

STEFAN ARNOLD

Vertrag und Verteilung

Jus Privatum

182

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 182



Stefan Arnold

Vertrag und Verteilung

Die Bedeutung der *iustitia distributiva*
im Vertragsrecht

Mohr Siebeck

Stefan Arnold, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaften in Erlangen und Cambridge; 2007 Promotion; 2013 Habilitation; seit 2013 akad. Oberrat a.Z. am Institut für Internationales Recht – Rechtsvergleichung der LMU München; WS 2013/14 Lehrstuhlvertretung an der Universität Regensburg (Professur für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Zivilprozessrecht).

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-153036-4

ISBN 978-3-16-152986-3

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts 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 Textservice Zink in Schwarzach aus der Garamond Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit lag im Wintersemester 2012/2013 der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift vor. Für die Drucklegung wurde sie auf den Stand von Februar 2014 gebracht.

Mein Dank gilt in erster Linie meinem verehrten akademischen Lehrer, Prof. Dr. Stephan Lorenz für seine Unterstützung und sein Vorbild. Danken möchte ich auch den weiteren Mitgliedern des Fachmentorats, Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit sowie Prof. Dr. jur. Dr. phil. Dr. h.c. Alfons Bürge, der das Zweitgutachten erstellt und die Arbeit schon in ihrer Entstehung durch wertvolle Anregungen begleitet hat. Prof. em. Dr. jur. Dr. jur. h.c. mult. Bernd Schünemann danke ich für ein ergänzendes Gutachten und Ratschläge zum rechtsphilosophischen Teil der Arbeit.

Dank schulde ich auch dem viel zu früh verstorbenen Prof. Dr. Hannes Unberath, der die Arbeit in vielerlei Hinsicht gefördert hat. Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris danke ich für wertvolle Hinweise im Nachgang zu einem Vortrag, den ich an der Bayerischen Akademie der Wissenschaften gehalten habe. Prof. Dr. Brigitta Lurger danke ich dafür, dass sie mir ihre ungekürzte Grazer Habilitationsschrift zukommen ließ. Franz-Alois Fischer danke ich für die Korrektur der Arbeit, stete Gesprächsbereitschaft und unschätzbare Anregungen. Veronika Eichhorn, Alexandra Martens, Nicolai Thum und Susanne Zwirlein danke ich für die Korrektur von Teilen der Arbeit.

Ferner danke ich der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, die mich mit meinem Habilitationsprojekt in ihr Junges Kolleg aufgenommen und die Arbeit in vielerlei Hinsicht gefördert hat. Der VG Wort danke ich für ihre Unterstützung der Drucklegung.

Für ihr Vertrauen und ihre Begleitung gilt größter Dank meiner Familie, vor allem meiner Frau Katrin Arnold und unseren Töchtern Marlene und Franziska.

München, im März 2014

Stefan Arnold

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
§ 1 Einführung	1
§ 2 Rechtsphilosophische Grundlegung	5
A. Ziele des Vertragsrechts	5
B. Gerechtigkeit als Idee des Vertragsrechts	11
C. Die Entdeckung der Grundstruktur der <i>iustitia distributiva</i> in der Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles	26
D. Das <i>bonum commune</i> und der gemeinsame Vertragszweck in der Gerechtigkeitslehre des Thomas von Aquin	55
E. <i>Iustitia distributiva</i> in Form sozialer Gerechtigkeit	66
F. Zum Bedeutungswandel des Begriffs der <i>iustitia distributiva</i> und zur Leistungsfähigkeit ihres Konzepts	92
G. Das Verhältnis der <i>iustitia distributiva</i> zum öffentlichen und zum privaten Recht	99
H. Die <i>iustitia distributiva</i> als Ausprägung der Gerechtigkeits- idee im Vertragsrecht und in ihrem Verhältnis zur <i>iustitia</i> <i>commutativa</i>	135
§ 3 Das Verhältnis der <i>iustitia distributiva</i> zum Grundsatz der Vertragsfreiheit	191
A. Einführung	191
B. Historische Entwicklung der Vertragsfreiheit	192
C. Verfassung und Vertragsfreiheit	200
D. Formales versus materiales Verständnis der Vertragsfreiheit in ihrem jeweiligen Verhältnis zur <i>iustitia distributiva</i>	226
E. Das Postulat der Vertragsfreiheit	259
§ 4 Das Vertragsrecht als Instrument zur Implementierung der <i>iustitia distributiva</i>	263
A. Vertragsrecht als <i>pure procedural justice</i> ?	264

B. Eignung des Vertragsrechts zur Konkretisierung der <i>iustitia distributiva</i>	268
C. Das Verteilungsverfahren im Vertragsrecht	285
§ 5 Konkretisierungen der <i>iustitia distributiva</i> im positiven Vertragsrecht	297
A. Paternalismus, Schwächerenschutz, menschliche Grundbedürfnisse	297
B. Verhaltenssteuerung und Prävention	391
C. Soziale Gerechtigkeit und Umverteilung	406
D. Allgemeinwohlbelange	409
E. Interessen- und Risikogemeinschaften	432
§ 6 Zusammenfassung	439
Literaturverzeichnis	447
Namensregister	481
Stichwortverzeichnis	483

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
§ 1 Einführung	1
§ 2 Rechtsphilosophische Grundlegung	5
A. Ziele des Vertragsrechts	5
B. Gerechtigkeit als Idee des Vertragsrechts	11
I. Gerechtigkeit als objektive Rechtsidee	11
II. Gerechtigkeit als Idee des Vertragsrechts	15
1. <i>Flume, von Hayek</i> und die vermeintliche Sinnlosigkeit der Frage nach der Gerechtigkeit im Vertragsrecht	16
2. <i>Canaris</i> und die Gerechtigkeit des rechtlichen Gesamtsystems unter Einbeziehung des Vertragsrechts	17
a) Zur Bedeutung der Fragestellung nach der Gerechtigkeit des rechtlichen Gesamtsystems	17
b) Vertragsrechtsordnung und <i>iustitia commutativa</i>	19
c) Vertragsrechtsordnung und <i>iustitia distributiva</i>	20
d) Zur Relativierung der Gerechtigkeitsfrage	22
3. Zwischenbemerkung	24
C. Die Entdeckung der Grundstruktur der <i>iustitia distributiva</i> in der Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles	26
I. Der Kontext der aristotelischen Gerechtigkeitslehre	26
II. Gerechtigkeit als Tugend	27
III. Die zwei Grundformen der Gerechtigkeit bei <i>Aristoteles</i>	28
1. Zur universalen Gerechtigkeit	29
2. Zur Partikulargerechtigkeit	32
IV. <i>Iustitia distributiva</i> und <i>iustitia commutativa</i> als die beiden Formen der Partikulargerechtigkeit	32
1. Übersicht über die Unterscheidung der Gerechtigkeitsformen	32

2. Einheitlichkeit der Grundlage in der menschlichen Natur	35
3. Die unterschiedlichen Strukturen von <i>iustitia distributiva</i> und <i>iustitia commutativa</i>	36
a) Die <i>iustitia distributiva</i> als Gerechtigkeit der relativen Gleichheit nach geometrischer Proportion	37
b) Der politische Charakter der <i>iustitia distributiva</i>	38
c) Die <i>iustitia commutativa</i> als Gerechtigkeit der absoluten Gleichheit nach arithmetischer Proportion	41
d) Der politische Charakter der <i>iustitia commutativa</i>	43
V. Zur Vergeltungsgerechtigkeit bei <i>Aristoteles</i>	45
VI. Zum Nutzen der aristotelischen Gerechtigkeitslehre für die heutige Vertragstheorie	47
1. Widerspruch der Marginalisierung der Bedeutung der Verteilungsgerechtigkeit im Vertragsrecht zur aristotelischen Gerechtigkeitslehre	47
2. Form und Inhalt der Gerechtigkeitslehre	48
3. Unmöglichkeit einer strikten Trennung von Form und Inhalt	50
D. Das <i>bonum commune</i> und der gemeinsame Vertragszweck in der Gerechtigkeitslehre des Thomas von Aquin	55
I. Das <i>bonum commune</i> als Zentralbegriff der <i>Thomas'schen</i> Gerechtigkeitslehre	55
II. Gerechtigkeit als Tugend	57
III. Universalgerechtigkeit	58
IV. <i>Iustitia distributiva</i> und <i>iustitia commutativa</i> als Erscheinungsformen der Partikulargerechtigkeit	59
V. Der politische Charakter der <i>iustitia distributiva</i> bei <i>Thomas von Aquin</i>	61
VI. Die Weiterentwicklung der <i>iustitia commutativa</i> bei <i>Thomas von Aquin</i> : Die Entdeckung des gemeinsamen Vertragszwecks	62
VII. Zu der Entwicklung nach <i>Thomas von Aquin</i> in der spätscholastischen Literatur	65
E. <i>Iustitia distributiva</i> in Form sozialer Gerechtigkeit	66
I. Soziale Gerechtigkeit in <i>Rawls'</i> Gerechtigkeitstheorie	67
II. Soziale Gerechtigkeit als Teil der objektiven Rechtsidee	71
1. Vorzüge sozialer Gerechtigkeit	73

2. Zu einigen Einwänden gegen die Anerkennung sozialer Gerechtigkeit als Teil der Rechtsidee	74
III. Die Funktion des Vertragsrechts und die Bedeutung der <i>iustitia distributiva</i> im Vertragsrecht eines <i>Rawls'schen</i> Staates	78
1. Das Vertragsrecht als Teil der <i>basic structure</i> ? – Teil 1: Eine Exegese	78
2. Das Vertragsrecht als Teil der <i>basic structure</i> ? – Teil 2: Eine funktionale Analyse	86
3. Das Vertragsrecht im System der gesamten <i>basic structure</i>	90
F. Zum Bedeutungswandel des Begriffs der <i>iustitia distributiva</i> und zur Leistungsfähigkeit ihres Konzepts	92
G. Das Verhältnis der <i>iustitia distributiva</i> zum öffentlichen und zum privaten Recht	99
I. Die These von der Verteilungsgerechtigkeit als Gerechtigkeitsform des öffentlichen Rechts	99
II. Die Wurzeln der Trennung der öffentlichen von der privaten Sphäre	103
1. Die freiheitliche Philosophie der Aufklärung als Wurzel der Trennungsthese	103
2. Markttheoretische Wurzeln der Trennungsthese	104
3. Konsequenzen für das Vertragsrecht	107
III. Die Grenzen der Trennungsthese und deren Konsequenzen für die Formen der Gerechtigkeit	108
1. Zum Stellenwert der Kritik an der Unterscheidung des öffentlichen vom privaten Recht	108
2. Die Überordnung des Staates und die Funktion staatlicher Gewalt in der öffentlichen Sphäre als Grundlage der Trennungsthese	109
3. Die US-amerikanische Rechtsprechung zur Vertrags- freiheit als Anlass der Kritik der herkömmlichen Sichtweise	110
4. Der analytische Charakter der Kritik	111
5. Die <i>Hohfeld'sche</i> Analyse rechtlicher Beziehungen als Ausgangspunkt der Kritik	112
6. Zur Unmöglichkeit hoheitlicher Eingriffe in abstrakte Freiheitsrechte „als solche“	115
7. Mechanismen privater und öffentlicher Gewalt in der Privatrechtsgesellschaft	117

a) <i>Hale</i> und die durch Vertrag und Eigentum begründeten Zwangselemente der privaten Sphäre	118
b) Zur analytischen Natur der Kritik	119
c) Private und öffentliche Zwangsmechanismen	120
d) Zur Unvermeidbarkeit der zwangsgeprägten Verteilung in der Privatrechtsgesellschaft	122
e) Die Widerlegung des Einwands der Trivialität	123
IV. Zur Ablösung der Dichotomie öffentlich-privat durch ein Modell der Polykontextualität	125
V. Die Trennung des öffentlichen vom privaten Recht als rechtspolitisches Gebot	130
1. Zur strukturellen Ordnungsaufgabe der Trennung des öffentlichen vom privaten Recht	131
2. Zur inhaltlichen Ordnungsaufgabe der Trennung des öffentlichen vom privaten Recht	132
VI. Zwischenergebnis	134
H. <i>Die iustitia distributiva als Ausprägung der Gerechtigkeitsidee im Vertragsrecht und in ihrem Verhältnis zur iustitia commutativa</i>	135
I. Die Bedeutung des Verhältnisses der <i>iustitia distributiva</i> zur <i>iustitia commutativa</i>	135
II. Zum Begriff des Vertragsrechts	136
III. Zur Unterscheidung der <i>iustitia distributiva</i> von der <i>iustitia commutativa</i>	137
1. Keine Unterscheidbarkeit nach der Art des Verhältnisses der beteiligten Personen – Hierarchie versus Gleichordnung	137
2. Vertragsfremdheit – Vertragsimmanenz	139
a) Zur Unbestimmtheit der Begriffe Vertragsfremdheit und Vertragsimmanenz	140
b) Zum rechtspolitischen Charakter der Unterscheidung von Vertragsfremdheit und Vertragsimmanenz	141
c) Zur erkenntnistheoretischen Unmöglichkeit der Beschränkung der Perspektive auf vertragsimmanente Kriterien	143
3. Zur „Ansehung der Person“	143
a) Die Frage nach der Ansehung der Person als Abgrenzungsmerkmal zwischen <i>iustitia distributiva</i> und <i>iustitia commutativa</i>	143
b) Zur Unbestimmtheit der Frage nach der Ansehung der Person	145

c) Prozedurales Gerechtigkeitsmodell zur Fiktion faktischer Gleichheit	147
d) Erkenntnistheoretische Grenzen des prozeduralen Gerechtigkeitsmodells	149
4. <i>Iustitia distributiva</i> und <i>iustitia commutativa</i> als Perspektiven der Gerechtigkeitsidee im Vertragsrecht . . .	153
a) Charakteristika der <i>iustitia commutativa</i>	153
b) Charakteristika der <i>iustitia distributiva</i>	156
c) Beispiele für die Perspektive der <i>iustitia distributiva</i> . . .	158
aa) Verhaltenssteuerung	158
bb) Paternalismus und Schwächerenschutz	158
cc) Soziale Gerechtigkeit und Umverteilung	160
dd) Allgemeinwohlbelange	160
d) <i>Iustitia distributiva</i> durch dispositives Vertragsrecht?	161
e) Vorzüge der <i>iustitia distributiva</i> , Vorzüge der <i>iustitia</i> <i>commutativa</i>	167
5. Das Verhältnis der <i>iustitia distributiva</i> zur <i>iustitia</i> <i>commutativa</i>	169
a) Zur Notwendigkeit, über die formal verstandene Grundstruktur der <i>iustitia distributiva</i> hinauszugehen . . .	169
b) Der erkenntnistheoretische Vorrang der <i>iustitia</i> <i>distributiva</i>	172
c) Das normative Verhältnis zwischen <i>iustitia</i> <i>distributiva</i> und <i>iustitia commutativa</i>	175
aa) Die These vom normativen Vorrang der <i>iustitia</i> <i>distributiva</i> gegenüber der <i>iustitia commutativa</i> . . .	176
bb) Die These vom normativen Vorrang der <i>iustitia</i> <i>commutativa</i> gegenüber der <i>iustitia distributiva</i> . . .	181
cc) Die normative Gleichrangigkeit von <i>iustitia</i> <i>distributiva</i> und <i>iustitia commutativa</i>	186
§ 3 Das Verhältnis der <i>iustitia distributiva</i> zum Grundsatz der Vertragsfreiheit	191
A. Einführung	191
B. Historische Entwicklung der Vertragsfreiheit	192
C. Verfassung und Vertragsfreiheit	200
I. Dogmatische Verortung der Vertragsfreiheit im Grundgesetz	201
II. Dimensionen des verfassungsrechtlichen Schutzes	205
1. Status negativus	205

2. Status positivus	206
3. Institutsgarantie	207
4. Adressaten der verfassungsrechtlichen Bindung	208
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung bei Eingriffen in die Vertragsfreiheit	209
1. Allgemeines	209
2. Das Sozialstaatsprinzip als verfassungsrechtliche Schranke der Vertragsfreiheit	211
a) Das Sozialstaatsprinzip im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland	211
b) Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Primärrecht	212
c) Soziale Gerechtigkeit als notwendiges Ziel der positiven Rechtsordnung	213
d) Die historische Bedingtheit inhaltlicher Konkretisierungen des Sozialstaatsprinzips	214
e) Zu <i>Neuners</i> Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips	215
f) Konturen des Sozialstaatsprinzips als Grenze der Vertragsfreiheit	216
3. Formales versus materielles Verständnis der verfassungs- rechtlichen Schranken der Vertragsfreiheit	218
4. Grundrechtliches Schutzgebot	219
5. Verfassungsrechtliche Maßstäbe zur Lösung der Fälle gestörter Vertragsparität	223
<i>D. Formales versus materiales Verständnis der Vertragsfreiheit in ihrem jeweiligen Verhältnis zur iustitia distributiva</i>	<i>226</i>
I. Die klassische Konzeption der Vertragsfreiheit als weitgehend formal verstandenes Institut zur Sicherung formaler Freiheit	227
1. Abstraktion als Kennzeichen formaler Konzepte	228
2. Vertragsfreiheit als private Selbstgesetzgebung durch Verträge	229
3. Staat und Recht in einem durch die Privatautonomie beherrschten Vertragsrecht	230
4. Der bipolare Austauschvertrag als Paradigma der Vertragsfreiheit	231
5. Formale Freiheit als Idee des Vertragsrechts	232
6. Funktionserhaltung durch Verfahren im Einklang mit prozeduralen Gerechtigkeitstheorien	233
II. Materialisierung der Vertragsfreiheit	236

1. Materialisierung als Ausprägung der <i>iustitia commutativa</i>	240
2. Konkretisierung als Kennzeichen materialer Konzepte	241
3. Vertragsfreiheit als Funktionselement objektiver Gerechtigkeit	244
4. Grenzen der Vertragsfreiheit	245
a) Grenzen des Freiheitsbegriffs	246
b) Die Brüchigkeit des bipolaren Paradigmas: Vertragsfreiheit und Drittinteressen	248
c) Die Brüchigkeit des Autonomiebegriffs: Entscheidungsfreiheit und Determinismus in den Neurowissenschaften	249
d) Grenzen der Selbstregulierungsfähigkeit durch Vertragsfreiheit	252
5. Staat und Recht in einer material geprägten Vertragsordnung	253
6. Verallgemeinerung als Paradigma material verstandener Vertragsfreiheit	255
7. Materialisierung prozeduraler Grenzen	255
8. Sozialisierung des Vertragsrechts?	258
<i>E. Das Postulat der Vertragsfreiheit</i>	259
§ 4 Das Vertragsrecht als Instrument zur Implementierung der <i>iustitia distributiva</i>	263
A. <i>Vertragsrecht als pure procedural justice?</i>	264
I. <i>Pure procedural justice</i> im Vertragsrecht in Analogie zu Rawls' Gerechtigkeitstheorie	264
II. Zwingende Geltung der <i>perfect procedural justice</i> im Vertragsrecht?	266
B. <i>Eignung des Vertragsrechts zur Konkretisierung der iustitia distributiva</i>	268
I. Vorzüge des Vertragsrechts als Medium der <i>iustitia distributiva</i>	268
II. <i>Iustitia distributiva</i> durch dispositives Vertragsrecht?	270
III. Zur Notwendigkeit der Differenzierung nach verschiedenen Aspekten der <i>iustitia distributiva</i> im Vertragsrecht	272
IV. Das Vertragsrecht als Instrument sozialstaatlicher Vermögensumschichtung	272
1. Effizienzverluste	274
2. Effektivitätseinbußen	276

3. Unerwünschte Regulierungswirkungen	277
4. Präzisionsdefizite	278
5. Fazit	279
V. Verhaltenssteuerung, Prävention	280
VI. Paternalismus und Schwächerenschutz	282
VII. Berücksichtigung von Interessen- oder Risikogemeinschaften	284
VIII. Gemeinwohlinteressen	284
C. <i>Das Verteilungsverfahren im Vertragsrecht</i>	285
I. Verteilende Instanz	286
1. Gesetzgeber	286
2. Richter	286
3. Der Schatten des Rechts	287
II. Verteilungsgegenstände und die von der Verteilung betroffenen Privatrechtssubjekte	288
III. Verteilungsmaßstäbe	289
1. Verteilungsmaßstäbe in der Verfassung	289
2. Verteilungsmaßstäbe in den gesetzlichen Regeln des Vertragsrechts	290
3. Sonstige Verteilungsmaßstäbe, insbesondere nach freier Entscheidung des Richters?	290
4. Zur Bedeutung privatrechtlicher Dogmatik	294
§ 5 Konkretisierungen der <i>iusiustitia distributiva</i> im positiven Vertragsrecht	297
A. <i>Paternalismus, Schwächerenschutz, menschliche Grundbedürfnisse</i>	297
I. Allgemeine Überlegungen	297
II. Mieterschutzvorschriften	299
1. Das soziale Mietrecht als hervorstechendes Beispiel der <i>iusiustitia distributiva</i> im Vertragsrecht	299
2. Verteilung im Mietvertragsrecht – ein Gedankenexperiment	300
3. Preußische Sozialgesetzgebung versus liberale Konzeption des BGB in seiner ursprünglichen Fassung	302
4. Kritik und Verteidigung des sozialen Mietrechts – Vertragsrecht und Rechtspolitik	304
5. Die Konkretisierung der <i>iusiustitia distributiva</i> durch das positive soziale Mietrecht	308

a) Zu § 549 Abs. 2 BGB	308
aa) § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB	309
bb) § 549 Abs. 2 Nr. 2 BGB	310
b) Das Postulat der Vertragsfreiheit bei der Bestimmung der Miethöhe	312
aa) Vertragsfreiheit bei der Vereinbarung der Ausgangsmiete	313
bb) Vertragsfreiheit bei der Vereinbarung von Mieterhöhungen	317
cc) Vertragsfreiheit im Rahmen sozialer Wohnraumförderung	320
c) Schwächerenschutz als Verteilungsmaßstab bei der Auflösung des Mietverhältnisses	322
aa) Verfassungsrechtliche Anforderungen	322
bb) Die Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben durch das gesetzliche Mietvertragsrecht: Das System der Beendigung von Mietverträgen über Wohnraum	327
cc) Verlust der sozialen Schutzbedürftigkeit des Mieters: § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB (schuldhafte erhebliche Pflichtverletzung)	328
dd) Würdigkeit und Bedarf: § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB (Die Eigenbedarfskündigung)	333
ee) Gewinnerzielung: Die Verwertungskündigung gem. § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB	338
(1) Verwertungsinteresse, Gemeinwohlinteressen und Schutz Gesichtspunkte als zentrale Maßstäbe	338
(2) Der Schutz des Verwertungsinteresses als verfassungsrechtliches Postulat	339
(3) Zur richterlichen Konkretisierung des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB	340
(4) Zur Konkretisierung der <i>iustitia distributiva</i> in der Anwendung und Auslegung des Vertragsrechts	342
(5) Beispiele für das Konkretisierungsverfahren	343
6. Soziales Mietrecht als integrativer Bestandteil des Vertragsrechts	346
III. Verbraucherschutz	348
1. Zur Entwicklung des Verbraucherschutzrechts	349
2. Verbraucherschutzrecht als Schwächerenschutz und darüber hinausgehendes Regulierungsinstrument	351

a) Verbraucherschutzrecht als Schwächerenschutz	352
b) Relativierung des Schutzgedankens durch die Formalisierung des Verbraucherbegriffs	355
c) Über den Schutzgedanken hinausgehende Instrumen- talisierung des Verbraucherschutzrechts (insbesondere die Binnenmarktförderung)	357
3. Das Informationsmodell als Spiegel eines formal liberalen Konzepts der Marktförderung und der formal verstandenen Vertragsfreiheit	359
a) Das Informationsmodell als Modell prozeduraler Gerechtigkeit	359
b) <i>Iustitia distributiva</i> innerhalb des prozeduralen Modells	362
c) Grenzen des Informationsmodells	363
4. Umverteilung durch Verbraucherschutzrecht?	366
5. Zur integrierenden Kraft des Bürgerlichen Gesetzbuchs	366
6. Der Richter als verteilende Instanz	367
IV. Schutz durch Aufklärungspflichten	368
1. Ein Gedankenexperiment zu den Verteilungseffekten von Aufklärungs- und Informationspflichten	368
2. Das Sozialstaatsprinzip als Grundlage vertragsrechtlicher Aufklärungspflichten	369
3. Zum Prinzip der Eigenverantwortung	371
V. Diskriminierungsschutz durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	373
1. Diskriminierungsschutz in der Ausgestaltung durch das AGG	373
a) Zielbestimmung und Anwendungsbereich	373
b) Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot aus § 19 AGG	375
aa) Massengeschäfte	376
bb) Massengeschäftsähnliche Geschäfte	377
cc) Versicherungsgeschäfte, Ausnahmen und Erweiterungen	378
c) Rechtfertigung	378
2. Diskriminierungsschutz des AGG als Ausdruck der <i>iustitia distributiva</i> im Vertragsrecht	379
3. Zur Kritik an der Integration des Diskriminierungs- schutzes im Vertragsrecht	380

4. Kontrahierungszwang als dogmatisch stimmige Rechtsfolge unzulässiger Diskriminierungen in einem von der <i>iustitia distributiva</i> geprägten Vertragsrecht	386
a) Der Kontrahierungszwang als Eingriff in die Privatautonomie?	387
b) Zur Verortung des Kontrahierungszwangs in § 21 Abs. 1 S. 1 AGG	388
c) Kontrahierungszwang als effektives Medium des Diskriminierungsschutzes	389
B. Verhaltenssteuerung und Prävention	391
I. Motivation zu fairem Geschäftsgebaren	391
1. Anreiz zu fairer Darlehensvergabe – Die Wucherproblematik in der Perspektive der <i>iustitia distributiva</i>	392
a) Zu den dogmatischen Konstruktionsmöglichkeiten	392
b) Mögliche Maßstäbe für die Verteilung der Folgen eines Wucherdarlehens	395
c) Zur politisch-diskursiven Prägung der dogmatischen Lösung	396
d) Der durch den Präventionsgedanken gebotene Ausschluss jeglicher Ansprüche des Wucherers	398
2. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	399
II. Prävention unlauteren Wettbewerbs	400
1. Die Haftung des Unternehmers wegen Gewinnzusagen (§ 661a BGB)	401
2. Die Zusendung unbestellter Leistungen (§ 241a BGB)	402
III. Zur Kritik an der Instrumentalisierung des Vertragsrechts zu Verhaltenssteuerung und Prävention	403
C. Soziale Gerechtigkeit und Umverteilung	406
I. Allgemeines	406
II. Soziale <i>force majeure</i> bei Geldschulden?	407
III. Zur Dogmatik des § 275 BGB: Unmöglichkeit der Leistung bei Geldschulden	408
D. Allgemeinwohlbelange	409
I. Entlastung der Sozialhilfeträger durch §§ 519, 528 BGB	410
II. Kontrahierungszwänge	411
1. Facetten der <i>iustitia distributiva</i> bei Kontrahierungszwängen	411
2. Spezialgesetzliche Kontrahierungszwänge	412

3. Kontrahierungszwänge nach den allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Rechts	414
4. Kontrahierungszwänge als integraler Bestandteil eines auch die <i>institia distributiva</i> verwirklichenden Vertragsrechts	417
5. Kontrahierungszwänge als vertragsrechtliches Regulierungsmedium	418
6. Zur vertragstheoretischen Fundierung der Kontrahierungszwänge	420
7. Zum Kontrahierungszwang durch die Einführung des Basistarifs im Rahmen der Gesundheitsreform 2007	424
<i>E. Interessen- und Risikogemeinschaften</i>	432
I. Die Repartierungspflicht des Schuldners bei der begrenzten Gattungsschuld	432
II. Wegfall der Geschäftsgrundlage	434
§ 6 Zusammenfassung	439
Literaturverzeichnis	447
Namensregister	481
Stichwortverzeichnis	483

§ 1 Einführung

Die Bedeutung der *iustitia distributiva* (zu Deutsch: Verteilungsgerechtigkeit¹) im Vertragsrecht ist in der rechtswissenschaftlichen Forschung bisher nur selten explizit erörtert worden. Im deutschen Rechtskreis hat ihr allein *Canaris* eine Monographie gewidmet.² In der anglo-amerikanischen Literatur wird das Verhältnis der *iustitia distributiva* zum Vertragsrecht ebenfalls nur in wenigen Aufsätzen ausdrücklich als Thema aufgeworfen.³ Das überrascht umso mehr, als die aristotelische Gerechtigkeitslehre als solche in den Privatrechtswissenschaften mit großem Interesse rezipiert wird,⁴ in jüngerer Zeit auch in Deutschland.⁵ Dabei wird jedoch die Frage nach der Bedeutung der *iustitia distributiva* im Vertragsrecht in der Regel allenfalls am Rande berührt.⁶ Das geringe Interesse an dieser Fragestellung könnte in einem Konsens über die Antwort auf sie begründet liegen, einem Konsens dahingehend, dass der *iustitia distributiva* im Vertragsrecht keine wesentliche Bedeutung zukommen kann. Als überragendes Prinzip des Vertragsrechts gilt die Vertragsfreiheit. Als die Vertragsfreiheit ergänzende Gerechtigkeitsform wird die *iustitia commutativa* angesehen, also die der *iustitia distributiva* bei *Aristoteles* entgegengesetzte Gerechtigkeitsform.⁷ So verbleibt für die *iustitia distributiva* in einem von Vertragsfreiheit und *iustitia commutativa* beherrschten Vertragsrecht kein

¹ Die Begriffe *iustitia distributiva* und Verteilungsgerechtigkeit werden in dieser Arbeit synonym verwendet.

² *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht.

³ *Kronman*, Yale Law Journal 1980, 472; *Kennedy*, Maryland Law Review 1982, 563; *Lucy*, Oxford Journal of Legal Studies 1989, 132; *Richardson*, Legal Studies 1990, 258; *Collins*, Current Legal Problems 1992, 49.

⁴ Etwa *Weinrib*, in: *Panagiotou* (Hrsg.), Justice, Law and Method in Plato and Aristotle, 1987, S. 133; *Coleman*, The Practice of Principle; *ders.*, Risks and Wrongs; *Wright*, Iowa Law Review 1992, 625.

⁵ Vgl. etwa *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, S. 76 ff. über die Funktion der *iustitia distributiva* im Haftungsrecht.

⁶ Das Rezeptionsinteresse fokussiert insbesondere auf das Deliktsrecht. S. etwa *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts; *Coleman*, Risks and Wrongs; *Weinrib*, in: *Panagiotou* (Hrsg.), Justice, Law and Method in Plato and Aristotle, 1987, S. 133; s. auch *Lucy*, in: *Robertson/Wu* (Hrsg.), The Goals of Private Law, 2009, S. 47, 52 m.w.N. in Fn. 17 und 18.

⁷ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 122; *Lucy*, Oxford Journal of Legal Studies 1989, 132; differenzierend: *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, S. 126.

Raum. Die *iustitia distributiva* scheint zugleich das Vertragsrecht als privates Reich der Freiheit zu gefährden. Als ihre Domäne gilt das öffentliche Recht.⁸

Diese Arbeit hinterfragt diese Paradigmen. In ihrer Grundthese versucht sie zu zeigen, dass die *iustitia distributiva* das Vertragsrecht ebenso stark prägt und durchdringt wie die *iustitia commutativa*. Der in dieser Arbeit entwickelte Begriff der *iustitia distributiva* reicht weit über den Begriff der sozialen Gerechtigkeit hinaus. Die *iustitia distributiva* wird als Gerechtigkeitsperspektive entfaltet werden, die den Blick von den unmittelbar am Vertrag beteiligten Privatrechtssubjekten löst, die zur Entscheidung stehenden Sachverhalte verallgemeinert und die über das konkrete Vertragsverhältnis hinausgehenden Wirkungen vertragsrechtlicher Regulierung einschließt.⁹ Die *iustitia distributiva* fordert keineswegs dazu auf, das Vertragsrecht zu Zwecken einer sozial motivierten Vermögensumverteilung zu instrumentalisieren. Vielmehr versteht sich die Arbeit als Plädoyer für eine funktionale Sicht des Vertragsrechts, die dieses als Instrument der Regulierung betrachtet und grundsätzlich offen für die Umsetzung unterschiedlicher im politischen Diskurs zu bestimmender Zielsetzungen ist.¹⁰ Dabei will diese Untersuchung keine konkreten und allgemeingültigen Verteilungsmaßstäbe bestimmen, an denen sich die Rechtsanwendung zu orientieren hätte. Das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit bezieht sich vor allem auf die Offenlegung vertragsrechtlicher Wertungsentscheidungen und ist insofern methodischer Natur. Dabei geht es insbesondere auch darum, rechtspolitische Verteilungsentscheidungen des Vertragsrechts aufzudecken.

In der rechtsphilosophischen Grundlegung dieser Arbeit wird zunächst die Notwendigkeit einer funktionalen und zweckgerichteten Theorie des Vertragsrechts verteidigt werden. In einem nächsten Schritt gilt es zu begründen, dass die Gerechtigkeit die Idee des Vertragsrechts ist. Damit kann die Untersuchung auf die *iustitia distributiva* als Ausprägung der Gerechtigkeitsidee fokussiert werden. Dabei wird der Begriff der *iustitia distributiva* in seiner geschichtlichen Entwicklung und seiner gegenwärtigen Erklärungskraft erarbeitet werden. Die eingangs skizzierte Zuordnung der *iustitia distributiva* zum öffentlichen Recht wird sodann expliziert und im Rahmen einer Analyse der Trennung des öffentlichen vom privaten Recht kritisiert werden. Damit ist der Weg für eine Präzisierung der *iustitia distributiva* als Ausprägung der Gerechtigkeitsidee im Vertragsrecht eröffnet. Diese Präzisierung wird insbesondere das Verhältnis der *iustitia distributiva* zur *iustitia commutativa* zum Gegen-

⁸ Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 122; Adomeit, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 103; Coing/Honsell, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, Einleitung zum BGB, Rn. 47; MacCormick, Institutions of Law, S. 263 f.; Wright, Iowa Law Review 1992, 625, 640 ff. und 707 ff.

⁹ S. insbesondere S. 135 ff. Zu den Chancen der regulativen Perspektive im Vertragsrecht etwa Riesenhuber/Möslein, in: Riesenhuber (Hrsg.), Perspektiven des europäischen Schuldvertragsrechts, 2008, S. 1 sowie 4 ff.

¹⁰ Zu dieser Perspektive auch Möslein, JZ 2010, 72.

stand haben. Anschließend werden das Verhältnis der *iustitia distributiva* zum Grundsatz der Vertragsfreiheit und die Eignung des Vertragsrechts als Medium vertraglicher Verteilung untersucht. Dem schließen sich Überlegungen zum Verteilungsverfahren im Vertragsrecht an. Auf dieser Grundlage werden einige Konkretisierungen der *iustitia distributiva* im geltenden deutschen Vertragsrecht untersucht werden.

§ 2 Rechtsphilosophische Grundlegung

A. Ziele des Vertragsrechts

Die Grundthese dieser Arbeit, wonach die Gerechtigkeit auch in ihrer Ausprägung als *iustitia distributiva* die Idee des Vertragsrechts bildet, führt zu einem funktionalistischen Ansatz, der das Vertragsrecht auch in seiner regulativen Kapazität analysiert und bewertet. Das Vertragsrecht kann in dieser Perspektive nicht funktionslos, nicht frei von Zielen sein. Diesem Ansatz stehen deontologische Ansätze gegenüber, die eine nicht instrumentalistische Sicht des Vertragsrechts propagieren. Die in jüngerer Zeit vielleicht einflussreichste deontologische Theorie des Privatrechts in diesem Sinne hat *Weinrib* entwickelt. Er erklärt das Privatrecht – und damit auch das Vertragsrecht – zum Selbstzweck.¹ Sein Grundanliegen beschreibt *Weinrib* in seinem Hauptwerk *The Idea of Private Law* mit einer aussagekräftigen Metapher:

„Explaining love in terms of extrinsic ends is necessarily a mistake, because love does not shine in our lives with the borrowed light of an extrinsic end. Love is its own end. My contention is that, in this respect, private law is just like love.“²

Weinrib konstruiert das Privatrecht als funktionslos. Privatrecht müsse aus sich selbst heraus verstanden werden.³ Strukturprägendes Element des Privatrechts sei seine Bipolarität, die Rechte und Pflichten zweier Parteien zueinander.⁴ Diese müssten aus sich selbst heraus verstanden werden. Gerechtigkeitserwägungen, die sich nicht allein aus dem bipolaren Verhältnis der Privatrechtssubjekte erklären lassen, werden als Angriff auf die Reinheit des Privatrechts abgelehnt.⁵ Die Gerechtigkeitsform des Privatrechts ist für *Weinrib* folgerichtig „*corrective justice*“, die korrigierende bzw. ausgleichende Gerechtigkeit.⁶ *Weinrib* meint dabei die zweite Form der Partikulargerechtigkeit

¹ Im deutschen Rechtskreis entwirft etwa *Picker* eine ähnliche Vertragstheorie. Einziges Ordnungsziel des Vertragsrechts ist dabei die Freiheit der Individuen, die allein durch die Freiheit der anderen limitiert wird, s. *Picker*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, 2007, S. 207, 209 ff.

² *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, S. 6; s. auch *Weinrib*, *Corrective Justice*, *passim* und dazu *Steel*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2013, S. 607 f.

³ *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, S. 11 ff.

⁴ *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, S. 11 f. und S. 63 ff.

⁵ *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, S. 6 ff.

⁶ *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, S. 56 ff.

in der aristotelischen Gerechtigkeitstheorie, die in dieser Arbeit als *iustitia commutativa* bezeichnet wird.⁷ Die *iustitia commutativa* (in der Terminologie *Weinribs: corrective justice*) ist in einzelnen Interaktionen der Privatrechtssubjekte unmittelbar wirksam, ohne Vermittlung durch eine übergeordnete Instanz.⁸ Sie bewirkt einen unmittelbaren Ausgleich zwischen den als gleich betrachteten Beteiligten, indem sie einen ungerechtfertigten Verlust des einen, der zu einem Gewinn des anderen geführt hat, unmittelbar von diesem anderen wegnimmt und dem einen zuordnet.⁹ Diese Zuordnung der *iustitia commutativa* zum Privatrecht entspricht mit Blick auf das Vertragsrecht der aristotelischen Zweiteilung der besonderen Gerechtigkeit, wie sie sich aus einer unkritischen ersten Lektüre der Nikomachischen Ethik ergibt:

„Von der Gerechtigkeit im speziellen Sinn (*kata meros*) und dem in ihrem Sinne Gerechten findet sich die eine Form bei der Verteilung (*dianomē*) von Ehre, Geld oder anderen Gütern, die unter den Mitgliedern der Staatsgemeinschaft teilbar sind (denn in diesen Dingen kommt es vor, dass jemand einen ungleichen oder den gleichen Betrag hat wie ein anderer). Die andere Form betrifft den Ausgleich (*diorthōtikōn*) in Transaktionen (*synallagma*) zwischen Menschen. Diese hat wiederum zwei Teile. Von den Transaktionen sind nämlich die einen gewollt (*hekousion*), die anderen gegen das eigene Wollen (*akousion*). Gewollt sind zum Beispiel Kauf, Verkauf, Darlehen, Bürgschaft, Nutznießung, Deposition, Miete (man bezeichnet diese als gewollt, weil der Ursprung der Transaktionen im eigenen Wollen liegt).“¹⁰

Aristoteles ordnet hier Kauf, Verkauf, Darlehen, Bürgschaft, Miete – also zentrale Formen des Vertrags– ausdrücklich der *iustitia commutativa* zu. Ein näherer Blick auf die aristotelische Unterscheidung nährt indes Zweifel daran, ob die kategoriale Zuordnung der Austauschgerechtigkeit zum Vertragsrecht für das heutige Vertragsrecht der aristotelischen Differenzierung noch gerecht wird. Davon ist an späterer Stelle noch ausführlich zu handeln.¹¹

In einem gerade für das Anliegen *Weinribs* zentralen Punkt unterscheidet sich aber *Weinribs* Privatrechtsverständnis fundamental von der aristotelischen Lehre und ihrer Tradition. Die Gerechtigkeitslehre des *Aristoteles* ist in die *Nikomachische Ethik* eingebettet, die eine pragmatische Theorie des rich-

⁷ Dazu im Einzelnen unten, S. 41 ff. *Weinribs* Terminologie legt für den Bereich gesetzlicher Schuldverhältnisse auch etwa *Wendehorst* zugrunde, vgl. *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, S. 14 f.

⁸ Dazu *Wright*, Iowa Law Review 1992, 625, 691 ff.

⁹ S. dazu mit Unterschieden im Detail etwa *Weinrib*, The Idea of Private Law, S. 63 ff.; *Wright*, Iowa Law Review 1992, 625, 702 ff.

¹⁰ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (NE), 1130 b 30 ff. (S. 166 in der Übersetzung *Wolfs*). Die zu dieser Fußnote gehörige und die folgenden Übersetzungen der NE stammen von der neueren Übersetzung von *Ursula Wolf* (*Aristoteles*, Nikomachische Ethik). Die konkreten Angaben folgen wie international üblich der von *Bekker* ab 1831 herausgegebenen Ausgabe der Königlich-Preußischen Akademie der Wissenschaften (Berlin), die sich in Seiten, Spalten (a und b) sowie Zeilen untergliedert. Zur Übersetzung dieser Stelle näher S. 33 (Fn. 142).

¹¹ Unten, S. 32 ff.

tigen, tugendhaften Handelns begründet.¹² Dies lässt bereits ein erster Blick auf die Gliederung der *Nikomachischen Ethik* erahnen, deren erstes Buch sich mit den Begriffen des Ziels, des Guten und des Glücks befasst. Gerechtes Handeln lässt sich deshalb für *Aristoteles* nicht ohne Einbeziehung der Zwecke und Ziele des Handelns beurteilen.¹³ Dies gilt auch für die Tugend der Gerechtigkeit, die für *Aristoteles* zwingend mit dem höchsten Gut verknüpft ist. Dessen Verwirklichung ist aber in *Aristoteles'* Konzeption die zentrale Aufgabe der politischen Gemeinschaft, auf die deshalb auch die Gerechtigkeit als Tugend zwingend ausgerichtet ist.¹⁴ Dieser Zusammenhang muss auch in einer auf *Aristoteles* basierenden Gerechtigkeitstheorie des Privatrechts berücksichtigt werden. Auch wenn *Weinrib* also die Gerechtigkeitsdefinitionen des *Aristoteles* weitgehend übernimmt, so kann sich seine Privatrechtstheorie doch letztlich nicht auf die Gerechtigkeitskonzeption des *Aristoteles* stützen.¹⁵

Wichtiger als die Frage, ob sich *Weinrib* zu Recht auf *Aristoteles* als Pate seiner formalen Privatrechtstheorie stützt, ist die Frage nach der inhaltlichen Überzeugungskraft der Reduktion des Privatrechts auf die Form bipolarer Verhältnisse und auf die Reinigung des Privatrechts von außerhalb dieser Bipolarität stehenden materiellen Elementen (Effizienz, Utilitarismus, materielle Gleichheit). Der Ausschluss externer Gerechtigkeitsmaßstäbe reduziert Komplexität. Privatrecht wird reduktiv erfasst, interpretiert und angewendet. Dies hat Vorteile. Je komplexer ein System ist, desto schwieriger wird sein Verständnis. Für das Privatrecht bedeutet dies konkret: Je mehr Fakten, Umstände und Besonderheiten der Gesetzgeber oder Richter bei der Falllösung berücksichtigen muss, desto komplexer und schwieriger ist die Entscheidung – sei es in Form eines Urteils, sei es in Form eines Gesetzes im weitesten Sinne. Umgekehrt führt Komplexitätsreduzierung zu einer einfacheren Handhabung des Systems. Entscheidungen werden einfacher – und dadurch potentiell auch besser vorhersehbar und schneller erreichbar. Die Reduzierung von Komplexität hat aber auch Nachteile. Je weniger Fakten, Umstände und Besonderheiten Gesetzgeber oder Richter berücksichtigen, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, Relevantes nicht zu berücksichtigen. Je formaler die Analyse des Vertragsrechts erfolgt, desto stärker wird der gesamtgesellschaftliche Kontext vernachlässigt, in dem das Vertragsrecht steht. Dies zeigt sich auf makroskopischer ebenso wie auf mikroskopischer Ebene. Auf makroskopischer Ebene gilt mit Blick auf das Vertragsrecht: Durch Verträge werden in unserer

¹² Vgl. *Gordley*, *Foundations of Private Law*, S. 7 f.

¹³ Vgl. nur *Aristoteles*, NE, 1094 a 1 (S. 43 in der Übersetzung *Wolfs*): „Jedes Herstellungswissen und jedes wissenschaftliche Vorgehen, ebenso jedes Handeln und Vorhaben strebt, so die verbreitete Meinung, nach einem Gut. Deshalb hat man ‚Gut‘ zu Recht erklärt als ‚das, wonach alles strebt‘“.

¹⁴ *Heyman*, *Iowa Law Review* 1992, 851, 853 f.

¹⁵ *Heyman*, *Iowa Law Review* 1992, 851, 853 ff.; *Gordley*, in: *Benson* (Hrsg.), *The Theory of Contract Law*, 2007, S. 265 sowie S. 309 f.

Wirtschaftsordnung permanent und in großem Umfang knappe Ressourcen verteilt. Verträge ermöglichen Gütertausch, das Vertragsrecht weist Risiken zu und bildet eine wichtige Grundlage für die Konstituierung der Märkte. Verträge dienen daher auch dazu, den gesamten Wohlstand der Gesellschaft zu erhöhen. Verträge und Vertragsrecht sind allerdings nicht hinreichende Bedingung für funktionsfähige Märkte. Diese bedürfen vielmehr insbesondere auch eines funktionsfähigen Kartell- und Wettbewerbsrechts.¹⁶ Daher steht das Vertragsrecht auch in einem Abhängigkeitsverhältnis zu diesen Rechtsgebieten: In echten Monopolen, eingeschränkt auch in Oligopolen, führen Verträge zu gänzlich anderen Verteilungsergebnissen als bei annähernd vollständigem Wettbewerb. Zugleich führt das Vertragsrecht im Zusammenspiel mit den Regeln des Marktes zwingend zu massiven Verteilungseffekten. Diese Regeln des Marktaustausches gibt der Staat vor, den man deshalb auch als externe Verteilungsinstanz betrachten kann. Eine Fokussierung allein auf das bipolare Verhältnis der Vertragsparteien wird diesen Zusammenhängen kaum gerecht. Die Nachteile einer Komplexitätsreduzierenden, formalen Sichtweise des Vertragsrechts zeigen sich zugleich auf mikroskopischer Ebene. Die Rechte und Pflichten, die sich aus einem konkreten Einzelvertrag ergeben, lassen sich bei einer formalen Betrachtung nur schwer vollständig erfassen. Das gilt schon deshalb, weil dabei allzu leicht die Bindungskraft und die Vertrauensgenerierung außer Acht gelassen werden, die durch Verträge geschaffen werden. Dieses Vertrauen wird dabei auch durch die Vollstreckbarkeit vertraglicher Rechte gestärkt. Die Parteien wissen um diese Vollstreckbarkeit – die nicht zwingend umgesetzt wird, die aber die Erwartungshaltung im Hintergrund entscheidend mitbestimmt. Viele Unterscheidungen des positiven Rechts kann eine formale Analyse kaum erklären. Das Vertragsrecht betrachtet etwa Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern anders als Verträge, bei denen beide Vertragsschließende Unternehmer sind. Solcherlei Differenzierungen können nur erklärt werden, wenn Unternehmereigenschaft und Verbrauchereigenschaft in das Privatrechtssystem integriert werden. Bereits damit tut sich indes eine formale Betrachtung des Vertragsrechts erstaunlich schwer.¹⁷ Zudem lässt sich die bereits an vielen anderen Schnittstellen erfolgte Materialisierung des Vertragsrechts¹⁸ mit *Weinribs* Analyse kaum erklären.

Letztlich gibt es freilich keine mit logischen Argumenten verifizierbare Antwort auf die Frage, wie sehr man das Vertragsrecht reduziert auf das paradigmatisch bipolare Verhältnis betrachten will oder wie sehr man im Gegensatz dazu externe Effekte des Vertragsrechts berücksichtigen möchte. Die Antwort ist vor allem eine Frage der Perspektive. Das lässt sich an *Weinribs*

¹⁶ Vgl. etwa *Mestmäcker*, AcP 1968, 235; *Canaris*, AcP 2000, 273, 293 ff.

¹⁷ Näher dazu unten, S. 226 ff.

¹⁸ Dazu insbesondere *Canaris*, AcP 2000, 273.

anschaulicher Metapher vom Privatrecht als Liebe veranschaulichen.¹⁹ Liebe ist Selbstzweck, so *Weinrib*, Liebe verfolgt keinen über sie selbst hinausgehenden Zweck. Das ist ein Standpunkt, den man durchaus einnehmen kann. Mit Blick auf die romantische Liebe werden viele diesen Standpunkt bevorzugen: Nach Zwecken einer romantischen Liebe zu fragen, scheint berechnend, instrumentalistisch, geradezu unromantisch. Der Blick auf die Liebe als Selbstzweck ermöglicht am ehesten die Kraft und den Mut, Liebe auch gegen Widrigkeiten durchzusetzen. Dennoch ist es keineswegs zwingend, Liebe als Selbstzweck zu betrachten.²⁰ Andere Standpunkte sind durchaus denkbar und nachvollziehbar: Ein Evolutionsbiologe mag auch für die romantische Liebe die Frage nach deren Zweck stellen und auch Antworten geben können. Gleiches gilt für Soziologen oder Psychologen.²¹ Mit Blick auf die Liebe der Eltern zu ihren Kindern gilt Ähnliches. Keiner dieser Standpunkte ist dabei den anderen überlegen. Sie stehen vielmehr für verschiedene Betrachtungsweisen, verschiedene Perspektiven, unter denen man sich einem Phänomen annähern kann. Dieser Aspekt lässt sich auf das Vertragsrecht übertragen. Auch für dieses kann gefragt werden, welche Zwecke es in unserem Rechtssystem, in unserem Wirtschaftssystem und in unserer Gesellschaft verfolgt, verfolgen kann und verfolgen soll.²² Das heißt nicht, dass jede vertragsrechtliche Entscheidung durch den Richter unmittelbar unter Analyse möglicher Zwecke des Vertragsrechts erfolgen darf. Vertragsrecht wird täglich vor Gerichten und unter Parteien verhandelt und entschieden. Formalisierung schafft dabei Kohärenz und Vorhersehbarkeit. Die Rechtssicherheit wäre empfindlich beeinträchtigt, wenn rasche und sichere Entscheidungen nicht durch die Reduzierung von Komplexität ermöglicht würden. Zugleich ermöglicht eine formale Sichtweise des Vertragsrechts, dass Konflikte rascher entschieden werden können: Der Richter wird davon entbunden, etliche Umstände zu berücksichtigen, er kann seine Entscheidung auf einen eng umgrenzten Ausschnitt des jeweiligen Lebenssachverhalts stützen und muss nicht in jedem Einzelfall eine eingehende Analyse unter Berücksichtigung möglicher Funktionen und des Gesamtzusammenhangs des Vertragsrechts vornehmen. Für den Gesetzgeber, aber auch für Revisionsrichter gilt dies dagegen schon im Ausgangspunkt nicht in gleichem Maße. Der Gesetzgeber gestaltet das Recht, doch auch der Revisionsrichter wirkt maßgeblich an der Fortentwicklung des Rechts mit. Sie dürfen – der Revisionsrichter freilich nur innerhalb der Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung – Fehlentwicklungen korrigie-

¹⁹ *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, S. 6.

²⁰ *Hedley*, in: *Robertson/Wu*, (Hrsg.), *The Goals of Private Law*, 2009, S. 193, 197.

²¹ *Hedley*, a.a.O., S. 197.

²² Eindringlich etwa *Collins*, *Regulating Contracts*, *passim*; *Campbell*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2000, 477; *G. Wagner*, *AcP* 2006, 352, insbes. 422 ff.; *Robertson*, in: *Robertson/Wu* (Hrsg.), *The Goals of Private Law*, 2009, S. 261.