. B. Kötz, Europäisches Vertragsrecht, Band 1, Tübingen 1996, S. 15 ff., 189 ff.

wirtschaftliche und soziale Bedingungen – ein Ausgangspunkt für eine Rückkehr zum ursprünglichen Grundsatz einer parteiautonen Vertragsgestaltung sein könnte. Um mögliche Perspektiven einzuschätzen, kann es hilfreich sein, den Stellenwert der Vertragsfreiheit im Konflikt mit der Idee inhaltlicher Vertragsgerechtigkeit in internationalen Regelwerken und anderen nationalen Rechtsordnungen zu betrachten.

Die *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (Grundregeln der internationalen Handelsverträge)³ schreiben in Artikel 1.1 den Grundsatz der Vertragsfreiheit sowohl hinsichtlich des Vertragsabschlusses als auch hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung fest. In der Kommentierung zu Artikel 1.1. wird die Vertragsfreiheit als elementarer Grundsatz im Rahmen des internationalen Handels betont.⁴ Nach Artikel 1.7 und der diesbezüglichen Kommentierung zählen auch Treu und Glauben und der redliche Geschäftsverkehr als Verhaltenspflichten der Parteien zu den Grundgedanken des Regelwerkes.⁵ Die Grundregeln enthalten zwar ein Kapitel über die Gültigkeit von Verträgen, behandeln jedoch nicht die Kontrolle der Sitten- oder Rechtswidrigkeit eines Vertrages und formulieren daher auch keine Überprüfung der inhaltlichen Vertragsgerechtigkeit. Lediglich punktuell sehen die Grundregeln Ansätze zu einer inhaltlichen Vertragskontrolle vor, und zwar in Bezug auf Haftungsfreizeichnungen und -beschränkungen und auf Klauseln, welche einer Partei die einseitige Modifizierung der Vertragserfüllung gestatten (Art. 7.1.6) sowie in Bezug auf Vertragsstraferegelungen (Art. 7.4.13).

Interessant ist ein Blick auf die *European Principles of Contract Law* (Grundregeln des europäischen Vertragsrechts der Kommission für Europäisches Vertragsrecht)⁶, weil diese auch die Frage einer vertraglichen Inhaltskontrolle in ihr Regelwerk einbeziehen. Die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts bestimmen in Artikel 1:102 die Freiheit der Parteien, Verträge zu schließen und deren Inhalt zu bestimmen, sehen jedoch in Artikel 4:110 eine Möglichkeit der Anfechtung von nicht individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen vor, die entgegen Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr zu einem wesentlichen Ungleichge-

3 Die 1994 veröffentlichten Grundregeln der internationalen Handelsverträge existieren in fünf offiziellen Sprachen (Englisch, Französisch, Deutsch, Italienisch und Spanisch) und wurden in weitere Sprachen übersetzt. Die Grundregeln des UNIDROIT-Instituts sind in deutscher Sprache abrufbar unter der Internetseite <http://www.unidroit.org/german/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>.

4 S. neben der offiziellen Kommentierung auch BONELL (Leiter der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung der UNIDROIT-Prinzipien), *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice*, 1999, S. 7 f. (Der Aufsatz ist veröffentlicht unter der Internetseite <http://www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.htm>).

5 S. neben der offiziellen Kommentierung auch BONELL, *UNIDROIT Principles* (FN 4), S. 8 f.

6 Die Kommission für Europäisches Vertragsrecht, die sogenannte Lando-Kommission tagte in drei Kommissionen, deren Arbeitsergebnisse 1995, 1998 und 2002 veröffentlicht wurden. Sämtliche Texte sind in deutscher Sprache abrufbar unter der Internetseite <http://www.ipr.uni-koeln.de> (dort unter EU-Privatrecht, Einrichtungen zum Europäischen Privatrecht) oder direkt über http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html.

wicht der vertraglichen Rechte und Pflichten führen. Dieser Kontrollansatz erinnert an die Vorgaben der europäischen Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Die Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts wählen damit eine Kompromißlösung, die einerseits vom Grundsatz der Vertragsfreiheit ausgeht, jedoch auch eine durch Wahl der Generalklausel flexible Inhaltskontrolle ermöglicht. Bemerkenswert ist insofern, dass eine nach Artikel 4:110 unangemessene Bedingung nicht automatisch unwirksam ist, sondern nur die benachteiligte Partei zur Anfechtung berechtigt, diese also entscheiden kann, ob sie die angebotene Inhaltskontrolle in Anspruch nimmt.

Der italienischen Rechtsordnung, welche nach Polen als zweites europäisches Land bereits 1942 im *codice civile* und damit lange vor Deutschland eine Regelung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingeführt hat, war bis zur Umsetzung der europäischen Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen eine inhaltliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf ihre Angemessenheit ebenso fremd wie die Funktionalisierung der Konzepte von Treu und Glauben sowie Rechtsmißbrauch zur Korrektur von Verträgen.⁷ Im italienischen Rechtssystem steht anders als in Deutschland trotz der auch dort gegebenen Einschränkungen der Privatautonomie durch den Gesetzgeber noch der Parteiwille, die autonome Vertragsgestaltung im Vordergrund, welche richterliche Vertragskorrekturen nur im Ausnahmefall zwingender gesetzlicher Regelungen, nicht jedoch generell im Interesse einer materiellen Vertragsgerechtigkeit erlaubt.⁸

Welche Herangehensweise an die Problematik einerseits freier und andererseits inhaltlich gerechter Vertragsgestaltung könnte ein Modell für ein gemeinsames europäisches Privatrecht sein? Läßt sich ein solches Zukunftsmodell überhaupt feststellen oder sind gewisse Unterschiede in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen und auf internationaler Ebene durch tradierte Denkstrukturen und rechtskulturelle Eigenheiten vorgegeben und notwendig?

Einen Einblick in verschiedene Möglichkeiten des Umgangs mit dieser Problematik kann eine vergleichende Betrachtung unterschiedlicher Lösungsansätze ermöglichen, wie sie sich z. B. in Deutschland und Italien zu dieser Problematik ergeben. Ausgangspunkt hierfür ist eine umfangreiche empirische Auswertung deutscher und italienischer Rechtsprechung zu einer Vertragspartei einseitig belastenden Vertragsklauseln in ausgewählten Fallbereichen, die über längere Zeiträume in beiden Ländern praktische Relevanz besaßen.⁹ Für Deutschland stellt sich die Frage der Handhabung des Konfliktes zwischen Vertragsfreiheit und inhaltlicher Vertragsgerechtigkeit im wesentlichen bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. Formverträgen. In Italien ist die Situation etwas anders, als dort – ab-

7 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale in Deutschland und Italien im 20. Jahrhundert – Eine vergleichende Analyse anhand ausgewählter Fallbereiche*, in: Frank/Rückert/Schneider/Walther (Hrsg.), *Fundamenta juridica*, Bd. 42, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, S. 232, 351 f., 422, 426, 442, 450.

8 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 228 ff., 345, 352, 422, 450, 502.

9 Die Autorin untersucht diese Fragestellung im Rahmen ihrer in FN 7 benannten Dissertation.

gesehen von der in Art. 1341 und 1342 *codice civile* von 1942 vorgesehenen formalen Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formverträgen – diejenigen Vorschriften im *codice civile*, welche die freie Vertragsgestaltung der Parteien begrenzen, nicht speziell Allgemeine Geschäftsbedingungen bzw. Formverträge betreffen. Gleichwohl handelt es sich bei der für Deutschland und Italien ausgewerteten und im folgenden zusammengefasst dargestellten Rechtsprechung zum Umgang mit Vertragsklauseln, die in bestimmten Fallbereichen in beiden Rechtsordnungen relevant waren, regelmäßig um Urteile zur Handhabung Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

Wesentlicher Gesichtspunkt für den Vergleich der in beiden Rechtsordnungen gewählten Lösungsansätze ist hierbei, ob der Aspekt materieller Vertragsgerechtigkeit als eigener Wert neben dem Grundsatz der Vertragsfreiheit anerkannt wird und wie im einzelnen die Gewichtung zwischen beiden Positionen erfolgt. Je nachdem, wie die Prioritäten gesetzt werden, kann die Vertragsfreiheit durch den Aspekt inhaltlich ausgeglichener Verträge immanent beschränkt werden, kann sogar der Zielvorgabe materieller Gerechtigkeit untergeordnet sein. Bleibt die Privatautonomie dagegen im Grundsatz unangetastet, dient sie als Rechtfertigung, um Eingriffe in die parteiliche Vertragsgestaltung im Interesse einer gerechten Risikoverteilung abzuschneiden. Der Wunsch nach einer die Interessen beider Vertragspartner berücksichtigenden Lösung wird dann eher über eine Stärkung der Autonomie des unterlegenen Partners verfolgt.

Diese verschiedenen Gewichtungen in den Argumentationen der Richter geben wesentlich Aufschluß über den Stellenwert der Vertragsfreiheit im jeweiligen Rechtssystem, das unterschiedliche Bewußtsein für den Konflikt von Vertragsfreiheit und materieller Vertragsgerechtigkeit sowie die verschiedenen Einstellungen zu richterlichen Vertragskorrekturen.

II. Vertragsfreiheit und materielle Gerechtigkeit in Deutschland und Italien im 20. Jahrhundert

1. Handhabung von einseitig belastenden Vertragsklauseln in Italien

Betrachtet man die Handhabung einseitiger Vertragsklauseln in verschiedenen Fallbereichen wie Verwirkungs- und Fälligkeitsklauseln bei Abzahlungsgeschäften, Gewährleistungsklauseln, Ausschlussfristen, Beweislastklauseln und Gerichtsstandsvereinbarungen durch die italienische Rechtsprechung im 20. Jahrhundert, fällt über den gesamten Zeitraum die zentrale Rolle der Vertragsfreiheit auf, die auch nicht grundsätzlich unter dem Aspekt inhaltlich ausgeglichener Verträge in Frage gestellt wird.¹⁰ Teilweise wird ein möglicher Konflikt zwischen parteiautonomer Vertrags-

¹⁰ TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 71 ff., 102 ff., 227 ff., 279 ff., 345 ff., 387, 417 f., 422 ff., 428.

gestaltung und der Realisierung materieller Gerechtigkeit gar nicht erst problematisiert. Wenn die italienischen Richter bei einfachen Abzahlungsgeschäften vor 1942 explizit die Gefahr übermäßiger Belastungen des Abzahlungskäufers ansprechen, nehmen sie zumindest diesen möglichen Kontrast wahr, lehnen aber in deutlicher Betonung der Vertragsfreiheit einen richterlichen Eingriff in die Vertragsgestaltung ab.¹¹ Ebenso wird in den anderen Fallbereichen regelmäßig die Bindung der Richter an den von den Parteien bestimmten Vertragsinhalt herausgestellt. Im Bereich der Abzahlungsgeschäfte ist die Situation teilweise etwa seit den 70er Jahren etwas verändert, so im Bereich des Finanzierungsleasings, bei dem ein Teil der italienischen Richter den Schutz des Leasingnehmers vor ungerechtfertigten Benachteiligungen und das Ziel eines angemessenen Interessenausgleichs trotz grundsätzlich bestehender Privatautonomie als notwendig anerkennt.¹²

Die in Italien im Vordergrund stehende freie Vertragsgestaltung wird keinesfalls der Idee eines inhaltlich gerechten Vertrages untergeordnet. Zwar suchen die italienischen Richter in verschiedenen Fällen einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Parteien. Doch handelt es sich hierbei stets um spezifische Kontrollen, die vor 1942 mangels gesetzlicher Vorgaben aufgrund traditioneller Institute der Rechtslehre oder nach 1942 vor allem aufgrund konkreter gesetzlicher Vorgaben vorgenommen werden. Keinesfalls sehen es die italienischen Richter als ihre Aufgabe an, Vertragsbedingungen generell auf ihren Gerechtigkeitsgehalt zu überprüfen. Ihnen ist daher auch prinzipiell der Gedanke fremd, die parteiautonom gewählte Vertragsgestaltung im Interesse der *giustizia sostanziale* (materielle Gerechtigkeit) zu korrigieren.¹³ Sie sind insoweit noch dem liberalen Modell der Vertragsfreiheit verhaftet, das den freien Vertragsschluß durch die Parteien grundsätzlich als Gewähr für einen angemessenen Interessenausgleich begreift und Einschränkungen dieser Freiheit nur in Ausnahmefällen zuläßt. So stellen die italienischen Richter auch bei der Prüfung von Gewährleistungs-, Haftungsfreizeichnungsklauseln und Ausschlußfristen auf ihre Vereinbarkeit mit dem *ordine pubblico* (öffentliche Ordnung) den Ausnahmecharakter dieser gesetzlichen Kontrolle heraus. Diese wird in den engen Grenzen des traditionellen Rechtssatzes des *pactum ne dolus praestetur* vorgenommen. Dabei wird auf den Grundsatz der unzulässigen Freizeichnung von der Vorsatzhaftung auch nicht in allen, sondern nur in den Fallbereichen Bezug genommen, welche schon in der Vergangenheit traditionell unter diesem Rechtssatz erfaßt (allgemeine Freizeichnungsklauseln und Gewährleistungsvereinbarungen als spezieller Anwendungsfall) oder die traditionell dem Bereich der öffentlichen Ordnung zugeordnet wurden (so Ausschlußfristen wegen ihres engen Zusammenhangs zu den Ver-

11 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 71 ff., 76 f., 102, 227 f., 428.

12 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 188 ff., 193, 222 ff., 228 f., 428.

13 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), s. im Kapitel Abzahlung S. 225, 228 ff., im Kapitel Gewährleistung S. 281, 352 und im Kapitel Ausschlußfristen S. 400, 417 f., 421 f.

jährungsregelungen).¹⁴ Die Unabdingbarkeit der Vorsatzhaftung war bereits über Jahrhunderte fester Bestandteil der europäischen Tradition, bevor im Industriezeitalter Haftungsfreizeichnungsklauseln verstärkt Verbreitung fanden.¹⁵ Somit haben die von den italienischen Richtern vorgenommenen Beschränkungen der Vertragsfreiheit stets Ausnahmecharakter, sei es, daß sich die Gerichte auf konkrete zwingende Rechtsvorschriften stützen, aber auch dann, wenn sie die Gültigkeit von Geschäftsbedingungen unter Berufung auf unbestimmte Prinzipien wie die öffentliche Ordnung kontrollieren.

Die grundsätzliche Achtung vor der Vertragsfreiheit zeigt sich auch darin, daß die italienischen Richter ihre Falllösungen vielfach unter zumindest äußerlicher Wahrung des Parteiwillens zu begründen suchen, so besonders deutlich im Rahmen des einfachen und drittfinanzierten Abzahlungskaufs¹⁶ sowie bei der engen Auslegung von Gewährleistungsklauseln¹⁷. Dieses Verständnis der Richter wird auch in der Argumentation zur AGB-Kontrolle nach art. 1341/2 *codice civile*¹⁸ deutlich, die einen Schutz vor unbilligen Geschäftsbedingungen über eine Stärkung der Vertragsfreiheit des AGB-Kunden ermöglichen soll. So zielt die Notwendigkeit der *specificata approvazione* (besondere Annahme) auf eine *contrattualità effettiva e funzionale* (effektive und funktionale Vertragsmäßigkeit), indem der freie Willensentschluß der belasteten Partei gestärkt und auf diese Weise eine Position von Gleichheit garantiert werde.¹⁹ Folge dieser Sichtweise ist, daß jeder Vertragspartner grundsätzlich selbstverantwortlich auf eine gerechte Interessenregelung hinwirken müsse und es anders als in der deutschen Rechtsprechung kaum als erforderlich angesehen wird, die schwächere Partei vor übermäßigen Belastungen zu schützen.²⁰

Ein gewisser Wandel in der italienischen Judikatur zeichnet sich allerdings in der Rechtsprechung zum Finanzierungsleasing ab. Hier betont ein Teil der Instanzgerichte deutlich die Notwendigkeit einer materiellen Vertragskontrolle unter Heran-

14 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), s. hierzu im Kapitel Gewährleistung S. 245 ff., 279 und im Kapitel Ausschlußfristen S. 367 f., 385, 419 f., 421 f.

15 BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano 1971, pp. 5, 19.

16 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), s. im Kapitel Abzahlung S. 67 f., 93 ff., 97 f., 103 f., 151 ff., 162, 227 f. und FN 167, 169, 284, 309-311, 542.

17 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 352, 430.

18 Nach art. 1341/1 *codice civile* sind die von einer Vertragspartei eingebrachten Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber der anderen Vertragspartei wirksam, wenn diese sie bei Vertragsschluß bei Anwendung der allgemeinen Sorgfalt kannte oder kennen mußte. Art. 1341/2 *codice civile* sieht für bestimmte vom Gesetzgeber als belastend gesehene Fallgruppen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (u. a. Haftungsbeschränkungen) als zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung die sog. *specificata approvazione*, d. h. eine besondere Annahme vor.

19 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), s. im Kapitel Gewährleistung S. 346 ff. und FN 539-544.

20 Der Unterschied zeigt sich besonders deutlich im Rahmen der Abzahlungsgeschäfte, bei denen in Deutschland der Schutz des Käufers (bzw. Darlehensnehmers beim drittfinanzierten Abzahlungskauf) gerade den Leitgedanken der kundenschützenden Urteile bildet.

ziehung der für typische Verträge vorgesehenen gesetzlichen Schutzvorschriften, um Überschreitungen der Privatautonomie zu vermeiden und einen angemessenen Interessenausgleich zu erzielen.²¹ Hierin kann insofern eine Neuerung gesehen werden, als diese Richter neben der grundsätzlich geltenden Vertragsfreiheit auch die inhaltliche Angemessenheit der von den Parteien gewählten Bedingungen als notwendige Begrenzung der freien Vertragsgestaltung anerkennen. Andererseits ist aus ihren Begründungen zu entnehmen, daß sie die Begrenzung der Vertragsfreiheit aus zwingenden Gesetzesvorschriften, die für vergleichbare Vertragstypen bestehen, ableiten.²² Auch diese Richter stellen die Frage nach der inhaltlichen Angemessenheit von Vertragsbedingungen also nur im Zusammenhang mit konkreten zwingenden Vorgaben des Gesetzgebers. Sie verbleiben somit in der festgestellten Grundhaltung der italienischen Gerichte, der eine prinzipielle Überprüfung von Verträgen auf ihren Gerechtigkeitsgehalt fremd ist. Anders als die deutschen Richter räumen die italienischen den dispositiven Normen auch keine Leitbildfunktion im Sinne einer von den Parteien zu berücksichtigenden, gerechten Interessenregelung ein. Der Bereich der dispositiven Normen unterliegt vielmehr der freien Gestaltung durch die Parteien; Grenze ihrer Autonomie sind allein die ausnahmsweise bestehenden imperativen Vorschriften.

2. Handhabung von einseitig belastenden Vertragsklauseln in Deutschland

Die deutsche Judikatur kennzeichnet sich in der Handhabung einseitig ausgestalteter Vertragsbedingungen in verschiedenen Fallbereichen durch einen anderen Stellenwert der Vertragsfreiheit sowie durch eine verschiedene Einstellung zum Konflikt von freier Vertragsgestaltung und inhaltlicher Richtigkeitsgewähr. Die deutschen Gerichte erkennen zwar im Ausgangspunkt ebenso die parteiautonome Inhaltsbestimmung als Grundsatz an, stellen aber zugleich regelmäßig die Frage nach einem angemessenen Interessenausgleich zwischen dem Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und seinem Vertragspartner. So setzen sie sich mit dem Problem inhaltlich unausgeglichener Verträge und einer möglichen Rechtlosstellung einer Partei durch einseitige Vertragsbedingungen auch dann auseinander, wenn sie im konkreten Fall keine weitere Einschränkung der Vertragsgestaltung zugunsten des AGB-Kunden vornehmen.²³

In Bezug auf Umfang und Intensität der richterlichen Interventionen in die Vertragsfreiheit bestehen zwar zeitliche Unterschiede, doch läßt sich schon in den An-

21 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), s. im Kapitel Abzahlung S. 191 ff., 222, 228 f. und FN 719-724.

22 Trib. Genova, 23.02.1982, Dir. fall. 1982, II, 1101, 1103; Trib. Torino, 10.04.1986, Riv. it. leasing 1987, 419, 425, 426 s.; A. Genova, 21.11.1988, Foro pad. 1989, I, cc. 109 s., 117.

23 So z. B. bei der Reduktion von Fälligkeitsklauseln nach § 4 II AbzG beim einfachen Abzahlungskauf, s. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), im Kapitel Abzahlung S. 51 ff.

fängen des 20. Jahrhunderts die Grundhaltung feststellen, die von den Parteien gewählten Vertragsbedingungen unter dem Gesichtspunkt einer gerechten Interessenslösung zu überprüfen und entsprechend auch zu korrigieren. Im Laufe der Jahrzehnte nimmt die richterliche Vertragskontrolle stetig zu; die Gewichtung im Konflikt zwischen Vertragsfreiheit und materieller Gerechtigkeit verlagert sich deutlich in Richtung der letzteren. So überwiegen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts verdeckte Formen der Kontrolle über eine ‚enge Auslegung‘ von Gewährleistungsklauseln und Ausschlussfristen sowie über den Einwand der Arglist bei Ausschlussfristen, während in geringerem Umfang die Gültigkeit der vertraglichen Vereinbarungen, so bei Freizeichnungsklauseln oder in der Rechtsprechung zu drittfinanzierten Abzahlungskäufen, Gegenstand der Entscheidung ist. Seit den 50er/60er Jahren findet dann verstärkt eine offene Wirksamkeitskontrolle statt, die nach und nach andere Kontrollformen zurückdrängt und 1977 zum wesentlichen Inhalt des AGB-Gesetzes wird.

Einen wesentlichen Schritt in der inhaltlichen Prüfung der Vertragsbedingungen stellt dabei der Wechsel von der zu § 138 BGB entwickelten Monopolmißbrauchslehre zur Kontrolle anhand von Treu und Glauben dar, die sich vereinzelt schon in Urteilen des Reichsgerichts andeutet²⁴, im wesentlichen aber von der Rechtsprechung in der Bundesrepublik entwickelt wird. Während nämlich das Anknüpfen am Monopolmißbrauch eine Korrektur der Geschäftsbedingungen nur bei deren Verwendung durch Monopolunternehmer unter engen Voraussetzungen zulässt, führt die von der Rechtsprechung über § 242 BGB entwickelte Kontrolle zu einer generellen Prüfung des Vertragsinhalts auf seine Angemessenheit. Damit wird die parteiautonome Vertragsgestaltung grundsätzlich und nicht nur vereinzelt wie in Italien dem Ziel der Vertragsgerechtigkeit im Sinne eines angemessenen Interessenausgleichs untergeordnet. Das bedeutet eine prinzipielle Zurückdrängung der Vertragsfreiheit, die nicht nur ausnahmsweise begrenzt wird, sondern der Schranken im Sinne der Vertragsgerechtigkeit immanent sind. Dies führt zu einer inhaltlichen Kontrolle nicht nur der untersuchten Klauseln bei Abzahlungsgeschäften, der Haftungsfreizeichnung und der Ausschlussfristen, sondern grundsätzlich in allen Bereichen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, so z. B. bei Beweislastvereinbarungen ab den 60er Jahren²⁵, bei Gerichtsstandsklauseln seit den 70er Jahren²⁶.

24 RG v. 12.07.1939, HRR 1939, Nr. 1459; RG v. 31.03.1941, DRW 1941, 1726, 1727; OLG Kassel v. 17.04.1941, HRR 1942, Nr. 13; RG v. 19.10.1942, II 55/42, zitiert von HILDEBRANDT, in: SCHLEGELBERGER, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 3. Bd., 3. Aufl. 1956, § 346, Rn. 32.

25 BGHZ 41, 151, 154 (17.02.1964); BGH v. 25.10.1966, VersR 1967, 63, 65; BGH v. 27.01.1967, VersR 1967, 402, 403 f.; BGH v. 13.03.1969, VersR 1969, 511, 513; BGH v. 19.02.1971, VersR 1971, 623, 624; BGH v. 18.02.1976, VersR 1976, 688, 689.

26 AG München v. 24.06.1970 (8 C 699/70 – unveröffentlicht), zitiert bei LÖWE, NJW 1971, 1342; LG Braunschweig v. 21.04.1971, NJW 1971, 1413; LG Frankfurt/Main v. 14.01.1972, BB 1972, 381; LG München v. 17.11.1972, BB 1973, 355, 356; LG Koblenz v. 31.01.1973, BB 1973, 444 f.; OLG Köln v. 28.04.1975, VersR 1976, 537, 538; OLG Düsseldorf v. 26.11.1981, DB 1982, 220, 222; OLG Hamm v. 18.02.1983, BB 1983, 1304, 1307; OLG

Für die immer stärkere Akzentuierung zugunsten der angestrebten Vertragsgerechtigkeit ist die sich wandelnde Haltung der Richter zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und dispositivem Recht von wesentlicher Bedeutung. So erkennen die deutschen Richter etwa ab Anfang der 60er Jahre dem dispositiven Recht verstärkt eine Leitbildfunktion zu, an der sich die von den Parteien bestimmten Vertragsbedingungen ausrichten müssen. So werden Abweichungen von den eine gerechte Interessenregelung verkörpernden dispositiven Normen nur bei Vorliegen besonderer Gründe zugelassen. Der gewählte Vertragsinhalt muß in angemessener Weise die Interessen beider Parteien berücksichtigen. Auf diese Weise wird das *per definitionem* der Vertragsfreiheit unterliegende dispositive Recht der parteiautonen Gestaltung entzogen. Hier wird das geänderte Verhältnis zwischen der Vertragsfreiheit und der Idee materieller Vertragsgerechtigkeit augenfällig.

Bei Ausschußfristen²⁷, Gewährleistungsbeschränkungen²⁸, aber auch bei Beweislastklauseln²⁹, Gerichtsstandsvereinbarungen³⁰ und in anderen Bereichen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen³¹ findet man immer wieder die Argumentation, daß Vertragsbedingungen dann nicht anerkannt werden können, wenn „*sie den im dispositiven Recht enthaltenen, ausgewogenen Ausgleich widerstreitender Interessen verdrängen, ohne den Vertragspartner des Verwenders angemessen zu sichern*“³². Je stärker das hinter den dispositiven Normen stehende Gerechtigkeitsgebot sei, desto strenger müßten Abweichungen in Geschäftsbedingungen auf ihre Wirksamkeit kontrolliert werden.

Frankfurt v. 26.05.1983, ZIP 1983, 1213, 1216; LG Konstanz v. 23.06.1983, BB 1983, 1372; AG München v. 07.11.1986, NJW-RR 1987, 241; LG Karlsruhe v. 03.04.1989, JZ 1989, 690, 692; LG Köln v. 02.11.1989, NJW-RR 1990, 419, 420; LG Bielefeld v. 08.07.1993, NJW 1993, 2690, 2691; OLG Hamm v. 14.01.1994, NJW 1995, 2499.

27 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), s. im Kapitel Ausschußfristen S. 407, 414 f., 418 f.

28 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), s. im Kapitel Gewährleistung S. 344, 352.

29 BGHZ 41, 151, 154 (17.02.1964); BGH v. 25.10.1966, VersR 1967, 63, 65; BGH v. 19.02.1971, VersR 1971, 623, 624.

30 AG München v. 24.06.1970 (8 C 699/70 – unveröffentlicht), zitiert bei LÖWE, NJW 1971, 1342; LG Braunschweig v. 21.04.1971, NJW 1971, 1413; LG Frankfurt/Main v. 14.01.1972, BB 1972, 381; LG München v. 17.11.1972, BB 1973, 355, 356; LG Koblenz v. 31.01.1973, BB 1973, 444 f.; LG Karlsruhe v. 03.04.1989, JZ 1989, 690, 692; LG Bielefeld v. 08.07.1993, NJW 1993, 2690, 2691.

31 BGH v. 04.11.1964, Jus 1965, 156 Nr. 1; BGH v. 11.11.1968, NJW 1969, 230, 231; BGH v. 08.10.1969, Jus 1970, 138 Nr. 3; BGHZ 54, 106, 109 f. (04.06.1970); BGHZ 60, 243, 245 (28.02.1973); BGHZ 72, 222, 226 f. (12.10.1978).

32 BGHZ 72, 222, 226 f. (12.10.1978); s. auch BGHZ 60, 243, 245 (28.02.1973); s. auch ALFF (Richter am Bundesgerichtshof), in: BGB-RGRK, Bd. 2, Teil 1, Berlin 1976, § 242, Rn. 111.

„Verdanken Vorschriften des dispositiven Rechts ihre Entstehung nicht nur Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern einem aus der Natur der Sache sich ergebenden Gerechtigkeitsgebot, so bedarf es zur Wirksamkeit einer von ihnen abweichenden Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen gewichtiger Gründe, wenn die betreffende Klausel das Gerechtigkeitsgebot, wie es aus der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts ersichtlich ist, in Frage stellt und gleichwohl mit Recht und Billigkeit vereinbar sein soll.“³³

Indem die deutschen Richter Vertragsbedingungen am Gerechtigkeitsgehalt des gerade nicht zwingenden und somit der parteiautonen Vertragsgestaltung offenstehenden Rechts messen, ordnen sie prinzipiell die Vertragsfreiheit der Idee einer materiellen Vertragsgerechtigkeit unter. Darin unterscheidet sich die Gewichtung zwischen freier Vertragsgestaltung und der Realisierung einer *giustizia sostanziale* durch die deutschen Gerichte grundlegend von der Einstellung der italienischen Richter.

Die deutliche Intensivierung der richterlichen Vertragskontrolle läßt sich auch gut in der sich wandelnden Rechtsprechung zum drittfinanzierten Abzahlungskauf beobachten. Hier gewährt die Rechtsprechung vor 1945 einen abzahlungsrechtlichen Schutz gegenüber Verwirkungs- und Fälligkeitsklauseln im Darlehensvertrag zunächst unter den engeren Voraussetzungen der wirtschaftlichen Identität oder Abhängigkeit von Verkäufer und Darlehensgeber, während die spätere Rechtsprechung für die Anwendung des Abzahlungsgesetzes schon die enge Verknüpfung von Kauf und Darlehen genügen läßt. In den 50er Jahren ist der über die Argumentation mit der „wirtschaftlichen Einheit“ von Kauf und Darlehen gewährte Schutz noch auf den Bereich der Verwirkungs- und Fälligkeitsklauseln im Darlehensvertrag beschränkt. Nach und nach führt allerdings die wirtschaftliche Betrachtungsweise auch im Bereich von Einwendungen des Darlehensnehmers gegenüber dem Finanzierungsinstitut zu einer Überwindung der formalen rechtlichen Ausgestaltung. Die dabei vorgenommene Vertragskontrolle wird stetig intensiviert, indem der zunächst in Bezug auf Sachmängel entwickelte Einwendungsdurchgriff auf Fälle von Nichtlieferung und arglistiger Täuschung ausgedehnt, der geschützte Personenkreis erweitert und die Subsidiarität des Einwendungsdurchgriffs abgeschwächt werden.

33 BGHZ 72, 222, 226 f. (12.10.1978); s. ähnlich auch BGHZ 41, 151, 154 (17.02.1964); BGH v. 04.11.1964, Jus 1965, 156 Nr. 1; LG Berlin v. 25.04.1966, NJW 1966, 1818, 1819; BGH v. 25.10.1966, VersR 1967, 63, 65; BGH v. 11.11.1968, NJW 1969, 230, 231; BGH v. 08.10.1969, Jus 1970, 138 Nr. 3; BGHZ 54, 106, 109 f. (04.06.1970); AG München v. 24.06.1970 (FN 18); BGH v. 19.02.1971, VersR 1971, 623, 624; LG Braunschweig v. 21.04.1971, NJW 1971, 1413; BGH v. 28.04.1971, NJW 1971, 1795, 1797; LG Frankfurt/Main v. 14.01.1972, BB 1972, 381; LG München I v. 17.11.1972, BB 1973, 355, 356; LG Koblenz v. 31.01.1973, BB 1973, 444 f.; BGHZ 60, 243, 245 (28.02.1973); BGHZ 60, 377, 380 (08.05.1973); BGHZ 63, 238, 239 (08.11.1974); BGH v. 13.01.1975, BB 1975, 402; BGH v. 24.11.1976, NJW 1977, 854, 855; BGH v. 07.02.1979, MDR 1979, 665, 666; BGHZ 89, 206, 211 f. (21.12.1983); BGHZ 90, 280, 284 (08.03.1984); LG Karlsruhe v. 03.04.1989, JZ 1989, 690, 692; BGH v. 10.04.1990, NJW-RR 1990, 1075; BGH v. 21.06.1990, NJW 1990, 3197, 3198; LG Bielefeld v. 08.07.1993, NJW 1993, 2690, 2691; s. auch ALFF, in: *BGB-RGRK*, § 242, Rn. 111.

Die in Deutschland praktizierte inhaltliche Prüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird zum Teil über die Notwendigkeit eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Vertragsparteien gerechtfertigt³⁴, zum Teil unter dem Aspekt des Mißbrauchs der Vertragsfreiheit begründet³⁵, wobei beide Argumentationen oft ineinander übergehen.

Da Allgemeine Geschäftsbedingungen einseitig von einem Vertragspartner aufgestellt und nur durch die Unterwerfung des anderen Vertragspartners Vertragsbestandteil würden, könnten sie im Hinblick auf „die Wahrung elementarer Vertragsgerechtigkeit“ nicht anerkannt werden, wenn sie die Rechte und Pflichten der Beteiligten einseitig regeln.³⁶ Soweit die Vertragsbedingungen nur einseitig den AGB-Verwender begünstigten und sich nicht als sachgerechter Ausgleich der beiderseitigen Parteiinteressen darstellten, mißbrauche dieser seine Vertragsfreiheit und verletze „die Grundsätze der Vertragsgerechtigkeit“.³⁷

„Nach gefestigter Rechtsprechung nimmt nun aber derjenige, der allgemeine Geschäftsbedingungen aufstellt, die an sich bestehende Vertragsfreiheit, soweit sie die Gestaltung des Vertragsinhalts betrifft, für sich allein in Anspruch und ist daher nach Treu und Glauben verpflichtet, schon bei der Abfassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen die Interessen seiner künftigen Vertragspartner angemessen zu berücksichtigen. Bringt er nur seine eigenen Interessen zur Geltung, so mißbraucht er die Vertragsfreiheit, die insoweit durch § 242 BGB eingeschränkt ist.“³⁸

Der Vertragsfreiheit des AGB-Verwenders sind somit bei der einseitigen Gestaltung des Vertragsinhalts unter dem Gesichtspunkt einer gerechten Interessenregelung immanente Schranken gesetzt.³⁹

34 BGHZ 22, 90, 98 (29.10.1956); BGHZ 33, 216, 219 f. (29.09.1960); BGHZ 38, 183, 185 (29.10.1962); LG Tübingen v. 13.12.1963, NJW 1964, 1798, 1799 f.; BGHZ 41, 151, 154 (17.02.1964); BGH v. 04.11.1964, Jus 1965, 156 Nr. 1; LG Ravensburg v. 24.11.1964, NJW 1965, 637 f.; BGH v. 27.01.1967, VersR 1967, 402, 403; BGH v. 11.11.1968, NJW 1969, 230, 233; BGH v. 11.11.1968, NJW 1969, 230, 233; BGHZ 52, 86, 91 f. (30.04.1969); BGHZ 54, 106, 109 (04.06.1970); OLG München v. 10.07.1972, BB 73, 354, 355; LG München I v. 17.11.1972, BB 1973, 355; LG Koblenz v. 31.01.1973, BB 1973, 444 f.; BGHZ 60, 243, 245 (28.02.1973); BGH v. 13.01.1975, BB 1975, 442; BGH v. 18.02.1976, VersR 1976, 688, 689; BGHZ 74, 383, 390 (11.06.1979); BGH v. 10.04.1990, NJW-RR 1990, 1075; BGH v. 21.06.1990, NJW 1990, 3197, 3198.

35 LG Ravensburg v. 24.11.1964, NJW 1965, 637 f.; LG Berlin v. 25.04.1966, NJW 1966, 1818, 1819; BGH v. 11.11.1968, NJW 1969, 230, 233; BGH v. 08.10.1969, Jus 1970, 138 Nr. 3; BGHZ 54, 106, 109 (04.06.1970); LG Frankfurt/Main v. 14.01.1972, BB 1972, 381; OLG München v. 10.07.1972, BB 73, 354, 355; BGHZ 60, 243, 245 (28.02.1973); BGHZ 89, 206, 211 (21.12.1983); BGHZ 90, 280, 284 (08.03.1984); BGH v. 10.04.1990, NJW-RR 1990, 1075; BGH v. 21.06.1990, NJW 1990, 3197, 3198.

36 BGHZ 52, 86, 91 f. (30.04.1969).

37 BGHZ 60, 243, 245 (28.02.1973).

38 BGHZ 54, 106, 109 (04.06.1970).

39 S. zu immanenten Schranken der Vertragsfreiheit BGHZ 22, 90, 94, 100 (29.10.1956); BGH v. 11.11.1968, NJW 1969, 230; BGHZ 54, 106, 109 (04.06.1970); LG München I v. 17.11.1972, BB 1973, 355; BAG v. 23.06.1994, BB 1995, 204.

Der Mißbrauch der Vertragsfreiheit wird dem Bereich der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB zugeordnet⁴⁰, wobei es sich aber nicht um eine Form des individuellen Rechtsmißbrauchs, sondern um einen sogenannten institutionellen Rechtsmißbrauch handelt. Während das Verbot des individuellen Mißbrauchs die Gültigkeit einer vertraglichen Vereinbarung unberührt läßt und nur im Einzelfall die Berufung auf diese untersagt, setzt der institutionelle Mißbrauch generell an der Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen an und führt im Fall der mißbräuchlichen Ausübung der Vertragsfreiheit zur Ungültigkeit der entsprechenden Vertragsbedingungen. In Deutschland wird auch die individuelle Rechtsausübung zur Vertragskontrolle genutzt, so z. B. über den Arglisteinwand bei der Geltendmachung von Ausschlussfristen, doch ermöglicht sie nur eine Überprüfung konkreter Verhaltensweisen im Einzelfall. Dagegen stellt die auf den institutionellen Rechtsmißbrauch gestützte Inhaltskontrolle generell die Angemessenheit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen selbst in Frage. Indem sie nicht erst bei der Anwendung der Klauseln im Einzelfall, sondern bei deren Gültigkeit ansetzt, greift sie deutlich stärker in die Privatautonomie ein als die Kontrolle über den individuellen Rechtsmißbrauch.

Die Begründung der AGB-Kontrolle unter Verbindung mit dem Institut des Rechtsmißbrauchs ist wohl vor dem Hintergrund der zuvor von der Rechtsprechung ausgeübten Vertragskontrollen über §§ 138, 242 BGB entstanden, welche den Monopolmißbrauch und den Arglisteinwand, also die unzulässige Rechtsausübung betreffen. Gegenüber der Monopolmißbrauchslehre geht die auf dem Mißbrauch der Vertragsfreiheit begründete Prüfung der Vertragsbedingungen insofern deutlich weiter, als sie die Wirksamkeit der Vereinbarungen nicht nur unter den engen Voraussetzungen einer Monopolstellung, sondern generell unter dem Aspekt einer gerechten Vertragsgestaltung im Sinne eines angemessenen Interessenausgleichs diskutiert.

Der italienischen Rechtsordnung ist dagegen der institutionelle Mißbrauch der Vertragsfreiheit als Fall des Rechtsmißbrauchs fremd und kann daher auch keinen Eingriff in die freie Vertragsgestaltung in Form einer Angemessenheitsprüfung rechtfertigen. Zwar ist in Italien der Gedanke eines *abuso della libertà contrattuale* (Mißbrauch der Vertragsfreiheit) durch die deutsch-italienische Zusammenarbeit bei der Reform des Zivilrechts in den 30er, 40er Jahren des 20. Jahrhunderts durchaus

40 SOERGEL-SIEBERT, *Kommentar zum BGB*, Bd. I, §§ 1-432, 9. Aufl., Stuttgart 1959, § 242, Rn. 112; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Schuldrecht I, 10. Aufl. 1967, § 242, Rn. 169; STAUDINGER-WEBER, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Teil 1a, 11. Aufl. 1967, Einl. N 43, N 62; STAUDINGER-WEBER, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Teil 1b, 11. Aufl. 1961, D 97; WEBER, NJW 1968, 1, 5; ALFF (Richter am Bundesgerichtshof), in: *BGB-RGRK*, § 242, Rn. 89 ff., 111; REBE, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung*, Bielefeld 1978, S. 198 ff., 201 ff., 207 ff., 228 f.; SOERGEL-TEICHMANN, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Schuldrecht I, 12. Aufl. 1990, § 242, Rn. 15 ff.; ERMAN-WERNER, *Handkommentar zum BGB*, Bd. 1, 9. Aufl., Münster 1993, § 242, Rn. 102; PALANDT-HEINRICHS, *Kommentar*, 55. Aufl. 1996, § 242, Rn. 13, 40; JAUERNIG, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 8. Aufl., München 1997, § 242, Rn. 34.

bekannt, doch ist dieses für die deutsche AGB-Kontrolle so wesentliche Konzept nie Teil des italienischen Rechtsdenkens geworden.⁴¹

3. Regelungen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im codice civile von 1942

In Italien wurde 1942 mit der Einführung von art. 1341 *codice civile* eine gesetzliche Grundlage geschaffen, um die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag zu begrenzen.⁴² Dabei knüpft art. 1341/1 *codice civile* an die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen der Vertragsbedingungen an, während art. 1341/2 *codice civile* in Bezug auf besonders belastende Klauseln die formale Anforderung einer *specificata approvazione* stellt.

Die italienische Rechtsprechung hat diese Regelungen entsprechend ihrer Entstehungsgeschichte und ihrer systematischen Stellung im *codice civile* im Sinne einer formalen Einbeziehungskontrolle angewandt⁴³, wobei art. 1341/2 *codice civile* im Vordergrund steht⁴⁴. Diese Kontrolle ist nur von begrenzter praktischer Auswirkung, weil sie nur dann greift, wenn das Formerfordernis einer besonderen Annahme, d. h. einer getrennten Unterschrift in Bezug auf die in art. 1341/2 *codice civile* angeführten Klauseln, nicht eingehalten wird. Immerhin führt die Anwendung von art. 1341/2 *codice civile* in einigen Fällen, so z. B. im Bereich der Ausschlußfristen, zur Nichtigkeit der entsprechenden Vertragsbedingungen mangels *specificata approvazione*.⁴⁵

41 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), s. im Kapitel Gewährleistung, FN 550, 551.

42 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), s. im Kapitel Gewährleistung, S. 283 ff.

43 TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), s. im Kapitel Gewährleistung S. 300 f. und im Kapitel Ausschlußfristen S. 395 f.

44 Art. 1341/1 *codice civile* hat praktisch kaum Bedeutung erlangt, s. ROPPO, *Contratti standard, autonomia e controllo nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano 1975, p. 231; REALMONTE, *Condizioni generali di contratto e norme uniformi bancarie*, in: PORTALE, *Le operazioni bancarie*, Milano 1978, pp. 86, 100; NAPOLI, *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, in: BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, vol. II, Milano 1981, pp. 3, 12 s., 67.

45 A. Firenze, 03.02.1950, *Giur. tosc.* 1950, 5 s.; Trib. Genova, 10.03.1951, *Dir. mar.* 1952, 208, 210, 213; A. Genova, 11.04.1951, *Dir. mar.* 1951, 234, 236; Trib. Venezia, 30.06.1952, *Rep. Foro it.* 1953, voce noleggio e trasporto per acqua e per aria, n. 160; Trib. Genova, 31.07.1952, *Dir. mar.* 1953, 304, 305; Cass., 13.08.1952, n. 2697, *Rep. Foro it.* 1952, voce vendita, n. 316; Trib. Napoli, 25.09.1953, *Rep. Foro it.* 1953, voce noleggio e trasporto per acqua e per aria, n. 224; Cass., 30.03.1955, n. 934, *Foro pad.* 1955, I, cc. 565, 567; Trib. Genova, 18.12.1964, *Dir. mar.* 1967, 211, 213; Cass., 25.05.1965, n. 1006, *Foro it.* 1965, I, cc. 2073, 2078; Trib. Milano,

Neben der rein formalen AGB-Kontrolle läßt die Rechtsprechung zu art. 1341/2 *codice civile* vereinzelt Aspekte einer inhaltlichen Prüfung erkennen. So verlangt der Kassationshof z. B. in einem Fall einer vertraglichen Ausschlußfrist für das Vorliegen einer *clausola vessatoria* im Sinne von art. 1341/2 *codice civile*, daß die Ausschlußfrist der Rechtsausübung des Kunden starke Grenzen setze.⁴⁶ Auf die konkrete inhaltliche Vertragsgestaltung stellt die Rechtsprechung auch ab, wenn sie eine extensive Anwendung von art. 1341/2 *codice civile* auf Situationen zuläßt, in denen dieselbe *ratio* wie in den gesetzlich normierten Fällen besteht, d. h. dieselbe Notwendigkeit, den AGB-Kunden in einer für ihn besonders ungünstigen Situation zu schützen.⁴⁷ Materielle Gesichtspunkte sind auch erkennbar, wenn die Rechtsprechung bei der Anwendung von art. 1341/2 *codice civile* auf den Schutz des *contraente debole* (der schwächeren Vertragspartei) abstellt⁴⁸ oder das Formerfordernis

19.10.1968, Mon. Trib. 1969, 193, 194; Cass., 10.01.1980, n. 197, Rep. Foro it. 1980, voce assicurazione (contratto), n. 94; dagegen Wirksamkeit der Klausel, weil gesondert angenommen in Trib. Genova, 16.07.1956, Rep. Foro it. 1957, voce noleggjo e trasporto per acqua e per aria, n. 49.

46 Cass., 25.05.1965, n. 1006, Foro it. 1965, I, cc. 2073, 2078.

47 S. z. B. Cass., 03.11.1987, n. 8062, Rep. Foro it. 1987, voce contratto in genere, n. 268: „L'interpretazione estensiva delle categorie di clausole vessatorie di cui al 2° comma, art. 1341 c.c., benchè non incompatibile con la tassatività della elencazione ivi contenuta, può essere ammessa solo quando l'ipotesi non prevista in detta norma sia accomunata a quella espressamente contemplata dalla medesima ratio, cioè dall'esigenza di tutela del contraente per adesione in situazioni per lui particolarmente sfavorevoli.“ S. auch A. Milano, 10.12.1948, Giur. it. 1949, I, 2, c. 318 (Begründung zum Teil zitiert bei BIGIAMI, Giur. it. 1949, I, 2, cc. 317 s.); A. Milano, 03.07.1953, Assic. 1954, II, 139; A. Palermo, 02.03.1955, Rep. Giur. it. 1955, voce assicurazione (contratto di), n. 1; Pret. Roma, 25.11.1970, Giust. civ. 1971, I, 168, 170; Cass., 19.08.1971, n. 2555, Mass. Foro it. 1971, cc. 753 s.; Trib. Napoli, 05.03.1976, Dir. e giur. 1977, 617; AULETTA, *Le clausole vessatorie nella giurisprudenza*, in: BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, vol. I, Milano 1971, pp. 3, 5 ss.; GERBO, *Le condizioni generali di contratto nel settore assicurativo privato*, in: BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, vol. II, Milano 1981, pp. 183, 200 ss.

48 Die italienische Rechtsprechung sieht zwar den Schutz der schwächeren Vertragspartei nicht als *ratio* von art. 1341 *codice civile* an; diese bestehe vielmehr in der Wiederherstellung der durch die AGB-Verwendung beeinträchtigten Vertragsfreiheit des Kunden (s. auch TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), im Kapitel Gewährleistung, FN 537-540). Trotzdem spricht sie im Zusammenhang mit der Anwendung von art. 1341/2 *codice civile* verschiedentlich vom *contraente debole*: Cass., 05.10.1953, n. 3179, Rep. Foro it. 1953, voce obbligazioni e contratti, n. 93; Cass., 30.03.1955, n. 934, Foro pad. 1955, I, cc. 565, 567; Trib. Nuoro, 26.02.1960, Rep. Foro it. 1962, voce cit., n. 118; Trib. Bolzano, 06.07.1961, Rep. Foro it. 1963, voce cit., n. 142; Trib. Genova, 23.11.1961, Rep. Foro it. 1962, voce cit., n. 140; A. Cagliari, 18.05.1962, Rep. Foro it. 1963, voce cit., n. 141; Cass., 29.11.1962, n. 3215, Rep. Foro it. 1962, voce cit., n. 111; Cass., 13.09.1963, n. 2492, Rep. Foro it. 1963, voce cit., n. 127; A. Bari, 25.03.1965, Rep. Foro it. 1966, voce cit., n. 195; Cass., 29.10.1966, n. 2716, Rep. Foro it. 1966, voce cit., n. 200; Pret. Milano, 31.10.1967, Rep. Foro it. 1968, voce cit., n. 145; Cass., 12.02.1968, n. 470, Rep. Foro it. 1968, voce cit., n. 122; Cass., 13.02.1968, n. 494, Rep. Foro it. 1968, voce cit., n. 124; Cass., 13.02.1968, n. 495, Rep. Foro it. 1968, voce cit., n. 123; A. Roma, 24.04.1971, Rep. Foro it. 1973, voce contratto in genere, atto e negozio giuridico, n.

von art. 1341/2 *codice civile* dann nicht heranzieht, wenn zwischen den Vertragspartnern Parität besteht⁴⁹, die Vertragsklauseln im einzelnen ausgehandelt sind⁵⁰ oder nur bestehende Normen bestätigen.⁵¹ Trotz dieser verschiedenen materiellen Aspekte nehmen aber die italienischen Richter im Rahmen von art. 1341/2 *codice civile* keine wirkliche inhaltliche Prüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Kriterium für die Wirksamkeit oder Nichtigkeit der entsprechenden Vertragsbedingungen bleibt stets die Einhaltung der formellen Erfordernisse der *specificata approvazione*.

Eine inhaltliche Kontrolle des Vertrages findet in Italien auch nicht über art. 1341/1 *codice civile* statt. Entsprechend zahlreichen deutschen Urteilen, wonach nur diejenigen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil angesehen wurden, mit deren Aufstellung der Kunde billiger- und gerechterweise rechnen konnte⁵², wäre für Italien über den Begriff des Kennenmüssens in art. 1341/1 *codice civile* eine verdeckte inhaltliche Prüfung über die Einbeziehungskontrolle denkbar gewesen⁵³.

Art. 1370 *codice civile*, welcher die Auslegung unklarer Geschäftsbedingungen zu Lasten des AGB-Verwenders vorsieht, hat in Italien praktisch keine Bedeutung.⁵⁴

125; Cass., 24.07.1971, n. 2457, Rep. Foro it. 1971, voce contratto in genere, n. 140; Cass., 21.06.1972, n. 2021, Rep. Foro it. 1972, voce cit., n. 142; Cass., 06.10.1972, n. 2902, Rep. Foro it. 1972, voce cit., n. 141; Cass., 11.12.1973, n. 3371, Rep. Foro it. 1973, voce contratto in genere, atto e negozio giuridico, n. 133; Cass., 18.12.1973, n. 3432, Rep. Foro it. 1973, voce cit., n. 128; Cass., 01.06.1974, n. 1575, Rep. Foro it. 1974, voce cit., n. 117; Cass., 16.10.1974, n. 2879, Rep. Foro it. 1974, voce cit., n. 120; Cass., 26.10.1976, n. 3882, Rep. Foro it. 1976, voce cit., n. 113; Cass., 11.01.1978, n. 79, Rep. Foro it. 1978, voce contratto in genere, n. 95; Cass., 28.02.1985, n. 1738, Rep. Foro it. 1985, voce cit., n. 143; Cass., 14.08.1986, n. 5052, Rep. Foro it. 1986, voce cit., n. 226; anders Cass., 04.06.1979, n. 3153, Rep. Foro it. 1979, voce cit., n. 120.

49 Z. B. Cass., 18.11.1959, n. 3404, Sett. Cass. 1959, pp. 714, 715; Cass., 22.06.1967, n. 1486, Foro it. 1967, I, cc. 2750, 2753; Cass., 12.02.1968, n. 470, Giust. civ. 1968, I, 1016, 1017 s.; Cass., 26.01.1987, n. 713, Rep. Foro it. 1988, voce contratto in genere, n. 282.

50 A. Napoli, 13.05.1969, Dir. e giur. 1971, 131, 132, 135 s.; Cass., 23.07.1969, n. 2766, Foro it. 1970, I, cc. 96, 98, 101 s.; Cass., 25.10.1969, n. 3507, Foro it. 1970, I, cc. 95, 97, 98; Cass., 01.06.1974, n. 1575, Rep. Foro it. 1974, voce contratto in genere, n. 117; Cass., 25.02.1977, n. 814, Rep. Foro it. 1977, voce contratto in genere, atto e negozio giuridico, n. 95; Cass., 15.09.1977, n. 3989, Rep. Foro it. 1977, voce cit., n. 85; Cass., 15.06.1979, n. 3373, Giur. it. 1980, I, 1, cc. 236, 246 ss.

51 Z. B. Cass., 17.12.1951, n. 2834, Foro it. 1952, I, c. 1; Cass., 13.10.1960, n. 2721, Foro it. 1960, I, cc. 1452, 1454; Cass., 23.05.1994, n. 5024, Rep. Foro it. 1994, voce contratto in genere, n. 293.

52 BGHZ 17, 1, 3 (08.03.1955); BGHZ 33, 216, 219 f. (29.09.1960); BGHZ 38, 183, 185 (29.10.1962); LG Tübingen v. 13.12.1963, NJW 1964, 1798, 1799; BGHZ 54, 106, 110 (04.06.1970).

53 BONELL, ZvglRWiss 78 (1979), 1, 5 f.; ROPPO, *Contratti standard* (FN 44), p. 231.

54 Neben der Irrelevanz von art. 1370 *codice civile* in den eigenen Untersuchungsbereichen stütze ich mich auf die Untersuchungen von SACCOMANI, Giur. mer. 1976, IV, 295, 299, n. 16; CAS-SOTTANA, *Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto*, in: BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, vol. I, Milano 1971, pp. 123, 136 ss.; ALPA/RAPISARDA,

Die Rechtsprechung bewertet die Vorschrift als subsidiäre Interpretationsregel, welche nur dann eingreift, wenn nach der vorausgehenden subjektiven Auslegung noch Unklarheiten bestehen.⁵⁵ Im Vordergrund der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen steht die Bestimmung des gemeinsamen Parteiwillens nach art. 1362/2 *codice civile*, in die allerdings auch objektive Elemente einfließen können.⁵⁶ Dies zeigt erneut die Intention der italienischen Richter, ihre Falllösungen unter zumindest äußerlicher Wahrung des Parteiwillens zu begründen, sowie den besonderen Stellenwert der Vertragsfreiheit.

Neben der formalen AGB-Kontrolle über art. 1341/2 *codice civile* überprüfen italienische Richter die Vertragsbedingungen inhaltlich nur, soweit konkrete, zwingende Normen des *codice civile* eine Beschränkung der parteilichen Vertragsgestaltung vorsehen. So werden Verwirkungs- und Fälligkeitsklauseln beim Abzahlungskauf nach artt. 1525, 1526 *codice civile*⁵⁷, Gewährleistungsklauseln gemäß artt. 1229, 1490/2 *codice civile*⁵⁸, Freizeichnungsklauseln nach art. 1229 *codice civile*⁵⁹, Ausschlussfristen über artt. 2936, 2965 *codice civile*⁶⁰ und Beweislastklauseln nach art. 2698 *codice civile*⁶¹ auf ihre Gültigkeit kontrolliert. Dabei beschränken sich die

Riv. dir. comm. 1989, I, 531, 556; FRANCESCHELLI, *I contratti per adesione e l'interpretazione contro l'autore della clausola*, in: BIANCA/ALPA, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova 1996, pp. 463, 466 ss.

55 Z. B. Cass., 14.07.1954, n. 2479, Rep. Foro it. 1954, voce obbligazioni e contratti, n. 170; Cass., 29.09.1960, n. 2529, Rep. Foro it. 1960, voce cit., n. 181; Cass., 17.02.1961, n. 335, Rep. Foro it. 1961, voce cit., nn. 225 s.

56 Zur indirekten Anwendung der in art. 1370 *codice civile* enthaltenen *interpretatio contra proferentem* über die subjektive Auslegung nach art. 1362/1 *codice civile* z. B. Cass., 20.12.1972, n. 3646, Rep. Giust. civ. 1972, voce assicurazioni, n. 50; Cass., 24.02.1972, n. 545, Rep. Giust. civ. 1972, voce obbligazioni e contratti, n. 203; s. auch die Untersuchungen von CASSOTTANA, *Interpretazione* (FN 54), pp. 136 ss.

57 S. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 88 ff., 95, 98 ff.

58 S. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 301 ff., 306 ff.

59 Z. B. Trib. Genova, 10.12.1949, Foro it. 1950, I, cc. 1097, 1100; A. Bari, 28.10.1954, Foro it. 1955, I, cc. 81, 84; Cass., 05.07.1956, n. 2451, Giust. civ. 1956, I, 1210, 1213; Cass., 03.07.1968, n. 2240, Foro it. 1968, I, cc. 2466, 2468; Cass., 16.05.1975, n. 1918, Rep. Foro it. 1975, voce vendita, n. 39; Cass., 29.03.1976, n. 1129, Foro it. 1976, I, cc. 1531, 1534 s.; Cass., 26.11.1979, n. 6197, Foro it. 1982, I, cc. 810 ss., 813, 817; Cass., 08.03.1980, n. 1543, Foro it. 1981, I, cc. 2539, 2542; Trib. Milano, 14.09.1989, Corr. giur. 1989, 1303, 1304 s.; Cass., 03.11.1989, Foro it. 1990, I, cc. 1290, 1300; Trib. Milano, 04.06.1990, Giur. mer. 1992, 54, 55 s.; Trib. Pescara, 21.02.1991, Banca, borsa ecc. 1992, II, 374, 375 s.; Cass., 12.05.1992, n. 5617, Foro it. 1993, I, cc. 878, 880, 894 s.; Cass., sez. unite, 01.07.1994, n. 6226, Banca, borsa ecc. 1995, II, 446, 460.

60 S. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 396 ff., 399 f.

61 Trib. Cagliari, 09.09.1947, Assic. 1948, II, 89, 95; A. Napoli, 09.07.1958, Banca, borsa ecc. 1958, II, 564, 566; Cass., 13.07.1959, n. 2254, Giust. civ. 1959, I, 1915, 1918; Trib. Napoli, 08.07.1965, Rep. Foro it. 1966, voce vendita, n. 92; Trib. Genova, 08.01.1978, Giur. it. 1978, I, 2, c. 604; Trib. Genova, 20.02.1978, Giur. it. 1978, I, 2, cc. 604, 609; Trib. S. Maria Capua Vetere, 18.04.1979, Giur. it. 1978, I, 2, cc. 604, 613; A. Napoli, 27.03.1982, Dir. e prat. assic.

Richter zum großen Teil auf eine reine Subsumtion unter den Gesetzeswortlaut und problematisieren Wertungsspielräume, wie sie z. B. durch den Begriff des *esercizio eccessivamente difficile* (übermäßig schwierige Ausübung) in artt. 2698, 2965 *codice civile* gegeben sind, praktisch nicht.⁶² Nur in Einzelfällen geht die Rechtsprechung über die vom Gesetzeswortlaut vorgegebenen Kontrollmöglichkeiten hinaus, wenn sie z. B. auf Ausschlußfristen neben der Spezialregelung in art. 2965 *codice civile* die für Verjährungsfristen geltende Beschränkung des art. 2936 *codice civile* anwendet⁶³ oder bei Gewährleistungsklauseln aus art. 1490/2 *codice civile* über dessen Wortlaut und Entstehungsgeschichte hinaus Verhaltenspflichten aus Treu und Glauben ableitet⁶⁴. Auch diese auf Ausnahmefälle beschränkte rechtsfortbildende Rechtsprechung hat stets konkrete, zwingende Gesetzesvorgaben als Ausgangspunkt der Kontrolle und erlaubt keine generelle Überprüfung des Vertragsinhalts auf seine Gerechtigkeit im Sinne eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Parteien.

Soweit die Rechtsprechung sich mit gesetzlich nicht geregelten Vertragstypen beschäftigt, prüft sie z. B. beim Finanzierungsleasing über den Vergleich mit ähnlichen, gesetzlich geregelten Vertragstypen (hier Abzahlungskauf, Miete) die analoge Anwendung der für diese Vertragstypen bestehenden zwingenden Schranken der Vertragsfreiheit (hier artt. 1526, 1579 *codice civile*).⁶⁵ So erfolgt auch hier eine materielle Prüfung der Vertragsbedingungen nur anhand konkreter gesetzlicher Grundlagen.

Dagegen sind die italienischen Richter sehr zurückhaltend, wenn es nicht mehr um einzelne Beschränkungen der Vertragsfreiheit aufgrund konkreter Gesetzesvorgaben, sondern darum geht, weitergehende Schranken der parteilichen Vertragsgestaltung aus Generalklauseln wie dem *ordine pubblico* (öffentliche Ordnung), dem *buon costume* (gute Sitten) oder der *buona fede* (Treu und Glauben) abzuleiten. Für die Zeit bis 1942, in welcher unter dem *codice civile* von 1865 kaum konkrete Schranken in Bezug auf vertragliche Vereinbarungen bestanden⁶⁶, hatte der *ordine pubblico* zwar eine gewisse Bedeutung für die Kontrolle von Freizeichnungs-, Ge-

1982, 520, 530; A. Torino, 26.03.1986, Rep. Foro it. 1987, voce fideiussione e mandato di credito, n. 22; Trib. Reggio Calabria, 16.10.1987, Rep. Foro it. 1989, voce contratti bancari, n. 55; A. Milano, 13.10.1995, Banca, borsa ecc. 1996, II, 415.

62 In Bezug auf art. 2698 *codice civile* s. z. B. A. Napoli, 09.07.1958, Banca, borsa ecc. 1958, II, 564, 566; Cass., 13.07.1959, n. 2254, Giust. civ. 1959, I, 1915, 1918; A. Napoli, 27.03.1982, Dir. e prat. assic. 1982, 520, 530; A. Milano, 13.10.1995, Banca, borsa ecc. 1996, II, 415; in Bezug auf art. 2965 *codice civile* s. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 397 f.

63 S. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 399 f., 417, 422.

64 S. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 302 ff., 342, 345, 353.

65 S. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 189 ff.; weitere Beispiele für inhaltliche Kontrollansätze über den Vergleich mit gesetzlichen Vertragstypen in: Cass., 31.01.1959, n. 291, Giust. civ. 1959, I, 419, 423; Cass., 06.10.1970, n. 1813, Mass. Foro it. 1970, c. 574; Cass., 19.08.1971, n. 2555, Mass. Foro it. 1971, cc. 753 s.

66 Die in artt. 1229, 1525, 1526, 2698, 2936, 2965 *codice civile* enthaltenen Regelungen sind erstmalig im *codice civile* von 1942 eingeführt worden.

währleistungsklauseln und Ausschußfristen.⁶⁷ Die Anwendung des *ordine pubblico* führte aber nur im Ausnahmefall des *dolo* (Vorsatz)⁶⁸ und nur in den genannten Bereichen von Vertragsbedingungen zu deren Ungültigkeit und wurde insofern aus dem traditionell anerkannten Grundsatz des *pactum ne dolus praestetur* abgeleitet. Keinesfalls war damit eine generelle Überprüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf ihre inhaltliche Angemessenheit verbunden.⁶⁹ Nach Inkrafttreten des *codice civile* von 1942 wurden Vertragsbedingungen nur ganz vereinzelt auf ihre Vereinbarkeit mit unbestimmten Rechtsbegriffen wie dem *ordine pubblico* oder dem *buon costume* ohne wesentliche praktische Bedeutung im Ergebnis geprüft.⁷⁰

Insgesamt ist also die italienische Rechtsprechung bis 1942 durch eine auf wenige Fallsituationen begrenzte inhaltliche Überprüfung der Vertragsbedingungen gekennzeichnet, nach 1942 durch eine im wesentlichen formale Kontrolle nach art. 1341/2 *codice civile*, die durch die Anwendung konkreter zwingender Gesetzesvorschriften ergänzt wird. Daneben dient z. B. bei Gewährleistungsklauseln und Ausschußfristen die Auslegung der Vertragsbedingungen im begrenzten Umfang als Mittel, diese in ihrer Reichweite und ihren belastenden Wirkungen für den AGB-Kunden zu beschränken. Hintergrund dieser nur begrenzten richterlichen Interventionen in die Vertragsgestaltung ist der hohe Stellenwert der Vertragsfreiheit, welche grundsätzlich nicht unter dem Aspekt inhaltlich gerechter Verträge in Frage gestellt wird. So ist den italienischen Richtern im Gegensatz zu der in Deutschland praktizierten umfassenden Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bis heute fremd, die von den Parteien gewählten Vertragsbedingungen generell im Sinne eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Parteien zu überprüfen und zu korrigieren. Die in der italienischen Lehre etwa seit den 70er Jahren vielfach diskutierten Vorschläge zu einer verstärkten inhaltlichen Vertragskontrolle über die Generalklauseln des *ordine pubblico*⁷¹, der *buona fede*⁷² und der *utilità sociale*⁷³ (art. 41/2 Cost.) haben in der Rechtsprechung keinen entsprechenden Niederschlag gefunden.⁷⁴

67 S. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), im Kapitel Gewährleistung S. 245 ff., im Kapitel Ausschlussfristen S. 367 ff.

68 Bei Freizeichnungs- und Gewährleistungsklauseln wurde zum Teil eine Ausdehnung auf den Fall der groben Fahrlässigkeit diskutiert, s. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), z. B.: A. Torino, 14.02.1916, Dir. comm. 1916, II, 645, 646; Cass. Torino, 04.05.1917, Riv. dir. comm. 1918, II, 133, 136 s.; Cass. Regno, 18.10.1924, Rep. Foro it. 1925, voce noleggio, n. 84; Cass. Regno, 11.01.1927, Giur. it. 1927, I, 1, cc. 186, 188; Cass. Regno, 05.07.1930, Rep. Foro it. 1930, voce noleggio, n. 28; Cass. Regno, 24.04.1936, n. 1385, Foro it. 1936, I, cc. 775, 777; für weitere Rechtsprechungs- und Literaturnachweise s. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), im Kapitel Gewährleistung FN 60.

69 S. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), im Kapitel Gewährleistung S. 245 ff., 251 und im Kapitel Ausschußfristen S. 367ff.

70 Z. B. Cass., 19.04.1982, n. 2428, Rep. Giust. civ. 1982, voce obbligazioni e contratti, n. 75; s. auch NAPOLI, *Condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, pp. 3, 70 s.

71 DI MAJO, Riv. dir. comm. 1970, I, 192, 219; DERS., *Causa e tipo*, in ALPA/BESSONE, *Tecnica e controllo dei contratti standard*, Rimini 1984, pp. 59, 71; PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli 1973, p. 256; CAVALLI, *Le clausole vessatorie nei contratti bancari*, in: PORTALE, *Operazioni bancarie* (FN 44), pp. 103, 128 ss.; BENATTI, *Le clausole di esonero da responsabi-*

Etwas anderes gilt auch nicht für die neuere italienische Rechtsprechung, die z. B. bei Gewährleistungsklauseln und der sogenannten *fideiussione omnibus* (Kreditbürgschaft mit globaler Zweckerklärung) auf der Grundlage von Treu und Glauben das Recht des AGB-Aufstellers beschränkt, sich auf bestimmte Vertragsklauseln zu berufen.⁷⁵ Im Bereich der Gewährleistungsklauseln hat die italienische Rechtsprechung auf der Grundlage von Treu und Glauben bestimmte Verhaltenspflichten des Verkäufers entwickelt. Danach werden Ausschluß oder Beschränkung von Gewährleistungsrechten als unbeachtlich angesehen, wenn der Verkäufer die Mängel der Kaufsache grob fahrlässig oder fahrlässig nicht kennt. Diese von der italienischen Rechtsprechung ausgeübte Kontrolle knüpft am individuellen Verhalten des Verkäufers an, stellt aber gerade nicht die Gültigkeit der Gewährleistungsklauseln selbst in

lità nella prassi bancaria, in: PORTALE (ebd.), pp. 135, 161 s., 166; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in: Schlesinger, *Commentario, Il codice civile*, artt. 1218- 1222, Milano 1987, p. 381; MORELLO, *voce condizioni generali di contratto*, Dig. disc. priv., sez. civ., vol. III, Torino 1988, pp. 334, 387 ss.; DE NOVA, *voce leasing*, Dig. disc. priv., sez. civ., vol. X, Torino 1993, pp. 462, 466.

- 72 BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede (art. 1366 cod. civ.)*, Pisa 1970, pp. 73 s., 89 ss., 93, 95, 100, 110, 115; DIESELBE, *voce buona fede nel diritto civile*, pp. 154, 172 s., 179 ss., 182; DIESELBE, *L'interpretazione del contratto*, in: SCHLESINGER, *Commentario, Il codice civile*, artt. 1362-1371, Milano 1991, pp. 19 ss., 22, 25 ss., 250, 262; DIESELBE, *A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in: BIANCA/ALPA, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, Padova 1996, pp. 317, 323 s.; RODOTÀ, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in: AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della tavola rotonda tenuto presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969, Milano 1970, pp. 79, 88 ss.; DERS., *La buona fede*, in: ALPA/BESSONE, *Contratti standard* (FN 71), pp. 115, 116; DE NOVA, *Riv. dir. comm.* 1973, II, 329, 340 s.; DERS., *Il tipo contrattuale*, Padova 1974, pp. 157 ss.; MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli 1975, pp. 214 ss.; CECCHERINI, *Riv. giur. del lavoro* 1978, I, 859, 867 s.; CALANDRA BUONAURA, *Riv. dir. civ.* 1978, II, 181, 195, 209; AMOROSO, *Contratti bancari e condizioni generali di contratto*, in: BIANCA, *Condizioni generali di contratto* (FN 44), vol. II, pp. 85, 108; COSTANZA, *Riv. dir. civ.* 1986, II, 335, 340; DIESELBE, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano 1989, pp. 62 s., 88 ss., 91; VISINTINI, *Inadempimento* (FN 71), p. 381; PATTI/PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in: SCHLESINGER, *Commentario, Il codice civile*, Milano 1993, artt. 1337-1342, pp. 465 s.; DE NARDO, *Sui fondamenti del diritto*, Padova 1996, pp. 183, 187, 192, 211, 216 ss., 219, 222 s., 229; PALEOLOGO, *Mercato, disciplina dei contratti e riforme legislative*, *Appunti di diritto privato dell'economia*, Padova 1996, pp. 105, 110 ss.; BUSNELLI, *Note introduttive II*, NLCC 1997, 757, 765 s.
- 73 LISERRE, *Tutela costituzionale dell'autonomia contrattuale*, Milano 1971, pp. 92 s., 97; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano 1975, pp. 106 s.
- 74 S. hierzu auch ROPPO, *Contratti standard* (FN 44), p. 237.
- 75 Darauf weist zutreffend RANIERI, *La fideiussione «omnibus» nell'esperienza giuridica straniera*, in: MUNARI, *Fideiussione omnibus e buona fede*, Milano 1992, pp. 69, 86 für die italienische Rechtsprechung zum Bürgschaftsrecht hin.

Frage.⁷⁶ Wie bei den Gewährleistungsvereinbarungen und bei drittfinanzierten Abzahlungskäufen leitet die italienische Rechtsprechung auch im Bereich der *fideiussione omnibus* aus Treu und Glauben bestimmte Verhaltenspflichten ab und begrenzt auf diese Weise das Recht des AGB-Aufstellers, sich auf bestimmte Vertragsbedingungen zu berufen. Auch hier wird die Gültigkeit der Vertragsklauseln selbst nicht angetastet, vielmehr wird das Kreditinstitut nur in der Ausübung seiner Rechte beschränkt. Diese Form der Vertragskontrolle auf der Ebene der Rechtsausübung unterscheidet sich ganz wesentlich von der in Deutschland praktizierten Inhaltskontrolle, welche gerade die von den Parteien gewählte Vertragsgestaltung selbst unter dem Aspekt inhaltlicher Richtigkeit in Frage stellt und korrigiert.⁷⁷

4. Vergleich der italienischen und deutschen Rechtsprechung

Im Ergebnis bestätigen sich somit über den gesamten Untersuchungszeitraum des 20. Jahrhunderts in den verschiedenen Fallbereichen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen die festgestellten charakteristischen Unterschiede der deutschen und italienischen Rechtsprechung in Bezug auf mögliche richterliche Interventionen in die Vertragsgestaltung. Nach dem italienischen Verständnis ist eine Vertragsänderung nur bei Vorliegen zwingender Vorschriften im Einzelfall möglich. Der Grundsatz von Treu und Glauben hat dagegen über die Begründung von vertraglichen Nebenpflichten die Funktion, die Vertragsvereinbarungen zu ergänzen, nicht sie zu modifizieren, und dadurch die von den Parteien angestrebten Ziele bestmöglichst zu realisieren. Im Vordergrund steht der Parteiwille, die autonome Vertragsgestaltung, welche richterliche Vertragskorrekturen nur im Ausnahmefall zwingender Vorgaben des Gesetzgebers, nicht generell im Interesse einer *giustizia sostanziale* gestattet. Die deutsche Rechtsprechung nimmt dagegen innerhalb des untersuchten Zeitraums mit zunehmendem Maße eine andere Gewichtung im Verhältnis von Vertragsfreiheit und inhaltlicher Richtigkeit des Vertrages vor. So ordnet sie zunehmend die parteilichen Vereinbarungen dem Ziel materieller Gerechtigkeit unter, insbesondere wenn sie auf den Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts als Leitbild verweist. Die Generalklausel von Treu und Glauben dient dann der deutschen Rechtsprechung anders als der italienischen dazu, die Vertragsbedingungen in ihrer Wirksamkeit unter dem Aspekt eines angemessenen Interessenausgleichs in Frage zu stellen, und ermöglicht richterliche Korrekturen des Vertragsinhalts auf Kosten der Privatautonomie.⁷⁸

76 Ausführlich zur Handhabung der Gewährleistungsklauseln durch die italienische Rechtsprechung TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 283 ff., 297 ff., insbesondere 302 ff. und 343, 443 f.

77 Ausführlich zur italienischen Rechtsprechung zur *fideiussione omnibus* TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 444 ff.

78 Nach Cass., 18.10.1980, n. 5610, Riv. dir. comm. 1982, II, 167, 171 s., führten die Regeln der *correttezza* und *buona fede* zu Verhaltenspflichten der Parteien, begründeten aber keine Haf-

III. Der Konflikt von Vertragsfreiheit und *giustizia sostanziale* im unterschiedlichen Verständnis beider Rechtskulturen

1. Problemstellung

In der zu den einzelnen Fallbereichen untersuchten italienischen Rechtsprechung steht kontinuierlich die parteiautonome Vertragsgestaltung an oberster Stelle und wird auch prinzipiell nicht unter dem Gesichtspunkt inhaltlich gerechter, die Parteiinteressen ausgleichender Verträge in Frage gestellt. Die zentrale Rolle der Vertragsfreiheit führt dazu, daß vor 1942 z. B. bei Abzahlungskäufen Eingriffe des Richters in die Vertragsgestaltung mangels gesetzlicher Grundlage abgelehnt werden. In anderen Bereichen werden Vertragsklauseln im begrenzten Umfang unter Bezugnahme auf den traditionellen Grundsatz des *pactum ne dolus praestetur* inhaltlich kontrolliert. Keinesfalls aber werden Allgemeine Geschäftsbedingungen generell auf ihren Gerechtigkeitsgehalt geprüft. Nach 1942 dienen neu eingeführte, konkrete Normen des *codice civile* zu einer begrenzten Kontrolle der vertraglichen Vereinbarungen. Darüber hinaus wird der Vertragsinhalt nicht unter dem Aspekt eines angemessenen Interessenausgleichs diskutiert. Auch wenn ein Teil der italienischen Richter z. B. beim Finanzierungsleasing die Notwendigkeit einer richterlichen Vertragskontrolle betont, stützt er diese auf die analoge Anwendung konkreter Vorschriften des *codice civile*, nämlich artt. 1525, 1526 *codice civile*⁷⁹. Die Vertragsfreiheit wird dabei nur

tung oder die Nichtigkeit des Vertrages. Auf die wesentlichen Unterschiede in Bezug auf richterliche Interventionen in die Vertragsgestaltung sowie auf die verschiedene Funktion von Treu und Glauben in beiden Rechtsordnungen weisen zutreffend hin BENATTI, *Prassi bancaria* (FN 71), p. 166, n. 89; UDA, *Riv. dir. comm.* 1990, I, 301, 320, 322, 327 e n. 101; RANIERI, *voce eccezione di dolo generale*, in: *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino 1991, pp. 311, 314, 317 s., 324, 327, 330; DERS., *Fideiussione «omnibus»* (FN 75), pp. 86 ss.; WALTER, *Die formularvertragliche Kreditbürgschaft mit Globalzweckerklärung im italienischen Recht*, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Diss. Mainz 1992, S. 211 f.; s. auch PANZA, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in: AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della tavola rotonda tenuto presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969, Milano 1970, pp. 96 ss., 101 s. (mit Kritik an der deutschen Vertragskorrektur auf der Grundlage von Treu und Glauben); RUSSO, *intervento alla Tavola Rotonda*, in: AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole* (ebd.), pp. 238 s. (zur Unzulässigkeit einer Vertragskorrektur auf der Basis der *buona fede* im italienischen Rechtssystem); MARICONDA, *Foro it.* 1989, I, cc. 3102, 3105 (Treu und Glauben begründe Verhaltenspflichten bei der Vertragsausführung, könne aber kein Kriterium für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Vertragsklausel oder eines Schuldverhältnisses sein); DERS., *Foro it.* 1989, I, cc. 2763, 2765, n. 5; DI MAJO, *Contr. e impr.* 1991, 19, 26 f., 31 (zur Funktion der *buona fede* in Italien am Beispiel der *fideiussione omnibus*); TULLIO, *Il contratto per adesione tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, Milano 1997, p. 101, n. 7 (keine Verwendung des Instituts des Rechtsmißbrauchs in Italien zur Begründung der Unwirksamkeit von Vertragsklauseln).

79 Die Art. 1525 und 1526 betreffen den Verkauf unter Eigentumsvorbehalt.

durch einzelne zwingende Normen von außen her begrenzt, nicht jedoch durch Anforderungen der *giustizia sostanziale* immanent beschränkt.

Der zentrale Stellenwert der Privatautonomie wird in den Argumentationen auch darin deutlich, daß die italienischen Gerichte ihre Lösung sehr oft unter Heranziehung des Parteiwillens zu begründen suchen. Diese Sichtweise zeigt sich ebenso bei der Anwendung der 1942 eingeführten AGB-Vorschrift (art. 1341 *codice civile*), die nach den Ausführungen der Richter den freien Willensentschluß des AGB-Kunden stärken und eine Position von Gleichheit zwischen den Parteien herstellen soll.

Aus der prinzipiell unantastbaren Vertragsfreiheit folgt konsequent die ablehnende Haltung der Richter gegenüber Interventionen in die parteiliche Vertragsgestaltung.

Die deutsche Rechtsprechung geht zwar im Ausgangspunkt ebenfalls vom Grundsatz der Vertragsfreiheit aus, doch stellt sie dabei regelmäßig auch die Frage nach der inhaltlichen Richtigkeit der vertraglichen Vereinbarungen. Dabei entwickelt sie verschiedene Mechanismen, um einen gerechten, angemessenen Interessenausgleich zwischen den Parteien zu realisieren. Die Intensität der Vertragskontrolle nimmt kontinuierlich zu, beginnend bei der äußerlich noch am Parteiwillen orientierten ‚engen Auslegung‘ von Vertragsklauseln über die unzulässige Rechtsausübung nach § 242 BGB, die Gültigkeitskontrolle mit Hilfe der Lehre vom Monopolmißbrauch bis hin zur generellen Wirksamkeitskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen auf der Grundlage von Treu und Glauben. Anders als die italienischen prüfen die deutschen Gerichte den Vertragsinhalt nicht nur bei Vorliegen zwingender gesetzlicher Beschränkungen, sondern generell mit Hilfe der Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB auf seine materielle Gerechtigkeit. Die Gewichtung im Konflikt zwischen Privatautonomie und *giustizia sostanziale* verlagert sich dabei stetig zugunsten der letzteren. Die Vertragsfreiheit wird allmählich dem Ziel der Vertragsgerechtigkeit untergeordnet, insbesondere dann, wenn die Gerichte den Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts zum Maßstab der AGB-Kontrolle bestimmen und damit die *per definitionem* der Privatautonomie unterliegenden dispositiven Normen einer freien Abänderung durch die Vertragsparteien entziehen. Die Vertragsfreiheit wird nicht

Art. 1525 enthält die Regelung, daß auch bei entgegenstehender Parteivereinbarung die Nichtzahlung einer Rate, die nicht den achten Teil des Preises übersteigt, nicht das Recht zur Auflösung des Vertrages gibt und daß der Käufer den Vorteil der Ratenzahlung behält.

Gemäß Art. 1526/1 muß der Verkäufer bei Auflösung des Vertrages wegen Nichterfüllung die erhaltenen Raten zurückerstatten, abgesehen von seinem Recht auf einen billigen Ausgleich für den Gebrauch der Sache sowie auf Schadensersatz.

Soweit im Vertrag vereinbart worden ist, daß die bezahlten Raten als Entschädigung beim Verkäufer verbleiben, kann der Richter nach Art. 1526/2 die Entschädigung nach den Umständen reduzieren.

Gemäß Art. 1526/3 ist die Vorschrift auch auf den Fall eines Mietvertrages anzuwenden, bei dem vereinbart ist, daß der Mieter bei Beendigung des Mietvertrages und Bezahlung aller vereinbarten Raten das Eigentum an der Mietsache erwirbt.

Zur Anwendung der Art. 1526, 1526 durch italienische Richter auf Finanzierungsleasingverträge s. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 189 ff., 193, 225, 228 f.

nur ausnahmsweise, sondern generell von innen her begrenzt. Treu und Glauben wird zur immanenten Schranke jeder Rechtsausübung. Eine einseitige, die Interessen des Vertragspartners nicht angemessen berücksichtigende vertragliche Regelung ist als Mißbrauch der Vertragsfreiheit unzulässig. Sie erlaubt Vertragskorrekturen durch den Richter auch gegen den Parteiwillen, zunächst in verdeckter Form über die Vertragsauslegung, dann zunehmend offen über das Institut der unzulässigen Rechtsausübung, die Lehre vom Monopolmißbrauch und insbesondere durch die generell auf der Basis von Treu und Glauben begründete Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Der unterschiedliche Umgang deutscher und italienischer Richter mit der Problematik eine Vertragspartei einseitig belastender Vertragsklauseln führt zu der Frage, ob möglicherweise ein unterschiedliches Verständnis in beiden Rechtskulturen besteht, soweit es um das Verhältnis von parteiautonomer Vertragsgestaltung und materieller Vertragsgerechtigkeit geht. Ein Blick auf die Handhabung des Konflikts in der Lehre kann zeigen, ob die festgestellten Differenzen typisch für eine unterschiedliche Herangehensweise in beiden Rechtsordnungen sind. Im Rahmen des vorliegenden Beitrags kann diesbezüglich nur ein grober Überblick über die in der Literatur geführten Diskussionen erfolgen.⁸⁰

2. Die Lehre in Deutschland

Die deutsche Doktrin beschäftigt sich etwa seit den 30er Jahren regelmäßig mit der Problematik Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Spannungsfeld mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und dem Problem übermäßiger Belastungen eines Vertragspartners.⁸¹ Auffallend ist, daß die Lehre dabei quasi durchweg die Frage nach der inhaltlichen Richtigkeit, der Gerechtigkeit der vertraglichen Regelungen aufwirft.

In den 30er und 40er Jahren wurde eine inhaltliche Kontrolle des Vertrages verschiedentlich unter Bezugnahme auf den Gemeinschaftsgedanken und allgemein die neuen Rechtsanschauungen des nationalsozialistischen Staates begründet.⁸² Bei der Untersuchung der Vorarbeiten zu einer AGB-Regelung im Volksgesetzbuchentwurf sowie zu art. 1341 *codice civile* wurde aber bereits festgestellt, daß das politische System nicht notwendige Voraussetzung, sondern nur fördernder Begleitumstand für

80 Für eine eingehendere Analyse s. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), Kapitel D, S. 487 ff.

81 Z. B. GROSSMANN-DOERTH, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*, 1933; RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935; ROQUETTE, JW 1938, 545 ff.; BRANDT, DRW 1940, 76 ff.; HAUPT, ZAKDR 1943, 84 ff.

82 ROTH, JW 1936, 2897, 2898 f.; HERSCHEL, DR 1941, 1727, 1728; HAUPT, ZAKDR 1943, 84, 85; PAGENSTECHE, *Lieferungsbedingungen*, 2. Aufl. 1944, S. 101, 103; andeutungsweise auch bei GROSSMANN-DOERTH, *Selbstgeschaffenes Recht* (FN 81), S. 26 f.; Roquette, JW 1938, 545, 548 f.; für weitere Hinweise s. auch TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), im Kapitel Gewährleistung FN 260.

die Diskussion um Eingriffe in die parteiliche Vertragsgestaltung war. So ging die AGB-Diskussion von dem Bewußtsein aus, daß das freie Spiel der Kräfte die Gefahr weitgehender Mißbräuche zum Nachteil des schwächeren Vertragspartners mit sozial unerwünschten Rechtsfolgen mit sich brachte. Die mit dem politischen System verbundene Überordnung des Gemeinwohls über die individuelle Freiheit diene nur als Mittel, um die als notwendig angesehenen Einschränkungen der Vertragsfreiheit im Bereich Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu legitimieren.⁸³ Insofern war die Diskussion in den 30er und 40er Jahren um Einschränkungen der freien Vertragsgestaltung zum Schutz des Kunden vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht abhängig von der bestehenden politischen Ordnung, sondern vielmehr Ausdruck eines bestimmten Bewußtseins für den Konflikt zwischen Vertragsfreiheit und materieller Gerechtigkeit. Dafür spricht auch, daß dieselbe Diskussion mit ganz ähnlichen Argumenten wie z. B. dem Mißbrauch der Vertragsfreiheit in Deutschland nach dem Fall des Nationalsozialismus fortgeführt wurde.⁸⁴

Die deutsche Lehre wählt ähnlich wie die Rechtsprechung verschiedene Möglichkeiten, um eine gerechte Vertragsgestaltung im Sinne eines angemessenen Interessenausgleichs zu erreichen. Dazu dienen unter anderem eine ‚enge Auslegung‘ von Vertragsklauseln zu Gunsten des AGB-Kunden⁸⁵, das Institut der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB⁸⁶ und die Gültigkeitskontrolle über die Lehre vom Monopolmißbrauch⁸⁷. Soweit diese Lösungswege in der Literatur kritisiert werden, bedeutet dies regelmäßig keine generelle Ablehnung richterlicher Interventionen in die Vertragsgestaltung. So wird z. B. eine Vertragskontrolle über eine ‚enge Ausle-

83 S. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 291 ff. und FN 268-271.

84 Z. B. NIPPERDEY, DRZ 1950, 193, 198; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Halbband, 14. Aufl. 1952, S. 187; VON CAEMMERER, JZ 1953, 97, 99; SCHNEIDER, NJW 1954, 133, Fn. 5; KRAUSE, BB 1955, 265, 268 f.; HILDEBRANDT, in: SCHLEGELBERGER, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 3. Bd., 3. Aufl. 1956, § 346, Anm. 31 f., DERS., JR 1955, 325, 326; V. HIPPEL, *Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts*, Tübingen 1957, S. 26 f.; FISCHER, BB 1957, 481, 486; KUHN, in: *BGB-RGRK*, Bd. II, 1. Teil, 11. Aufl. 1959, Anm. 1 vor § 433; SOERGEL-SIEBERT, *Kommentar zum BGB*, Bd. I, 9. Aufl. 1959, § 242, Rn. 112.

85 ROSENTHAL, JW 1927, 656; SCHWARZE, MDR 1958, 195, 196; HABERKORN, VersR 1961, 585, 586; MEESKE, *Die Mängelrüge*, Heidelberg 1965, S. 205, 215; SCHMID, DAR 1980, 166, 168.

86 SIEGFRIED, *Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Diss. Jena 1940, S. 65 f.; SCHNEIDER, NJW 1954, 133, 136; V. BRUNN, *Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft*, 2. Aufl., Berlin 1956, S. 103; SCHWARZE, MDR 1958, 195, 197; MEESKE, *Mängelrüge* (FN 85), S. 215; WEBER, NJW 1968, 1, 5, 7 f.; WESTERMANN, AcP 178, 150, 177.

87 BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin 1933, S. 48; WIENEKE, *Die Freizeichnungsklausel*, Köln 1936, S. 81 ff., 88; GALLOIS, JR 1956, 45, 47; STAUDINGER-COING, *Kommentar zum BGB*, Bd. I, 11. Aufl. 1957, Vorb. zu § 145, Rn. 24n; STAUDINGER-WEBER, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Teil 1 b, 11. Aufl. 1961, D 97.

gung' als verdeckte Vertragskorrektur kritisiert⁸⁸, dabei aber meist eine anderweitige Kontrollmöglichkeit eröffnet⁸⁹. Negative Äußerungen gegenüber der Argumentation mit dem Monopolmißbrauch beruhen meist auf der Überlegung, daß ein Schutzbedürfnis gegenüber unbilligen Vertragsbedingungen nicht nur bei Bestehen einer Monopolsituation gegeben sei⁹⁰, und sind meist mit Vorschlägen für eine weitergehende inhaltliche Prüfung verbunden.⁹¹

Über die genannten, in ihrer Tragweite begrenzten Möglichkeiten einer richterlichen Vertragskontrolle hinaus befürwortet ein erheblicher Teil der Doktrin bereits seit den Anfangsjahren der AGB-Diskussion eine generelle, unabhängig von einer Monopolsituation vorzunehmende inhaltliche Prüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und eine offene, richterliche Vertragskorrektur, um einem Mißbrauch der Vertragsfreiheit durch den AGB-Aufsteller zu begegnen und eine gerechte Verteilung der Rechte und Pflichten zwischen den Parteien zu erreichen. Die inhaltliche Kontrolle wird dabei auf § 138 BGB⁹², § 242 BGB⁹³, direkt auf den Mißbrauch von

88 Z. B. RAISER, *Geschäftsbedingungen* (FN 81), S. 264 f., 269 f.; SIEGFRIED, *Sachmängel* (FN 86), S. 64; V. CAEMMERER, JZ 1953, 97, 99; STAUDINGER-WEBER, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Teil 1a, 11. Aufl. 1967, Einl. zu § 241, N 326 ff., 331, 333, 375; Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München 1992, S. 22.

89 RAISER, *Geschäftsbedingungen* (FN 81), S. 95, 99, 102, 269 f., 277 ff., 281 ff.; V. CAEMMERER, JZ 1953, 97, 99; SCHNEIDER, NJW 1954, 133, 134, 136 (Kontrolle über § 138 BGB); GÖTZ, *Sachmängelbeseitigung beim Kauf*, Bielefeld 1960, S. 71 f.; STAUDINGER-WEBER, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Teil 1a, 11. Aufl. 1967, Einl. zu § 241, N 345 ff., 353, 380; KÖTZ, *Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen und Formularverträge, Gutachten zum 50. DJT*, Band 1, München 1974, A 64; FASTERICH, *Inhaltskontrolle* (FN 88), S. 72.

90 Z. B. GROSSMANN-DOERTH, *Selbstgeschaffenes Recht* (FN 81), S. 12; HILDEBRANDT, in: SCHLEGELBERGER, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 3. Bd., 3. Aufl. 1956, § 346, Anm. 31; SOERGEL-HEFERMEHL, *Kommentar zum BGB*, Bd. I, 9. Aufl. 1959, § 138, Rn. 64; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2. Halbband, 15. Aufl. 1960, S. 1011; KLIEGE, *Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse (unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklauseln)*, Göttingen 1966, S. 82; RAISER, *Vertragsfreiheit heute*, in: DERS., *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg 1977, S. 38, 51 f.

91 Z. B. ROQUETTE, JW 1938, 545, 548; SCHNEIDER, NJW 1954, 133, 134; Hildebrandt, in: SCHLEGELBERGER, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 3. Bd., 3. Aufl. 1956, § 346, Anm. 31; SOERGEL-HEFERMEHL, *Kommentar zum BGB*, Bd. I, 9. Aufl. 1959, § 138, Rn. 64; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2. Halbband, 15. Aufl. 1960, S. 1011 f.; STAUDINGER-WEBER, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Teil 1a, 11. Aufl. 1967, Einl. zu § 241, N 345 ff., 353, 380.

92 Z. B. SCHNEIDER, NJW 1954, 133, 136; SCHWARZE, MDR 1958, 195, 197; SOERGEL-HEFERMEHL, *Kommentar zum BGB*, Bd. I, 9. Aufl. 1959, § 138, Rn. 64; WEBER, NJW 1968, 1, 6.

93 Z. B. v. TUHR, *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1914, 2. Bd., 1. Hälfte, S. 183 ff.; HAUPT, ZAKDR 1943, 84, 85 ff.; NIPPERDEY, DRZ 1950, 193, 198; V. CAEMMERER, JZ 1953, 97, 99; HILDEBRANDT, JR 1955, 325, 326; STAUDINGER-WEBER, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Teil 1a, 11. Aufl. 1967, Einl. zu § 241, N 62, 334, 373 ff.; FIKENTSCHER, *Vertrag und wirtschaftliche Macht*, in: MÖHRING/ÜLMER/WILDE (Hrsg.), *Neue Entwicklungen im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*, Festschrift für Wolfgang Hefermehl

Autonomiebefugnissen⁹⁴ oder allgemein auf den Grundsatz von Treu und Glauben⁹⁵ gestützt. Im Vordergrund stehen Gedanken wie Vertragsgerechtigkeit⁹⁶, die Unausgewogenheit der vertraglichen Regelung⁹⁷ oder eine fehlende Richtigkeitsgewähr⁹⁸, also Aspekte einer materiellen Gerechtigkeit. Zum Teil wird überhaupt die Vertragsgerechtigkeit als Ziel an die Stelle der Vertragsfreiheit gesetzt.⁹⁹ Nur vereinzelt erscheinen dagegen Überlegungen wie eine fehlende Selbstbestimmung¹⁰⁰ oder eine mangelnde rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit¹⁰¹, also das Fehlen realer Vertragsfreiheit selbst als Grund für ein Einschreiten der Gerichte. In der deutschen Doktrin steht somit vergleichbar zur deutschen Rechtsprechung eine inhaltlich gerechte Vertragsgestaltung im Sinne eines angemessenen Interessenausgleichs im Vordergrund und erlaubt Interventionen des Richters in die vertraglichen Regelungen auf Kosten der Privatautonomie. Wenn auch kritische Hinweise dahingehend nicht fehlen, daß § 242 BGB in seiner Funktion auf die Regelung der Leistung und

zum 65 Geburtstag am 18. September 1971, Heidelberg 1971, S. 41, 51 ff., 54; SCHWENZER, *Die Freizeichnung des Verkäufers von der Sachmängelhaftung im amerikanischen und deutschen Recht*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Heft 95, Frankfurt 1979, S. 20.

94 RAISER, *Geschäftsbedingungen* (FN 81), S. 102, 269 f., 277 ff., 281 ff.; MÜLLER-LAUBE, *Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft*, Baden-Baden 1973, S. 61, 63.

95 FASTRICH, *Inhaltskontrolle* (FN 88), S. 72.

96 Z. B. ROQUETTE, JW 1938, 545, 548; HILDEBRANDT, in: SCHLEGELBERGER, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 3. Bd., 3. Aufl. 1956, § 346, Anm. 31 f.; RAISER, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in: CAEMMERER/FRIESENHAHN/LANGE (Hrsg.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, Bd. 1, Karlsruhe 1960, S. 101, 129 ff.; REBE, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung, Zur vertraglichen Relevanz der Ordnungsfunktion dezentraler Interessenkoordination in einer Wettbewerbswirtschaft*, Bielefeld 1978, S. 211 f.; KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, Bd. I, Abschluß, Inhalt und Gültigkeit des Vertrages, Die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen 1996, S. 15.

97 Z. B. HAUPT, ZAKDR 1943, 84, 85 f.; v. CAEMMERER, JZ 1953, 97, 99; COING, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem*, in: v. CAEMMERER/NIKISCH/ZWEIGERT (Hrsg.), *Vom Deutschen zum Europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle*, Bd. I, Deutsches Privat- und Zivilprozeßrecht, Rechtsvergleichung, Tübingen 1963, S. 25, 36; REBE, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung* (FN 97), S. 211 f.; LIEB, AcP 178 (1978), 196, 206; BERGER-FURTH/MENARD/FUCHS, *Das Kaufrecht*, 4. Aufl., Freiburg 1992, S. 176.

98 Z. B. SCHMIDT-RIMPLER, AcP 147 (1941), 130, 156 f., 161, 165; HAUPT, ZAKDR 1943, 84, 86; KRAUSE, BB 1955, 265, 268; SOERGEL-HEFERMEHL, *Kommentar zum BGB*, Bd. I, 9. Aufl. 1959, § 138, Rn. 64; SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg 1960, S. 26 f.; STAUDINGER-WEBER, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Teil 1a, 11. Aufl. 1967, Einl. zu § 241, N 334; FASTRICH, *Inhaltskontrolle* (FN 88), S. 55 ff., 60 f., 74 f., 77 f., 79 ff., 278 f.; KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht* (FN 96), Bd. I, S. 213.

99 ZWEIGERT, »Rechtsgeschäft« und »Vertrag« heute, in: CAEMMERER/MENTSCHIKOFF/ZWEIGERT (Hrsg.), *ius privatum gentium*, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag, Bd. II, Nationales und vergleichendes Privatrecht, Tübingen 1969, S. 493, 501, 503 f.; KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht* (FN 96), Bd. I, S. 15.

100 HÖNN, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, München 1982, S. 300 f., 303, 308; ZÖLLNER, AcP 196 (1996), 1, 30 ff.

101 WOLF, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, Tübingen 1970, S. 11, 18 f., 31, 43, 56, 60; ZÖLLNER, AcP 196 (1996), 1, 30, 32 ff., 35.

die Begrenzung der individuellen Rechtsausübung beschränkt sei und eine generelle Inhaltskontrolle nicht rechtfertigen könne¹⁰², so bedeutet dies noch keine generelle Ablehnung gegenüber richterlichen Eingriffen in die Vertragsgestaltung. Ganz überwiegend wird dann nämlich auf anderer Grundlage eine inhaltliche Prüfung der Geschäftsbedingungen auf ihre Angemessenheit begründet.¹⁰³ Nur wenige Stimmen in der Lehre betonen dagegen prinzipiell den beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit¹⁰⁴ und stehen damit einer richterlichen Vertragskorrektur kritisch gegenüber. Nur vereinzelt wird anstelle einer richterlichen Vertragskontrolle ein Schutz des AGB-Kunden über kollektive Verbraucherverbände¹⁰⁵ oder über das Wettbewerbsrecht¹⁰⁶ vertreten.

Parallel zur deutschen Rechtsprechung und zum Teil schon vor ihr in den 30er und 40er Jahren orientiert sich ein großer Teil der Lehre bei der Prüfung von Vertragsbedingungen am „wohlerwogenen Interessenausgleich“ des dispositiven Rechts.¹⁰⁷ Die dispositiven Normen werden damit trotz ihres gerade nicht zwingenden Charakters zum Maßstab für die Vertragskontrolle. Wie für die Rechtsprechung zeigt sich hier besonders die Unterordnung der Privatautonomie unter das Ziel materieller Gerechtigkeit.

102 Z. B. RAISER, *Geschäftsbedingungen* (FN 81), S. 281 f.; v. BRUNN, *Vertragsbedingungen* (FN 86), 2. Aufl. 1956, S. 104 ff., 107; SIMITIS, *Gute Sitten* (FN 98), S. 31; TOSCH, *Entwicklung und Auflösung der Lehren vom Vertrag*, Marburg 1980, S. 187 ff., 197 f.; FASTRICH, *Inhaltskontrolle* (FN 88), S. 24 ff., 47, 68, 77.

103 RAISER, *Geschäftsbedingungen* (FN 81), S. 270, 277 ff., 282 f.; KRAUSE, BB 1955, 265, 268 f.; MEESKE, BB 1959, 857, 861; KLIEGE, *Rechtsprobleme* (FN 90), S. 91, 102 ff.; FASTRICH, *Inhaltskontrolle* (FN 88), S. 72.

104 Z. B. WIENEKE, *Freizeichnungsklausel* (FN 87), S. 52; v. BRUNN, *Vertragsbedingungen* (FN 86), 2. Aufl. 1956, S. 104 ff., 107; STAHL, DB 1956, 393; ROSCHER, *Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, dargestellt am Beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Berlin 1974, S. 31 ff., 36 f., 39, 83 ff., 108; CANARIS, *Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen*, in: BAUR/HOPT/MAILÄNDER (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. Mai 1990*, Berlin 1990, S. 519, 548.

105 BARTHOLOMEYCZIK, AcP 166 (1966), 30, 64 f., 68, 71 f., 74 f.; ROSCHER, *Vertragsfreiheit* (FN 104), S. 83 ff., 108; WESTERMANN, AcP 178 (1978), 150, 171, 176.

106 GRÖNER/KÖHLER, *Verbraucherschutzrecht in der Marktwirtschaft, Ökonomische und rechtliche Aspekte des Konsumentencredits*, in: Vorträge und Aufsätze/Walter-Euchen-Institut, Bd. 114, Tübingen 1987, S. 37 ff.; CANARIS, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, in: BADURA/SCHOLZ (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 873, 882.

107 Z. B. GROSSMANN-DOERTH, *Selbstgeschaffenes Recht* (FN 81), S. 26; RAISER, *Geschäftsbedingungen* (FN 81), S. 103, 270 f.; HAUPT, ZAKDR 1943, 84, 85 ff.; NIPPERDEY, DRZ 1950, 193, 198; FISCHER, BB 1957, 481, 486; MEESKE, BB 1959, 857, 861; STAUDINGER-WEBER, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Teil 1a, 11. Aufl. 1967, Einl. zu § 241, N 60 ff.; WEBER, NJW 1968, 1, 5, 8; SCHMIDT-SALZER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen, Bilanz und rechtspolitische Folgerungen*, Berlin 1973, S. 9 ff.; PETERS, JZ 1991, 385, 387, 391.

Mit dieser Gewichtung im Konflikt zwischen Vertragsfreiheit und *giustizia sostanziale* korrespondiert die Vorstellung von immanenten Schranken der Vertragsfreiheit.¹⁰⁸

3. Die Lehre in Italien

Die ältere italienische Lehre unter dem *codice civile* von 1865 betraf zum großen Teil das Problem der Kenntnisnahme, d. h. der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag, zum Teil aber auch die Frage unbillig belastender Vertragsklauseln und einer fehlenden materiellen Vertragsfreiheit des AGB-Kunden.¹⁰⁹ *De lege lata* hielt man zum Teil einen Schutz des belasteten Vertragspartners über die Interpretation des Vertrages oder über korporative Prinzipien des faschistischen Staates für möglich.¹¹⁰ Unter dem *codice civile* von 1942 setzte eine verstärkte Auseinandersetzung mit dem Problem einer inhaltlichen Vertragskontrolle erst in den 70er Jahren ein.

In der italienischen Doktrin zum Komplex von Vertragsfreiheit, Vertragsgerechtigkeit und Allgemeinen Geschäftsbedingungen fällt auf, daß anders als in der deutschen Rechtsprechung und Literatur Überlegungen zur inhaltlichen Richtigkeit der Vertragsgestaltung oder zur Realisierung eines sachgerechten Interessenausgleichs nur eine geringe Rolle spielen. Der Begriff der *giustizia sostanziale* (materielle Gerechtigkeit) oder *giustizia contrattuale* (Vertragsgerechtigkeit) erscheint kaum im Vokabular der Literatur.¹¹¹ Stattdessen werden Aspekte wie die fehlende Vertrags-

108 v. TUHR, *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2. Bd., 1. Hälfte, S. 183; RAISER, *Geschäftsbedingungen* (FN 81), S. 269 ff., 279, 282; HAUPT, ZAKDR 1943, 84, 86; v. CAEMMERER, JZ 1953, 97, 99; KRAUSE, BB 1955, 265, 268 f.; FISCHER, BB 1957, 481, 486; KLIEGE, *Rechtsprobleme* (FN 90), S. 91, 102 ff.; BARTHOLOMEYCZIK, AcP 166 (1966), 30, 56; STAUDINGER-WEBER, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Teil 1a, 11. Aufl. 1967, Einl. zu § 241, N 338; SCHMIDT-SALZER, NJW 1970, 8, 14; MÜLLER-LAUBE, *Teilzahlungskredit* (FN 94), S. 60; EMMERICH-GRAF V. WESTPHALEN/EMMERICH/V. ROTTENBURG, *Verbraucherkreditgesetz*, 2. Aufl. 1996, Einl., Rn. 12 ff.; PALANDT-HEINRICHS, *Kommentar zum BGB*, 55. Aufl. 1996, § 242, Rn. 19, 38.

109 DONATI, Dir. e prat. comm. 1934, I, 349, 356, 359; MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze 1935, p. 27; PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, parte seconda, diritto delle obbligazioni, vol. II, dei contratti in generale, seconda ed., Padova 1936, p. 38; MOSSA, *Diritto commerciale*, parte prima, Milano 1937, p. 410.

110 MOSSA, *Impresa* (FN 109), pp. 27 s.; DONATI, Dir. e prat. comm. 1934, I, 349, 358 s., 366 s.

111 Von *giustizia sostanziale* oder *giustizia sociale* sprechen z. B. PACCHIONI, *Diritto civile italiano* (FN 109), pp. 150 s.; BIGLIAZZI GERI, *Note* (FN 72), pp. 90 s.; BIANCA, Riv. dir. civ. 1983, 205, 216; ROPPO, *voce contratto*, in: Dig. disc. priv., sez. civ., vol. IV, Torino 1988, pp. 87, 123; PATTI, *Alcune innovazioni del codice civile del 1942 nella materia dei contratti e la loro incidenza sulla autonomia privata*, in: *I cinquant'anni del codice civile, Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, vol. II (comunicazioni), Milano 1993, pp. 759, 768.

freiheit¹¹², fehlende Gleichheit zwischen den Vertragspartnern¹¹³ und Disparität¹¹⁴ betont. Wenn vom Schutz der schwächeren Vertragspartei gesprochen wird¹¹⁵, geschieht dies anders als in Deutschland¹¹⁶ weniger mit der Vorstellung, zum Schutz der unterlegenen Partei eine gerechte Vertragslösung herbeizuführen. Dagegen besteht eher die Überlegung, die durch die stärkere Partei faktisch beschränkte Vertragsfreiheit des schwächeren Vertragspartners¹¹⁷ wiederherzustellen. Die Realisierung von *parità* (Parität) und *eguaglianza* (Gleichheit) sieht ein Teil der Lehre als Ziel der AGB-Kontrolle und der AGB-Vorschrift in art. 1341 *codice civile*.¹¹⁸ Allgemein werden Eingriffe in die Vertragsfreiheit als Mittel zur Realisierung gleicher Chancen und materieller Vertragsfreiheit aufgefaßt.¹¹⁹ Hier bestätigt sich die für die

- 112 Z. B. FRANCESCHELLI, Riv. dir. nav. 1938, 249, 257 s.; MEDEIROS DA FONSECA, Riv. dir. comm. 1950, I, 437; BIGLIAZZI GERI, *Note* (FN 72), p. 87; MAZZONI, *Contratti di massa* (FN 72), p. 63; GALGANO, *Diritto privato*, quinta ed., Padova 1988, p. 227; BIGLIAZZI GERI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI, *Diritto civile, I. 2. Fatti e atti giuridici*, Torino 1988, pp. 484, 486; DE NARDO, *Fondamenti del diritto* (FN 72), Padova 1996, pp. 144, 186 s., 216, 224 s., 230.
- 113 Z. B. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano 1969, p. 39; MAZZONI, *Contratti di massa* (FN 72), pp. 10, 53 ss., 157, 160; NUZZO, *Utilità sociale* (FN 73), pp. 99 ss., 101 n. 30, 102; TULLIO, *Contratto per adesione* (FN 78), p. 2.
- 114 Z. B. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano 1946, seconda ed. 1949, p. 208; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, vol. III, nona ed., Milano 1959, p. 631; MAZZONI, *Contratti di massa* (FN 72), pp. 10, 48 ss., 60 s.; NUZZO, *Utilità sociale* (FN 73), pp. 99 ss., 101 n. 30, 102; NANNI, *Contr. e impr.* 1986, 501, 557; BIGLIAZZI GERI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI, *Diritto civile, I. 2. Fatti e atti giuridici* (FN 112), pp. 478 ss., 525; MAGGIOLLO, *Il contratto predisposto*, Padova 1996, p. 128.
- 115 Z. B. MOSSA, Riv. dir. comm. 1926, I, 232, 251; FRANCESCHELLI, Riv. dir. nav. 1938, 249, 253 ss., 257 s.; DI MAJO, Riv. dir. comm. 1970, I, 192, 206, 232; GIORGIANNI, Riv. dir. agr. 1972, 381, 384 s.; CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in: RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, vol. IX, t. 1, Torino 1984, pp. 227, 233 s.; BESSONE, *Economia di mercato e controllo dei contratti d'impresa*, in: ALPA/BESSONE, *Contratti standard* (FN 71), pp. 19, 21.
- 116 Auch in Deutschland wird im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vielfach auf den Schutz der schwächeren Vertragspartei abgestellt, z. B. ROQUETTE, JW 1938, 545, 548; FISCHER, BB 1957, 481, 486; SCHMIDT-SALZER, NJW 1967, 373; STAUDINGER-WEBER, *Kommentar zum BGB*, Bd. II, Teil 1a, 11. Aufl., 1967, Einl. N 44, 46, 47; LANGENFELD, *Vertragsgestaltung, Methode – Verfahren – Vertragstypen*, München 1991, S. 72.
- 117 FRANCESCHELLI, Riv. dir. nav. 1938, 249, 257 s.; LISERRE, *Tutela costituzionale* (FN 73), p. 14; GRASSETTI/CARNEVALI, *voce diritto civile*, in: NDI, vol. II, Torino 1981, pp. 1160, 1162 s.; DE NARDO, *Fondamenti del diritto* (FN 72), pp. 144, 186 s., 216, 222, 224 s.
- 118 Z. B. DE SEMO, *Istituzioni di diritto privato*, quarta ed., Firenze 1946, p. 425; SCOMAMIGLIO, *Banca, borsa ecc.* 1954, I, 776, 780 s., 790; DERS., *voce negozio giuridico*, enc. giur., vol. XX, Roma 1990, p. 7; DI MAJO, Riv. dir. comm. 1970, I, 192, 206; DE NARDO, *Fondamenti del diritto* (FN 72), pp. 221 s.
- 119 Z. B. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in: CICU/MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXI, t. 1, Milano 1968, p. 465; BARCELLONA, *Intervento statale* (FN 113), pp. 21, 23; BIGLIAZZI GERI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI, *Diritto civile, I.2. Fatti e atti giuridici*

italienische Rechtsprechung festgestellte zentrale Rolle der Privatautonomie. Diese erfährt anders als in Deutschland keine generelle Begrenzung unter dem Aspekt des Mißbrauchs der Vertragsfreiheit. Soweit die Lehre ganz vereinzelt auf letzteren Gedanken Bezug nimmt¹²⁰, wird damit die Gültigkeit der vertraglichen Vereinbarungen nicht in Frage gestellt. Dem italienischen Rechtssystem ist nämlich eine Begrenzung der Wirksamkeit des Parteiwillens über das Institut des Rechtsmißbrauchs fremd.¹²¹

Die vorrangige Stellung der Privatautonomie wird auch deutlich, wenn die Lehre sich mit der Frage auseinandersetzt, auf welchen Wegen den Problemen Allgemeiner Geschäftsbedingungen begegnet werden soll. Ein Teil der Lehre tritt für eine kollektive Lösung über die Beteiligung von Verbraucherverbänden ein¹²², setzt also bei einer Stärkung der Privatautonomie als sogenannter *autonomia privata assistita* (Privatautonomie über Verbände) an. Vereinzelt wird die Sicherung der freien Verbraucherwahl über das Wettbewerbsrecht herausgestellt¹²³ und damit der Schwerpunkt ebenfalls auf die Selbstbestimmung der Parteien gelegt. Was die Möglichkeiten einer richterlichen Kontrolle des Vertragsinhalts betrifft, bildet das Prinzip der parteiautonen Vertragsgestaltung bei manchen die Grundlage, um partielle Abweichungen vom dispositiven Recht einer richterlichen Prüfung zu entziehen.¹²⁴ Andere rechtfertigen umgekehrt eine materielle Vertragskontrolle direkt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit¹²⁵ oder über die Bestimmung des gemeinsamen Parteiwillens¹²⁶. Soweit in der Literatur eine inhaltliche Prüfung der Vertragsbedingungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem *ordine pubblico* (öffentliche Ordnung) vorgeschlagen wird, tastet dies insofern nicht den Vorrang der Vertragsfreiheit an, als

(FN 112), pp. 484, 486, 525; ALPA, *I contratti in generale, introduzione alla nuova giurisprudenza*, Torino 1990, pp. 206, 258; SCONAMIGLIO, *Negozio giuridico e autonomia privata*, in: *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative, congresso dei civilisti italiani*, Venezia 23-26 giugno 1989, Padova 1991, pp. 289, 302; PATTI, *Innovazioni* (FN 111), p. 762; DI MAJO, *Riv. crit. dir. priv.* 1995, 5, 33.

120 Z. B. FERRARA, *Diritto privato attuale*, parte prima, Roma 1945, p. 138; DI MAJO, *Riv. dir. comm.* 1970, I, 192, 205; BENATTI, *Prassi bancaria* (FN 71), p. 169; PATTI, *Innovazioni* (FN 111), p. 767; DE NARDO, *Fondamenti del diritto* (FN 72), pp. 221, 226, 229.

121 S. z. B. RANIERI, *Fideiussione »omnibus«* (FN 75), pp. 69, 85 ss.; TULLIO, *Contratto per adesione* (FN 78), p. 101 e n. 7; MAZZONI, *Contratti di massa* (FN 72), p. 199.

122 PAVONE-LA ROSA, *Introduzione*, in: AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della tavola rotonda tenuto presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969, Milano 1970, pp. 3, 7; SCONAMIGLIO, *voce negozio giuridico* (FN 118), p. 7.

123 IRTI, *I cinquant'anni del codice civile*, in: *I cinquant'anni del codice civile, Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, vol. I (relazioni), Milano 1993, pp. 429, 439 s., 441.

124 FERRI, *L'ordine pubblico*, in: ALPA/BESSONE, *Contratti standard* (FN 71), pp. 99, 113 s.

125 DI MAJO, *Riv. dir. comm.* 1970, I, 192, 237 ss.; s. auch DERS., *Causa e tipo* (FN 71), pp. 87 ss., 90.

126 DE NARDO, *Fondamenti del diritto* (FN 72), pp. 98, 102, 104, 147 ss., 150 s., 156, 183 s., 187, 192, 211, 216, 218 ss., 222 ss.

der *ordine pubblico* zu den traditionellen, schon im *codice civile* von 1865 ausnahmsweise vorgesehenen Beschränkungen der Privatautonomie gehört.¹²⁷

Einer differenzierten Betrachtung bedürfen die Vorschläge zu einer Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen auf der Basis der *buona fede*. Soweit diese über eine Interpretation des Vertrages nach Treu und Glauben (art. 1366 *codice civile*) begründet wird¹²⁸, betrifft dies die *rilevanza* (Erheblichkeit) der Vertragsklauseln auf der Ebene der Vertragsauslegung, nicht ihre *inefficacia* (Unwirksamkeit)¹²⁹. Dieser Eingriff in die Vertragsgestaltung ist deutlich schwächer als die in Deutschland auf der Basis von Treu und Glauben begründete Gültigkeitskontrolle. Auch die Rechtfertigung einer AGB-Kontrolle über art. 1337 *codice civile*¹³⁰, welcher Verhaltenspflichten der Parteien nach Treu und Glauben bei den Vertragsverhandlungen betrifft, läßt die Wirksamkeit der parteilichen Vereinbarungen selbst unberührt. Der Vorschlag, Treu und Glauben bei der Bestimmung der *conoscibilità* (Erkennbarkeit) der Vertragsklauseln nach art. 1341/1 *codice civile* zu berücksichtigen¹³¹, ermöglicht nur eine Einbeziehungskontrolle, nicht dagegen eine wirkliche inhaltliche Überprüfung des Vertrages auf einen angemessenen Interessenausgleich. Ein anderer Teil der Doktrin rechtfertigt dagegen allgemein auf der Basis von Treu und Glauben die Abwägung der gegenüberstehenden Parteiinteressen, ohne das dabei zugrundeliegende Konzept der *buona fede* näher darzulegen.¹³² Hier besteht eine Affinität zu der in Deutschland über Treu und Glauben begründeten Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Doch bleibt fraglich, ob sich die italienische Doktrin hier wirklich bewußt die in Deutschland praktizierte Gültigkeitskontrolle zu eigen macht, weil dem italienischen Rechtssystem eine Vertragskorrektur auf der Basis der *buona fede* prinzipiell fremd ist.¹³³

127 Z. B. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, seconda ed. 1945, pp. 577, 588; CAVALLI, *Contratti bancari* (FN 71), p. 123.

128 Z. B. BIGLIAZZI GERI, *Note* (FN 72), pp. 73, 89 s., 93, 96 s., 110; DIESELBE, *voce buona fede nel diritto civile* (FN 72), pp. 172, 180, 182; CECCHERINI, *Riv. giur. lav.* 1978, I, 859, 865 ss., 868; COSTANZA, *Riv. dir. civ.* 1986, II, 335, 340; BUSNELLI, *Note introduttive II* (FN 72), NLCC 1997, 757, 765 s.

129 BIGLIAZZI GERI, *Note* (FN 72), pp. 90, 110; DIESELBE, *voce buona fede nel diritto civile* (FN 72), pp. 172, 180, 182; CECCHERINI, *Riv. giur. lav.* 1978, I, 859, 865 ss., 868 (spricht teilweise von *rilevanza* und teilweise von *validità*; wegen der deutlichen Parallelen zu der zeitlich früheren Argumentation der ebenfalls in Pisa lehrenden Bigliazzi Geri ist im Zweifel aber davon auszugehen, daß sich Ceccherini ebenfalls auf eine Kontrolle auf der Interpretationsebene bezieht, zumal sie ihre Argumentation auf die Interpretationsnorm des art. 1366 *codice civile* stützt); BUSNELLI, *Note introduttive II* (FN 72), NLCC 1997, 757, 765.

130 PATTI/PATTI, *Responsabilità precontrattuale* (FN 72), pp. 465 s.

131 MAZZONI, *Contratti di massa* (FN 72), pp. 209 s., 214 ss.

132 Z. B. RODOTÀ, *Poteri del giudice* (FN 72), pp. 88 ss.; DE NOVA, *Riv. dir. comm.* 1973, II, 329, 340; CALANDRA BUONAURA, *Riv. dir. civ.* 1978, II, 181, 195, 209; VISINTINI, *Inadempimento* (FN 71), p. 381.

133 S. hierzu näher TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 459 ff., insbesondere 470 f., 472 f., und dort FN 185.

Aus den Vorschlägen zu einer inhaltlichen Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergibt sich einerseits, daß die italienische Lehre in diesem Bereich über die Rechtsprechung hinausgeht, welche die parteilichen Vereinbarungen nur formal über art. 1341/2 *codice civile* oder über konkrete, zwingende Normen des *codice civile* prüft, nicht jedoch die Frage nach ihrer inhaltlichen Angemessenheit über die Generalklauseln des *ordine pubblico* und der *buona fede* stellt. Andererseits verbleibt die Lehre in weiten Teilen der vorgeschlagenen Kontrollmechanismen in der zuvor für Rechtsprechung und Lehre als typisch festgestellten Vorrangstellung der Vertragsfreiheit.

Aufgrund der zentralen Rolle der Vertragsfreiheit ist verständlich, daß der für die deutsche AGB-Kontrolle so wesentliche Gerechtigkeitsmaßstab des dispositiven Rechts in der italienischen Doktrin wie schon in der Rechtsprechung praktisch keine Rolle spielt.¹³⁴ Dagegen wird vielmehr die Autonomie der Vertragspartner im Bereich des dispositiven Rechts betont.¹³⁵ Konsequente Folge der „*intangibilità della volontà contrattuale*“ (Unantastbarkeit des vertraglichen Willens) ist die Zurückhaltung der Doktrin gegenüber richterlichen Interventionen in die Vertragsgestaltung.¹³⁶

134 Nur ganz vereinzelt wird unter Bezugnahme auf die deutsche Doktrin im dispositiven Recht ein Maßstab für eine gerechte Vertragsgestaltung gesehen, so BENATTI, *Prassi bancaria* (FN 71), pp. 164 s., 166 s.; COSTANZA, *Profili dell'interpretazione* (FN 72), p. 89.

135 TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano 1940, p. 37; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, vol. III, seconda ed. 1952, p. 591; STOLFI, *Riv. dir. comm.* 1964, I, 163, 164; FERRI, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico*, in: AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della tavola rotonda tenuto presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969, Milano 1970, pp. 47, 64; DERS., *Ordine pubblico* (FN 124), pp. 113 s.; DE NOVA, *Tipo contrattuale* (FN 72), p. 158 n. 89 (anders aber pp. 158 ss: inhaltliche Prüfung über einen Vergleich mit zwingenden und dispositiven Normen, wobei Abweichungen durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein müssen); MOLLE, *Banca, borsa ecc.* 1978, II, 454, 463 s., 467 s.; FESTI, *Contr. e impr.* 1991, 1221, 1235.

136 DI MAJO, *Riv. dir. comm.* 1970, I, 192, 229 s., 236; DERS., *Causa e tipo* (FN 71), pp. 79 s., 86; DERS., *Riv. crit. dir. priv.* 1995, 5, 15 ss., 33; ROPPO, *Il contratto*, Bologna 1977, pp. 126 s., 157 s.; BESSONE, *L'esigenza di una riforma*, in: ALPA/BESSONE, *Contratti standard* (FN 71), pp. 221, 223; COSTANZA, *Profili dell'interpretazione* (FN 72), pp. 90 s.; UDA, *Riv. dir. comm.* 1990, I, 301, 327; D'ANGELO, *Contr. e impr.* 1990, 702, 722; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, artt. 1372-1386, in: SCIALOJA/BRANCA, *Commentario del codice civile (a cura di Francesco Galgano), libro quarto – delle obbligazioni, artt. 1372-1405*, Bologna 1993, p. 5; zum Zusammenhang zwischen dem hohen Stellenwert des Parteiwillens und der Zurückhaltung gegenüber einer Kontrolle des Vertragsinhalts BIANCA, *Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie*, in: BIANCA/ALPA, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova 1996, pp. 357 s.; CAVALLI, *Contratti bancari* (FN 71), pp. 122 s., weist auf den revolutionären Charakter hin, den eine richterliche Intervention über Treu und Glauben oder Billigkeit für das italienische Rechtssystem bedeuten würde; MAZZONI, *Contratti di massa* (FN 72), pp. 134, 206, sieht die unterschiedliche Betrachtungsweisen der richterlichen Aktivität in beiden Ländern als Grund dafür, daß eine Modifikation von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch den Richter in Italien

Ausdruck der starken Orientierung an der Privatautonomie ist auch, daß die Lehre überwiegend gesetzliche Beschränkungen der Vertragsgestaltung nicht als Eingriff in den Vertragsinhalt, sondern nur als Regelung der vertraglichen Wirkungen auf-
faßt.¹³⁷

Zu dieser Sichtweise der Vertragsfreiheit gehört an sich die Vorstellung, daß die parteiliche Selbstbestimmung nur ausnahmsweise von außen Begrenzungen unter-
liegt.¹³⁸ Die neuere Doktrin hat sich aber trotz weiterhin anerkannter Vorrangstellung der Privatautonomie von dieser Betrachtungsweise gelöst und erkennt nunmehr ins-
besondere in der verfassungsrechtlich vorgegebenen *solidarietà* (Solidarität) bzw. *utilità sociale* (sozialer Nutzen, art. 41/2 Cost.) immanente Schranken der Vertrags-
freiheit.¹³⁹ Das veränderte Verständnis zu den Schranken der Vertragsfreiheit führt
aber wie dargestellt noch nicht dazu, die parteilichen Vereinbarungen prinzipiell un-
ter dem Aspekt materieller Gerechtigkeit zur Diskussion zu stellen.

4. Ergebnis

Parallel zu den in der deutschen und italienischen Rechtsprechung festgestellten Un-
terschieden lassen sich somit auch in der deutschen und italienischen Lehre Unter-
schiede erkennen, welche den Umgang mit dem Konflikt von Vertragsfreiheit und
materieller Vertragsgerechtigkeit betreffen.

So stellt die deutsche Doktrin ganz ähnlich wie die Rechtsprechung trotz der im
Ausgangspunkt anerkannten Privatautonomie durchgehend die Frage nach der in-
haltlichen Gerechtigkeit des Vertrages im Sinne eines sachgerechten Interessenaus-

kaum vorstellbar sei; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1970, pp. 177,
182 s., 197, befürwortet einerseits die richterliche Vertragsergänzung auf der Basis der *corret-
tezza*, doch dürften die Vertragsergänzungen nicht im Kontrast zum Parteiwillen stehen und
nicht zu materiellen Veränderungen der ursprünglichen Vereinbarungen führen.

137 OSTI, *voce contratto*, in: NDI, vol. IV, Torino 1959, pp. 462, 523; MESSINEO, *voce contratto*,
enc. dir., vol. IX, Varese 1961, pp. 784, 938, 944 s.; DERS., *Contratto in genere* (FN 119), p.
54; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano 1964, pp. 234 ss.; anders
RODOTÀ, *Fonti di integrazione* (FN 136), pp. 51 s., 77, 89 ss., 177.

138 So TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, seconda ed. 1945, pp. 577 s., 588; BARASSI, *Istitu-
zioni di diritto civile*, seconda ed., Milano 1945, p. 391; DERS., *Istituzioni di diritto privato (se-
condo i nuovi libri del codice civile)*, seconda ed., Milano 1946, p. 287; DOSSETTI, Riv. dir.
comm. 1950, I, 248, 252; FERRI, Riv. trim. dir. e proc. civ. 1957, 129, 137, 161 s., 165 s.

139 NICOLÒ, *voce diritto civile*, enc. dir., vol. XII, Varese 1964, pp. 904, 910 ss.; RODOTÀ, *Fonti di
integrazione* (FN 136), p. 19; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, nona
ed., Napoli 1973, pp. 76 s.; SACCO, *Il contratto*, in: VASSALLI, *Trattato di diritto civile italia-
no*, vol. VI, t. 2, Torino 1975, p. 699; NUZZO, *Utilità sociale* (FN 73), p. 196; CAVALLI, *Con-
tratti bancari* (FN 71), p. 129; BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano 1984, p. 34;
BIGLIAZZI GERI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI, *Diritto civile, 1. 2. Fatti e atti giuridici* (FN
112), pp. 504, 517; PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, terza ed., Napoli 1994, pp. 243, 253;
ALPA, Riv. crit. dir. priv. 1995, 35, 49; DE NARDO, *Fondamenti del diritto* (FN 73), pp. 94,
150.

gleichs zwischen den Vertragspartnern. Wenn sie dabei auch zum Teil die Rechtsprechung in der von ihr ausgeübten Vertragskontrolle kritisiert, entwickelt die Lehre selbst durchgehend Wege, um Vertragsklauseln auf ihre Angemessenheit zu prüfen. Dabei verlagert sich wie in der Rechtsprechung die Gewichtung in Richtung einer immer stärker betonten materiellen Gerechtigkeit, der die Vertragsfreiheit allmählich untergeordnet wird. Dabei spielt wie schon in der deutschen Rechtsprechung der im dispositiven Recht erkannte Gerechtigkeitsgehalt als Beurteilungsmaßstab für eine gerechte Verteilung der Rechte und Pflichten eine entscheidende Rolle.

Die italienische Doktrin unterscheidet sich insofern von der italienischen Rechtsprechung, daß sie über die Anwendung konkreter Normen des *codice civile* hinaus eine weitergehende inhaltliche Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen für möglich hält. Außerdem hat die neuere Lehre ein im Vergleich zur Rechtsprechung ausgeprägteres Bewußtsein für die Schranken der Vertragsfreiheit, die nicht mehr als ausnahmsweise bestehende äußere Begrenzung, sondern als immanente Schranken aufgefaßt werden. Hier bestätigt sich die These von einer gewissen Konservativität der italienischen Richter dahingehend, daß sie fortschrittlichen Diskussionen in der Lehre eher verschlossen oder hinter ihnen zurückbleiben.¹⁴⁰

Abgesehen von diesen Unterschieden zeigt sich in der Lehre die für die italienische Rechtsprechung typische Bevorzugung der Vertragsfreiheit. Dies wird in der allgemeinen Diskussion zum Konflikt von Vertragsfreiheit und materieller Gerechtigkeit, in der ablehnenden Haltung gegenüber richterlichen Modifikationen des Parteiwillens und in der Art und Weise deutlich, wie Möglichkeiten einer inhaltlichen Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen begründet werden.

IV. Konfliktlösung in einem Europäischen Privatrecht

Die Untersuchung von Rechtsprechung und Literatur zur Handhabung von eine Vertragspartei einseitig belastenden Vertragsklauseln hat gezeigt, dass hier zwei in ihrem Privatrechtssystem an sich ähnliche Rechtsordnungen mit einem ganz unterschiedlichen Verständnis an den Konflikt zwischen parteiautonomer Vertragsgestaltung und der Realisierung inhaltlich ausgeglichener Verträge herangehen. Mit Umsetzung der europäischen Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen wurde nunmehr eine nach dem Vorbild der deutschen AGB-Kontrolle gestaltete Inhaltskontrolle auf der Basis von Treu und Glauben vom italienischen Gesetzgeber eingeführt, die dem italienischen Rechtssystem aufgrund des oben geschilderten Stellenwertes der Vertragsfreiheit, einer anderen Funktion von Treu und Glauben und einer Ablehnung richterlicher Vertragskorrekturen unter dem Aspekt materieller Gerechtigkeit fremd ist.

Es ist zu vermuten, daß auch nach Durchführung der formalen Rechtsangleichung die Unterschiedlichkeit nationaler Vertragsrechtsordnungen in ihren Traditionszu-

140 S. TRÄGER, *Vertragsfreiheit und giustizia sostanziale* (FN 7), S. 479 f., 502.

sammenhängen und kulturell bedingten Präferenzen zu inhaltlichen Unterschieden in der Handhabung mißbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen führen wird.

Möglicherweise ist es im Hinblick auf die unterschiedlichen Vorverständnisse und Traditionszusammenhänge nicht sinnvoll, ein einheitliches europäisches Lösungsmodell für die Frage nach einer einerseits freien, andererseits inhaltlich gerechter Vertragsgestaltung festzulegen. So ist es denkbar, den einzelnen europäischen Rechtsordnungen unter Vorgabe nur eines europaweit angestrebten Mindestschutzniveaus zu überlassen, angemessene Interessenlösungen im Sinne der europäischen Vorgabe durch Wahl von dem eigenen Rechtssystem vertrauten Schutzmechanismen zu finden.

Soweit darüber hinaus ein eigenes europäisches Vertragswerk angestrebt wird, das dann auch zur Frage der Vertragsfreiheit und möglichen Einschränkungen im Interesse eines inhaltlich angemessenen Vertrages Position beziehen müßte, könnte wahrscheinlich nur eine Kompromißlösung ähnlich den Grundregeln eines Europäischen Vertragsrechts gewählt werden, die ausgehend vom Grundsatz der Vertragsfreiheit eine generalklauselartig sehr flexible Form der inhaltlichen Vertragskontrolle vorsieht und damit den einzelnen Rechtsordnungen in der Konkretisierung einen weiten Spielraum läßt.

