

BERNHARD JAKL

Handlungshoheit

Jus Privatum



Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 236



Bernhard Jakl

Handlungshoheit

Die normative Struktur
der bestehenden Dogmatik und ihrer
Materialisierung im deutschen
und europäischen Schuldvertragsrecht

Mohr Siebeck

Bernhard Jakl, geboren 1977; Studium der Rechtswissenschaft (Staatsexamina 2004/2007), der Philosophie sowie neueren und neuesten Geschichte (M.A. 2002); 2006 Promotion; 2012 Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität München (Venia Legendi für Philosophie); 2013–2015 Entlastungsprofessor für Zivilrecht an der Goethe-Universität Frankfurt a.M.; 2017 Habilitation an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (Venia Legendi für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Medizinrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie).

ISBN 978-3-16-155680-7 / eISBN 978-3-16-155681-4

DOI 10.1628/978-3-16-155681-4

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Eine Arbeit, die analysiert, wie freie Handlungen in ein kollektiv-verbindliches Normensystem eingebettet werden können, konzentriert sich auf die Kernfrage des Bürgerlichen Rechts und damit auf die Grundlagen privater Regelsetzung durch Verträge.

Die unter gleichsam rechtswissenschaftlichen Laborbedingungen erfolgende Untersuchung der damit einhergehenden Probleme anhand unterschiedlicher Theorieangebote verhandelt jeweils Fragen, bei denen die systembildenden normativen Vorgaben im Umgang mit freien Handlungen in den Vordergrund treten. So rückt die meta-theoretische Frage in den Mittelpunkt, welche der verschiedenen vorhandenen Theorien rekonstruktiv zu einem Vertragsrecht passt, das – wie das deutsche – die freie Handlung in den Mittelpunkt stellt. Für ihren Bezug zum Schuldvertragsrecht erweist sich dabei der Respekt vor der interaktiv ausgeübten Autonomie der Vertragsparteien als zentraler normativer Prüfstein für die Leistungsfähigkeit der jeweiligen Theorieangebote im Schuldvertragsrecht. Anhand der aufgefundenen theoretischen Vorgaben lassen sich – wenn auch angesichts der Fülle des Materials nur exemplarisch – grundlegende und aktuelle dogmatische Probleme lösen.

Diese Studie geht zurück auf meine Beschäftigung mit unterschiedlichen Theorieangeboten im Rahmen meiner rechtswissenschaftlichen wie auch philosophischen Forschung an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und der Ludwig-Maximilians-Universität München. Sie lag im Wintersemester 2016/17 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster vor. Für die Drucklegung wurde weitere Literatur bis zum August 2018 berücksichtigt.

Meinem Mentor und Erstgutachter für das Habilitationsverfahren, Prof. Dr. Thomas Gutmann, danke ich für die vielfältige Unterstützung während meiner Assistententätigkeit an seinem Lehrstuhl, ganz besonders aber für die großen Freiräume, die das aufwändige Unternehmen einer interdisziplinär orientierten rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung verlangt. Besonderen Dank schulde ich darüber hinaus Prof. Dr. Johann Kindl für die Übernahme und rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Befördert wurde meine Arbeit durch Diskussionen mit vielen Kolleginnen und Kollegen, insbesondere im Rahmen des Exzellenzclusters „Religion und Politik in den Kulturen der Vormoderne und Moderne“ sowie der Kollegfor-

scherguppe „Normenbegründung in Medizinethik und Biopolitik“ an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

Für Anregungen im Hinblick auf die internationale Diskussion um das Vertragsrecht danke ich den Kolleginnen und Kollegen des „Private Law Theory Network“, namentlich Prof. Dr. Aditi Bagchi, Dr. Dori Kimel, Prof. Dr. Roy Kreitner und Prof. Dr. Dan Wielsch.

Für die Unterstützung und auch manchen praktischen Ratschlag während meiner Zeit als Entlastungsprofessor für Zivilrecht an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. möchte ich Prof. Dr. Klaus Günther, Prof. Dr. Felix Maultzsch, Prof. Dr. Joachim Rückert und Prof. Dr. Marina Wellenhofer danken. Für wiederholte Bestärkung während der mehrjährigen Entstehungszeit der Arbeit danke ich Prof. Dr. Andreas Bergmann, Prof. Dr. Olaf Muthorst und besonders Prof. Dr. Günter Zöller.

Dem Exzellenzcluster „Religion und Politik in den Kulturen der Vormoderne und Moderne“ danke ich für die Übernahme der Druckkosten.

Großen Dank schulde ich schließlich meiner Familie und vor allem meiner Frau Beatrice. Die Arbeit ist ihr und unseren beiden Töchtern Marie Charlotte und Lara Isabelle gewidmet.

Münster, im August 2018

Bernhard Jakl

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einführung	1

Teil 1

„Materialisierungs“-Diagnose und dogmatische Analysen

A. Die Diagnose einer inhaltlichen Aufladung	5
B. Selbstbestimmung und Vertragsbindung als Kernelemente des Schuldvertragsrechts	7
C. Die verfassungsrechtlichen Einwirkungen auf das Schuldvertragsrecht	10
D. Der Theoriebedarf des Fortschreitens der „Materialisierung“	19

Teil 2

Theorien des Vertrags als normative Konzeptionen freier Handlung

A. Theorien des Schuldvertragsrechts und das Schuldvertragsrecht oder: Die Offenheit von Tradition und Rechtspositivismus	23
B. Vertrag als Versprechen und seine Machtbasis	35
C. Ökonomische Theorie des Rechts und das Vertragsrecht	40
D. Gerechtigkeit als Rechtswert und das Vertragsrecht	47
E. Die soziologische Einbettung des Vertrags	61
F. Diskurstheoretische Normenbegründung und vertragliche Bindung ...	70

G. Die Aufklärung des Vernunftrechts der Aufklärung: individuelle und interaktive Handlungshoheit	79
H. Handlungshoheit und zwei Zielrichtungen vertraglicher Vernunft	117

Teil 3

„Materialisierung“ als Stärkung
der Vertragsfreiheit

A. Freiheit und Form: Die guten Sitten des § 138 BGB	128
B. Der Vertragsinhalt, die Vertragsauslegung und die Vertragsbeendigung	216
C. Vertrag und Europäisches Privatrecht	247
Zusammenfassung und Ausblick	271
Literaturverzeichnis	279
Sach- und Personenregister	311

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einführung	1

Teil 1

„Materialisierungs“-Diagnose und dogmatische Analysen

A. Die Diagnose einer inhaltlichen Aufladung	5
B. Selbstbestimmung und Vertragsbindung als Kernelemente des Schuldvertragsrechts	7
I. Selbstbestimmung	8
II. Vertragsbindung	8
III. Interessengeleitete Wertungsjurisprudenz als systembildende Alternative?	9
C. Die verfassungsrechtlichen Einwirkungen auf das Schuldvertragsrecht	10
I. Grundrechte und der Inhalt des Vertrags	11
II. Grundrechtsbindung und Vertragsrecht	11
1. Grundlagen	12
a. Mittelbare Drittwirkung	12
b. Die Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers und der Gerichte	12
2. Die inhaltlichen Kriterien der verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Vertragsinhalten	13
a. Vertragsfreiheit als Ausdruck der Selbstbestimmung	13
b. Bedingungen der Selbstbestimmung aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts	14

c. Die Fälle zu den Bedingungen der Selbstbestimmung bei § 138 Abs. 1 BGB	15
3. Zur Kritik der verfassungsrechtlichen Bedingungen der Selbstbestimmung	15
a. Das Bundesverfassungsgericht als Superrevisionsinstanz	16
b. Die Durchbrechung rechtsdogmatischer Interpretations- systematik	16
III. Grund und Grenze der verfassungsrechtlichen Bedingungen der Selbstbestimmung	16
1. Die historische Dimension der Grundrechte	17
2. Der Anwendungsbereich: die Vertragsfreiheit	17
3. Das tieferliegende theoretische Begründungs- und Inter- pretationsproblem der verfassungsrechtlichen Kriterien	18
D. Der Theoriebedarf des Fortschreitens der „Materialisierung“	19
I. Der Theoriebedarf durch Systematisierungsprobleme schuldvertraglicher Normen des BGB	19
II. Der Theoriebedarf durch verfassungsrechtliche Vorgaben	20
III. Der Theoriebedarf durch europäisches Verbraucherrecht	21
IV. Fazit	22

Teil 2

Theorien des Vertrags als normative Konzeptionen freier Handlung

A. Theorien des Schuldvertragsrechts und das Schuldvertragsrecht oder: Die Offenheit von Tradition und Rechtspositivismus	23
I. Der Bruch zwischen juristischer und grundlagenorientierter Normenbegründung	24
1. Tradition und geltendes Recht: Die Gefahr des Gesetzgebers .	24
a. Die „unauflösliche Gemeinschaft“ von Vergangenheit und Gegenwart	25
b. Die Ablehnung des BGB als Grundlage der Ablehnung europäischer Kodifikationsprojekte	25
c. Altes Recht als gutes Recht?	26
2. Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie	27
II. Zwecke und Argumentationsstrukturen des geltenden Rechts ...	28
1. Die Beschränkung der Gültigkeit	29
2. Die Folgen für den rechtswissenschaftlichen Diskurs	30

a. Merkmale eines positiv-rechtlichen Normensystems	31
b. Theoriebildung als rechtstechnische Strukturdiskussion	32
3. Der Theoriebedarf und das Theorieangebot	32
III. Die Aufgabe der Strukturierung des Theorieangebots	34
B. Vertrag als Versprechen und seine Machtbasis	35
I. Vertrag als Versprechen und das Problem moralischer Verpflichtung	35
1. Vertrag und Versprechen	35
2. Vertrag als rechtliches Versprechen	36
3. Vertrag als Übertragung von Rechten	36
4. „Versprechen“ als Quelle von individuellen Rechten und seine Grenzen	37
II. Die antinomische Struktur aller Wertungen und des Schuldvertragsrechts	37
1. Die Pole des Individualismus und Kollektivismus	38
2. Das Pendeln zwischen Gegenpolen als Ausdruck von Machtverhältnissen	38
3. Doppelte Grenzen der Kritik	39
C. Ökonomische Theorie des Rechts und das Vertragsrecht	40
I. Effizienz als vorrangiger Zweck	40
II. Die utilitaristischen Hintergrundannahmen	41
1. Das Nützlichkeitsprinzip	41
2. Die normativen und empirischen Probleme des Nützlich- keitsprinzips	41
III. Die normativen Probleme des Utilitarismus als normative Probleme der ökonomischen Analyse des Rechts	42
1. Intersubjektive Nutzenvergleiche	42
2. Schlechterstellung als Problem	43
3. Subjektive Rechte, Kosten und die Einschränkung des Anwendungsbereichs der ökonomischen Analyse des Rechts .	43
IV. Die empirischen Probleme der ökonomischen Analyse des Rechts	44
1. Der „homo oeconomicus“	44
2. Die empirischen Beschränkungen menschlicher Rationalität ..	44
3. Rechtliche Normen als Standardeinstellungen	45
V. Der offene Nutzenbegriff und subjektive Rechte als Grenzen der Anwendbarkeit	46

D. Gerechtigkeit als Rechtswert und das Vertragsrecht	47
I. Gerechtigkeit und Privatrecht	47
1. Der Vorrang der iustitia commutativa	48
2. Der Vorrang der iustitia distributiva	48
II. Die Hintergrundannahme: Handeln als Streben	49
1. Handeln als tugendhaftes Handeln	49
2. Richtigkeit der juristischen Entscheidung als richtige Zweckerreichung	50
a. Tauschgerechtigkeit	51
(aa) Der Gegenwartsbezug der „corrective justice“	51
(bb) Das „Wesen“ des Schuldrechts des BGB	52
b. Verteilungsgerechtigkeit	52
III. Metaphysische und praktische Probleme der neo- aristotelischen Gerechtigkeitsdebatte	53
1. Die Metaphysik der „Mitte“	53
2. Ziele ohne Zwecksetzung	55
3. Die Härte und Unangemessenheit der aristotelischen Orientierung für das Schuldvertragsrecht	56
a. Ausgleich und Vertragsrecht	56
b. Verteilung und Vertragsrecht	58
(aa) Das soziale Mietrecht als Muster des Vertragsrechts	58
(bb) „Verbraucherschutzrecht“ als Muster der Rechtssicherheit ...	59
c. Autorität und Tradition als Alternativen?	60
IV. Der doppelte Widerspruch	60
E. Die soziologische Einbettung des Vertrags	61
I. Recht als Steuerungsinstrument	61
II. Handlung als soziologischer Grundbegriff und seine Transformation zum System	62
1. System und Kommunikation	62
2. Die Vielfalt der sozialen Systeme	63
III. Die Beobachtung und Beschreibung des Rechts	64
1. Evolution des Rechts	64
2. Europäisierung der Demokratie	65
3. Der Inhalt des Vertragsrechts	65
IV. Die normative Wendung des systemtheoretischen Ansatzes	66
1. Die Verfassung der Gesellschaft als Verfassung des Rechts ...	67
2. Vertragsrecht jenseits der Willensbildung Einzelner	68

V. „Beobachtung“ und „Vergesellschaftung“ des Rechts jenseits individueller Handlungen und Entscheidungen	69
1. Zur Beobachtung	69
2. Zur normativen Wendung	69
F. Diskurstheoretische Normenbegründung und vertragliche Bindung ...	70
I. Die politische Dimension des Rechts: Das Diskursprinzip als normative Vorgabe	70
II. Kommunikative Vernunft als Hintergrundannahme: Selbstgesetzgebung und Diskursprinzip	71
III. Das Diskursprinzip und seine praktische Wirksamkeit	72
1. Der Vorrang der intersubjektiven Normenbegründung	73
2. Die Stärke des Verfassungsrechts	74
3. Die Schwäche des Vertragsrechts	75
IV. Die diskurstheoretische Kritik an der Rechtsform und ihre Probleme mit der vertraglichen Bindung	75
1. Privatrecht als „Privilegium“?	76
2. Eine Revision des Diskursprinzips durch subjektive Rechte? ..	78
G. Die Aufklärung des Vernunftrechts der Aufklärung: individuelle und interaktive Handlungshoheit	79
I. Die Leitfrage des Rechts: Wie kann individuelle Selbst- bestimmung kollektiv organisiert werden?	80
1. Selbstbestimmung als Regelsetzung bei Kant	80
2. Selbstbestimmung durch Sozialität bei Fichte	81
3. Selbstbestimmung als Struktur	81
4. Interaktive Regelsetzung als Rechtsfrage	82
II. „Ent-Substantialisierung“ der Frühen Neuzeit und „Selbstpositionierung“ durch aufgeklärte Regelsetzung als Hintergrundannahmen	83
1. „Ent-Substantialisierung“ der Frühen Neuzeit als Ausgangspunkt	83
2. „Selbstpositionierung“ durch aufgeklärte Regelsetzung	84
3. Aufklärung über die Bedingungen von aufgeklärter Regelsetzung	85
4. Unterschiedliche Wege zur Willensfreiheit relativ zur Erkenntnisphilosophie	86
a. Kant und die Bestimmung der Erkenntnisgrenzen	87
b. Fichte und die Duplizität von Denken und Wollen	89
c. Hegel und das Absolute (Wissen)	90
d. Handlungsmöglichkeit als minimale Voraussetzung	91

III. Interaktive und individuelle Handlungshoheit als normativer Kern des Rechts der Moderne	93
1. Interaktive Handlungshoheit als rechtliches Strukturmerkmal	93
a. Die Vereinbarkeit von Freiheitssphären	93
b. Die Entdeckung des Anderen bei Fichte	94
c. Das „Dasein des freien Willens“ als Recht bei Hegel und sein Verhältnis zu den Rechtsideen Kants und Fichtes	94
d. Die geteilte normative Struktur der interaktiven Handlungshoheit	96
2. Individuelle Handlungshoheit und ihr Schutz als <i>conditio sine qua non</i> des modernen Rechts	97
a. Das angeborene Freiheitsrecht bei Kant	97
b. Das „absolute Recht der Person“ bei Fichte	97
c. Das Recht auf Persönlichkeit bei Hegel	98
d. Die geteilte normative Grundlage der individuellen Handlungshoheit	99
IV. Die Entwicklung der Handlungshoheit in einer positiven Rechtsordnung	100
1. Die Anwendungsvorschläge der philosophischen Rechtsphilosophie	101
a. Grundlegung und Anwendung bei Kant	101
b. „Verwirklichung“ bei Fichte	103
c. „Durchdringung“ bei Hegel	106
2. Die Bezugnahme auf eine existierende positive Rechtsordnung	109
a. Evolution statt Revolution bei Kant	109
b. Das zukünftige positive Recht bei Fichte	111
c. Die inhaltliche Entwicklung einer positiven Rechtsordnung bei Hegel	112
3. Aufgeklärter Rechtspositivismus als Zielpunkt philosophischer Rechtsphilosophie	113
V. Interaktive und individuelle Handlungshoheit als Meta-Regeln rechtlicher Ordnungsbildung	114
1. Normative Grundlagen als „Meta-Regeln“	114
2. Minimale Gehalte der Rechtsstaatlichkeit	115
3. Normative Grundlagen zwischen Vorgaben und historischer Erfahrung	116
a. Normative Grundlagen statt normativer Vorgaben	116
b. Historische Bezüge statt genetischer Begründung	116

H. Handlungshoheit und zwei Zielrichtungen vertraglicher Vernunft	117
I. Rechtsphilosophie als Grundlage des positiven Rechts und positives Recht als Grundlage der Rechtsphilosophie	117
II. Die rechtshistorische Wirksamkeit	118
1. Direkte Bezüge	118
2. Indirekte Bezüge und ihre Folgen für die Privatrechts- philosophie	119
III. Die normative Angemessenheit eines Theorieangebots für das Vertragsrecht	120
1. Vertrag als Zentrum rechtlicher Normenbegründung	121
2. Relative Angemessenheit unterschiedlicher Theorieangebote für das Schuldvertragsrecht	122
a. Zum Vertrag als Versprechen	122
b. Zu Vorgaben der Effizienz	123
c. Zur Gerechtigkeit	123
d. Zur gesellschaftlichen Einbettung	123
e. Zur diskurstheoretischen Normenbegründung	124
f. Zur Handlungshoheit	124
IV. Vertragliche Vernunft als Begrenzung und Beförderung der Handlungshoheit	125
1. Begrenzung	125
2. Beförderung	126

Teil 3

„Materialisierung“ als Stärkung der Vertragsfreiheit

A. Freiheit und Form: Die guten Sitten des § 138 BGB	128
I. Die privatrechtsphilosophischen Grundlagen und die Normzwecke des § 138 BGB	128
1. Normzwecke	129
2. Die Verbindung von Freiheit und Form	129
3. Handlungsbegrenzung und Funktionsfähigkeit der Vertragsfreiheit	130
II. Zur Geschichte der guten Sitten	130
1. Die „guten Sitten“ als Alternative zur öffentlichen Ordnung .	131
2. Die politische Öffnung der „guten Sitten“	131
3. Die offene Frage nach der rechtlichen Bedeutung der „guten Sitten“	132

III. Die guten Sitten als Rechtsbegriff I: Das Verhältnis der Vertragspartner	133
1. Das auffällige Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung	133
2. Der Marktwert als objektiver Wert	134
3. Die sittenwidrige Abweichung	134
4. Die subjektive Voraussetzung	135
a. Die Erkennbarkeit der Sittenwidrigkeit	135
b. Die Vermutung des subjektiven Elements	135
c. Die Widerlegung der Vermutung	136
d. Die mehrfachen Brüche mit der <i>laesio enormis</i>	137
e. Beispiele für rechtsgeschäftsspezifische Anpassungen der Sittenwidrigkeitskriterien	137
(aa) Die Anpassungen der Sittenwidrigkeitskriterien für den Kaufvertrag	138
(bb) Grundstückskaufvertrag	138
(cc) Internetkaufvertrag	139
(dd) Die Anpassungen im Hinblick auf den Darlehensvertrag	140
(ee) Die Anpassungen im Hinblick auf den Arbeitsvertrag	143
(ff) Die Anpassungen im Hinblick auf den Mietvertrag	143
(1) Mietverträge über Wohnraum	144
(2) Gewerbliche Mietverträge über Räume	145
(3) Mietwagen nach Unfallersatztarif	146
(gg) Die Anpassungen im Hinblick auf den Behandlungsvertrag	146
(hh) Die Anpassungen im Hinblick auf Terminoptionsgeschäfte	147
5. Die Überforderung	148
a. Die objektive Seite	148
b. Die subjektive Seite	149
(aa) Die Vermutung der verwerflichen Gesinnung	149
(bb) Die Widerlegung der Vermutung der verwerflichen Gesinnung	150
c. Überforderung als Verhinderung eines Ausschlusses von rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit	152
6. Der Schutz der Entscheidungsfreiheit	152
a. Verfügungsverbote und der objektive Schutz der Entscheidungsfreiheit	153
b. Langfristige Vertragsbindung und das Zusammenspiel des subjektiven und des objektiven Elements	153
(aa) Miet- und Pachtverträge	153
(bb) Gesellschaftsverträge	154
(1) Eingriffs- und Kontrollbefugnisse des Gläubigers	155
(2) Wettbewerbsverbot	155
(cc) Die Bedeutung des subjektiven Elements: Spielverträge und Übersicherung	156

(1) Spielverträge	157
(2) Übersicherung	158
(dd) Schutz der Entscheidungsfreiheit und individuelle Handlungshoheit	160
7. Das auffällige Missverhältnis als Instrument des Erhalts der individuellen Handlungshoheit	161
IV. Die guten Sitten als Rechtsbegriff II: Schädigung der Allgemeinheit oder Dritter	162
1. Ehe, Familie, Sexualsphäre	162
a. Die Anbahnung der Ehe und Brautgeldabreden	162
b. Grenzen ehevertraglicher Vereinbarungen	163
c. Die Sexualsphäre als Gegenstand der guten Sitten	167
(aa) Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit dem ProstG	167
(bb) Rechtsgeschäfte außerhalb des ProstG	169
d. Zur Doppelfunktion verfassungsrechtlicher Vorgaben	170
2. Die abnehmende Bedeutung der Kommerzialisierung	170
a. Patientenvermittlungsverträge	172
b. Empfängnisverhütungsvertrag	172
c. Künstliche Befruchtung und Leihmutterschaft	172
d. Organhandel	173
e. Sterbehilfe und Suizidassistentz	173
f. Provisionszusagen und Titelhandel	174
g. Nichterstattung einer Strafanzeige	175
h. Fazit	175
3. Standesrecht und die Rechtsordnung	175
a. Verfassungsrechtliche Vorgaben	176
b. Sittenverstoß ohne Standesrecht	176
c. Fazit	177
4. Die Inhaltskontrolle von Testamenten	177
a. Verfassungsrechtliche Vorgaben	178
(aa) Die Ebenbürtigkeitsklausel und ihre Beurteilung durch Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht	179
(bb) Rechts- und Begriffsverwirrungen zwischen Bundes- verfassungsgericht und Bundesgerichtshof?	180
(cc) Die Ausnahme: Kollektive Handlungshoheit als Entscheidungskriterium	181
b. Verwirklichung zivilrechtlich anstößiger oder verwerflicher Zwecke des Erblassers	182
(aa) Geliebtentestament	182
(bb) Gefühlsschutz als Mittelweg?	184
(cc) Behinderten- und Bedürftigentestamente zulasten der Sozialhilfe	185
(dd) Fehlende normative Vorgaben	186

5. Rechtsgeschäftsspezifische Grundwertungen als Maßstab der guten Sitten	187
a. Verfassungsrechtliche Vorgaben als Handlungsbeförderung	189
b. Verfassungsrechtliche Vorgaben als Handlungsbeschränkung ...	189
V. Die normative Systematisierung der guten Sitten durch individuelle und interaktive Handlungshoheit	189
1. Einfachgesetzliche Vorgaben und Richterrecht	190
a. Einfachgesetzliche Bezüge	190
b. Richterrecht	191
(aa) Die Bedeutung der Rechtsprechung für die Interpretation ..	191
(bb) Die Vermutung seiner Richtigkeit?	191
(cc) Gerichte als Begründer der Sittennormen?	192
c. Allgemeine Rechtsüberzeugungen	192
2. Die Ordnung nach dem „beweglichen System“	193
a. Das Konzept des beweglichen Systems	193
b. Die postmoderne Rezeption	194
c. Die Abwendung des Bundesgerichtshofs vom beweglichen System	194
3. Typenbildung	195
a. Inhalts- und Umstandssittenwidrigkeit	195
b. Inhaltliche Entscheidungstypen	196
c. Normative Probleme der Typenbildung	197
4. Die rechtsimmanente Interpretation der guten Sitten im Ausgang von der Handlungshoheit	197
a. Wertvorstellungen	197
b. Die Verrechtlichung individueller und kollektiver Autonomie ...	198
c. Die Handlungshoheit im Verhältnis der Geschäftspartner	199
d. Die Handlungshoheit und die Schädigung der Allgemeinheit oder Dritter	201
VI. Die Bedeutung des subjektiven Elements für die Individualisierung des Sittenverstößes	202
1. Die Kriterien der Rechtsprechung	203
2. Die Kritik des subjektiven Tatbestands	203
3. Die Leistungsfähigkeit des subjektiven Elements im Hinblick auf die individuelle Handlungshoheit	204
VII. Die gesetzliche Konkretisierung der Sittenwidrigkeit durch § 138 II BGB als Ausbeutungsschutz	205
1. Auffälliges Missverhältnis	205
2. Subjektive Voraussetzungen	206
a. Ausbeutung	206
b. Zwangslage	207
c. Unerfahrenheit	209

d. Mangelndes Urteilsvermögen	210
e. Erhebliche Willensschwäche	211
3. Fazit	211
VIII. Der Beurteilungszeitpunkt und der Wandel der guten Sitten ...	212
1. Grundsatz: Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts ...	212
2. Ausnahme: Sittenwidrigkeit nach Vornahme des Rechtsgeschäfts?	213
3. Rückwirkende Sittenwidrigkeit und rückwirkender Wegfall der Sittenwidrigkeit	214
4. Weitere Differenzierungsmöglichkeiten	215
5. Letztwillige Verfügungen und Wandel der Sittenwidrigkeit .	215
6. Fazit	216
B. Der Vertragsinhalt, die Vertragsauslegung und die Vertragsbeendigung	216
I. Der wirkliche Wille und das Verbot der Wortlautorientierung ..	217
1. Die Entwicklung des Verbots der Wortlautorientierung	217
2. Die rechtsvergleichende Perspektive: „From literalism to contextualism“	218
3. Die Herausforderung der Kontextualisierung vertraglicher Begriffe	218
II. Die Kontextualisierung des wirklichen Willens	219
1. Die individuellen Willensäußerungen	219
2. Die übereinstimmenden Willenserklärungen und der Verkehrsschutz	220
a. Normative Kriterien	220
b. Die (vollständige) Trennung zwischen dem subjektiven Sinn einer Erklärung und der rechtlichen Bedeutung einer Willensäußerung	221
3. Ein Verzicht auf den „wirklichen Willen“?	222
III. Konflikte und ihre Auflösung im Sinne der Handlungshoheit ..	223
1. Die dogmatische Konzeption der weiteren Kontextualisierung	223
a. Vertrauensschutz	223
b. Interessenausgleich	224
c. Probleme der dogmatischen Konzeption	225
2. Das Kontextualisierungsproblem im Spiegel der Theorieangebote	226
a. Autonomie-Orientierung im Anschluss an das vertragliche Versprechen	227
b. Die ökonomische Theorie des Rechts	228

c. Gerechtigkeit durch Interessenausgleich	230
d. Die soziologische Einbettung des Vertrags	231
e. Die diskurstheoretische Perspektive	232
3. Die Kontextualisierung aus der Perspektive der interaktiven Handlungshoheit: Die Zwischenebene der Theoriewahl durch die Vertragsparteien	232
a. Der Gleichlauf mit dem dogmatischen Ausgangspunkt	233
b. Vertragsauslegung als Inhaltsbestimmung	233
c. Vertragsauslegung als Ausdruck interaktiver Handlungshoheit durch Theoriewahl	234
IV. Der hypothetische Parteiwille und die Vernunft des Vertrags ...	236
1. Die dogmatischen Erkenntnisse	236
a. Zweck und Funktion	236
b. Gesetzliche Vorgaben als Kriterien des hypothetischen Parteiwillens	237
2. Probleme im Umgang mit den dogmatischen Erkenntnissen .	238
a. Vorrang des gesetzlichen Rechts und Grenzen des privaten Regelungsplans?	238
b. Auslegung oder Billigkeit?	239
c. Richterliche Macht?	239
d. Paradoxe Ergebnisse der Rechtsprechung	240
3. Zur Optimierung aus der Perspektive der Handlungshoheit .	240
V. Die Folgen für die Vertragsbeendigung	241
1. Der Vertragszweck bei der Bestimmung des „wichtigen Grundes“ im Sinne des § 314 BGB	242
a. Die Risikobereiche aus dogmatischer Perspektive	242
b. Der Optimierungsbedarf aus der Perspektive der Handlungshoheit	242
2. Die Zumutbarkeit im Sinne des § 313 Abs. 3 BGB	245
a. Zumutbarkeit, Risikobereiche und Zirkel bei der Störung der Geschäftsgrundlage	245
b. Der Optimierungsbedarf aus der Perspektive der Handlungshoheit	246
C. Vertrag und Europäisches Privatrecht	247
I. Die Vielfalt der Kompetenzen und Rechtsquellen	248
1. Die Kompetenzordnung	248
2. Die Vielfalt der Rechtsquellen	248
3. Der Begriff des Europäischen Privatrechts	249
II. Europäisches Privatrecht der Gegenwart und die Systematik des BGB	250

1. Der „neue“ § 439 BGB und die Rechtsprechung von Bundesgerichtshof und Europäischem Gerichtshof zur Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs bei Neulieferung	251
a. Zur richtlinienkonformen Auslegung	251
b. Die systematische Argumentation des Bundesgerichtshofs	252
c. Die teleologische Argumentation des Europäischen Gerichtshofs	252
d. Die nationalstaatliche Umsetzung	253
e. Dogmatische Kritik an der teleologischen Argumentation des Europäischen Gerichtshofs	254
2. Die gesetzliche Neuregelung als Anpassung des BGB an das Unionsprivatrecht	255
a. Die Neufassung des § 439 BGB	255
b. Neue Auslegungsprobleme	256
c. Die Systembrüche aus der Perspektive der Theorieangebote	259
(aa) Ein neues Kaufrecht?	259
(bb) Die Pflege der Systembrüche?	260
III. Europäisches Vertragsrecht und seine Zukunft	261
1. Die Zukunft des Unionsprivatrechts als Instrument supranationaler Wohlfahrt	262
2. Der DCFR als „Tool-Box“ für zukünftige europäische Gesetzgebung	263
a. Privatautonomie und Inhaltskontrolle	263
b. Vertragsauslegung	266
3. Die Perspektive der Handlungshoheit	268
 Zusammenfassung und Ausblick	 271
Literaturverzeichnis	279
Sach- und Personenregister	311

Einführung

Die Materialisierung des Privatrechts wird einerseits als eine zentrale Entwicklungslinie des deutschen Privatrechts seit dem Ende des 19. Jahrhunderts identifiziert,¹ die durch das europäische Verbraucherrecht verstärkt wird. Andererseits betonen aktuelle dogmatische Arbeiten mit Selbstbestimmung² und vertraglicher Bindung³ zwei Kernelemente des klassischen liberalen Schuldvertragsrechts, die trotz der Materialisierung weitgehend unverändert geblieben seien. Auch Schriften zu verfassungsrechtlichen Einwirkungen auf das Privatrecht zeigen gleichsam in Absetzung zur „Materialisierungs“-Diagnose, dass sich aus dem Verfassungsrecht im Rahmen eines Untermaßverbots und auf Grund der weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers bisher nur wenige und sehr eingeschränkte inhaltliche Vorgaben für das Privatrecht gewinnen lassen.⁴

¹ Vgl. etwa *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273–364 im Anschluss an *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, S. 4 f., 9 und 18 sowie von der „Materialisierung“ ausgehend zur Vertragsauslegung *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, S. 229–231 und 662 f. Für einen knappen Überblick zum Begriff der „Materialisierung“ *HKK-Rückert*, Vor § 1 Rz. 93 ff.

² Etwa *Bachmann*, Private Ordnung, S. 413 zur Ausübung der Selbstbestimmung als rechtlich verbindliche Zustimmung und *Obly*, „Volenti non fit iniuria“, S. 63–79, insb. S. 74 f., zur Einwilligung als Grundlage dogmatischer Einordnungen des Delikts- und Persönlichkeitsrechts. Für die Selbstbestimmung als Grundlage der Vertragsfreiheit schon *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 1. Dies aufgreifend für das europäische Privatrecht etwa *Basedow*, *European Review of Private Law* 6 (2008), S. 903.

³ Für eine Begründung von Rechtsfolgen durch übereinstimmenden Parteiwillen bildet *Canaris*, AcP 184 (1984), S. 218 einen viel zitierten Bezugspunkt; ebenso *Bydlinski*, Privatautonomie, S. 126 f.; *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 20 und 33 sieht die willentlich eingegangenen vertraglichen Bindungen darüber hinaus als Produkt einer Anordnung des positiven Rechts. Zusammenfassend und gegenwärtig die Vertragstreue betonend *Weller*, Die Vertragstreue, S. 11.

⁴ So *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 47 und 97; in diese Richtung auch *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 20; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 218 sieht daher im Untermaßverbot einen Maßstab, der immer schon relativ zu der Freiheitsausübung anderer einzuschränken ist. Für eine bloße Berücksichtigung der einer Freiheitsausübung entgegenstehenden Rechtsgüter auch BVerfGE 88, 203, 254, aus der sich nach BVerfGE 91, 335, 339 keine strengeren Maßstäbe für Schutzpflichten ergeben. Diese allenfalls relativen verfassungsrechtlichen Einschränkungen vertrag-

Im ersten Teil der Arbeit wird dieses Spannungsverhältnis zwischen „Materialisierungs“-Diagnose und dogmatischer Analyse aufgegriffen. Es wird nach einer möglichen Weiterentwicklung der für das Vertragsrecht grundlegenden Kriterien der Selbstbestimmung und Vertragsbindung gefragt. Dabei werden auch die zunehmenden Systematisierungsprobleme dieser Kriterien angesichts der stetig wachsenden Regulierungen der Vertragsfreiheit beleuchtet. Ein besonderer Einfluss kommt hier verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben zu, die jedoch ihrerseits entweder interpretationsbedürftig sind oder aber auf die Einschränkung der Vertragsfreiheit zielen.⁵

Die fortschreitende Materialisierung führt insoweit zu einem weiteren Theoriebedarf. Die Arbeit stellt sich im zweiten Teil der Vielfalt vertragsrechtlicher Theorieangebote jenseits ihrer allgemeinen Festlegungen auf einen „liberalen“, „sozialen“ oder „ökonomischen“ Zweck einer kollektiven normativen Ordnung. Vielmehr werden die vorhandenen Theorieangebote aus der spezifisch schuldvertragsrechtlichen Perspektive analysiert. Es werden die wesentlichen gegenwärtigen historischen, moralischen, ökonomischen, gerechtigkeitsbasierten, soziologischen, diskurstheoretischen und vernunftrechtlichen Vorschläge zur Identifikation normativer Strukturmerkmale für das Schuldvertragsrecht untersucht. Die verschiedenen Theorieangebote werden jeweils auf ihre Konzeption der Verhältnisbildung zwischen freier, selbstbestimmter Handlung und rechtlicher Normenbegründung hin befragt.

Dabei wird ein – hier als Theorie der Handlungshoheit bezeichneter – Ansatz entwickelt, der die vorhandenen Vorschläge normativ strukturiert. Dieser Ansatz ist von den Rechtsphilosophien der klassischen deutschen Philosophie inspiriert und setzt auf eine inzwischen auch in der angelsächsischen Debatte breit rezipierte Position auf.⁶ Im Mittelpunkt steht dabei die Möglichkeit der Normsetzung durch eine Selbstbindung der Willkür trotz oder auch entgegen empirischer Zwänge.

licher Freiheit werden dagegen von *Hager*, AcP 196 (1996), S. 168, 176 und *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 165 als unplausibler Vorrang der Freiheitsausübung kritisiert.

⁵ Für Interpretationsprobleme insb. bei der Berücksichtigung des Gleichheitssatzes etwa *Neuner*, JZ 2003, 57, 61; kritisch zu europarechtlichen Einschränkungen der Vertragsfreiheit *Hassemer*, Jb. J.ZivRWiss. 2004, 122 f. Zu den Spannungen und Zersplitterungen zwischen europäischem und nationalem Vertragsrecht etwa *Müller-Graff*, GPR 2009, 106, 118 f.

⁶ Vgl. *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 231 und S. 237; *Fichte*, Grundlage des Naturrechts, S. 92 und *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, S. 80 zur rechtlichen Verhältnisbildung zwischen individueller und kollektiver Selbstbestimmung. Für die angelsächsische Rezeption der Handlungstheorie der klassischen deutschen Philosophie zum Zwecke der rechtlichen Normenbegründung im Ausgang von Kant etwa *Raz*, Harvard Law Review 95 (1982), S. 916 ff. und *Ripstein*, Force and Freedom, S. 35 ff. sowie für den Rückgriff auf hegelianische Argumentationsfiguren etwa *Benson*, Contract, in: Patterson (Hrsg.), Philosophy of Law, 2000, S. 39 f.

Die in der Arbeit vorgeschlagene Perspektive auf die Materialisierung des Schuldvertragsrechts wendet sich damit gegen ein „Streben nach der Mitte“⁷ als normatives Kernelement des Schuldvertragsrechts, das angesichts auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe und stärker werdender Abwägungstendenzen teils zur Begründung einer Einschränkung der willensbasierten Vertragsfreiheit herangezogen wird.

Mit der hier entfalteten Position besteht dagegen die Möglichkeit, die dogmatischen Kernelemente der individuellen Willensäußerung und der vertraglichen Bindung selbst zum Ausgangspunkt einer Materialisierung des Vertragsrechts zu machen.

Der dritte Teil widmet sich der Dogmatik und verdeutlicht diese Möglichkeit anhand der Analysen zu den guten Sitten, zur Vertragsauslegung, zur Vertragsbeendigung und zur Bestimmung der Reichweite der Vertragspflichten im deutschen und europäischen Vertragsrecht.

Insbesondere am Beispiel der guten Sitten wird untersucht, ob ein sozial-ethisches Minimum jenseits der Selbstbestimmung und rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit für die Auslegung der guten Sitten als Rechtsbegriff in Anspruch genommen werden muss.⁸ Allerdings ergibt sich dabei die gleichsam gegenläufige Anforderung, bei der Vertragsauslegung weniger die objektiven Grenzen des rechtlichen Wollens, wie etwa den Vertrauensschutz oder Vorstellungen eines objektiven Interessenausgleichs heranzuziehen, als vielmehr die theoretischen Hintergrundannahmen zu berücksichtigen, die die Parteien selbst für ihren Vertragsschluss bzw. die Vertragsdurchführung heranziehen.

Die in Auseinandersetzung mit den vorhandenen Theorieangeboten entwickelte Position der Arbeit führt zu der folgenden Annahme: Die vorhandenen dogmatischen Kernelemente der Selbstbestimmung – insb. in Form der Zustimmung – und der Vertragsbindung werden immer dann gestärkt, wenn die willensbasierten Handlungen und Erklärungen der Parteien stärker respektiert werden, als das bisher geschieht.⁹

Diese Annahme wird zudem an zahlreichen rechtspraktischen Beispielen untersucht. Es wird diskutiert, inwieweit gerade wegen vielfältiger äußerer Umstände, gesellschaftlicher Zwänge sowie darauf basierender Verkehrsanschauungen und gesetzlicher Regelungen eine deutlichere Trennung zwischen diesen und dem übereinstimmenden Willen der Parteien dort aufrechterhalten werden

⁷ So aber *Stürmer*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, S. 448 und allgemein für die ganze Rechtsordnung mit der „Mitte als Verfassungsauftrag“ *Vosskuhle*, Verfassung der Mitte, S. 48 f.

⁸ In diese Richtung jedoch *Staudinger/Sack/Fischinger*, 2017, § 138 Rn. 2, 23; *MüKo-BGB/Armbrüster*, § 138 Rn. 1; *NK-BGB/Looschelders*, § 138 Rn. 4, 89.

⁹ Für eine allgemeine Stärkung der entindividualisierten Vertrauens- und Verkehrsschutzbezüge dagegen *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273, 276 ff. und *Raiser*, Institutionenschutz, S. 148 f.

kann, wo die Rechtsordnung aus historisch-dogmatischen Gründen die Handlungshoheit der Vertragsparteien noch nicht ausreichend respektiert.

Dieses Vorgehen stößt innerhalb des Unionsprivatrechts allerdings schnell an Grenzen. Es ist nach Art. 3 Abs. 3 EUV auf die Sicherstellung eines funktionierenden Binnenmarktes und der vier im AEUV geregelten Grundfreiheiten der Warenverkehrsfreiheit, der Personenfreizügigkeit, der Dienstleistungsfreiheit und des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs gerichtet.¹⁰ Von besonderem Interesse ist daher, ob es innerhalb des geltenden Unionsprivatrechts oder innerhalb der akademischen Entwürfe für ein zukünftiges Europäisches Privatrecht Anknüpfungspunkte dafür gibt, auch die individuelle Autonomie der vertragschließenden Parteien weitergehend zu respektieren.

Die vorliegende Arbeit greift in Teil 2 G. auf Ergebnisse meiner unveröffentlichten philosophischen Habilitationsschrift „Die Autonomie des Rechts. Das Vernunftrecht der klassischen deutschen Philosophie in Geschichte und Gegenwart“ zurück, die im Jahr 2011 der Fakultät für Philosophie, Wissenschaftstheorie und Religionswissenschaft der Ludwig-Maximilians-Universität München vorlag. Teil 3 A. bildet die Grundlage für meine Kommentierung „Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher (§ 138 BGB)“ im Beck’schen Online-Großkommentar (BeckOGK-BGB), Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Wolfgang Krüger, Prof. Dr. Stephan Lorenz und Prof. Dr. Christoph Reymann, Beck-Online-Publikation.

¹⁰ Dazu *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, S. 119. Für eine zentrale Rolle des Gleichheitssatzes bei der Untersuchung der Einheit und Folgerichtigkeit von Rechtssätzen des deutschen Privatrechts schon *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, S. 110, 112 f. und 125.

Teil 1

„Materialisierungs“-Diagnose und dogmatische Analysen

A. Die Diagnose einer inhaltlichen Aufladung

Die Entwicklung des deutschen Privatrechts seit dem Ende des 19. Jahrhunderts wird einerseits unter dem Schlagwort einer „Materialisierung des Schuldvertragsrechts“ zusammengefasst. Sozialphilosophisch und diskurstheoretisch kann mit Jürgen Habermas von einem Paradigmenwechsel von einem liberalen Rechtsstaat zu einem Sozialstaat gesprochen werden.¹ Juristisch spiegelt dies die Diagnose, dass die Wiederaufnahme der Idee der Vertragsgerechtigkeit den Einbruch einer materialen Vertragsethik in das moderne Privatrecht bedeute.² Dieser „Einbruch“ einer materialen Vertragsethik kann im deutschen Recht auf drei Quellen zurückgeführt werden, nämlich die Auslegung des BGB durch die Gerichte, den nationalen und den europäischen Gesetzgeber.

Die „Materialisierungs“-Diagnose wird damit auf eine Entwicklungsgeschichte des BGB gestützt. Demnach wurde während der Entstehungszeit des BGB und dann auch im BGB das formale Prinzip der Vertragsfreiheit vorausgesetzt und entsprechend dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ unabhängig von der Frage nach einem ausgewogenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung Geltung zugesprochen.³ Jedoch wurde in der weiteren Entwicklung die inhaltliche Vertragskontrolle zunächst durch die Rechtsprechung zu § 138 BGB und die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sowie später seitens des demokratischen Gesetzgebers durch das AGB-Recht und das euro-

¹ Habermas, Faktizität und Geltung, S. 468–488.

² So Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 539–543; Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 1 bezeichnet dieses Narrativ im Anschluss an Kennedy, The Rise and Fall of Legal Thought als eine Geschichte von Aufstieg und Fall der Privatautonomie.

³ Vgl. etwa Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, S. 229–231 und 662 f. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 375 f. sieht in der Bestimmung der Privatautonomie durch Savigny die Verwirklichung der kantischen Philosophie der Autonomie. Der späte Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 440 geht für das BGB ebenfalls von einer weitgehend unbegrenzten Privatautonomie aus, da die Vertragsfreiheit dazu führe, dass die Beteiligten nahezu alle durch das Gesetz geregelten Fälle in einer anderen Weise regeln könnten. Dagegen weist Hofer, Freiheit ohne Grenzen?, S. 2 f., 152–154 darauf hin, dass die privatrechtstheoretische Debatte zur Entstehung des BGB die Vertragsfreiheit als Prinzip noch ablehnt.

päische Verbraucherschutzrecht revitalisiert und in Einzelfällen verfassungsrechtlich ergänzt.⁴

§ 138 Abs. 1 BGB wurde aus dieser Perspektive in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur gesellschaftspolitischen Kontrollnorm des angemessenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung ausgebaut.⁵ Selbst wenn beispielsweise die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB nicht vorliegen, genügt bei Verträgen, bei denen der Benachteiligte kein Unternehmer oder Vollkaufmann ist, ein krasses Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, um das subjektive Merkmal der verwerflichen Gesinnung zu vermuten und so den Vertrag für nichtig zu erklären.⁶ Das Kriterium des krassen Missverhältnisses wird zum Beispiel für Zinsen von den Gerichten bei einem Zinssatz festgelegt, der 100 Prozent über dem Marktdurchschnitt liegt.⁷ Der Sache nach wird aus der Perspektive der „Materialisierungs“-Diagnose damit die spätscholastische und im römischen Recht wurzelnde Idee der *laesio enormis* weitergeführt.⁸

Die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage wurden seit dem frühen 20. Jahrhundert von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ausgebaut. Der Gesetzgeber machte diese Grundsätze mit der Schuldrechtsreform von 2001 in § 313 BGB zum Gesetz.⁹

Daneben entstand ein Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das bestimmte Vertragsklauseln schlicht für unwirksam erklärt und mit der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB den Gerichten und Marktteilnehmern faktisch die Macht über die inhaltliche Ausgestaltung von AGB gibt.¹⁰

⁴ Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273–364 im Anschluss an *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzgeber und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, S. 4 f., 9 und 18.

⁵ So im Ergebnis *HKK/Haferkamp*, § 138, Rn. 31 unter Verweis auf *Diederichsen*, AcP 198 (1998), S. 247.

⁶ Ständige Rechtsprechung BGHZ 98, 174, 178 = NJW 1986, 2564, 2565; BGHZ 128, 255, 269 = NJW 1995, 1019, 1022 und NJW-RR 2012, 416, Rn. 10.

⁷ Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa zu Darlehensverträgen BGH NJW 2018, 848, Rn. 25 und schon BGHZ 104, 102, 106 = NJW 1988, 1659, 1660.

⁸ Vgl. etwa *Vogenaue*r, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 230.

⁹ Für ein Verständnis des Wegfalls der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung schon *Fikentscher*, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, S. 21; kritisch dazu *Picker*, Schuldrechtsreform und Privatautonomie, S. 1035 und *Finkenauer*, AcP 213 (2013), S. 619, 646 f., der bei hinreichend weiter Anwendung der ergänzenden Vertragsauslegung für die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage keinen Anwendungsbereich sieht.

¹⁰ So wird etwa von *Staudinger/Coester*, 2013, § 307, Rn. 5 als Ziel der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB die Gewährleistung der Vertragsgerechtigkeit wie auch der vertraglichen Richtigkeitsgewähr gesehen. Für einen objektiven Gerechtigkeitsgehalt des AGB-Rechts im Anschluss an *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 293 auch *Arnold*, Vertrag und Verteilung, S. 166 f.

Der Verbraucherschutzgedanke des AGB-Rechts wurde schließlich auch auf die Regelungen des Vertragsschlusses selbst übertragen.¹¹ Er dient auf europäischer Ebene als Motor für die Entwicklung eines europäischen Zivilrechts und wird nicht zuletzt durch das neu geschaffene grundrechtsgleiche Recht auf Verbraucherschutz verstärkt.¹²

Daneben werden verfassungsrechtliche Vorgaben für Privatrecht als zentraler Bestandteil seiner inhaltlichen Aufladung angesehen, da der Privatrechtsgeber ebenso wie die Gerichte an die Grundrechte gebunden ist.¹³

Während einige diese Phänomene der inhaltlichen Aufladung des Privatrechts begrüßen¹⁴, werden sie überwiegend noch als zunehmende Beschränkung der Privatautonomie wahrgenommen.¹⁵ Unabhängig davon, welcher Bewertung man folgt, würde man erwarten, dass die zunehmende Materialisierung auch Auswirkungen auf die Dogmatik des Privatrechts hat.

B. Selbstbestimmung und Vertragsbindung als Kernelemente des Schuldvertragsrechts

Neuere dogmatische Analysen, die das geltende Vertragsrecht des BGB und seine Normzusammenhänge untersuchen, blenden die zunehmende Materialisierung jedoch weitgehend aus. Sowohl im Hinblick auf die Selbstbestimmung und die damit einhergehende Festlegung auf die Willenstheorie als auch bezüglich der Vertragsbindung sowie der Rückbindung des Vertragsrechts an die subjektiven Rechte, wie sie in den Grundrechten des Grundgesetzes ihren Niederschlag gefunden haben, werden vielmehr klassisch liberale Elemente betont.

¹¹ Vgl. etwa die §§ 312c, 312d, 355, 357 und 360 BGB, die vor allem auf eine sog. Vollharmonisierung für Fernabsatzverträge iSd § 312b BGB durch den europäischen Gesetzgeber zurückgehen. Sogar für eine Stärkung des Verbraucherschutzes durch behördliche Durchsetzung *Micklitz*, Behördliche Rechtsdurchsetzung Deutschland – Potenziale und Perspektiven für den Verbraucherschutz in Deutschland, in: Schulte-Nölke (Hrsg.), *Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts*, 2017, S. 7 f.

¹² Vgl. Art. 6, 38 VüA EU.

¹³ Vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 16, 22.

¹⁴ Vgl. etwa *Daumer-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 139 f. und für eine weitergehende Ausrichtung des gesamten Vertragsrechts an einem ethischen Würdebegriff *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, S. 127 f., derzufolge das Vertragsrecht allgemein Menschen im Sinne des AGG vor Diskriminierungen schützen soll.

¹⁵ So stellvertretend für viele *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, S. 9–11; daher für die weitere Einschränkung des inhaltlich aufgeladenen „Sonderprivatrechts“ auch auf Grund der Grundfreiheiten *Reymann*, Sonderprivatrecht der Handels- und Gesellschaftsverträge, S. 352 f.

I. Selbstbestimmung

Die Selbstbestimmung wird etwa als Zustimmung zu einem Vertragsschluss in empirischen Analysen des positiven Rechts als eines von zwei Grundelementen jeder privaten Ordnung identifiziert.¹⁶ Auch die Untersuchungen zur Vertragsverletzung fokussieren das individuelle Leistungsversprechen und versuchen es mit der auf Kant zurückgeführten Idee subjektiver Rechte zu stärken.¹⁷ Andere wiederum betonen die zentrale Rolle des dispositiven Rechts als Regelungsinstrument des Privatrechts zwischen Vertrag und zwingendem Gesetz.¹⁸ Auch Überlegungen, die von einem Rechtfertigungszwang für abdingbares Recht ausgehen, kommen zu dem Schluss, dass sich fast alle Schutzzwecke des zwingenden Rechts auch mittels abdingbarer Normen und damit ohne Eingriff in die Vertragsfreiheit erreichen lassen.¹⁹ Untersuchungen des zwingenden Delikts und Persönlichkeitsrechts wiederum betonen die grundlegende Rolle der Zustimmung, gerade auch für insoweit zwingende Normen.²⁰

II. Vertragsbindung

Die Vertragsbindung und damit die übereinstimmenden Willenserklärungen werden weiterhin als klassisches Kernelement des Vertragsrechts betont. So werden etwa die Vertragsbindung, die Leistungstreue und der Naturalerfüllungsanspruch als die drei Elemente der Vertragstreue identifiziert²¹ und anhand des geltenden Rechts die „königliche Stellung des Vertrags“²² erläutert. Selbst im entstehenden europäischen Privatrecht, das als eine der zentralen Quellen der inhaltlichen Aufladung des Privatrechts anzusehen ist, wird der Grundsatz „pacta sunt servanda“ als aus einer „immanenten Teleologie“ des Vertragsrechts stammend eingeführt.²³ Auch kritische Zergliederungen des Privatrechts unter dem Titel des „Sonderprivatrechts“ gehen davon aus, dass das Modell des BGB mit seiner Ablehnung inhaltlicher Fairnessüberlegungen im Zentrum steht und rechtspolitisch divergierende Vertragsrechtsmodelle wie das Verbraucherrecht und das Handelsrecht darauf nur aufbauen können, soweit die

¹⁶ *Bachmann*, Private Ordnung, S. 413. Das andere Grundelement ist *Bachmann*, ebd., zufolge das gesellschaftsrechtlich – und nicht öffentlich-rechtlich – zu verstehende Allgemeinwohl.

¹⁷ *Unberath*, Die Vertragsverletzung, S. 387–389 und 32–70.

¹⁸ *Möslein*, Dispositives Recht, S. 484.

¹⁹ *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, S. 447 f.

²⁰ *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, S. 63–79.

²¹ *Weller*, Vertragstreue, S. 11, 183 f.

²² *Weller*, Vertragstreue, S. 572.

²³ *Metzger*, Extra legem, intra ius, S. 167 f.

diesbezüglichen partiellen Durchbrechungen der Systematik des BGB überzeugend gerechtfertigt werden können.²⁴

Teils wird deswegen von einer sogenannten „Richtigkeitsgewähr“²⁵ oder „Richtigkeitschance“²⁶ des Vertrags ausgegangen. Darauf wird teils auch die Überlegung gestützt, dass das Privatrecht und insbesondere auch das Schuldvertragsrecht eine gesellschaftliche Regulierungsfunktion über das bipolare Vertragsverhältnis hinaus erfülle.²⁷

Über die Zustimmung der Parteien hinaus wird die Verbindlichkeit des Vertrags durch eine ihm innewohnende „Tendenz zur Gerechtigkeit“ begründet.²⁸ Dem wird aber entgegengehalten, dass eine Kontrolle des einzelnen Vertrags auf seine Richtigkeit unmöglich ist, da es an Maßstäben fehle, die durch den Vertrag gewonnene selbstbestimmte Koordinationsleistung vollumfänglich zu beurteilen.²⁹ Allenfalls die Art und Weise des Zustandekommens eines Vertrags könne als eine Art Filter oder Plausibilitätskontrolle für die Kontrolle eines Vertragsinhalts herangezogen werden.³⁰

III. Interessengeleitete Wertungsjurisprudenz als systembildende Alternative?

Zwar fokussieren auch weitergehende dogmatische Überlegungen, die sich explizit dem Paradigma der Wertungsjurisprudenz zuordnen und die widerspruchsfreie Einheit und Folgerichtigkeit im Rechtsdenken zum Ziel haben,³¹ den Anschluss neuer normativer Vorgaben an bestehende Normen und ihre Auslegungen. So wird versucht, Vorgaben des europäischen Privatrechts nicht nur rechtstechnisch – wie zum Beispiel §§ 241a, 312d ff., 307, 355, 357 BGB – in das BGB zu integrieren, sondern auch unter der Perspektive der Einheits- und Systembildung zu systematisieren.³²

²⁴ Reymann, Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge, S. 498 f.

²⁵ Schon Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), S. 130 f. Immer noch dogmatisch präsent in Palandt/Ellenberger, Einf. v. § 145 Rn. 13.

²⁶ Wolf, Entscheidungsfreiheit und Interessenausgleich, S. 67 ff. Kritisch dazu Drexler, Selbstbestimmung, S. 41.

²⁷ So Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, S. 60, 74 f., dem zufolge die Regulierungsfunktion privatrechtlicher Normen im Einzelfall zu identifizieren sei.

²⁸ Schmidt-Rimpler, in: FS Raiser, 1974, S. 8, 10 f.; diesen Gedanken selbst für die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB aufnehmend Staudinger/Coester, 2013, § 307, Rn. 5.

²⁹ Schon Flume, AT II, S. 6. So auch Leistner, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 184 f.

³⁰ So Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 24.

³¹ Zu diesem Paradigma kurz und prägnant Petersen, Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz, S. 9–11.

³² Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, S. 61 sieht vor

Allerdings führt die Diskussion um die Implementierung durchweg zur Diagnose von Systembrüchen und Grenzen der Implementierung des europäischen Verbraucherrechts in die bestehende Dogmatik des BGB.³³ Die Grenzen des Konzepts der Einheitsbildung nach dem Muster der interessen geleiteten Wertungsjurisprudenz werden daher insbesondere dort betont, wo diskutiert wird, welchen Zwecken das Vertragsrecht dienen soll. Angesichts außervertragsrechtlicher Vorgaben, die im Rahmen der fortschreitenden inhaltlichen Aufladung an Gewicht gewinnen, stoßen dogmatische Einheitsbildungen mit einem auf Widerspruchsfreiheit ausgerichteten Systembegriff an ihre Grenzen und beschränken sich inzwischen zunehmend darauf, nur noch die auftretenden Brüche zu diagnostizieren.³⁴

C. Die verfassungsrechtlichen Einwirkungen auf das Schuldvertragsrecht

Der demokratische Rechtsstaat stellt mit den Grundrechten einerseits und der Anforderung der Legitimationskette zwei Wege für inhaltliche Vorgaben des Vertragsrechts zur Verfügung.

Jedoch entscheidet der demokratische Gesetzgeber auf Grund seines weiten Entscheidungsspielraums, der Ausfluss des Demokratieprinzips ist, oft zögerlich und teilweise aus zivilrechtlicher Sicht in einer Form, die sich nicht in die bestehende Dogmatik einfügen lässt. Dieses Phänomen der Gesetzgebung wird teils zugespitzt als „Irrationalitätsprivileg“³⁵ bezeichnet. Der demokratische Gesetzgeber kann deshalb aus dogmatischer Sicht zwar zu einem Störfaktor einer historischen Rechtsbegründung werden.³⁶ Allerdings müssen verfassungsrechtliche Vorgaben allein schon aus normenhierarchischen Gründen berück-

allem einen „rechtsethischen Gleichsatz“ als normativ hinreichenden Grund für die Anwendung des Systemdenkens auf das Europäische Privatrecht.

³³ Vgl. etwa *Riehm*, Grenzen der Vollharmonisierung – dargestellt am Beispiel des Verbrauchervertragsrechts, in: Zimmermann/Kopp/Busch/McGuire (Hrsg.), Europäische Methodik, 2010, S. 159–207 und die Studie von *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen.

³⁴ Daher für eine grundsätzliche Revision bis hin zum Verzicht des Anspruchs auf Einheitsbildung und Systematisierung *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 2 f. im Anschluss an *Kennedy*, Harvard Law Review 89 (1976), S. 1713 ff. Dagegen schlicht für eine zunehmende Typisierung der Kontrolle der Vertragsentstehung *Grundmann*, AcP 202 (2002), S. 40, 67 ff.

³⁵ Vgl. *Dreier*, Bioethik zwischen gesellschaftlicher Pluralität und staatlicher Neutralität, S. 43, URL: <http://www.uni-muenster.de/KFG-Normenbegruendung/publikationen/preprints.html> (abgerufen am 17.6.2018), der durch diesen Begriff die Grenzen legislativer Rationalität betont.

³⁶ In diese Richtung *Jansen*, The Making of Legal Authority, S. 85 f., 105.

Sach- und Personenregister

- Abfindung 163
Abwägung 3, 18, 32, 38, 50, 74, 154, 178–192, 198, 200, 236, 242, 244, 262, 265, 277
Allgemeinwohl 8, 46, 128, 188, 199
Anfechtung 220 f., 265
Anpassung 64 f., 137 f., 140 f., 142 f., 146 f., 161, 167, 214, 241, 245, 247, 255, 260, 275
Aquin, Thomas v. 51, 83 f.
Äquivalenz 135, 196, 206, 238, 254
Arbeitsvertrag 142 f., 170 f.
Arglist 196, 207
Aristoteles 47–56, 60, 206
Aufklärung 34, 72, 79–93, 114–119, 129
Aufklärungspflicht 141 f., 148
(Aus-)Differenzierung 64 f., 75, 91, 179, 205, 215
Auslegung
– des Gesetzes 3 f., 5 f., 12, 19 f., 21 f., 33, 68, 77, 114, 118, 127 f., 156, 175, 190 f., 194, 197 f., 211, 216, 250–253, 256–258
– des Testaments 178, 181
– des Vertrags 3, 13, 114, 126, 161, 178, 200, 216–247, 266–269
Auslegungsfehler 13
Autonomie 26, 38 f., 48 f., 55 f., 61, 67 f., 72–79, 83 f., 85, 96 f., 125, 177 f., 198 f., 223, 226–228, 232, 235, 261 f.
- Bedürftigentestament 185 f.
Behindertentestament 185 f., 187
Bentham, Jeremy 41 f.
Beratungsfehler 142
Berufsfreiheit 176
Berufspflichten 176 f.
Bewegliches System 33, 193 f.
Binnenmarkt 4, 59 f., 65 f., 248, 268 f.
- Brautgeldabrede 162 f., 170
Bürgerschaft 15, 18, 148–152, 158, 205
Bydlinski, Franz 27, 30, 68, 193, 224, 226
Cassirer, Ernst 79, 86, 96, 112, 129
Coase, Ronald 42, 228
Code civil 137
Critical Legal Studies 194 f.
- Darlehensvertrag 136–142, 149, 157 f.
Dauerschuldverhältnis 142, 153, 242
DCFR (Gemeinsamer Referenzrahmen)
21, 33 f., 46, 212, 247, 250, 260–267
Demokratie(-prinzip) 10, 64 f., 70, 74
Diskurstheorie 70–79, 124, 192, 198
Dispositives Recht (Dispositionsfreiheit)
129, 190, 237 f.
Dworkin, Ronald 32, 39, 74 f., 79, 92, 114
- Ebenbürtigkeitsklausel 15, 179 f.
Effizienz 21, 33 f., 40–46, 123, 228 f., 246
Eheschließungsfreiheit 6, 162, 171, 178 f.
Ehevertrag 15, 163–167, 208
Einheit und Folgerichtigkeit 9 f., 21
Ent-Substantialisierung 83 f.
Entwicklung 21 f., 30, 38 f., 48, 61–64, 73 f., 79, 93–96, 100–125, 131 f., 217, 236, 240, 246
Erblasser 177–180, 216
(Erkenntnis-)Vorrang
– der Effizienz 40, 279
– des gesetzlichen Rechts 238 f.
– der intersubjektiven
Normenbegründung 75 f., 93
– der Nacherfüllung 233 f.
– des Privatrechts 13, 18
– der (verteilenden) Gerechtigkeit 47 f.
Ersatzmutterchaft 173

- Ethik
 – des Rechts 194
 – nach Aristoteles 60 f.
 – nach Kant 82 f., 86 f.
 – (Ethik-)Richtlinien 171
 Evolution 63 f., 109 f.
- Fichte, Johann Gottlieb* 79–82, 89 f., 94 f., 97 f., 103–105, 111, 113 f.
- Flume, Werner* 1, 9, 170, 220, 237, 239
 Formgebung 17 f., 96, 130, 198, 232
 Freiheit s.a. Autonomie, Grundfreiheiten,
 Vertragsfreiheit, Selbstbestimmung,
 Selbstgesetzgebung
 Freiheitsrecht, angeborenes 97 f., 99, 101,
 110 f., 119
 Freizügigkeit 182
- Gegenleistung, Missverhältnis der 6, 133–
 162, 199–205, 275 f.
- Gelegenheitsdarlehen 141
 Geliebtestament 182–184
 Generalklausel 12, 14, 38 f., 133 f., 197–201
 Gerechtigkeit
 – ausgleichende 48, 51 ff., 60 f., 123, 144,
 200
 – austauschende 51, 60 f.
 – verteilende 48, 52, 58–61, 123
 Gesamtwürdigung 133, 141, 160 f., 166,
 190, 195 f., 205
 Geschäftsbedingungen, Allgemeine 6,
 243
 Geschäftsgrundlage, Störung der 6, 53,
 162, 221, 245 f.
 Gesellschaftsrecht 190 f.
 Gesellschaftsvertrag
 – privatrechtlich 150, 153–156, 161, 169,
 205
 – staatsbegründend 84 f., 102, 113
 Gesinnung, verwerfliche 133, 135–140,
 143–145, 149 f., 150–160, 184, 194–196,
 202–207
 Gewährleistung 14, 248 f.
 Gleichheit 16
 Governance 46, 231
 Grundfreiheiten 4, 248 f., 268
 Grundlagen, normative 24–35, 79 f., 100 f.,
 109, 114–117, 122, 124 f., 128, 271 f.
- Grundprinzipien, einzelner
 Regelungsbereiche 190 f.
 Grundrechte 10–19, 52, 74–77, 112, 121,
 154, 180, 189, 202
 Grundstückskaufvertrag 136, 138 f., 159
- Habermas, Jürgen* 5, 70–76, 78–80, 97,
 198
 Handelsbrauch 237
 Handelsrecht 8, 41
 Handlungshoheit
 – individuelle 2 f., 79, 93, 97–101, 109,
 114–118, 120–126, 137, 152, 160–161,
 170, 175, 177, 187, 189, 198 f., 204 f., 216,
 222 f., 227, 261–269, 274, 277
 – interaktive 2 f., 82, 89, 93 f., 96, 100 f.,
 109, 114–118, 120–126, 189, 223 f., 226 f.,
 232–236, 240, 244, 246 f., 260, 268 f.,
 273–278
 – kollektive 2 f., 118, 170, 175, 177, 181 f.,
 198 f., 215 f., 222 f., 230–232, 241, 260,
 274 f., 277 f.
- Harmonisierung 65, 248
Hayek, Friedrich August v. 120
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 81 f.,
 90 f., 94–96, 98 f., 106–109, 112 f.
Hobbes, Thomas 83–85, 104, 119
 Homo oeconomicus 44–46
- Informationsdefizit 44 f.
 Informationspflicht 142, 147, 155, 250, 269
 Inhaltskontrolle 13, 18, 20, 75, 134, 137,
 164, 177 f., 187, 263–265
 Insolvenz 152
 Interessenausgleich 14–20, 223–225,
 229 f., 232, 235
- Jhering, Rudolph v.* 119, 224
- Kaldor-Hicks-Kriterium 43
Kant, Immanuel 80 f., 87–89, 93 f., 97 f.,
 101 f., 109–111
 Kaufvertrag
 – Internet 139 f.
 – über Grundstücke 138 f., 159, 207
 – über Sachen 138, 159, 207, 245 f.
 Kindeswohl 165 f., 172 f.
 Kommerzialisierungsverbot 175, 178, 193

- Kommunikation 62 f., 71 f., 123
 Komplexität 234, 237
 Konsens
 – gesellschaftlicher 13, 73
 – vertraglicher 188, 202, 233 f.
 Konsistenz und Kohärenz 19, 28, 32, 80
 Konstitutionalisierung 269
 Koordination 9, 93, 96, 234, 274
 Kreditsicherung 142, 158–160, 166, 196 f.
 Kriterien
 – normative 39, 41, 61, 126
 – der Sittenwidrigkeit 133, 137–142, 126 f., 153, 160–162, 183, 187, 190, 193, 195, 197, 199 ff., 213 f., 215
 – des Verfassungsrechts 13–16, 18 f.
 – der Vertragsauslegung 219–222, 225 f., 230–242, 245 f.
 Kündigung 153 f., 235, 241–245

 Laesio enormis 6, 134, 137, 226
 Legitimation 11, 65, 68, 70, 73 f., 76, 102, 109, 152, 208
 Leihmutterchaftsvertrag 171–175
 Leitbild 44 f., 75, 190, 197
Locke, John 83 f.
 Lücke (Lückenfüllung) 236 f., 240 f., 254
Luhmann, Niklas 62–65, 123, 198

 Marktwert 134 f., 137 f., 140, 148, 158, 163
 Materialisierung 5–22, 34 f., 37 f., 59 f., 71, 100, 116, 127 f., 161 f., 240, 271 f.
 Menschenwürde 162, 169 f., 173
 Metaphysik (metaphysisch) 50–56, 60 f., 72, 80 f., 83–88, 101, 123, 200, 230
 Mietrecht(-vertrag) 58 f., 143–146, 153 f., 208
 Missbrauch
 – der Marktmacht 196
 – der Vertragsfreiheit 128, 130 f., 263, 265
 Missbrauchskontrolle (Treu und Glauben) 139, 154, 216, 220–224, 236, 245, 267
 Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung 133 f., 138 f., 140, 145, 149, 158, 161 f., 200 f., 205 f.

 Nacherfüllung 127, 233, 251–258, 275
 Naturrecht 89 f., 111–114, 118, 273
 Nichtigkeit 129, 143, 165, 177, 209, 240

 Normativität 77 f., 79 f.
 Normenbegründung 24 f., 28–30, 64, 70 f., 73, 75 f., 77, 79, 81, 87, 93, 99, 104, 114 f., 121 f., 124, 129, 160, 173, 190, 232 f.
 Nutzen 44, 46 f.
 Nutzenvergleich 42 f., 46 f., 229

 Ökonomische Analyse (Theorie) des Rechts 19, 23, 33 f., 40–46, 50, 105, 117, 121, 123 f., 228 f., 235, 241–243, 260, 267, 272
 Ordre public 222
 Organhandel 171, 173, 175 f.

 Pacta sunt servanda (Vertragsbindung) 8 f., 17, 22, 31, 35 f., 39 f., 46, 70 f., 75–79, 121 f., 152–154, 233 f., 277
 Paradoxie 33, 110, 231 f.
 Parteiwille
 – hypothetischer 236–240, 242 f., 267
 – tatsächlicher 121 f., 221 f., 226–236
 Paternalismus 39, 44, 46
 Peep-Shows 169
 Persönlichkeitsrecht 8, 26, 57 f., 101 f., 103, 120, 167, 169, 171 f.
 Pflichtteilsrecht 177 f.
 Potestativbedingung 15, 178 f., 180 f.
 Präferenz 42, 44 f., 235 f., 273
 Prinzipien
 – rechtsgebietspezifische 138 f., 141 f., 161, 170, 175, 187 f., 192, 201 f., 226, 235, 275
 – rechtsgeschäftsspezifische 137 f., 142, 153 f., 161 f., 187 f., 226, 236, 275
 Privatautonomie 1, 5–7, 11, 14, 16, 19 f., 58, 76 f., 130 f., 157, 178, 186, 198, 233 f., 150, 263 f.
 Prostitution 167–170, 183
 Provision 141 f., 171, 174 f., 276

 Ratenkredit 140 f., 213
Rawls, John 44, 71, 79, 92, 113 f., 273
 Rechte, subjektive 43 f., 46 f., 66, 78 f., 85 f., 97–99, 112, 125
 Rechtsfortbildung 21 f., 68, 192
 Rechtsgeschäftslehre 224, 236
 Rechtsidee 79 f., 93–99, 109–118, 120 f., 124 f.

- Rechtsordnung
 – positive 52, 109 f., 114 f., 116–118
 – provisorische 102–104
 Rechtspositivismus 24 f., 30 f., 109, 113 f., 118
 Rechtssicherheit 30, 38, 59 f., 221 f., 254 f., 269
 Rechtsstaat 10 f., 27 f., 51, 67, 73, 76, 79 f., 117, 124 f., 134, 181, 184, 198, 226 f.
 Rechtswahl 249
 Rechts- und Wirtschaftsmoral, (herrschende) 197 f., 224, 226, 235
 Restschuldersicherung 141 f.
 Rezeptionsfunktion 69 f.
 Richter (richterliche Macht) 12 f., 30, 38 f., 68, 74, 124, 128, 131 f., 134 f., 145, 168 f., 183–185, 189–193, 196, 198, 239–241, 267
 Richtigkeit, Vermutung der 191 f., 217 f.
 Risiko(-verteilung) 58, 65, 139, 146–148, 225, 241–247, 260 f., 277
 Rückwirkende Sittenwidrigkeit 214 f.
- Sandhaufen-Theorem 33, 194
Savigny, Friedrich Carl v. 1, 24–27, 60, 113, 116, 118 f., 121, 129
 Scheidungsfolgenvereinbarung 163–165, 170, 189, 190
 Schutzzweck 8
 Schwangerschaftsverhütungsvertrag 169, 171 f., 175, 276
 Selbstbestimmung 7–10, 13–17, 35 f., 39, 56, 61, 65, 68, 72, 79–88, 92 f., 100, 107, 119, 124, 163, 167, 169, 173, 176, 180, 222, 273
 Selbstgesetzgebung 71–74, 76, 79, 85, 120, 273
 Sicherheit 21, 33 f., 75, 81, 84, 104, 108, 264
 Sittenwidrigkeit
 – rechtsgebietsspezifische Kriterien bzw. Anpassungen 138, 141, 161, 170, 175, 187, 192, 201, 235 f., 275
 – rechtsgeschäftsspezifische Kriterien bzw. Anpassungen 137, 142, 161, 187 f., 226, 238, 275
 – Vermutung des subjektiven Elements 135–139, 145, 149 f., 152, 160 f., 166, 191, 204, 206, 217
- Widerlegung der Vermutung 129, 136 f., 150, 152, 161, 209
 Sorge, elterliche 57, 149, 164 f., 184, 186, 209
 Souveränität 84, 109
 Sozialstaatsprinzip 14, 17
 Spekulationsgeschäft 134, 148, 210
 Staatsrecht 109–111, 178–181
 Standesrecht 175 f., 178
 Strafrecht(-normen) 11, 129, 132, 144, 157, 174, 205
 Subsidiarität 185–187, 248
 Suizidassistentz 173–175
 Summenwirkung 33, 194
 Swap-Vertrag 147 f.
 System
 – bewegliches 33 f., 193
 – soziales 63 f.
 Systematisierung(-sprobleme) 19, 32 f., 77, 128, 189 f., 223, 271
 Systemtheorie 62–68, 123 f., 198 f., 231 f., 273
- Telefonsexdienstleistungen 168 f.
 Terminoptionsgeschäft 142, 147 f.
 Testament (letztwillige Verfügung) 177–187, 189, 202, 214–216, 219 f., 227, 276
 Testierfreiheit 169, 177–182, 185 f., 188
 Theorieangebote 2 f., 20 f., 33 f., 117 f., 121 f., 125, 127, 226, 228, 259, 271 f., 273–275
 Theoriebedarf 2, 19–22, 32–34, 116, 122, 271
 Theoriwahl 23, 30–33, 120–124, 232–235, 241, 247
 Titelhandel 174 f.
 Tradition 24–28, 35, 50, 54–56, 60, 72, 80, 83, 86, 113, 129 f., 134, 137, 181, 218, 242, 265, 272
 Transaktionskosten 43 f., 228 f.
 Treu und Glauben s.a.
 Missbrauchskontrolle
 Typen/Typisierung 20, 49, 65 f., 102, 106 f., 112, 122, 137, 144, 154, 185, 190, 195–197, 201, 212, 222, 234, 227, 229, 234, 238 f., 241 f., 245 f., 262, 265, 268 f., 275

- Übermaßverbot 15 f.
Ulpian 92, 223
 Umstände 34 f., 39, 52 f., 55, 58, 61, 82, 92,
 94 f., 103, 105 f., 115, 122, 126, 134 f.,
 138, 140, 143, 145 f., 154 f., 159, 161, 176,
 178, 184, 187, 195 f., 200–203, 217 f.,
 220 f., 226–235, 246, 256 f., 266
 Ungleichgewicht 14, 18, 20, 75
 Untermaßverbot 11, 127
 Unwirksamkeit 15, 153 f., 159, 171, 180,
 215, 240 f., 243
 Unrecht 81, 89 f., 97–99, 103–105, 119
- Vaterschaftsanfechtung 173
 Verbraucher(-schutz) 7 f., 16, 20–22, 46,
 53, 59, 65–67, 75, 136, 140, 148, 209,
 243 f., 251–269
 Verhandlung 14, 163, 165 f., 208, 212, 217,
 228 f., 265
 Verhandlungsposition, ungleiche 165 f.,
 208
 Verjährung 158, 256
 Verkehrsschutz 219–221, 259 f.
 Verkehrsüblichkeit 137, 146, 232, 237,
 239 f.
 Verlöbnis 162
 Vernunft
 – (allgemein) 2–5, 35 f., 49 f., 54, 68,
 70–74, 87, 116 f., 176, 192, 210–212
 – kommunikative 70–74
 – vertragliche 117–126, 197 f., 232 f.,
 236–241, 268 f.
 Vernunftrecht 72 f., 79–113
 Versprechen 35–39, 41, 77, 102, 122 f., 171,
 174, 208, 227, 267 f., 272
 Vertragsbruch 229, 241
 Vertragsfreiheit 7 f., 11, 13–20, 31, 37, 43,
 46, 48, 50, 52 f., 58 f., 60, 68 f., 75–77, 79,
 116, 126, 127 f., 130, 147 f., 153 f., 160 f.,
 163, 188, 198, 200, 226–236, 247, 264 f.,
 269, 271, 273, 277
 Vertragsparität 15, 152, 161, 165 f., 200, 208
 Vertragstyp 102, 137, 154, 237, 239, 242,
 245
 Vertragszweck 123, 236–239, 242, 247
 Vertrauensschutz 3, 178, 181, 221, 223–225,
 279
 Vorgaben,
 – normative 116 f., 186, 228
 – verfassungsrechtliche 7, 10, 20 f., 121,
 155, 160, 166, 175 f., 178 f., 187, 189, 198
- Weber, Max* 50, 61 f., 68 f.
 Werbeverbot 177 f.
 Werte(-ordnung) 11, 43, 48, 50, 60, 84 f.,
 134, 136 f., 142, 144, 159, 190, 201, 238,
 254, 258, 262 f., 264, 274
 Wertungsjurisprudenz 9 f.
Westermann, Harry 196
 Wettbewerb 25, 68, 262
 Wettbewerbsverbot 155 f., 190, 248
 Widerruf 21, 28, 66, 263
 Willensfreiheit 55, 86–91, 107, 115, 273
 Willensmängel s.a. Anfechtung
 Willenstheorie 7, 121, 129, 217 f., 223, 266
Windscheid, Bernhard 119, 121
 Wirtschaftsrecht 50, 68 f., 190
- Zugewinnausgleich 164 f.
 Zustimmung 8 f., 11, 22, 36, 69, 102–104,
 109, 113, 216, 227, 277
 Zweck
 – der Gesellschaft 53–55, 61 f., 63, 70 f., 76,
 80, 88, 91, 93 f., 106, 108, 111
 – der Norm 2, 8, 28, 34, 69, 128–130, 132,
 145, 151, 158
 – des Vertrags 10, 17, 23, 40 f., 49–55, 122,
 123, 162, 166, 178, 181 f., 223 f., 237 f.