

JUS PRIVATUM

21

Jürgen Oechsler

Gerechtigkeit
im modernen
Austauschvertrag



J.C.B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 21

Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag

Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit
und ihr praktischer Einfluß auf Auslegung,
Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages

von

Jürgen Oechsler



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Oechsler, Jürgen:

Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag: die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluss auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages / von Jürgen Oechsler. – Tübingen: Mohr, 1997

(Jus privatum; Bd. 21)

ISBN 3-16-146728-0

978-3-16-157899-1 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1997 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0940-9610

Für Julia

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung will die Auseinandersetzung um den Begriff der Vertragsgerechtigkeit von der weltanschaulich geführten Auseinandersetzung um das Sozialmodell des Bürgerlichen Gesetzbuches oder das ihm zugrundeliegende Menschenbild auf die Ebene der Dogmatik zurückführen. Sie folgt dabei der Einsicht, daß die praktischen dogmatischen Probleme der Vertragsgerechtigkeit letztlich in der Frage nach dem vertraglichen Verpflichtungsgrund wurzeln. Dabei schließt sie sich jedoch nicht der herrschenden Lehre vom Verpflichtungswillen als einzigem vertraglichen Bindungsgrund an, sondern der gemeinrechtlichen Tradition der *naturalia negotii*, die – heute kaum noch bemerkt – in zahlreiche Institute des Bürgerlichen Gesetzbuches eingegangen ist. Im Mittelpunkt steht dabei ein Rechtsgedanke, der den großen Rechtskreisen, insbesondere dem anglo-amerikanischen, in mehr oder minder gleicher Gestalt vertraut ist: Die Willenserklärung ist nicht nur Erklärung des Verpflichtungswillens einer Vertragspartei, sondern auch Tatbestand schützenswerter Erwartungen der Gegenseite. Dieser Gedanke begegnet im Prinzip von Treu und Glauben, er liegt auch den zahlreichen Garantiehafungen des bürgerlichen Rechts wie überhaupt dem Leistungsstörungenrecht zugrunde und erlaubt eine genuin vertragsrechtliche Begründung der Schutzpflichten. Im Rahmen der herrschenden Lehre wird er indes eher unzureichend durch Rechtsinstitute wie die ergänzende Vertragsauslegung oder die unterschiedlichen Sphärentheorien substituiert.

Die Untersuchung bemüht sich einerseits, die Auseinandersetzung um den vertraglichen Bindungsgrund in den entstehungsgeschichtlichen Rahmen zu stellen und aufzuzeigen, welche Regelungsideen bspw in Rechtsinstitute wie den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder die vertragliche Rechtsnatur eingegangen sind. Andererseits ist es ihr ein zentrales Anliegen, die praktischen dogmatischen Auswirkungen für die Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages herauszuarbeiten. Insbesondere in ihrer Kritik an einer Inhaltskontrolle, die auf der Grundlage von Rechtsnaturbestimmung, Leitbildern und typologischer Zuordnung betrieben wird, meldet sie Widerspruch gegen das herrschende Verständnis an und stellt in Anknüpfung an die *naturalia negotii* ein neues Konzept der Inhaltskontrolle auf der Grundlage der Natur des Vertrages iSd § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG zur Diskussion. Ferner hofft sie, in der Auseinandersetzung um den rechtlichen Gehalt des Prinzips von Treu und Glauben, um den teleologischen Geltungsgrund des dispositiven Vertragsrechts oder das Recht der mehrgliedrigen Austauschverträge die Diskussion zu beleben und entwicklungsfähige Gemeinsamkeiten der europäischen Vertragsrechte aufzuzeigen.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1995/96 von der Universität des Saarlandes als Habilitationsschrift angenommen. Meinem Lehrer, Herrn Professor Dr. Dr. Michael Martinek, gilt mein herzlicher Dank für die stets freundlich und großzügig gewährte Unterstützung. Verbunden bin ich auch Herrn Professor Dr. Helmut Rüßmann, für die Anfertigung des Zweitgutachtens ebenso wie für praktischen und moralischen Beistand.

Wer selbst eine solche Arbeit vollendet hat, weiß, daß sie kaum ohne Familie oder Freunde entsteht. Es gehört zu den Pflichten dieser Unglücklichen, nicht nur die endlosen Jeremiaden des Kandidaten klaglos über sich ergehen zu lassen, sondern diesen auch stets zu neuer Anstrengung zu ermutigen und anzuspornen. Dank dafür gilt meiner „kleinen großen“ Frau Christa, die mir mit ihren rechtspraktischen Erfahrungen eine wichtige Diskussionspartnerin war; Dank sei aber auch Elfi und Julia gesagt, die mir auf andere, nicht minder wertvolle Weise zur Seite standen.

Jürgen Oechsler

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
Teil 1 – Gerechtigkeitslehre	8
§ 1. Formale Gerechtigkeit und Dogmatik	8
I. Wissenschaftliche Grundlagen der Gerechtigkeitsdiskussion	10
II. Die Bedeutung formaler Gerechtigkeit in der Rechtsanwendung	23
§ 2. Von der aristotelischen Tauschgerechtigkeit zum Verbraucherschutz – Kritik der materialen Theorien der Vertragsgerechtigkeit	54
I. Die Ursprünge der Gerechtigkeitslehre bei Aristoteles	55
II. Kritik der materialen Gerechtigkeitslehren	86
III. Die gestörte Vertragsparität und die Kompensation ihrer teleologischen Defizite	145
Teil 2 – Die Auslegung des Vertrages	167
§ 3. Vom Willensdogma zur Vertragsnatur	168
I. Vertragliche Verpflichtungsgründe	168
II. Die Vertragsnatur	199
§ 4. Die Methode der Vertragsauslegung auf der Grundlage von Willen und Vertrauen der Parteien	267
I. Parteivereinbarung und Vertrag	267
II. Vertragsauslegung als nachschaffende Interpretation	275
Teil 3 – Inhaltskontrolle und mehrgliedriger Vertrag	296
§ 5. Von der Rechtsnatur zur Vertragsnatur	296
I. Kritik der Rechtsnaturbestimmung	298
II. Die Vertragsnatur als Alternative	315
III. Zusammenfassung	337

§ 6. Der mehrgliedrige Vertrag	340
I. Einleitung	340
II. Die praktische Bedeutung der Auslegungsmethode	344
III. Die Aporie des Leitbilddenkens	376
IV. Der rechtliche Begriff der Arbeitsteilung	409
Literaturverzeichnis	435
Sachregister	457

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Einleitung	1

Teil 1 Gerechtigkeitstheorie

§ 1. Formale Gerechtigkeit und Dogmatik	8
I. Wissenschaftliche Grundlagen der Gerechtigkeitsdiskussion	10
1. Der infinite Wertungsregreß	10
2. Der systematische Stellenwert materialer Gerechtigkeit im Vertragsrecht	11
3. Kontrolle des Entstehungs- und Wirkungskontextes von materialer Gerechtigkeit als wissenschaftlicher Ansatzpunkt	15
4. Der relative Geltungsanspruch kontextabhängiger Gerechtigkeits-theorien	17
5. Zusammenfassung	21
II. Die Bedeutung formaler Gerechtigkeit in der Rechtsanwendung	23
1. Bedingungen juristischer Dogmatik	25
2. Die Bedeutung von Anknüpfungstatsachen	29
3. Transparenz der Wertungen	37
4. Teleologische Präzision	40
5. Zur Kritik an der formalen Gerechtigkeit und weitere Präzisierung ..	45
6. Zusammenfassung	51
§ 2. Von der aristotelischen Tauschgerechtigkeit zum Verbraucherschutz – Kritik der materialen Theorien der Vertragsgerechtigkeit	54
I. Die Ursprünge der Gerechtigkeitstheorie bei Aristoteles	55
1. Die ausgleichende Vertragsgerechtigkeit	55
a) Moderne Evidenzen und Unstimmigkeiten	55
b) Die Mitte zwischen Gewinn und Verlust	57
c) Aristotelische Erkenntnisinteressen	58
aa) Versagen der Preisbildung in ökonomischen Krisen	60

bb) Der soziale Kampfcharakter der Preisbildung	64
cc) Der Preis als Werteegalisateur	67
2. Die hermeneutischen Entstehungsbedingungen	69
a) Der hermeneutische Ansatzpunkt	69
b) Problemzugang und Gerechtigkeitsinhalt: Die historische Wende im 17. und 18. Jahrhundert	71
aa) Gerechtigkeit als Axiom: Die scholastische Rezeption bei Grotius	72
bb) Die Aequalitas als nicht durchsetzbares Gebot bei Pufendorf .	74
cc) Die Destruktion der ausgleichenden Gerechtigkeit durch Thomasius	76
c) Vorverständnis und Gerechtigkeitsinhalt	78
aa) Konflikt der Vorverständnisse	78
bb) Formale und materiale Verständnishorizonte	81
3. Zusammenfassung	85
II. Kritik der materialen Gerechtigkeitstheorien	86
1. Grundlagen der Kritik	88
2. Die These von den außervertraglichen Voraussetzungen des Vertra- ges	91
a) Das Reziprozitätsmodell	92
b) Hermeneutische Defizite	93
c) Die subjektive Äquivalenz und der Marktpreis als Gerechtigkeits- indikatoren	97
d) Private Selbststeuerungsmechanismen	102
3. Die Natur des Vertrages in der scholastischen Tradition	104
a) Der aristotelisch-scholastische Naturbegriff	105
aa) Vom Wucherverbot zur Lehre vom Iustum Pretium	105
bb) Der teleologische Naturbegriff	108
b) Die Rechtsnatur	109
c) Ambivalenzen des Vernunftbegriffes – Die Entscheidungsfreiheit .	113
4. Die Hegelsche Dialektik	114
a) Die Grundlagen	114
aa) Objektive Wertbildung	114
bb) Die Bedeutung der dialektischen Bewegungsmetaphorik	117
b) Immanente Vertragsgerechtigkeit und Wegfall der Geschäfts- grundlage	122
c) Die Dialektik der Vertragsrichtigkeit	125
d) Immanente Schranken der Vertragsfreiheit und materiale Vertrags- freiheit	127
5. Funktionale und teleologische Begründungsversuche	128
a) Extensive Interpretation funktionaler Analysen	129
aa) Die Funktion der Vertragsfunktion	130

bb) Die ökonomische Vertragsanalyse: Von der Analyse zum materialen Verteilungskriterium	133
cc) Teleologische Unschärfen: Ökonomische Analyse und Konsequentialismus	136
b) Die Begründung des Entscheidungsmaßstabes aus dem Gesetzestelos	138
aa) Der Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Vertragsrechts	138
bb) Die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte	140
6. Ergebnis	143
III. Die gestörte Vertragsparität und die Kompensation ihrer teleologischen Defizite	145
1. Das Beispiel der gestörten Vertragsparität	145
a) Das Problem	145
b) Exkurs: Plausibilität spontaner Assoziation	149
2. Kompensationsstrategien	152
a) Normative Nachrationalisierung der Anknüpfungstatsachen – Der Verzicht auf offene Wertungen	152
b) Typisierte Vertragsgerechtigkeit – Der Verzicht auf konkrete Teleologie	156
aa) Die typische Parteivereinbarung als Sachverhalt	156
bb) Vertragsgerechtigkeit als Typus	158
c) Personalisierung – Der Verzicht auf eine Gleichbehandlung in der Sache	160
aa) Personalisierung des Schutzzwecks (Verbraucherschutz)	160
bb) Idealisierung der Entscheidungsträger	164
3. Zusammenfassung	166

Teil 2

Die Auslegung des Vertrages

§ 3. Vom Willensdogma zur Vertragsnatur	168
I. Vertragliche Verpflichtungsgründe	168
1. Das Problem vertragsergänzender und -korrigierender Gesetzesnormen	168
2. Problembeispiel: Das vertragliche Risikoprinzip	174
a) Die Grundstruktur der Zurechnungskriterien	176
b) Risikoprofit als Zurechnungsgrund	177
c) Gefahrenbeherrschung und Prävention	183
d) Risikoverortung	189
e) Problembeispiele	193
3. Ergebnis und weitere Überlegung	196

II. Die Vertragsnatur	199
1. Die historische Lehre von der natura contractus	199
2. Vertragsinhalt jenseits des Parteiwillens	202
a) Die technischen Bedingungen der Auslegung	202
b) Objektive Gesetzesauslegung – „objektive“ Vertragsauslegung	205
c) Vertrauen im Vertrag – Gründe und prinzipielle Bedenken	209
3. Einstandspflichten und formale Vertragsgerechtigkeit	217
a) Funktional äquivalente Institute im Rechtsvergleich	219
b) Gründe für die ubiquitäre Durchsetzung des auf Vertrauensschutz beruhenden Einstandsgedankens	223
aa) Das zugrundeliegende Problem	223
bb) Einstandsgedanke und Verschuldensprinzip	224
cc) Das Leistungsstörungenproblem	227
c) Das Dilemma im deutschen Privatrecht: Die Begründung aus einem fingierten Parteiwillen	233
aa) Die Fortsetzung des Dilemmas durch die Lehre von der ergänzenden Vertragsauslegung	235
bb) Die gescheiterte gesetzliche Begründung der natura contrac- tus: Die Sphärentheorie	240
4. Gesamtkonzeption und Anwendungsbeispiele	242
a) Der Einstandsgedanke – Gegensatz zur abstrakten Bankgarantie ..	242
b) Die Notwendigkeit eines rechtsgeschäftlichen Verständnisses	244
aa) Gesetz oder Vertrag – Das Beispiel der Schutzpflichten	244
bb) Der Erhalt der Sonderrechtsverbindung	248
c) Vertrauensschutz als Verpflichtungsgrund	253
aa) Vertrag und Vertrauen	254
bb) Zur Methodik	257
d) Anwendungsbeispiele	259
aa) Der Rechtsfolgenirrtum	259
bb) Probleme der Dauerschuld	262
§ 4. Die Methode der Vertragsauslegung auf der Grundlage von Willen und Vertrauen der Parteien	267
I. Parteivereinbarung und Vertrag	267
1. Die Mehrdeutigkeit des Vertragsbegriffs	267
2. Das Konkurrenzverhältnis	271
II. Vertragsauslegung als nachschaffende Interpretation	275
1. Der Vertrag als Repräsentation der Parteivereinbarung	275

2. Kriterien des wertenden Vergleichs zwischen Vertrag und Parteivereinbarung	277
a) Funktionale Äquivalenz	277
b) Die Devolutionsaufgabe	279
3. Zur Methode der Vertragsauslegung	285
a) Vertragsnatur und §242 BGB	286
b) Überlegungen zum teleologischen Geltungsgrund des dispositiven Rechts	291
4. Ergebnis und systematischer Überblick: Die Einheit von Rechts- geschäftslehre und Inhaltskontrolle	293

Teil 3

Inhaltskontrolle und mehrgliedriger Vertrag

§ 5. Von der Rechtsnatur zur Vertragsnatur	296
I. Kritik der Rechtsnaturbestimmung	298
1. Die typologische Zuordnung	298
2. Analogie und typologische Zuordnung im Vergleich	303
a) Formale Gerechtigkeit als Geltungsgrund beider Institute	303
b) Der Ähnlichkeitsvorbehalt	304
c) Logische Umweghaftigkeit und Tautologiegefahr bei der Typen- zuordnung	308
3. Von der Typenzuordnung zur materialen Rechtsanwendungsregel	311
a) Die Bedeutung positiv und negativ gefaßter Tatbestandsmerkmale .	311
b) Kritik an der Möglichkeit einer Begründungslast oder Rechts- anwendungsregel	313
c) Bedenken gegenüber der Bildung „vertragsspezifischer“ Typen ...	314
II. Die Vertragsnatur als Alternative	315
1. Die Bedeutung der Vertragsnatur bei der Inhaltskontrolle	316
a) Wortlaut und Abkehr von der aristotelisch-scholastischen Begriffstradition	316
b) Die Konkretisierung anhand der gemeinrechtlichen Lehre von den <i>naturalia negotii</i>	319
c) Vom Normstrukturtypus zum Häufigkeitstypus	322
2. Anwendungsbeispiele	325
a) Vertragsspezifischer Horizont statt Rechtsanwendungsregel (Gewährleistung beim Finanzierungsleasing)	325
b) Die Vermeidung einseitiger Festlegungen auf das Rechtsprogramm eines einzelnen Normstrukturtypus (Ansprüche des Leasinggebers bei fehlgeschlagener Lieferung)	330

c) Verhinderung undifferenzierter rechtsanwenderischer Vorverständnisse auf der Grundlage von Leitbildern (Die Garantie des Kreditkartenunternehmens gegenüber dem Vertragsunternehmen)	332
II. Zusammenfassung	337
§ 6. Der mehrgliedrige Vertrag	340
I. Einleitung	340
II. Die praktische Bedeutung der Auslegungsmethode	344
1. Die Bedeutung der nachschaffenden Interpretation	344
a) Vorteile der Unterscheidung von Parteivereinbarung und Vertrag .	345
b) Die Bedeutung der Gläubigererwartungen bei der Beurteilung rechtlicher Einheit oder Getrenntheit von Verträgen	347
2. Die Unabhängigkeit der Dogmatik von den Parteivorstellungen und -antizipationen	351
a) Gefahren in Zahlungsverkehrsketten	351
b) Argumente aus dem Rechtsvergleich	355
3. Problembeispiel: Der Einwendungsdurchgriff beim drittfinanzierten Abzahlungsgeschäft	359
a) Die paradoxe Einheit des Abzahlungsgeschäftes	359
b) Die Bedeutung des Separationswillens	362
c) Teleologische Defizite	365
d) Auslegung am problemspezifischen Horizont	369
4. Zusammenfassung	373
III. Die Aporie des Leitbilddenkens	376
1. Probleme bei der Konzeption mehrgliedriger Leitbilder	377
a) Systembildungsschwierigkeiten	377
b) Teleologische Unschärfen	380
c) Bildhaftigkeit statt konkreter Teleologie	381
2. Die Gefahren des zweigliedrigen Leitbildes	386
a) Bipolare Reduktion und Ähnlichkeitsvorbehalt	386
b) Die Gefahren der Zergliederung am Beispiel der Dritterweisungsklauseln beim Finanzierungsleasing	388
aa) Der vermeintliche Derivativcharakter der Ansprüche des Leasingnehmers gegenüber dem Lieferanten	391
aaa) Die Anwendung der kaufmännischen Rügeobliegenheit im Leasinggeschäft	392
bbb) Folgen der Täuschung des Leasingnehmers durch den Lieferanten	394
bb) Der vermeintliche Ausschluß einer subsidiären Eigenhaftung .	395
c) Vertragsrechtskonkretisierung jenseits des Leitbilddenkens	398
3. Zusammenfassung	406

IV. Der rechtliche Begriff der Arbeitsteilung	409
1. Der hypothetische Äquivalenzvergleich	411
2. Der genetische Aspekt der Arbeitsteilung	418
3. Kritik am Leitbild der Erfüllungsgehilfenhaftung	423
4. Zusammenfassung	431
Literaturverzeichnis	435
Sachregister	457

Einleitung

Zu der vorliegenden Arbeit gab ursprünglich eine einfache, bildlich assoziierte Überlegung Anlaß. Die auf *Aristoteles* zurückgehende Vorstellung einer ausgleichenden Vertragsgerechtigkeit paßt nämlich offensichtlich dann nicht, wenn am Vertrag mehr als zwei Seiten beteiligt sind! Nur wenn sich beim vertraglichen Leistungsaustausch traditionell *eine Schuldner-* und *eine Gläubigerseite* gegenüberstehen, lassen sich beider Rechtspositionen im aristotelischen Sinne mit dem Bild zweier Waagschalen assoziieren. Nur in diesen Fällen scheint die Aufgabe des Rechtsanwenders in einem Austarieren der Erleichterungen und Belastungen beider Seiten hin zu einer „gerechten Mitte“ zu bestehen. Diese schlichte Metapher begegnet heute noch unverfälscht und als ernsthaftes Argument bspw. im Rahmen der Risikoverteilung: Die wirtschaftlichen *Belastungen* eines Risikos soll danach tragen, wer die *Risikovorteile* in seiner Person realisiert. Die Überlegung, daß Vorteile einer Vertragspartei – über den Waagenbalken gedacht – durch Begründung gleichzeitiger Verantwortlichkeit für die damit verbundenen Nachteile (zugunsten der anderen Seite) kompensiert werden müßten, erweist sich bei näherer Überprüfung als ein weithin angewendeter Maßstab für Verteilungsentscheidungen im Vertragsrecht: Er begegnet in so unterschiedlichen Instituten wie dem Wegfall der Geschäftsgrundlage bei *Äquivalenzstörung*, im *Äquivalenzprinzip* des Finanzierungsleasings oder einfach in der Vorstellung, der Geschäftsherr müsse für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen deshalb einstehen, weil er aus dessen Einschaltung profitiere. Die ausgleichende Gerechtigkeit läßt aber bereits auf der Ebene der metaphorischen Assoziation Grenzen ihrer bildhaften Erklärungskraft erkennen: Dort, wo mehr als zwei Beteiligte an einem Leistungsaustausch teilnehmen¹, lassen sich nämlich Vor- und Nachteile auch nicht bildlich über einen Waagenbalken austarieren. Das Ausrichten dreier oder mehrerer Waagschalen untereinander entzieht sich schlichter bildlicher Imagination nämlich ebensosehr wie das dahinter verborgene rechtliche Problem: Auch die Verteilung von Rechten und Pflichten läßt sich hier kaum in eine einfache Risiko/Profit-Relation fassen. Der Betrieb des Scheckverkehrs etwa, an dem neben emittierender und einziehender Bank regelmäßig auch Aussteller und Schecknehmer beteiligt sind, nützt allen Beteiligten auf ganz unterschiedliche Weise. Wird daher dem Kunden ein Scheckformular gestohlen und mit gefälschter Unterschrift versehen bei seiner Hausbank zur Auszahlung vorgelegt, läßt sich das daraus resultierende Risiko weder einseitig der Bank zurechnen, weil diese aus dem unbaren

¹ Zu dem Phänomen der Mehrgliedrigkeit im modernen Vertragsrecht *Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Bd. 1, S. 7f.

Zahlungsverkehr strategische Vorteile zieht, noch dem Kunden, weil dieser das unbare Zahlungsmittel zum eigenen Nutzen eingesetzt hat. Dennoch befürworten Praxis und Wissenschaft auch in diesem Fall Lösungen, die dem einfachen Äquivalenzdenken des Waagemodells verpflichtet sind (vgl. nur die einschlägigen Sphärentheorien). Das Bild der Balkenwaage findet also auch dort Anwendung, wo längst mehr als zwei Waagschalen austariert werden müssen!

Die weiteren Überlegungen konnten indes nicht bei diesem simplen metaphorischen Widerspruch stehenbleiben. Denn zum einen interessiert der *rechtliche* Gehalt der ausgleichenden Vertragsgerechtigkeit, zum anderen aber erweist sich die Mehrgliedrigkeit moderner Austauschverträge (z.B. beim Finanzierungsleasing) als *pars pro toto* einer viel allgemeineren Fragestellung im Vertragsrecht: Fortwährend nämlich fordern die Parteien das geltende Recht durch ungewöhnliche und neuartige Koordinierung ihrer Interessen heraus und schaffen dabei bislang unbekannte Modelle zur Verteilung der Rechte und Pflichten beim Leistungsaustausch. Die gelegentlich zu beobachtende Mehrgliedrigkeit erweist sich nur als *eine* Innovationsleistung, auf die das geltende Recht eher unvollkommen vorbereitet scheint: Die zunehmende Verstetigung der Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen zu dauernden Geschäftsbeziehungen, im Einzelfall begleitet von einer gesellschaftsvertragsähnlichen Interessenkoordination, demgegenüber der wachsende Massencharakter und die inhaltliche Standardisierung von Verträgen mit Endverbrauchern oder auch die zunehmende Internationalisierung von Austauschverträgen über den Geltungsbereich nationaler Vertragsrechte hinweg, sind mindestens ebenso Neuerungen, denen das Vertragsrechtssystem mit Mühen angepaßt werden muß.

Verallgemeinert man das zugrundeliegende Problem weiter, so geht es auch nicht vorrangig darum, *was* gerade an den zeitgenössischen Formen des vertraglichen Leistungsaustausches neu ist, sondern über welche Methoden und Mechanismen das Vertragsrecht allgemein gebietet, um auf die prinzipiell unvorhersehbare Neuartigkeit vertraglicher Gestaltungsformen zu reagieren. Fraglich ist also, wie das Recht die modernen Austauschformen auf der einen Seite in ihrer Eigenart anerkennen und gelten lassen kann und wie es andererseits in der Lage ist, diese zum Schutze von Personen und Rechtsgütern zu bewerten, zu ergänzen und zu kontrollieren. In diesem Zusammenhang erhält der Begriff der Vertragsgerechtigkeit einen nüchternen und praktischen Inhalt; denn Vertragsgerechtigkeit ist das Maß, nach dem Rechte und Pflichten zwischen den Parteien eines Leistungsaustausches verteilt sein müssen, damit aus ihren Vereinbarungen Rechtsfolgen im Rahmen einer Rechtsordnung entstehen können.

Mit der Schlichtheit dieses Begriffsinhaltes kontrastiert der inhaltliche Anspruch der Aufgabe. Auf dem Weg zur Vertragsgerechtigkeit nämlich sieht sich der Rechtsanwender mit einer besonderen theoretischen Schwierigkeit des Vertragsrechtes gegenüber allen übrigen Rechtsgebieten konfrontiert: In Gestalt der Parteivereinbarung begegnet ihm ein rechtsschöpferisches Potential, das sich nur bedingt an der Logik des Rechtssystems orientiert. Der vertragliche Sachverhalt ist nicht wie typischerweise der deliktische ein bloßer historischer Geschehens-

ablauf in der Lebenswirklichkeit, sondern eine von den Parteien geschaffene Normenordnung, deren Inhalt entscheidend aus einer Koordination vorrechtlicher Interessen entstanden ist. Die dabei wirkenden schöpferischen Gestaltungskräfte konfrontieren den Rechtsanwender mit unterschiedlich weitreichenden Innovationen: Schwierigkeiten bereitet die Überprüfung einer gerechten Pflichtenverteilung schon dann, wenn die Parteien in einem vermeintlich unbedeutenden Punkt von den im Gesetz geregelten Austauschformen abweichen (vgl. nur die Unsicherheiten bei der Anwendung des Kaufrechtes, wenn die Kauf"sache" eine Software oder ein Unternehmen ist). Offensichtlich aber werden die Probleme, wenn das Pflichtenarrangement der Parteien vollständig von den gesetzlich geregelten Austauschformen abweicht und die h.M. von einem sog. „atypischen Vertrag“ spricht. Zur Beantwortung der Frage nach einer gerechten Verteilung der Rechte und Pflichten kommt es dann entscheidend darauf an, wie solche Neuerungen zu qualifizieren sind: Das ungewöhnliche Pflichtenarrangement der Parteien kann nämlich einerseits eine in sich unbedenkliche Anpassung an neuartige Austauschbedingungen darstellen, weshalb es trotz seiner Abweichung von den gesetzlichen Verteilungsmodellen als Gerechtigkeitsmodell eigener Art anerkannt werden müßte. Mglw. muß es aber gerade auch *wegen* seiner Abweichung von den gesetzlich geregelten Fällen zumindest teilweise als ungerecht durch die Rechtsordnung in Frage gestellt werden. Die Frage nach den rechtlichen und methodischen Voraussetzungen für eine solche Qualifikationsleistung im Vertragsrecht erscheint aber weithin offen.

In einer kritischen Bestandsaufnahme des einschlägigen vertragsrechtlichen Instrumentariums hat *Ernst A. Kramer* das zugrundeliegende Dilemma eindringlich beschrieben². Auf die rechtsschöpferischen Initiativen der Parteien und das Innovationspotential des Vertragsrechtes kennt die Dogmatik nur vier überaus eingeschränkte Reaktionsmöglichkeiten, die *Kramer* durchweg skeptisch beurteilt: Der Rechtsanwender kann erstens das „Neue“ schlicht verbieten, indem er alle von den gesetzlich geregelten Vertragstypen abweichenden Gestaltungen für ungerecht ansieht (Typenzwang). Er kann den Gerechtigkeitsgehalt des geltenden Vertragsrechts zum Maßstab für alle neuen Austauschformen erheben, diese also u.U. weniger rigide und mit der Möglichkeit zur Abweichung im Einzelfall an das geltende Recht anpassen (Leitbildfunktion). Drittens lassen sich die modernen Austauschgestaltungen mglw. unter einheitliche normative Leitideen stellen, die den geltenden Normstrukturtypen des Rechtes entlehnt sind, wohlwissend, daß diese Typen nicht vollständig auf die modernen Austauschformen passen (typologische Betrachtungsweise). Schließlich wird der Gesetzgeber aufgefordert, neue, den unbekanntenen Gestaltungen angepaßte Normen zu schaffen, die der Rechtsanwender dann applizieren kann.

Jede dieser Überlegungen setzt voraus, daß Gerechtigkeit bei der Verteilung der Rechte und Pflichten im Vertrag durch Anwendung von Normen hergestellt werden kann, die immer schon vor Abschluß der Parteivereinbarung im Einzel-

² *Kramer*, in: *Neue Vertragsformen der Wirtschaft* (Hrsg. *Kramer*), S. 23, 37ff.

fall bestehen und durch Subsumtion oder ähnliche Techniken appliziert werden können. Für diese Vorstellung spricht zunächst die syllogistische Struktur rechtlicher Konkretisierungsprozesse im außervertraglichen Bereich, im Rahmen derer Lebenssachverhalte einer übergeordneten Rechtsnorm deduktiv zugeordnet werden, damit in Gestalt eines Satzes eine anwendbare Rechtsfolge erzeugt werden kann. Im Vertragsrecht entstehen Rechtssätze jedoch nicht ausschließlich im Wege der Subsumtion, sondern werden auch durch ein normativ-analytisches Verfahren gewonnen, nämlich die Auslegung der Willenserklärungen der Parteien. Bei allem normativen Vorverständnis nämlich, das der Rechtsanwender an den Auslegungsprozeß heranträgt (§ 157 BGB), ist er doch gehalten, den *wirklichen* Willen der Parteien analytisch aufzuspüren und bei der Konkretisierung der inter partes geltenden Rechtssätze zugrunde zu legen (§ 133 BGB). So läßt sich bspw. der Inhalt der von den Parteien vereinbarten Hauptleistungspflichten regelmäßig nicht aus übergeordneten, abstrakten Rechtssätzen deduzieren (Ausnahme: Kontrahierungszwang), sondern nur durch eine z.T. analytisch ausgerichtete Auslegung der zugrundeliegenden Willenserklärungen konkretisieren. Nach dem gesetzlichen Modell beruht also die Verteilung von Rechten und Pflichten im Vertrag sowohl auf analytischer Auseinandersetzung mit der einzelnen Parteivereinbarung bzw. dem Häufigkeitstypus als auch auf einer deduktiv orientierten Normapplikation (Subsumtion, typologische Zuordnung usw.). Weil die vertragliche Verteilung der Rechte und Pflichten aber zugleich das eigentliche Thema der Vertragsgerechtigkeit ist, bestehen Zweifel an der Grundannahme der h.M., Vertragsgerechtigkeit lasse sich vor allem durch Subsumtion unter a priori geltende Rechtssätze, Prinzipien und Leitideen herstellen. Zu sehr scheint dabei das analytische Element vertraglicher Verteilungsentscheidungen vernachlässigt, dessen Pendant im Rahmen des gesetzlichen Modells gerade die Auslegung der Willenserklärungen repräsentiert. Analytische Defizite bei der Konkretisierung von Vertragsgerechtigkeit zeitigen konkrete Folgewirkungen. Nur die Analyse des „wirklich“ Vereinbarten schafft die methodischen Voraussetzungen, um Parteivereinbarungen und Häufigkeitstypen in ihrer Eigenart, ihrem besonderen Gerechtigkeitsgehalt erkennen zu können und sie nicht einseitig als Derivate der gesetzlich geregelten Normstrukturtypen und Leitbilder verstehen zu müssen. Dabei scheint die vorsichtige, zögernde Einstellung der h.M., die Ungerechtigkeit im Einzelfall bevorzugt als *Abweichung* vom status quo der geltenden Rechtsnormen und -prinzipien verstehen will und tendenziell weniger geneigt ist, sich analytisch mit dem eigenständigen Gerechtigkeitsgehalt der neuen Formen des vertraglichen Leistungsaustausches zu befassen, jedoch aus einer weiteren Überlegung heraus verständlich. Denn läßt sich der Rechtsanwender erst einmal analytisch auf die neuen Häufigkeitstypen ein, spricht diesen also nicht von vornherein die Möglichkeit eigenen Gerechtigkeitsgehaltes ab, so geht er unvermeidbar das Wagnis ein, den Anwendungsbereich der geltenden Rechtsnormen zu überschreiten und rechtsfortbildend an der Entwicklung neuer rechtlich nicht vorstrukturierter Gerechtigkeitsmodelle inter partes zu wirken. Hier stehen ihm aber vermeintlich nur Scheinbegründungen (z.B. aus Treu und

Glauben) oder „freie Rechtsfindung“ ohne jeden gesetzlichen Anhalt zur Seite – eine Konsequenz, die mglw. erklärt, warum bevorzugt die *bekannt*en gesetzlichen Gerechtigkeitsmodelle auf die modernen Häufigkeitstypen des vertraglichen Leistungsaustausches angewendet werden, auch wenn der Anwendungsbezug dieser Modelle dabei im Einzelfall extrem expandiert werden muß.

Die vorliegende Untersuchung will zeigen, daß auf der Grundlage des geltenden Vertragsrechtes ein unter analytischen und bewertenden Gesichtspunkten anspruchsvoller und dabei keineswegs regelloser Umgang mit dem „vertragsrechtlichen Sachverhalt“ möglich ist. Ihr Verlauf wird hier nur grob skizziert. Den ersten Teil eröffnet die Frage, unter welchen Bedingungen überhaupt wissenschaftlich, und d.h. in erster Linie rational, von Gerechtigkeit im Vertragsrecht die Rede sein kann (§1). Nicht abstrakte Überlegungen zur „Gerechtigkeit als solcher“ stehen dabei im Mittelpunkt, sondern die konkret überprüfbaren Wirkungsbedingungen der Vertragsgerechtigkeit im praktischen Kontext der Rechtsanwendung. Vor allem wird dabei auf die Bedeutung der formalen Gerechtigkeit aufmerksam zu machen sein, das Gebot also, gleiche Fälle gleich und ungleiche ungleich zu behandeln. Die Implikationen dieses schlichten Mechanismus‘ für die Rechtsanwendung sind mannigfaltig und führen zu der generellen Einsicht, daß – entgegen einem geläufigen Trivialverständnis – gerade nicht jede normative Regelungsidee auf jeden Sachverhalt Anwendung finden kann. An dieser Stelle verdient nur eine weitere, für den Verlauf der Untersuchung wichtige Erkenntnis Erwähnung: Ebenso wie vor jeder Gleich- oder Ungleich*behandlung* von Fällen gleiche und ungleiche Fälle *unterschieden* sein müssen, hängt auch die inhaltliche Konkretisierung eines Rechtssatzes entscheidend von der Abgrenzung seines Anwendungsbereiches ab. Konkretisierung von Recht bedeutet also in erster Linie Abgrenzungsarbeit, und es wird dabei zu zeigen sein, wie im Rahmen dieser Abgrenzungsarbeit analytische und normative Elemente zusammenwirken. Bei der Abgrenzung wiederum spielen die Begründung von Normen und die hier einfließenden teleologischen Überlegungen eine dominante Rolle. Denn über die vorhandene oder fehlende Einschlägigkeit (Gleichheit oder Ungleichheit) von Fällen läßt sich Maßgebliches nur vor den teleologischen Regelungsanliegen einer Norm aussagen. In einem eigenen Abschnitt (§2) werden die bekannten Theorien materialer Gerechtigkeit an diesen elementaren Voraussetzungen formaler Gerechtigkeit überprüft, wobei die Kritik zugleich den Blick für die Bedingungen einer konkreten Verwirklichung von Gerechtigkeit im Vertragsrecht schärfen soll.

Im zweiten Teil der Arbeit geht es um praktische Gerechtigkeit im Rahmen der Vertragsrechtskonkretisierung (§3). Nicht ohne Grund gilt dabei die Aufmerksamkeit den Geltungsgründen von Rechtssätzen im Vertragsrecht; denn Ergebnis des ersten Teils war ja gerade die Einsicht, daß der Rechtsanwender vor allem aus der Begründung einer Norm und aus den in sie einfließenden Zwecküberlegungen Maßstäbe gewinnen muß, aufgrund derer die zu Konkretisierungszwecken notwendige Eingrenzung eines sachlichen Anwendungsbereiches möglich ist. Unter diesem Gesichtspunkt wird das heute vorherrschende vertragliche Ver-

pflichtungsprinzip, das sog. Willensprinzip, Kritik erfahren, da es den teleologischen Zusammenhang zahlreicher einzelner Institute des Vertragsrechtes (Rechtsfolgen der Leistungsstörung, Inhaltskontrolle, vertragliche Risikozurechnung usw.) zerstört und zu Ergebnissen führt, die auch aus anderen Gründen mit den Erfordernissen formaler Gerechtigkeit nicht mehr vereinbar sind. Die Untersuchung strebt an, diese teleologischen Zusammenhänge wiederherzustellen und stellt zu diesem Zweck ein älteres Bindungsprinzip in den Vordergrund der Überlegungen, das im Bürgerlichen Gesetzbuch, insbesondere in der historisch-teleologischen Konzeption des §242 BGB, seine rechtliche Grundlage findet. Es handelt sich dabei um einen auf die byzantinischen Kompilatoren des Corpus Iuris zurückführbaren und im Gemeinen Recht unter dem Begriff der *natura contractus* oder *naturalia negotii* überlieferten Rechtsgedanken; er begegnet in leicht veränderter Gestalt auch in anderen Rechtskreisen: Danach kann sich ein Schuldner durch sein Leistungsversprechen über das ausdrücklich Gewollte hinaus insoweit verpflichten, als er sich bei seinen späteren Erfüllungsbemühungen nicht in Widerspruch zu den Erwartungsinhalten setzen darf, die der Gläubiger berechtigterweise seinem Leistungsversprechen entgegenbringt. Die Willenserklärung manifestiert also nicht nur den Bindungswillen eines Schuldners, sondern sie wirkt als Geltungserklärung auch auf die Vorstellungen und das daran anschließende Verhalten des Erklärungsempfängers ein. Dort erzeugt sie Erwartungsinhalte, an die der Erklärende aus Vertrauensschutzgründen u.U. auch dann gebunden werden muß, wenn er entsprechende Verpflichtungswirkungen bei der Abgabe seiner Willenserklärung nicht vorweggenommen hat. Durch die Anerkennung von Willen und Vertrauen als maßgeblichen vertraglichen Bindungsgründen wird der Weg frei für eine Konkretisierung von Gerechtigkeit innerhalb des Vertragsrechtes, die analytische und bewertende Elemente entsprechend dem gesetzgeberischen Modell miteinander in Einklang bringen soll. In einem eigenen Abschnitt (§4) wird praktisch dargestellt, wie auf der Grundlage von Willen und Vertrauen aus der Vereinbarung der Parteien ein Vertrag im Rechtssinne entsteht, in dem Rechte und Pflichten gerecht verteilt sind. Eine Diskussion der Normzwecke des Prinzips von Treu und Glauben (§242 BGB) und des dispositiven Gesetzesrechts schließen sich dabei an.

Im dritten und letzten Teil werden die gerade grob skizzierten theoretischen Ergebnisse praktisch überprüft. Beobachtungsgegenstand ist zunächst die Inhaltskontrolle nach §9 Abs.2 Nr.1 AGBG und die ihr zugrundeliegenden Theorien von Leitbild und Rechtsnatur (§5). Anhand der im ersten und zweiten Teil der Untersuchung erarbeiteten Kriterien wird dabei vor allem die einschlägige Methode der typologischen Zuordnung einer Kritik unterzogen. In diesem Zusammenhang legt die Untersuchung eine Neuinterpretation des §9 Abs.2 Nr.2 AGBG vor, in der das historische Verpflichtungsprinzip der gemeinrechtlichen *natura contractus* bzw. *naturalia negotii* in das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der „Natur des Vertrages“ einfließt und dort einen konkret anwendbaren Rechtsgedanken entstehen läßt, der bereits in der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und dem ihr ursprünglich beigelegten Zweck angelegt ist. Aus der Kritik von

Rechtsnatur und Leitbildbestimmung und der Präzisierung der Vertragsnatur als Grundlage der Inhaltskontrolle erklärt sich die Forderung nach einer Neuorientierung der Inhaltskontrolle gem. § 9 Abs. 2 AGBG: Der Abkehr vom Gerechtigkeitsgehalt der Rechtsnatur gem. Nr. 1 wird die Bedeutung der Vertragsnatur gem. Nr. 2 gegenübergestellt, der Verbindlichkeit des Normstrukturtypus¹ die des Häufigkeitstypus² als Ausgangspunkt rechtsanwenderischer Konkretisierungsprozesse. Im letzten Abschnitt des dritten Teils schließlich (§ 6) kehrt die Untersuchung an den Ausgangspunkt ihrer Überlegungen zurück: Es geht um den mehrgliedrigen Vertrag und die Frage, nach welchen inhaltlichen Maßstäben die Rechte und Pflichten verteilt sein müssen, wenn an einem Austauschvertrag mehr als zwei Vertragsseiten mitwirken.

Der Leser dieser Untersuchung wird mglw. die üblichen Erörterungen zum Thema Vertragsgerechtigkeit, etwa über das Prinzip der Privatautonomie (§ 305 BGB) und dessen (immanente) Schranken, vermissen. Dieses Versäumnis beruht auf einer bewußten Entscheidung; denn ein wesentlicher Anspruch dieser Arbeit liegt gerade darin, nicht subjektive Werturteile, rechtspolitische Visionen oder interessengebundene Tageseinsichten zur Erkenntnisgrundlage über die Vertragsgerechtigkeit zu erheben, sondern die rechtsanwendungspraktischen, rational überprüfbaren Kriterien formaler Gerechtigkeit. Nach Auffassung des Verfassers erscheint ein Konsens über das Thema „Vertragsgerechtigkeit“ – wenn überhaupt – nur auf der Grundlage von Rationalität und Praxisbezug³ erreichbar. Hier deuten sich auch Standort und Aufgabe der Wissenschaft im modernen Vertragsrecht an: Im Konzert der unüberschaubar zahlreichen Stimmen zur Diskussion vermag die Wissenschaft nur mühsam, mit dem empirischen, wirtschaftlichen Informationsstand der Praxis über die modernen Vertragstypen mitzuhalten. Der Wert ihrer Leistungen bemißt sich eher an der eigenen Interessenneutralität und an der Konzeptionshöhe der dogmatischen Entwürfe, die Wissen und Erfahrungen der Praxis in möglichst einfachen und konsistenten Systemen integrieren und so in die Zukunft gerichtet für Rechtsfrieden zwischen allen Beteiligten auf lange Sicht Sorge tragen.

³ Dabei spielt angesichts der im Vertragsrecht fortschreitenden Rechtsvereinheitlichungsprozesse insbesondere der internationale Praxisbezug eine Rolle, dem im folgenden stets durch eine rechtsvergleichende Überprüfung Rechnung getragen werden soll.

Teil 1

Gerechtigkeitstheorie

§ 1. Formale Gerechtigkeit und Dogmatik

Die Geduld des praktisch denkenden Rechtsanwenders mit dem Thema „Vertragsgerechtigkeit“ ist begrenzt. Dies hat – so scheint es – zwei Gründe. Zum einen ist die Fülle gegenwärtig als relevant erwogener Gerechtigkeitsinhalte unübersehbar groß; zum anderen erweisen sich die meisten dieser Inhalte aufgrund ihres hohen Abstraktionsgrades bei der praktischen Falllösung selten als förderlich. So teilt das bekannte Gebot ausgleichender Vertragsgerechtigkeit das Schicksal vergleichbarer Postulate (etwa der Forderung nach einer Kompensation gestörter Parität zwischen den Vertragsparteien, nach Wahrung der materialen Ordnungsfunktion des Vertrages, nach Verbraucherschutz, Erreichung ökonomischer Effizienz oder Nutzenmaximierung usw.): Es „verflüchtigt sich ... in der Praxis der Gesetzgebung und Rechtsprechung leicht zur Leerformel“¹.

Das Anliegen der folgenden Untersuchung kann also schwerlich in einer Ergänzung des bekannten Kataloges um einen weiteren materialen Gerechtigkeitsinhalt bestehen. Die Aussichtslosigkeit solchen Unterfangens ergibt sich aus einer einfachen Überlegung: Dieselben *Mechanismen*, die eine Konkurrenz einander z.T. widersprechender² und schwer applizierbarer Gerechtigkeitsbegriffe zulassen und somit jede Aussicht auf Abschluß der inhaltlichen Gerechtigkeitsdiskussion verstellen, relativieren auch die Bedeutung jeder *weiteren* materialen Gerechtigkeitstheorie. Wenn diese Untersuchung dennoch – wie jede Theorie der Vertragsgerechtigkeit – eine Eingrenzung und Reduktion der möglichen Inhalte materialer Gerechtigkeit in Aussicht nimmt³, so liegen ihre Chancen vor allem in der kritischen Auseinandersetzung mit diesen Hinderungsmechanismen *selbst*.

¹ *Limbach*, JuS 1985, 10.

² Zum Gegensatz zwischen dem von der ökonomischen Analyse erhobenen Gebot ökonomischer Effizienz und den Postulaten der Verbraucherschutztheorie vgl. nur *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse, S. 7.

³ Vorausgesetzt wird also die prinzipielle Möglichkeit eines materialen Gerechtigkeitsbegriffs im Recht. Skeptisch diesbezüglich *Lubmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 17f.; *ders.*, Das Recht der Gesellschaft, S. 216ff., dessen Überlegungen allerdings nach eigener Ansicht im Vertragsrecht nicht tragen: Dazu unten § 1 I 2. *Kaufmann*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 37, versteht *Lubmanns* Konzept ohnehin nicht als Gerechtigkeitstheorie.

Denn ganz grundsätzlich stellt sich die Frage, warum in Praxis und Wissenschaft verschiedene Gerechtigkeitsinhalte in einem rational nicht faßbaren Verhältnis zueinander konkurrieren können und wieso sie im Rahmen der praktischen Fallanwendung ihren selbstgesetzten Anspruch bisweilen nicht einlösen. Diese Überlegung verweist die Untersuchung zunächst auf die technische Seite der *Rechtsanwendung* von Vertragsgerechtigkeit. Ihr mögliches Erkenntnisziel läßt sich dabei in einer ersten, noch vglw. vagen Hypothese formulieren: Materiale Gerechtigkeitsinhalte müssen im Vertragsrecht durch Techniken der Rechtsanwendung umgesetzt werden. Die Hindernisse, denen ihre Anwendung dabei begegnet, gründen in den konkret-praktischen Methoden der Rechtsanwendung. Diese wiederum werden wissenschaftlich reflektiert und kontrolliert⁴. Daher lassen sich auch die Anwendungshindernisse nicht als vernachlässigenswerte Zufälligkeiten verstehen, sondern sind vielmehr Ausdruck eines Konfliktes zwischen dem Geltungsanspruch materialer Gerechtigkeitsinhalte und den wissenschaftlichen Bedingungen der Rechtsanwendung im Vertragsrecht. Dem Wissenschaftscharakter der Rechtsanwendungstechniken muß es ja gerade entsprechen, daß nicht *jede* materiale Vorstellung von Gerechtigkeit auch in einen Rechtssatz transformiert werden kann. Vielmehr müssen bestimmte Gerechtigkeitsbegriffe an gerade denjenigen Qualifikations- und Selektionskriterien scheitern, die die Wissenschaftlichkeit der juristischen Methode im Vertragsrecht ausmachen. Die Vereinbarkeit von Gerechtigkeitsinhalten mit diesen Methoden ist ein mögliches Kriterium für die Überprüfung von Vertragsgerechtigkeit.

Die Gefahren eines solchen Zugangs sind offenbar: Eine Analyse der wissenschaftstheoretischen Bedingungen der Rechtsanwendung will zunächst auf normative Aussagen und Werturteile weitgehend verzichten. Leicht wächst sie deshalb gegenüber den bestehenden Lehren zur Vertragsgerechtigkeit in den letztlich nicht haltbaren Anspruch einer Metadogmatik hinein. Ferner gewärtigt sie stets die Gefahr, hinter vermeintlichen Bedingungen der Wissenschaftlichkeit letztlich doch nur Werturteile und Normen zu verbergen⁵. Die weitere Untersuchung soll jedoch erweisen, daß die Wissenschaft der Rechtsanwendung nicht auf autonomen Techniken, sondern zu einem wesentlichen Teil auf der formalen Gerechtigkeit beruht, Wertmaßstäbe auf alle *gleichen* Sachverhalte *gleich* und auf alle *ungleichen* gerade *nicht gleich* anzuwenden. Dieser fundamentale Ausgangspunkt jeder theoretischen Überlegung zum Gerechtigkeitsproblem gilt nicht zu-

⁴ Vgl. *Canaris*, JZ 1993, 377; *Hart*, The Concept of Law, insbes. S. 120ff.; *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen; *Herberger*, Dogmatik, insbes. S. 396ff.; *Jahr*, in: Rechtstheorie (Hrsg. Jahr/Maihofer), S. 303ff.; *Koch/Rüssmann*, Juristische Begründungslehre; *Krawietz*, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, insbes. S. 213; *Neumann*, Juristische Argumentationslehre; *ders.*, Rechtsontologie und Juristische Argumentation; *ders.*, in: Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 375; *Wagner*, JuS 1963, 457ff. Vgl. auch *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 61ff.; *Dreier*, in: FS Schelsky, S. 103; *Larenz*, Methodenlehre, S. 449ff.; *Pawlowski*, Methodenlehre, S. 337ff.; *Weimar*, in: Gedächtnisschrift Tammelo, S. 703ff.

⁵ *Jahr*, in: Rechtstheorie (Hrsg. Jahr/Maihofer), S. 303ff.; *Neumann*, in: Rechtswissenschaft in der Bonner Republik (Hrsg. Simon), S. 145, 171f.

letzt als positives Recht (Art. 3 Abs. 1 GG). Er wird im folgenden als entscheidende Grundlage für die Überprüfung wissenschaftlicher Kriterien der Rechtsanwendung in Betracht gezogen werden.

I. Wissenschaftliche Grundlagen der Gerechtigkeitsdiskussion

Bei aller Unterschiedlichkeit der Ansichten über die materialen Inhalte des Gerechtigkeitsbegriffs besteht doch über den eigentlichen Applikationsmechanismus, die sog. formale Gerechtigkeit, erstaunliche Einigkeit. Die diesem Konsens immanenten Möglichkeiten werden indes kaum ausgeschöpft. Stets dient den Autoren die formale Gerechtigkeit nur als Folie für die vermeintliche Fortschrittlichkeit des jeweils eigenen, auf Gewinnung materialer Gerechtigkeitsinhalte zielenden Ansatzes. Später soll sich jedoch erweisen, wie gerade aus der formalen Gerechtigkeit Kriterien für die Konkretisierung von Gerechtigkeit im Vertragsrecht gewonnen werden können.

1. Der infinite Wertungsregreß

Nach allgemeinem Verständnis läßt sich der Gerechtigkeitsbegriff formal als Aufgabe beschreiben, gleiche Fälle gleich und ungleiche Fälle ungleich zu behandeln⁶. Als formal versteht sich diese Beschreibung, solange die in ihr verwendeten Merkmale „gleich“ und „ungleich“ nicht durch materiale Inhalte konkretisiert sind.

Gerade in diesem materialen Konkretisierungsschritt aber liegt die grundlegende Schwierigkeit jeder Gerechtigkeitstheorie. Als Material der Konkretisierung kommen nämlich nur Werturteile in Betracht, also normativ orientierte Entscheidungen, einen Fall gleich oder ungleich zu behandeln⁷. Werturteile aber verschließen sich letztlich einer rationalen Begründung. Dies zeigt – ohne die Differenzierung des Methodendualismus zwischen reiner und praktischer Vernunft zu

⁶ Zum Konsens über die formale Gerechtigkeit als Grundlage sonstiger Gerechtigkeitsüberlegungen vgl. vor allem *Perelman*, Über die Gerechtigkeit (Hrsg. Viehweg), S. 22ff. Die Bedeutung formaler Gerechtigkeit anerkennen u.a. gegenüber materialer Gerechtigkeit so kritisch eingestellte Autoren wie *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 395; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 223 sowie *Radbruch* in seiner Rechtsphilosophie, dort S. 120f., 226. Vgl. ferner nur *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 159ff.; *ders.*, Juristische Methodenlehre, S. 339ff.; *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, S. 178; *Hart*, The Concept of Law, S. 155; *Larenz*, Richtiges Recht, S. 40; kritisch aber *Kriele*, Kriterien der Gerechtigkeit, S. 90ff., der allerdings den Gleichheitssatz anders, und zwar als Gebot rigider, von sachlichen Erwägungen gerade unbeeinflusster Gleichbehandlung versteht: Richtigstellend insoweit *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 343f.

⁷ Vgl. dazu *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 21, der unter Wertung – sprachlich klar – die Bevorzugung einer Lösung vor einer anderen versteht. Zu dieser Funktion der Wertungen vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 119, 123. Ähnlich *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 344; *Kaufmann*, Jura 1992 (Aufsatzreihe), 235.

Sachregister

Die kursiv gesetzten Seitenzahlen beziehen sich auf die Anmerkungen

- Action directe 357f.
Aequalitas 72ff.
Affektenlehre 77.
Analogia entis 74f.; 149ff.
Anfechtungsrecht
– Begründung des § 119 Abs.1 BGB 255ff.
– Rechtsfolgenirrtum 259ff.
Anknüpfungstatsache 29ff.
Arbeitsteilung 409ff.
– Begriffsgeschichte 419ff.
– beim finanzierten Abzahlungskauf 412f.
– genetischer Begriffsinhalt 418ff.
– hypothetischer Äquivalenzvergleich 411ff.
– im Zahlungsverkehr 413ff.
– in Vertriebssystemen 415ff.
– und Erfüllungsgelienhaftung 417f. 423ff.
– und Werkverschaffungsvertrag 424f.
Assumpsit 220ff.
Auslegung
– des Vertrages 168ff.
– objektive 205ff.
– technische 203ff.
→ergänzende Vertragsauslegung.
- Bankgarantie 242ff.
Begründungslast 313ff.
Beherrschbarkeit von Risiken 183ff.
- Chrematistik 58ff.
Coase-Theorem 133f.
Culpa in contrahendo
– Begründung 244ff.; 246.
– und Einwendungsdurchgriff 33ff.
- Dauerschuldverhältnis 171; 262ff.
Deep Pocket-Theorie 182.
Devolutionsaufgabe 279ff.
Dialektik
– Bewegungsmethaphorik 117ff.
– Vertragsfreiheit 114ff.
– und Vertragsgerechtigkeit 114ff.
- Wertbegriff 78f.
Diskursethik 19f.
Dispositives Gesetzesrecht
– Geltungsgrund und Zwecksetzung 291ff.
– Gerechtigkeitsgehalt 138ff.
Dogmatik 25ff.
– Bedeutung des Normtelos 40ff.
– Begründung eines Rechtssatzes 42ff.
– formale Gerechtigkeit 27ff.
- Einheit
– rechtliche 347ff.; 362ff.
– wirtschaftliche 359ff.
Einstandspflicht, vertragliche 219ff.
– Abgrenzung zur abstrakten Bankgarantie 243ff.
– englisches Recht 220ff.
– Leistungsstörungen 227ff.
– römisches Recht 219f.
– Verschuldensprinzip 225ff.
Einwendungsdurchgriff 359ff.
– und culpa in contrahendo 33ff.
– Kritik der Einheitstheorie 380f.
– wirtschaftliche Einheit 359ff.
- Entscheidungsfreiheit 113f.
Erfüllungsgehilfe
– und Arbeitsteilung 417f.; 423ff.
– Haftung 181f.; 249ff.
– und Haftung im Reisevertrag 194ff.
- Ergänzende Vertragsauslegung
– hypothetischer Parteiwille 236ff.
– Rechtsgrund 209ff.
– und naturalia negotii 235ff.
- Erwirkung 262ff.
- Finanzierungsleasing
– Drittverweisklauseln 388ff.
– fehlgeschlagene Lieferung 330ff.
– Gewährleistung 324ff.
– Insolvenzrisiko des Lieferanten 395ff.
– Leistungsstörungsmodell 398ff.
– Rechtsnaturbestimmung 110; 305ff.
– Rechtsvergleich 398ff.

- Rügeobliegenheit 392ff.
- Täuschung des Leasingnehmers 394f.
- Formgebote
 - rechtliche Einheit 347f.; 362ff.
 - Zwecke 41.
- Franchising
 - Netzvertrag 150; 381ff.
- Funktionale Äquivalenz 277ff.
- Funktionalismus 128ff.

- Garantiehaftung 248ff.
 - bei § 282 BGB 251f.
 - Erfüllungsgehilfe 249ff.
 - Unvermögen 211f.; 251.
 - Vermieter 251.
- Grundrechte
 - und gestörte Vertragsparität 31ff.; 146ff.
 - Schutzgebotsfunktion 140ff.; 146ff.

- Hermeneutik
 - und Gerechtigkeitsinhalt 69ff.; 78ff.
 - und Gerechtigkeitstheorie 20f.
 - und Rechtsnatur 111f.

- Inhaltskontrolle 296ff.
 - Geltungsgrund 80f.
 - Leitbild 82; 297f.
 - Natur des Vertrages 315ff.
 - Rechtsnaturbestimmung.
 - und Rechtsgeschäftslehre 293ff.
 - Typentheorie.
 - überraschende Klauseln 37f.
- Iustum pretium 105ff.

- Konsequentialismus 136ff.
- Kreditkartengeschäft
 - Garantie des Kartenunternehmens 332ff.
 - streitige Weisungserteilung 429ff.

- Laesio enormis 61f.
- Leistungsstörung 227ff.
 - im Dauerschuldverhältnis 171; 262ff.
 - im französischen Recht 228f.
 - Rechtsgrund der Sekundärpflichten 227ff.
- Leitbild 82; 297f.

- Materialisierung des Vertragsrechts 47ff.
- Mehrgliedriger Vertrag 340ff.
 - action directe 357f.
 - Arbeitsteilung 409ff.
 - Auslegungsmethode 344ff.
 - Einheit des Vertrages 344ff.; 362ff.
 - Einwendungsdurchgriff 359ff.
- Leistungsstörungen im 398ff.
- Leitbild des bipolaren Vertrags 386ff.
- Leitbildproblematik 376ff.
- Netzvertrag 353ff.; 381ff.
- Personalisierung 409ff.
- Rechtsvergleich 356ff.

- Naturalia negotii → Vertragsnatur.
- Naturbegriff, teleologischer Naturbegriff 108ff.
- Natur des Vertrages
 - gemeinrechtliche Lehre 199ff.
 - naturrechtliche Wende (Grotius u.a.) 71ff.
 - scholastische Tradition 104ff.
 - Vertragsnatur.
- Netzvertrag
 - im Franchising 381ff.
 - im Zahlungsverkehr 353ff.

- Ökonomische Vertragsanalyse 133ff.

- Paritätsstörung 145ff.
 - bei Aristoteles 65.
 - Gleichgewicht der Rechtspositionen 152ff.
 - Grundrechte.
 - vertragsbezogene Schutzwürdigkeit 152ff.
- Personalisierung
 - und formale Gerechtigkeit 47ff.
 - Idealisierung des Entscheidungsträgers 164f.
 - im mehrgliedrigen Vertrag 409ff.
 - bei der Risikozurechnung 182.
 - Verbraucherschutz 160ff.
- Präventionszwecke 183ff.
- Preis
 - als Werteegalisateur 67.
 - iustum pretium 105ff.
 - Marktpreis 97ff.
 - Natur des Geldes 107.
- Preisbildung
 - Krieg als Vater der 61.
 - sozialer Kampfcharakter 64ff.
 - Versagen in ökonomischen Krisen 60ff.
- Privatautonomie 122ff.
 - und Dialektik 114ff.
 - immanente Schranken 127f.
 - materiale 127f.

- Quasi-Vertragsrecht 214ff.

- Rechtsanwendungsregel 311ff.
- Rechtsgeschäftslehre

- und Inhaltskontrolle 293ff.
- Rechtsnaturbestimmung 298ff.
- Ähnlichkeitsvorbehalt 304ff.
- Leitidee 300ff.
- Rechtsanwendungsregel 311ff.
- Rechtsvergleich 398ff.
- und teleologischer Naturbegriff 109ff.
- teleologische Reduktion 304ff.
- und Analogie im Vergleich 303ff.
- Rechtsquellenlehre 271ff.
- Reisevertrag 193ff.
- Relationalvertrag 102ff.
- Reziprozität 68f.; 92ff.
- Richtigkeit des Vertrages 125ff.
- Risikoprinzip 174ff.
- Risikozurechnung
 - Deep Pocket-Argument 182.
 - Gefahrenbeherrschung 183ff.
 - Prävention 183ff.
 - Risikoprofit 177ff.
 - Sphärentheorie 189ff.
- Scheckfälschungsrisiko 196f.
- Schutzpflichten
 - Begründung 170ff.; 244ff.
- Sittenwidriger Ratenkredit 100f.
- Softwareerwerb 281ff.
- Sozialwahl 18f.
- Sphärentheorie
 - Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen 192f.
 - Entstehung 149f.
 - rechtliche Sphäre 154.
 - vertragliche Risikozurechnung 189ff.
 - zur Begründung der *naturalia negotii* 240ff.
- Subjektive Äquivalenz 73, 97ff.
- Swappeschäfte 346f.
- Symbiotischer Vertrag 150; 385.
- Treu und Glauben 286ff.
- Turnkey-Verträge 427ff.
- Typentheorie
 - Gerechtigkeitsbegriff 158ff.
 - Leitidee 300ff.
 - typisierter Sachverhalt 156ff.
 - typologische Zuordnung 298ff.
 - und Analogie 303ff.; 309ff.
 - Typisierter Sachverhalt 156ff.
- Verbraucherschutz 160ff.
- Verschulden, objektives 225ff.
- Vertrag
 - Anerkennungsfunktion 115
 - Auslegung.
 - außervertragliche Voraussetzungen 91ff.
 - ergänzende Vertragsauslegung.
 - Funktion 130ff.
 - Inhaltskontrolle.
 - Leistungsstörungen.
 - Mehrgliedriger Vertrag.
 - nachschaffende Interpretation 275ff.
 - Natur des Vertrages.
 - Richtigkeit 125ff.
 - Risikozurechnung im 174ff.
 - Schutzpflichten 244ff.
 - Schutzwirkungen für Dritte 349ff.
 - Selbststeuerungsmechanismen 102ff.
 - und Vereinbarung 88ff.; 267ff.
 - „vertragsergänzende Gesetznormen“ 173f.
 - Vertrauen als Verpflichtungsgrund 210ff.; 220ff.
 - völkerrechtlicher 265f.
 - Wegfall der Geschäftsgrundlage.
 - Vertragsfreiheit → Privatautonomie
 - Vertragsgerechtigkeit
 - ausgleichende bei Aristoteles 54ff.
 - außervertragliche Voraussetzungen 91ff.
 - und Dialektik 114ff.
 - Entscheidungsfreiheit 113ff.
 - formale 10; 23ff.; 45ff.
 - und Funktionalismus 128ff.
 - Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts 138ff.
 - und Grundrechte 140ff.
 - immanente 122ff.
 - und Konsequentialismus 136ff.
 - und Marktpreis 97ff.
 - materiale 86ff.
 - Natur des Vertrages 104ff.
 - und ökonomische Analyse 133ff.
 - Paritätsstörung 145ff.
 - und Reziprozität 92ff.
 - und Sachmangel 73.
 - typisierte 156ff.
 - und Verbraucherschutz 160ff.
 - und Vertragsrichtigkeit 127ff.
 - Vertragsnatur (*naturalia negotii*) 199ff.
 - Begründung mit rechtsgeschäftlichen Fiktionen 233ff.
 - bei der Inhaltskontrolle 315ff.
 - dispositives Gesetzesrecht 291ff.
 - und ergänzende Vertragsauslegung 235ff.
 - in der französischen Rechtsmängelhaftung 228f.

- Leistungsstörungen 227ff.
- Sphärentheorie zur Begründung der 240ff.
- Treu und Glauben 286ff.
- Vertrauensschutz
 - als vertraglicher Verpflichtungsgrund 253ff.
 - Begründung des § 119 BGB aus 255ff.
 - im englischen Vertragsrecht 220ff.
 - vertragliche Rechtsnatur 254ff.
 - Willenserklärung als Tatbestand 210ff.; 253ff.
- Völkerrecht 265f.

- Wegfall der Geschäftsgrundlage 122ff.
- Werkverschaffungsvertrag 378f.; 425f.
- Wertungen
 - Transparenz der 37ff.
- Willensdogma 169ff.
- und Pflichtenstruktur des Kaufvertrages 223ff.
- Willenserklärung
 - als Vertrauenstatbestand 210ff.; 253ff.
 - Geltungserklärung 210f.
 - Selbstbestimmung 213f.
- Wucherverbot
 - im deutschen Reich 62ff.
 - kanonisches 66f.; 105ff.
 - sittenwidriger Ratenkredit 100f.
 - subjektive Äquivalenz 98ff.
- Zahlungsverkehr 351ff.; 413ff.
 - Netzvertrag 353ff.; 384f.

Jus Privatum

Beiträge zum Privatrecht

1 Frank Peters

Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb

1991. XIII, 160 Seiten. Leinen.

2 Abbo Junker

Internationales Arbeitsrecht im Konzern

1992. XXIX, 597 Seiten. Leinen.

3 Bernd H. Oppermann

Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß

Zur Entstehung und Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen im Wettbewerb und im gewerblichen Sonderrechtsschutz

1993. XIV, 346 Seiten. Leinen.

4 Johann Braun

Grundfragen der Abänderungsklage

1994. XVII, 289 Seiten. Leinen.

5 Karlheinz Muscheler

Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung

1994. XVIII, 593 Seiten. Leinen.

6 Martin Henssler

Risiko als Vertragsgegenstand

1994. XX, 784 Seiten. Leinen.

7 Horst-Peter Götting

Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte

1995. XIX, 303 Seiten. Leinen.

8 Dorothee Einsele

Wertpapierrecht als Schuldrecht

Funktionsverlust von Effektenurkunden im internationalen Rechtsverkehr

1995. XXXIV, 649 Seiten. Leinen.

9 Hartmut Oetker

Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung

Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik

1994. XXXIII, 757 Seiten. Leinen.

10 Axel Beater

Nachahmen im Wettbewerb

1995. XVII, 476 Seiten. Leinen.

11 Walter Bayer

Der Vertrag zugunsten Dritter

Neuere Dogmengeschichte – Anwendungsbereich – Dogmatische Strukturen

1995. XVI, 436 Seiten. Leinen.

- 12 Curt Wolfgang Hergenröder
Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung
1995. XXXIV, 209 Seiten. Leinen.
- 13 Jürgen Taeger
Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme
1995. XIX, 379 Seiten. Leinen.
- 14 Raimund Waltermann
Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie
1996. XVIII, 329 Seiten. Leinen.
- 15 Astrid Stadler
Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion
Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts
1996. XXXV, 797 Seiten. Leinen.
- 16 Peter Kindler
Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht
Plädoyer für einen kreditmarktorientierten Fälligkeitszins
1996. XXIX, 395 Seiten. Leinen.
- 17 Mathias Habersack
Die Mitgliedschaft – subjektives und ›sonstiges‹ Recht
1996. XXII, 401 Seiten. Leinen.
- 18 Thomas M. J. Möllers
Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht
Präventive Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen in Risikolagen
1996. XXV, 454 Seiten. Leinen.
- 19 Peter Reiff
Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände
1996. XXVI, 385 Seiten. Leinen.
- 20 Klaus Berger
Der Aufrechnungsvertrag
Aufrechnung durch Vertrag – Vertrag über Aufrechnung
1996. XXX, 516 Seiten. Leinen.
- 21 Jürgen Oechsler
Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag
Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluß auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages
1997. XVII, 460 Seiten. Leinen.