

MARKUS REHBERG

# Das Rechtfertigungs- prinzip

*Jus Privatum*

178

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 178





Markus Rehberg

# Das Rechtfertigungsprinzip

Eine Vertragstheorie

Mohr Siebeck

*Markus Rebbert*, geboren 1971; 1. juristisches Staatsexamen in Heidelberg; 2. juristisches Staatsexamen in Berlin; LL.M.-Abschluss an der University of Cambridge; Abschluss zum Diplom-Volkswirt an der FernUniversität Hagen; Promotion zum Dr. iur an der Humboldt-Universität zu Berlin; Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität München; Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie und Rechtsökonomik an der Universität Rostock.

e-ISBN PDF 978-3-16-152305-2  
ISBN 978-3-16-151981-9  
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die deutsche Nationalbibliothek 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](http://www.mohr.de)

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Diese Arbeit basiert auf meiner im Jahr 2011 an der Ludwig-Maximilians-Universität München eingereichten Habilitationsschrift, ergänzt insbesondere um ein ausführliches Fazit. Deren Kernthesen einem breiteren Publikum erstmals vorgestellt habe ich im Juni 2011 im Münchener Workshop zum Privatrecht (erschieden im *Ritsumeikan Law Review* 28 (2011), 291) sowie im *Recht der Arbeit (RdA)* 2012, 160.

Zu danken habe ich vielen Menschen, allen voran meinen Eltern, denen ich dieses Werk widme, aber auch zahlreichen Freunden und Kollegen. Wenngleich ich sie nicht alle nennen kann, seien hier zumindest zwei herausgegriffen. Einerseits ist das Frank Bauer, der über Jahre hinweg selbst noch so absurde Ideen geduldig wie scharfsinnig mit mir diskutierte. Zum anderen hätte Stephan Madaus als damaliger Lehrstuhlvertreter trotz langer Heimfahrten sicher schönere Ablenkungen finden können, als weite Teile dieser Arbeit zu lesen und höchst instruktiv zu kommentieren. Aber auch Ablenkungen wie der tägliche „Caféterror“ des öffentlich-rechtlichen Mittelbaus der Münchener Juristenfakultät sind nicht zu unterschätzen. Ebenso habe ich die originellen Anmerkungen meiner beiden Gutachter gerne berücksichtigt. Zu allem Überfluss fand ich dann noch großartige Unterstützung durch mein neugewonnenes Rostocker Lehrstuhl-Team, bestehend aus Frau Hiltrud Bahlo, Judith Foest und Julia Hinkel sowie Herrn Nikolaus Marek und Fin Johannsen.

Rostock, im Dezember 2013

Markus Rehberg



## Inhaltsübersicht

§ 1	Einführung . . . . .	1
	A. Problem . . . . .	1
	B. Untersuchungsgegenstand . . . . .	10
	C. Methode . . . . .	15
	D. Untersuchungsablauf . . . . .	24
§ 2	Tatbestand. . . . .	34
	A. Ziele . . . . .	34
	B. Rechte . . . . .	59
	C. Ersterwerb . . . . .	73
	D. Abgeleiteter Erwerb . . . . .	82
	E. „Rechtsänderungen“ . . . . .	125
§ 3	Vertragsinhalt . . . . .	136
	A. Problem . . . . .	136
	B. Einseitig belastende Rechtsänderungen . . . . .	150
	C. Mehrseitig belastende Rechtsänderungen . . . . .	163
	D. Trennung und Abstraktion. . . . .	179
	E. Ausblick . . . . .	180
§ 4	Zwang, Drohung und Ausbeutung . . . . .	183
	A. Einführung . . . . .	183
	B. Klassische Ansichten . . . . .	199
	C. Rechtfertigungsprinzip. . . . .	253
	D. Ergebnis . . . . .	288
§ 5	Risiko . . . . .	295
	A. Problem . . . . .	295
	B. Begriff . . . . .	303
	C. Klassische Ansichten . . . . .	311
	D. Rechtfertigungsprinzip. . . . .	317
	E. Vertragstypen . . . . .	325
	F. Ergebnis . . . . .	347
§ 6	Leistungsstörungen . . . . .	349
	A. Fälle . . . . .	350
	B. Unmöglichkeitendenken . . . . .	354

C. Vertragsdenken. . . . .	370
D. Gesetz . . . . .	383
E. Rechtfertigungsprinzip. . . . .	385
§ 7 Eigenschaften . . . . .	404
A. Problem . . . . .	404
B. Klassische Ansichten . . . . .	408
C. Rechtfertigungsprinzip. . . . .	430
§ 8 Verteiltes Denken, verteilte Macht . . . . .	438
A. Problem . . . . .	438
B. Arbeitsteilung . . . . .	445
C. Zeitliche Streckung. . . . .	454
D. Rahmenbedingungen. . . . .	461
E. Privatautonomie . . . . .	464
F. Ausblick . . . . .	472
§ 9 Wille. . . . .	474
A. Fälle . . . . .	475
B. Begriff . . . . .	476
C. Willenstheorie . . . . .	487
D. Grundfolgentheorie . . . . .	559
E. Rechtfertigungsprinzip. . . . .	573
§ 10 Erklärung . . . . .	587
A. Handlungstheorien. . . . .	587
B. Normative Relevanz . . . . .	602
C. Zurechenbarkeit . . . . .	607
D. Unerklärtes. . . . .	633
E. Verknüpfungen. . . . .	644
F. Ausblick . . . . .	656
§ 11 Vertrauen . . . . .	658
A. Grundidee . . . . .	658
B. Stimmen . . . . .	660
C. Begriff . . . . .	667
D. Praktische Relevanz . . . . .	682
E. Rechtliche Irrelevanz. . . . .	685
F. Scheinlösungen. . . . .	701
§ 12 Protest und schlüssiges Verhalten . . . . .	707
A. Dogmatische Herausforderung. . . . .	707
B. Scheinlösungen. . . . .	718
C. Rechtfertigungsprinzip. . . . .	744
§ 13 Stellvertretung. . . . .	767
A. Problem . . . . .	767

B. Klassische Ansichten . . . . .	772
C. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	781
§ 14 Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .	802
A. Hintergrund . . . . .	802
B. Klassische Ansichten . . . . .	814
C. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	820
§ 15 Werbung . . . . .	835
A. Einführung . . . . .	835
B. Klassische Ansichten . . . . .	840
C. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	843
D. Ergebnis . . . . .	853
§ 16 Kollektiv gesetzte Vertragsinhalte . . . . .	855
A. Dispositives und zwingendes staatliches Recht . . . . .	856
B. Gefälligkeitsverhältnisse . . . . .	872
C. Sitte, Übung und Brauch . . . . .	875
D. Wettbewerb . . . . .	884
E. Wettbewerb der Rechtsordnungen? . . . . .	897
§ 17 Irrtum . . . . .	936
A. Unwissenheit im Vertragsrecht . . . . .	936
B. Erfolgreiche Verständigung . . . . .	945
C. Inhaltsirrtum . . . . .	962
D. Motivirrtum . . . . .	971
E. Rationalität . . . . .	983
F. Mentalreservation . . . . .	1023
§ 18 Dies- und jenseits des Vertrags . . . . .	1046
A. Einführung und Fälle . . . . .	1046
B. Nachvertraglich . . . . .	1048
C. Vorvertraglich . . . . .	1074
D. Außervertraglich . . . . .	1080
§ 19 Fazit . . . . .	1084
A. Rückblick . . . . .	1084
B. Was ist liberal? . . . . .	1087
C. Was ist sozial? . . . . .	1096
D. Inhalt versus Verfahren . . . . .	1125
E. Privatrecht . . . . .	1136
F. Menschliches Unwissen . . . . .	1145
G. Immanuel Kant und das Vertragsrecht . . . . .	1173
Literaturverzeichnis . . . . .	1185
Register . . . . .	1227



# Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einführung . . . . .	1
A.	Problem . . . . .	1
I.	Einfache Fragen . . . . .	1
II.	Punktualität des klassischen Vertragsdenkens . . . . .	4
III.	Rechtfertigungsprinzip . . . . .	6
1.	Notwendigkeit eines inhaltlichen Maßstabs. . . . .	6
2.	Tatbestand . . . . .	7
3.	Subsidiarität . . . . .	9
B.	Untersuchungsgegenstand . . . . .	10
I.	Geltendes Vertragsrecht . . . . .	11
II.	Einfache Fälle . . . . .	12
III.	Ergebnisorientierung . . . . .	13
IV.	Länderübergreifende Einigkeit . . . . .	13
C.	Methode . . . . .	15
I.	Verbindlichkeit . . . . .	15
II.	Arbeitsteilung . . . . .	18
III.	Methode für Menschen. . . . .	19
IV.	Begriffsarbeit . . . . .	22
V.	Zugänglichkeit . . . . .	23
D.	Untersuchungsablauf . . . . .	24
I.	Vertragsinhalt . . . . .	25
II.	Vertragliche Rechtsetzung . . . . .	27
§ 2	Tatbestand . . . . .	34
A.	Ziele . . . . .	34
I.	Entscheiden im Vertragsrecht. . . . .	34
II.	Begriff . . . . .	36
1.	Maßstab . . . . .	36
a)	Ziele versus Vertragsinhalt . . . . .	36
b)	Zwischenziele. . . . .	36
c)	Zielkonflikte . . . . .	37
aa)	Auflösung durch Oberziel . . . . .	37
bb)	Stufenwahl . . . . .	37
2.	Vergleichsbasis. . . . .	38

3. Zusätzliche Anforderungen . . . . .	38
a) Aufmerksamkeit . . . . .	38
b) Kenntnisse . . . . .	40
c) Objektive Setzung. . . . .	41
4. Kollektive Ziele? . . . . .	41
5. Zukunftsorientierung?. . . . .	42
6. Zielveränderungen . . . . .	42
7. Aneignung fremder Interessen? . . . . .	43
III. Feststellung . . . . .	44
1. Notwendigkeit . . . . .	44
2. Umsetzung . . . . .	45
IV. Vorteile . . . . .	47
1. Achtung der Person . . . . .	47
2. Information . . . . .	48
3. Einfachheit. . . . .	48
4. Flexibilität . . . . .	49
5. Robustheit . . . . .	50
6. Planung und Kreativität als menschliche Kern- kompetenzen. . . . .	50
V. Verankerung . . . . .	50
1. Rechtspraktisch . . . . .	51
2. Vertragstheoretisch . . . . .	52
a) Neuzeitliche Vernachlässigung . . . . .	52
b) Vorläufer . . . . .	52
c) Interessen- und Wertungsjurisprudenz . . . . .	53
3. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	55
a) Ziel der rechtlich betroffenen Person . . . . .	55
b) Inhaltliche Offenheit . . . . .	55
c) Verknüpfung von Ziel und Recht . . . . .	56
d) Spezialfall Willenstheorie. . . . .	57
B. Rechte . . . . .	59
I. Recht . . . . .	59
1. Reales, kulturelles Phänomen . . . . .	59
2. Durchsetzung . . . . .	61
a) Staatlich . . . . .	61
b) Erfolgreich . . . . .	63
3. Ergebnisorientierung. . . . .	63
4. Rechtsetzung. . . . .	64
a) Kausalität. . . . .	64
b) Jenseits des Menschen . . . . .	65
II. Subjektive Rechte. . . . .	66
1. Zielverwirklichung. . . . .	66
a) Grundidee . . . . .	66

b) Ziele, Kompetenzen, Wille . . . . .	68
c) Nicht-subjektive Rechte? . . . . .	69
2. Ignoranz . . . . .	70
a) Grundidee . . . . .	70
b) Ausprägungen . . . . .	71
3. Ausblick: Gestaltungsrechte . . . . .	72
C. Ersterwerb . . . . .	73
I. Begriff . . . . .	73
II. Praktischer Befund . . . . .	75
III. Reichweite . . . . .	76
1. Dogmatische Herausforderung . . . . .	76
2. Ausrichtung an Zielen . . . . .	78
3. Zerlegungen . . . . .	79
D. Abgeleiteter Erwerb . . . . .	82
I. Geschichtlichkeit des Rechts . . . . .	82
1. Alles fließt? . . . . .	82
2. Alles steht? . . . . .	82
3. Alles springt? . . . . .	83
4. Wie weit? . . . . .	84
a) Kleine Schritte . . . . .	84
b) Rechtebasierung . . . . .	85
II. Dogmatische Herausforderung . . . . .	86
1. Vergangenheit zählt – aber wie? . . . . .	86
2. Klassische Vertragstheorien . . . . .	87
a) Rechtebasierung . . . . .	87
b) Kontinuität vertraglicher Inhaltsbestimmung . . . . .	90
3. Ökonomik . . . . .	90
4. Fragen . . . . .	92
III. Gründe . . . . .	94
1. Rechtebasierung als Tautologie? . . . . .	94
a) Missverständnisse . . . . .	94
b) Ursachenforschung . . . . .	95
2. Sicherung des rechtmäßig Erworbenen . . . . .	97
3. Unwissenheit. . . . .	97
a) Rückblick: Geistige Entlastung durch Stabilität . . . . .	97
b) Unstetigkeit menschlichen Denkens . . . . .	97
c) Schrittweises Vorgehen . . . . .	98
d) Ausblick: Verteiltes Denken . . . . .	99
e) Öffentliches Recht . . . . .	100
4. Unumkehrbarkeiten . . . . .	100
5. Anreize. . . . .	101
6. Liberale Tradition?. . . . .	101

IV. Menschliches Denken . . . . .	103
1. Problem . . . . .	103
2. Selektion . . . . .	104
3. Flexibilität . . . . .	105
a) Auslöser. . . . .	105
b) Person-/Handlungsdenken . . . . .	106
c) Befund . . . . .	108
4. Lernen . . . . .	109
a) Geschichtlichkeit . . . . .	109
b) Tun . . . . .	109
c) Auslöser. . . . .	110
d) Innere Abbildung der Welt . . . . .	111
e) Kollektive Einflüsse. . . . .	112
f) Emotionen . . . . .	113
5. Handeln und Bewerten . . . . .	115
a) Problem. . . . .	115
b) Doppelte Subjektivität . . . . .	116
c) Konsequenzen . . . . .	117
6. Weltsichten. . . . .	119
V. Wissenschaft . . . . .	119
1. Natur . . . . .	119
2. Kultur . . . . .	120
3. Philosophie . . . . .	121
4. Sozialwissenschaften. . . . .	122
5. Rechtswissenschaft . . . . .	123
a) Historische Schule, Common Law und Positivismus . . . . .	123
b) Innen- versus Außenperspektive . . . . .	124
E. „Rechtsänderungen“ . . . . .	125
I. Problem. . . . .	125
II. „Unechte“ Rechtsänderungen . . . . .	126
1. Punktuelle Sichten . . . . .	126
2. Zeitlich verteilte Rechtsetzung (Kausalität) . . . . .	127
3. Zeitabhängiger Rechtsinhalt. . . . .	127
4. Naturalistisch-gegenständliches Denken . . . . .	128
5. Substanzveränderungen . . . . .	130
6. Sonstiges. . . . .	130
III. Unumkehrbarkeiten . . . . .	130
1. Zeitlich gesteuerte Ignoranz . . . . .	130
2. Vertrag. . . . .	131
3. Personen und Zeiten . . . . .	132
4. Zusammenhänge. . . . .	134

§ 3 Vertragsinhalt . . . . .	136
A. Problem . . . . .	136
I. Fälle . . . . .	136
II. Dogmatische Herausforderung . . . . .	137
III. Klassische Ansichten . . . . .	138
1. Willens- und Erklärungstheorie . . . . .	138
2. Äquivalenz . . . . .	140
3. Ontologisch-Metaphysisches . . . . .	141
4. Dualismen . . . . .	142
IV. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	146
1. Reichhaltigkeit . . . . .	146
2. Eindeutigkeit . . . . .	147
3. Wertschöpfung durch Verrechtlichung . . . . .	148
4. Illustration . . . . .	148
B. Einseitig belastende Rechtsänderungen . . . . .	150
I. Eigentumsaufgabe . . . . .	150
II. Schenkung . . . . .	151
1. Schenkung versus Drohung . . . . .	151
2. Absonderungen . . . . .	152
a) Kein Vertrag . . . . .	152
b) Anderes Wesen . . . . .	153
c) Markt- und rechtsstaatsfeindlicher Fremdkörper . . . . .	154
3. Eigennutz versus Fremdnutz? . . . . .	155
a) Bloße Zuschreibung . . . . .	155
b) Typenzwang . . . . .	156
c) Ökonomische Irritationen . . . . .	157
4. Stärkerer Schutz des Schenkenden . . . . .	158
5. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	158
III. Auslobung . . . . .	160
IV. Wertpapiere . . . . .	161
V. Dies- und jenseits des Vertrags . . . . .	162
C. Mehrseitig belastende Rechtsänderungen . . . . .	163
I. Wertschöpfung . . . . .	163
1. Unterschiede . . . . .	163
2. Gemeinsamkeiten . . . . .	165
3. Missverständnisse . . . . .	166
a) Positionen versus Interessen? . . . . .	166
b) Verteilung einer gemeinsamen Kooperationsrente? . . . . .	168
c) Einseitige Interessen am Vertragsinhalt? . . . . .	169
II. Kauf und Tausch . . . . .	169
1. Grundidee . . . . .	169
2. Inhaltsbestimmung . . . . .	171
III. Dienstvertrag . . . . .	172

1. Beratungsvertrag . . . . .	172
a) Problem . . . . .	172
b) Rechtfertigungsprinzip . . . . .	174
2. Arbeitsvertrag . . . . .	176
a) Verteilte Vertragsrechtsetzung . . . . .	176
b) Mehrstufige Rechtsänderungen . . . . .	176
IV. Vertrag zu Gunsten Dritter . . . . .	178
D. Trennung und Abstraktion . . . . .	179
E. Ausblick . . . . .	180
§ 4 Zwang, Drohung und Ausbeutung. . . . .	183
A. Einführung . . . . .	183
I. Dogmatische Relevanz . . . . .	183
II. Fälle . . . . .	184
1. Zwang und Drohung. . . . .	184
a) Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter . . . . .	185
b) Drohung mit Vertragsbruch . . . . .	186
c) Gewohnheiten . . . . .	187
d) Drohung Dritter . . . . .	187
e) Sonstiges . . . . .	187
2. Ausbeutung . . . . .	189
a) Normalfall und kleinere Abwandlungen . . . . .	189
b) Abschöpfungstechniken . . . . .	191
c) Warnungen . . . . .	191
d) Lebenshärten . . . . .	191
e) Drohung mit einem Unterlassen . . . . .	192
f) Drohung Dritter . . . . .	193
g) Konnexität . . . . .	194
III. Praktische Bedeutung. . . . .	195
IV. Herausforderung . . . . .	196
1. Formal-prozedurale Ansätze. . . . .	196
2. Substanzuelle Kriterien. . . . .	197
3. Liberalität . . . . .	198
B. Klassische Ansichten . . . . .	199
I. Opferperspektive . . . . .	200
1. Varianten . . . . .	200
a) Entscheidungsfreiheit, Freiwilligkeit und Verwandtes . . . . .	200
b) Geistige Defizite . . . . .	204
c) Verhandlungssituation . . . . .	204
2. Begrenzte Bedeutung einer Entscheidung . . . . .	205
3. Begrenzte Bedeutung der Entscheidungssituation . . . . .	206
a) Rechteausrüstung und frühere Anstrengungen. . . . .	206
b) Entgelt . . . . .	208

c) Drohungen Dritter . . . . .	209
d) Opfereigenschaften . . . . .	209
4. Mangelnde Aussagekraft . . . . .	210
a) Rational-informierte Entscheidung . . . . .	210
b) Fehlende überschießende Kriterien . . . . .	211
aa) Fehlende Subsumierbarkeit, Illiberalität . . . . .	211
bb) Sonstige Leerformeln . . . . .	213
cc) Ausweichversuche . . . . .	214
dd) Ergebnis . . . . .	216
ee) Ursachenforschung . . . . .	216
5. Handlungsoptionen, Qualität und Intensität . . . . .	218
6. Systematische Schwierigkeiten . . . . .	221
7. Ergebnis . . . . .	221
II. Tätersicht . . . . .	223
1. Rechts- oder Sittenwidrigkeit . . . . .	223
a) Grundidee . . . . .	223
b) Mangelnder Aussagegehalt . . . . .	224
c) Unvereinbarkeit mit geltendem Recht . . . . .	225
2. Finalität . . . . .	226
a) Fragwürdigkeit einer Betrachtung allein des Opfers . . . . .	226
b) Würdigung . . . . .	227
aa) Warum Finalität? . . . . .	227
bb) Unschuldete bzw. fahrlässige Drohung . . . . .	228
cc) Veränderte Absichten . . . . .	228
dd) Ausbeutung . . . . .	229
ee) Faire Verträge . . . . .	230
ff) Kollusion . . . . .	230
3. Aktiver Missbrauch versus untätiges Ausnutzen . . . . .	231
4. Bereicherung . . . . .	232
III. Äquivalenz . . . . .	233
1. Verankerung . . . . .	233
2. Unvereinbarkeit mit geltendem Recht . . . . .	234
a) Unentgeltliche Verträge . . . . .	234
b) Frühere Anstrengungen . . . . .	235
3. Fragwürdigkeit objektiver Wertlehren . . . . .	236
a) Marktpreis . . . . .	236
b) Produktionskosten . . . . .	239
4. Begrenzter Aussagegehalt . . . . .	240
5. Einseitig belastende Rechtsänderungen . . . . .	241
6. Ergebnis . . . . .	241
a) Dogmatische Lehren . . . . .	241
b) Scheinlösungen . . . . .	242
aa) Ausblendung falsifizierender Konstellationen . . . . .	242

bb) Relativierung . . . . .	244
IV. Verteilung der Kooperationsrente . . . . .	245
1. Grundidee . . . . .	245
2. Aufteilung nach Köpfen . . . . .	246
3. Anrechnung von Leistungen . . . . .	248
4. Einseitig belastende Rechtsänderungen . . . . .	249
V. Gesamtwohlfahrt. . . . .	249
C. Rechtfertigungsprinzip. . . . .	253
I. Grundlagen. . . . .	253
1. Rechtheausstattung . . . . .	253
a) Bedeutung . . . . .	253
b) Rechte versus Üblichkeit . . . . .	255
c) Zirkularität und Trivialität? . . . . .	256
d) Unvollständigkeit . . . . .	257
e) Ausblick . . . . .	258
2. Verbesserung. . . . .	259
a) Grundidee . . . . .	259
b) Beurteilungsbasis . . . . .	260
c) Ausprägungen . . . . .	261
3. Frühere Anstrengungen . . . . .	261
a) Praktische Bedeutung. . . . .	261
b) Berücksichtigung . . . . .	262
c) Subsidiarität . . . . .	263
4. Vorteile . . . . .	264
a) Vermeidung intersubjektiver Vergleiche . . . . .	264
b) Reine Kausalitätsprüfung vor realem Hintergrund. . . . .	264
II. Zwang und Drohung . . . . .	265
1. Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter . . . . .	265
2. Drohung mit Vertragsbruch . . . . .	266
3. Gewohnheiten . . . . .	267
4. Drohung Dritter . . . . .	268
5. Weitere Fallgruppen . . . . .	269
a) Drohung mit Schädigung Dritter . . . . .	269
b) Drohung durch Täuschung . . . . .	269
c) Versuchte Drohung . . . . .	269
d) Fahrlässige oder schuldlose Drohung. . . . .	270
e) Herbeiführung einer Notlage . . . . .	270
f) Warnungen . . . . .	271
6. Erfordernis besonderer Standhaftigkeit?. . . . .	272
III. Ausbeutung. . . . .	273
1. Grundprinzip und kleinere Abwandlungen . . . . .	274
2. Frühere Anstrengungen . . . . .	275
3. Abschöpfungstechniken . . . . .	276

4. Nachfragemonopol . . . . .	278
5. Drohung mit Unterlassen . . . . .	279
a) Lebenshärten . . . . .	279
b) Bereicherung . . . . .	281
6. Drohung Dritter . . . . .	282
7. Konnexität . . . . .	284
a) Durchsetzungsrechte . . . . .	285
b) Ausbeutung . . . . .	286
c) Staatliches Gewaltmonopol . . . . .	287
D. Ergebnis . . . . .	288
I. Rückblick . . . . .	288
II. Unterscheidungen . . . . .	289
1. Überblick . . . . .	289
2. Zwang versus Ausbeutung . . . . .	291
a) Kategoriale Wesensverschiedenheit? . . . . .	291
b) Rechtsfolge . . . . .	293
§ 5 Risiko . . . . .	295
A. Problem . . . . .	295
I. Praktische Bedeutung . . . . .	295
II. Dogmatische Herausforderung . . . . .	296
1. Risiko . . . . .	297
2. Spekulation . . . . .	298
3. Fälle . . . . .	299
B. Begriff . . . . .	303
I. Risiko . . . . .	303
1. Individualität . . . . .	303
2. Recht versus Risiko . . . . .	304
3. Drei Welten . . . . .	305
4. Unabbildbarkeit . . . . .	306
5. Gefahr . . . . .	307
6. Ergebnis . . . . .	308
II. Spekulation . . . . .	309
C. Klassische Ansichten . . . . .	311
I. Wille und Erklärung . . . . .	311
II. Äquivalenz . . . . .	312
III. Einzelargumente . . . . .	313
1. Gesetz . . . . .	313
2. (Normative) Auslegung . . . . .	314
3. Fehlender Irrtum . . . . .	314
4. Vertragsübergreifende Betrachtung . . . . .	315
5. Informationspflichten . . . . .	316
6. Flexible Begründungsmuster . . . . .	316

7. Mutmaßlicher Wille . . . . .	317
D. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	317
I. Gerechtfertigtes Risiko . . . . .	317
1. Bedingte Leistung . . . . .	318
2. Verbesserung. . . . .	319
II. Risikoverringerung als Rechtfertigung . . . . .	320
1. Risikoaversion . . . . .	320
2. Rechtsgestaltungsbedarf. . . . .	320
III. Anrechnung von Anstrengungen . . . . .	321
IV. Wertschöpfung . . . . .	322
1. Grundidee . . . . .	322
2. Risikounterschiede. . . . .	323
3. Absorbier- und Beherrschbarkeit . . . . .	323
E. Vertragstypen . . . . .	325
I. Glücksspiel . . . . .	326
II. Versicherung . . . . .	328
III. Darlehen, Zins und Rendite . . . . .	329
1. Problem . . . . .	329
2. Sichere Darlehen . . . . .	330
3. Riskante Darlehen . . . . .	331
IV. Bürgschaft . . . . .	332
V. Handelsspannen . . . . .	334
1. Arbitrage. . . . .	334
2. Klassischer Warenumsschlag . . . . .	336
VI. Geldanlage . . . . .	336
VII. Kursabsicherung . . . . .	338
VIII. Spekulation. . . . .	340
1. Insiderhandel . . . . .	340
2. Erarbeitetes Wissen . . . . .	341
a) Schädigung anderer. . . . .	341
b) Irrelevanz von Wissensinvestitionen . . . . .	343
3. Praktischer Befund. . . . .	343
4. Publikumsspekulation . . . . .	344
a) Fragwürdigkeit . . . . .	344
b) Besondere Regelungsbedürftigkeit . . . . .	345
F. Ergebnis . . . . .	347
§ 6 Leistungsstörungen . . . . .	349
A. Fälle . . . . .	350
B. Unmöglichkeitendenken . . . . .	354
I. Grundidee . . . . .	354
1. Wächter . . . . .	355
2. Mommsen . . . . .	355

II. Bloße Sachverhaltsbeschreibung . . . . .	357
III. Jenseits natürlicher Unmöglichkeit . . . . .	359
1. Enge natürlicher Unmöglichkeit . . . . .	359
2. Unmöglichkeitserweiterungen . . . . .	359
a) Varianten . . . . .	360
b) Dogmatische Fragwürdigkeit . . . . .	362
3. Ersatzkonstruktionen . . . . .	364
IV. Dreiteilung . . . . .	367
V. Interessenwidrigkeit . . . . .	367
1. Missachtung der Parteiinteressen . . . . .	367
2. Pacta sunt servanda . . . . .	369
C. Vertragsdenken. . . . .	370
I. Grundidee . . . . .	370
II. Überwindung fragwürdiger Unterscheidungen. . . . .	372
1. Unmöglichkeit . . . . .	372
2. Haftung, Pflichtverletzung und Zurechenbarkeit . . . . .	372
3. Vertrags- versus Schuldrecht. . . . .	375
III. Dogmatische Herausforderung. . . . .	376
IV. Klassische Ansichten . . . . .	377
1. Wille, Erklärung. . . . .	377
2. Zurechenbarkeit . . . . .	379
a) Grundidee . . . . .	379
b) Würdigung . . . . .	380
V. Absonderungen. . . . .	382
D. Gesetz . . . . .	383
I. Problem. . . . .	383
II. Haftungsmodalitäten. . . . .	384
E. Rechtfertigungsprinzip. . . . .	385
I. Grundlagen. . . . .	385
1. Überwindung klassischer Fiktivitäten . . . . .	385
2. Bedeutung der situations- und parteibedingten Besonderheiten. . . . .	386
3. Wertschöpfung. . . . .	387
4. Subsidiarität . . . . .	388
II. Nichteintritt der Hauptleistungspflicht. . . . .	388
1. Obergrenze vollständiger Kompensation . . . . .	388
2. Leistendürfen ohne Leistungspflicht . . . . .	389
3. Leistungspflicht bei vollständigem Ausgleich . . . . .	390
4. Vertragsabhängigkeit . . . . .	391
5. Gattungsschulden . . . . .	392
III. Umdeutung. . . . .	393
IV. Schadensersatz . . . . .	395
1. Grundlagen . . . . .	395

2. Fallgruppen . . . . .	396
V. Anfängliche Leistungshindernisse . . . . .	396
VI. Anspruchsentwertung . . . . .	399
1. Problem . . . . .	399
2. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	401
§ 7 Eigenschaften. . . . .	404
A. Problem . . . . .	404
I. Atomistische Herausforderung . . . . .	404
II. Störungen. . . . .	405
III. Irrtümer . . . . .	405
IV. Fälle . . . . .	406
B. Klassische Ansichten . . . . .	408
I. Zitelmann . . . . .	408
II. § 119 Abs. 2 BGB. . . . .	410
III. Lenel . . . . .	411
IV. Schlossmann . . . . .	411
1. Eigenschaft . . . . .	411
2. (Verkehrs-) Wesentlichkeit. . . . .	412
3. Verhältnis zum Gewährleistungsrecht. . . . .	413
4. Auf das Kausalverhältnis beschränkte Relevanz. . . . .	414
V. Flume. . . . .	415
1. Eigenschaften als Vertragsgegenstand . . . . .	415
2. Jenseits der Vereinbarung . . . . .	417
a) Grundproblem . . . . .	417
b) Gattungsschuld. . . . .	419
c) Objektivierungen . . . . .	420
3. Haftungsfolge . . . . .	421
4. Eigenschaft . . . . .	424
5. Wesentlichkeit . . . . .	425
6. Irrtumskategorie. . . . .	427
7. Fehler und Gewährleistungsrecht . . . . .	428
VI. Sonstige Ansichten . . . . .	429
C. Rechtfertigungsprinzip. . . . .	430
I. Geschuldete Eigenschaften . . . . .	431
1. Benennung. . . . .	431
2. Üblichkeit . . . . .	432
II. Störungen. . . . .	433
III. Irrtümer . . . . .	435

§ 8 Verteiltes Denken, verteilte Macht. . . . .	438
A. Problem . . . . .	438
I. Entscheidungsnotwendigkeiten. . . . .	438
II. Komplexität von Vertragsinhalten . . . . .	440
1. Reichhaltigkeit. . . . .	440
2. Begrenzte Aufmerksamkeit . . . . .	441
III. Pünktlichkeit klassischer Vertragstheorien . . . . .	442
IV. Fälle . . . . .	444
B. Arbeitsteilung . . . . .	445
I. Praktischer Befund . . . . .	445
II. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	447
1. Gezielte Arbeitsteilung. . . . .	447
2. Erkenntnis und Durchsetzung. . . . .	448
3. Kompetenz als schützenswertes Gut. . . . .	448
4. Gewillkürte Kompetenzverteilung. . . . .	449
III. Indizien. . . . .	451
1. Grundidee . . . . .	451
2. Interessenlage . . . . .	451
3. Kenntnisse und Fähigkeiten . . . . .	452
4. Situatives, Sachnähe . . . . .	453
5. Energieaufwand . . . . .	453
C. Zeitliche Streckung. . . . .	454
I. Praktischer Befund . . . . .	454
II. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	456
1. Gezielte zeitliche Streckung . . . . .	456
2. Indizien . . . . .	457
3. Situatives versus langfristiges Entscheiden. . . . .	458
III. Facetten der Zeit . . . . .	460
D. Rahmenbedingungen. . . . .	461
I. Praktischer Befund . . . . .	461
II. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	463
E. Privatautonomie . . . . .	464
I. Begriff . . . . .	464
II. Begründung . . . . .	465
1. Klassische Ansichten. . . . .	465
2. Subsidiarität . . . . .	466
III. Staatliche Dimensionen. . . . .	468
1. Ermöglichend . . . . .	468
2. Eingreifend. . . . .	470
3. Dienend . . . . .	471
4. Fordernd? . . . . .	471
F. Ausblick . . . . .	472

§ 9 Wille . . . . .	474
A. Fälle . . . . .	475
B. Begriff . . . . .	476
I. Herausforderung . . . . .	476
II. Merkmale . . . . .	478
1. Entität . . . . .	478
2. Kausalität (Macht) . . . . .	478
3. Aufmerksamkeit . . . . .	481
a) Befund . . . . .	481
b) Kreativität . . . . .	482
c) Benennung . . . . .	483
III. Gegenstand . . . . .	483
1. Inhaltsfreiheit . . . . .	483
2. Rechtsfolgen . . . . .	484
3. Ausblick . . . . .	485
C. Willenstheorie . . . . .	487
I. Selbstbindungswille . . . . .	487
1. Grundidee . . . . .	487
a) Verankerung . . . . .	487
b) Tatbestand . . . . .	488
c) Bedeutung . . . . .	489
d) Vorzüge . . . . .	490
2. Nichtexistenz . . . . .	491
3. Irrelevanz . . . . .	493
a) Bindungsunfähigkeit . . . . .	493
b) Vorläufigkeit . . . . .	495
c) Selbstbezogenheit . . . . .	496
d) Autonomie . . . . .	496
II. Einwilligung . . . . .	497
1. Grundidee . . . . .	497
2. Eignung nur als Eingriffsrechtfertigung . . . . .	499
a) Kategorienfehler . . . . .	499
b) Illustration . . . . .	500
c) Gedankliche Abhängigkeit . . . . .	502
d) Ausblick: Verknüpfungen . . . . .	503
e) Fazit . . . . .	503
III. Mangelnde Intransitität . . . . .	505
1. Stat pro ratione voluntas? . . . . .	505
2. Begrenzte Plausibilität als Axiom . . . . .	506
3. Praktischer Befund . . . . .	506
4. Konsequenzen . . . . .	508
IV. Rechtsgeschäftsleere . . . . .	508
1. Problem . . . . .	508

2. Vertragsschluss . . . . .	509
3. Vertragsinhalt . . . . .	510
4. Dritte . . . . .	514
V. Scheinlösungen . . . . .	516
1. Negatives Interesse. . . . .	517
a) Grundidee . . . . .	517
b) Grenzen. . . . .	520
c) Praktischer Befund . . . . .	521
2. Scheinwille. . . . .	524
a) Zwischenergebnis und Problem. . . . .	524
b) Fiktion . . . . .	525
aa) Fragwürdigkeit. . . . .	525
bb) Lebensnähe. . . . .	527
c) Verknüpfung . . . . .	528
aa) Zwangsläufigkeiten. . . . .	528
bb) Menschlich vermittelte Kausalitäten . . . . .	530
d) Mutmaßung. . . . .	533
aa) Kategorienfehler . . . . .	534
bb) Interessen. . . . .	535
cc) Konstruktion . . . . .	538
e) Normativierung. . . . .	541
aa) Wider Psychologismus und Naturalismus? . . . . .	541
bb) Rechtliche Relevanz von Realität. . . . .	544
3. Behauptung . . . . .	547
a) Übertragungstheorie . . . . .	547
b) Begriffserweiterung. . . . .	548
aa) Normierung . . . . .	549
bb) Vernünftigkeit . . . . .	549
cc) Freiheit als Bindung? . . . . .	550
dd) Freiwilligkeit . . . . .	550
ee) Unvorhersehbarkeit. . . . .	550
ff) Entscheidungsqualität . . . . .	551
gg) Erklärung. . . . .	551
hh) Wissen . . . . .	552
4. Ausblendung . . . . .	553
a) Pathologische Fälle . . . . .	554
b) „Wahres Vertragsrecht“ . . . . .	555
c) Wille versus Vertragsinhalt. . . . .	556
5. Relativierung. . . . .	557
VI. Ergebnis . . . . .	558
D. Grundfolgentheorie . . . . .	559
I. Zwecke vor Wille. . . . .	560
1. Normativer Vorrang . . . . .	560

2. Praktischer Befund. . . . .	563
3. Abkehr von Gegenständlichkeit . . . . .	565
4. Individualität und Liberalität . . . . .	566
5. Subsidiarität . . . . .	569
II. Ausblick: Dispositives Recht . . . . .	570
III. Konkretisierungsbedarf . . . . .	571
E. Rechtfertigungsprinzip. . . . .	573
I. Problem. . . . .	573
II. Aneignungswille . . . . .	575
1. Erwerb statt Verlust . . . . .	575
2. Praktische Bedeutung . . . . .	575
3. Stimmen . . . . .	576
4. Ursachenforschung. . . . .	577
III. Einwilligung . . . . .	581
1. Problem . . . . .	581
2. Objekt . . . . .	581
3. Neues Bindungsdogma? . . . . .	582
IV. Begrifflichkeiten . . . . .	583
V. Fazit: Eine „andere Willentheorie“ . . . . .	584
§ 10 Erklärung . . . . .	587
A. Handlungstheorien. . . . .	587
I. Urteilstheorien . . . . .	588
II. Sprechakttheorie . . . . .	589
III. Sozial verankerte Kommunikation . . . . .	591
IV. Handlungswille. . . . .	592
V. Geltungstheorie. . . . .	594
1. Normierung, Verbindlichkeit . . . . .	595
a) Thesen . . . . .	595
b) Würdigung . . . . .	596
2. Einheitsthesen . . . . .	598
3. Sonstiges . . . . .	599
VI. Selbstbindung und normativitätsstiftendes Verhalten . . . . .	601
B. Normative Relevanz . . . . .	602
I. Erklärungsgegenstand . . . . .	602
II. Eigenwert des Erklärten? . . . . .	603
1. Offene Fragen . . . . .	603
2. Fehlender Sinn . . . . .	605
C. Zurechenbarkeit . . . . .	607
I. Problem. . . . .	607
1. Verankerung . . . . .	607
2. Anspruchsbegrenzung . . . . .	609
3. Anspruchsbegründung. . . . .	610

II. Vorsätzliches Handeln . . . . .	610
III. Fahrlässigkeit . . . . .	613
1. Grundidee . . . . .	613
2. Kategorienfehler . . . . .	615
3. Fehlende Benennung . . . . .	616
4. Jenseits des Verschuldens . . . . .	618
5. Verhalten der Gegenseite. . . . .	619
IV. Verantwortung und Anerkennung . . . . .	619
1. Grundidee und Vorbilder . . . . .	619
2. Alte Probleme . . . . .	624
3. Fehlende Verknüpfung. . . . .	625
4. Mangelnde Allgemeingültigkeit . . . . .	627
5. Illiberalität. . . . .	627
6. Fazit . . . . .	630
V. Risiko. . . . .	631
VI. Ergebnis . . . . .	632
D. Unerklärtes. . . . .	633
I. Rechtsgeschäftsleere . . . . .	633
II. Punktualität . . . . .	634
III. Wille versus Erklärung . . . . .	635
1. Problem . . . . .	635
2. Scheinlösungen . . . . .	637
a) Vagheiten . . . . .	637
b) Ausblendung . . . . .	638
c) Verweis auf geltendes Recht . . . . .	639
d) Flexible Begründungsmuster . . . . .	640
e) Dialektik . . . . .	641
3. Fazit und Ausblick . . . . .	642
IV. Offene Fragen . . . . .	643
E. Verknüpfungen . . . . .	644
I. Inhalte . . . . .	645
1. Recht. . . . .	645
2. Sitte, Übung und Brauch. . . . .	645
3. Rechtsidee . . . . .	646
II. Vorwände . . . . .	646
1. (Normative) „Auslegung“ . . . . .	647
2. Sprache . . . . .	649
a) Normalsprache . . . . .	649
b) Sprechakttheorie . . . . .	650
3. Hermeneutik und Vorverständnis . . . . .	652
a) Wertvolles . . . . .	652
b) Fragwürdigkeiten . . . . .	654
4. Umstände . . . . .	654

a) Praktische Relevanz. . . . .	654
b) Offene Fragen. . . . .	655
F. Ausblick . . . . .	656
§ 11 Vertrauen . . . . .	658
A. Grundidee . . . . .	658
B. Stimmen . . . . .	660
C. Begriff . . . . .	667
I. Klärungsbedarf. . . . .	667
II. Vertrauender . . . . .	669
1. Interesse . . . . .	670
2. Risiko . . . . .	670
3. Freiwilligkeit. . . . .	672
4. Aufmerksamkeit, Rationalität. . . . .	673
5. Fazit . . . . .	676
III. Vertrauensgegenstand . . . . .	676
1. Äußerlich freies Handeln . . . . .	676
2. Moralisches Handeln . . . . .	677
3. Konsequenzen . . . . .	680
a) Mensch, Tier und Natur . . . . .	680
b) Moral. . . . .	681
IV. Ergebnis . . . . .	682
D. Praktische Relevanz . . . . .	682
I. Vor- und Nachteile . . . . .	682
II. Voraussetzungen . . . . .	684
E. Rechtliche Irrelevanz . . . . .	685
I. Sicherheit versus Vertrauen. . . . .	685
1. Recht, Sitte, Anreize und Moral. . . . .	685
2. Vertrauensalternativen. . . . .	686
3. Wechselwirkungen. . . . .	688
4. Ergebnis . . . . .	690
II. Vertrauensgegenstand . . . . .	692
1. Recht. . . . .	692
2. Erklärung . . . . .	693
3. Rechtsordnung. . . . .	694
4. Wille . . . . .	694
5. Verkehrüblichkeit. . . . .	695
6. Normativierung . . . . .	696
III. Mangelnde Eignung als Grund. . . . .	696
IV. Jenseits des Scheins. . . . .	700
F. Scheinlösungen . . . . .	701
I. Vertrauendürfen . . . . .	701
II. Zusätzliche Anforderungen . . . . .	703
III. Vertrauensvertrag . . . . .	705

§ 12 Protest und schlüssiges Verhalten . . . . .	707
A. Dogmatische Herausforderung. . . . .	707
I. Fälle . . . . .	707
II. Fehlender Selbstbindungswille . . . . .	709
III. Anforderungen an einen Vertragsschluss. . . . .	711
IV. Übereinstimmung von Theorie und Realität . . . . .	712
V. Abwehrreaktionen . . . . .	713
1. Geschichtlicher Hintergrund . . . . .	713
2. Illiberalität. . . . .	716
3. Geringe praktische Bedeutung. . . . .	717
B. Scheinlösungen. . . . .	718
I. Eigenständiges Rechtsinstitut . . . . .	718
II. Auslegung . . . . .	719
1. Leerformeln . . . . .	719
2. Sozialtypizität . . . . .	721
a) Grundidee . . . . .	721
b) Bedeutung objektiver Kriterien . . . . .	722
c) Begrenzter Gehalt. . . . .	723
3. Erklärungstheorie . . . . .	724
a) Vertrauenshaftung . . . . .	724
b) Verkehrsschutz . . . . .	725
4. Widersprüchliches Verhalten . . . . .	725
a) Grundidee . . . . .	725
b) Eindeutigkeit . . . . .	727
c) Mentalreservation . . . . .	728
5. Entbehrlichkeit des Zugangs. . . . .	729
III. Zurechenbarkeit . . . . .	729
1. Wissen . . . . .	730
2. Fahrlässigkeit, Verantwortung. . . . .	731
IV. Gesetzliche Schuldverhältnisse . . . . .	732
1. Deliktsrecht . . . . .	732
2. Bereicherungsrecht. . . . .	734
V. Sonstiges . . . . .	736
1. Soziale Realitäten . . . . .	736
a) Kollektive Dimensionen. . . . .	736
b) Besonderheiten der Daseinsvorsorge . . . . .	738
2. Anspruch auf Willensunterwerfung . . . . .	739
3. Geltendes Recht . . . . .	741
4. Leerformeln . . . . .	742
C. Rechtfertigungsprinzip. . . . .	744
I. Grundlagen. . . . .	744
1. Individualistisch-substanzieller Ausgangspunkt . . . . .	744
2. Einwilligung statt Selbstbindungswille . . . . .	745

3. Negative Vertragsfreiheit . . . . .	745
II. Leistungsnehmer . . . . .	747
1. Indizfunktion . . . . .	747
2. Abhängigkeiten . . . . .	748
a) Problem . . . . .	748
b) Inhalts-, nicht Entscheidungsproblem . . . . .	750
3. Anforderungen an eine „Erklärung“ . . . . .	751
a) Notwendigkeit einer Rechtfertigung . . . . .	751
b) Subsidiarität . . . . .	753
c) Illustration . . . . .	753
4. Fangprämie und erhöhtes Beförderungsentgelt . . . . .	754
a) Problem . . . . .	754
b) Rechtfertigungsprinzip . . . . .	756
III. Leistungsgeber . . . . .	758
1. Problem . . . . .	758
2. Umsetzung . . . . .	759
3. Wahlrecht? . . . . .	760
IV. Vertrag und Delikt . . . . .	761
1. Fließende Übergänge . . . . .	761
2. Vorzugswürdigkeit vertragsrechtlicher Denkkategorien . . . . .	763
V. Störfälle . . . . .	764
§ 13 Stellvertretung . . . . .	767
A. Problem . . . . .	767
I. Rechtliche Verankerung . . . . .	767
II. Dogmatische Herausforderung . . . . .	768
III. Fälle . . . . .	769
B. Klassische Ansichten . . . . .	772
I. Überleitungstheorien . . . . .	772
II. Geschäftsherrentheorie . . . . .	774
1. Grundidee . . . . .	774
2. Fiktivität . . . . .	774
3. Unstimmigkeiten . . . . .	776
III. Repräsentationstheorie . . . . .	778
1. Grundidee . . . . .	778
2. Fiktivität . . . . .	778
3. Unstimmigkeiten . . . . .	780
C. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	781
I. Vertragsinhalt . . . . .	781
1. Verteiltes Entscheiden . . . . .	781
2. Entscheidungsdefizite . . . . .	782
II. Vertretungsmacht . . . . .	784
1. Arbeitsteilung . . . . .	784

2. Kompetenzen . . . . .	784
3. Wertschöpfung „übers Eck“ . . . . .	785
4. Fremdnützigkeit . . . . .	785
a) Praktischer Befund . . . . .	785
b) Rechtliche Umsetzung . . . . .	788
aa) Person . . . . .	788
bb) Anreize . . . . .	788
cc) Kompetenz . . . . .	789
III. Gesetzliche Stellvertretung . . . . .	790
1. Irrelevanz des Willens des Vertretenen . . . . .	790
2. Abstoßungsreaktionen . . . . .	791
3. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	792
a) Vereinbarkeit . . . . .	792
b) Rechte, Kompetenzen und Wille . . . . .	793
IV. Gewillkürte Stellvertretung . . . . .	794
1. Subsidiarität . . . . .	794
2. Irrtum über die Vertretungsmacht . . . . .	796
a) Problem . . . . .	796
b) Wertschöpfung . . . . .	798
c) Umsetzung . . . . .	799
d) Rechtsschein versus Vollmacht? . . . . .	800
§ 14 Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .	802
A. Hintergrund . . . . .	802
I. Fälle . . . . .	802
II. Praktische Bedeutung . . . . .	803
III. Vorteile . . . . .	805
IV. Gefahren . . . . .	807
1. Unwissenheit . . . . .	807
2. Macht . . . . .	809
V. Dogmatische Herausforderung . . . . .	811
B. Klassische Ansichten . . . . .	814
I. Wille . . . . .	814
1. Problem . . . . .	814
2. Scheinlösungen . . . . .	815
II. Erklärung . . . . .	817
III. Zurechenbarkeit . . . . .	818
IV. Sonstiges . . . . .	819
C. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	820
I. Kompetenzverteilung . . . . .	820
1. Grundidee . . . . .	820
2. Geltung gegen den Verwender . . . . .	821
II. Inhaltskontrolle . . . . .	822

1. Berechtigung . . . . .	822
2. Maßstab . . . . .	823
3. Prüfungsintensität . . . . .	823
4. Gesetzes- versus Richterrecht . . . . .	825
5. Homogenität versus Einzelfallbetrachtung . . . . .	826
6. Sitte, Übung und Brauch . . . . .	827
III. Transparenz . . . . .	828
1. Dogmatische Relevanz. . . . .	828
a) Überraschende Klauseln . . . . .	829
b) Abwicklungstransparenz . . . . .	830
c) Individuelles Aushandeln . . . . .	830
2. Maßstäbe und Prüfungsintensität . . . . .	830
IV. Irrtümer . . . . .	833
 § 15 Werbung. . . . .	 835
A. Einführung. . . . .	835
I. Fälle . . . . .	835
II. Praktische Bedeutung. . . . .	838
III. Vertragsrechtliche Bedeutung . . . . .	838
IV. Dogmatische Herausforderung . . . . .	839
B. Klassische Ansichten . . . . .	840
I. Beschränkung auf den Vertragsschluss. . . . .	840
II. Scheinlösungen . . . . .	841
III. Öffentliche Erklärungen und Selbstbindung . . . . .	842
C. Rechtfertigungsprinzip. . . . .	843
I. Grundkonstellationen . . . . .	843
1. Verkäuferangaben . . . . .	843
2. Herstellerwerbung . . . . .	844
3. Persönliche Herstellerinformation . . . . .	846
II. Werbung, Wettbewerb und Subsidiarität. . . . .	846
III. Einzelfragen . . . . .	848
1. Widersprüchliche Angaben . . . . .	848
2. Wirkungsbreite und -dauer . . . . .	850
3. Irrtümer . . . . .	851
4. Vorvertragliche Korrekturen. . . . .	852
D. Ergebnis . . . . .	853
 § 16 Kollektiv gesetzte Vertragsinhalte . . . . .	 855
A. Dispositives und zwingendes staatliches Recht. . . . .	856
I. Problem. . . . .	856
1. Praktische Bedeutung . . . . .	856
2. Dogmatische Herausforderung . . . . .	857

3. Begrenzte Eignung als Untersuchungsgegenstand . . . . .	859
II. Begründungsnoté . . . . .	860
1. Klassische Ansätze . . . . .	860
2. Verknüpfungen . . . . .	861
a) Vertragsparteien . . . . .	861
b) Staat . . . . .	863
3. Mutmaßlicher Wille . . . . .	863
4. Dualismen . . . . .	864
5. Essentialia, naturalia und accidentalia negotii . . . . .	865
6. Grundfolgentheorie . . . . .	865
III. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	866
1. Zwingendes Recht . . . . .	866
a) Störungen . . . . .	866
aa) Macht . . . . .	866
bb) Unwissenheit . . . . .	867
b) Vorteile . . . . .	868
2. Dispositives Recht . . . . .	870
a) Dispositivität . . . . .	870
b) Maßstab . . . . .	871
c) Rechtsqualität . . . . .	872
B. Gefälligkeitsverhältnisse . . . . .	872
I. Problem. . . . .	872
1. Theoretische wie praktische Bedeutung . . . . .	872
2. Klassische Ansichten. . . . .	873
II. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	874
C. Sitte, Übung und Brauch . . . . .	875
I. Problem. . . . .	875
1. Praktische Bedeutung . . . . .	875
2. Sprache . . . . .	876
3. Begriff . . . . .	877
4. Dogmatische Herausforderung . . . . .	877
II. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	879
1. Dogmatische Relevanz. . . . .	879
2. Eignung als Indiz . . . . .	879
3. Bezugsgruppe . . . . .	880
4. Sittenwandel . . . . .	881
5. Rangverhältnis. . . . .	881
III. Recht und Sitte . . . . .	882
D. Wettbewerb . . . . .	884
I. Verbindungslinien . . . . .	885
1. Vertragsinhalt . . . . .	885
2. Sitte, Übung und Brauch. . . . .	885
3. Zwang, Drohung und Ausbeutung. . . . .	886

4. Unwissenheit. . . . .	888
5. Werbung und Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .	889
II. Staatliche Dimensionen. . . . .	889
1. Praktischer Befund. . . . .	890
2. Theoretische Erfassung . . . . .	891
III. Inhalt versus Verfahren. . . . .	892
1. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	892
2. Wettbewerbsfreiheit . . . . .	893
3. Ordoliberalismus . . . . .	895
E. Wettbewerb der Rechtsordnungen? . . . . .	897
I. Problem. . . . .	897
II. Harmonisierung versus Subsidiarität. . . . .	899
1. Internationales Privatrecht. . . . .	900
2. Rechtsvereinheitlichung . . . . .	901
III. Zwingendes Recht versus Privatautonomie. . . . .	904
1. Besseres Recht durch freie Rechtswahl? . . . . .	905
2. Selektionsprinzip. . . . .	906
a) Zwingendes Recht als Willkürprodukt? . . . . .	907
b) Neue alte Probleme . . . . .	908
3. Freiheit und Effizienz . . . . .	910
4. Rahmenbedingungen . . . . .	912
5. Zwischenergebnis . . . . .	914
IV. Sachrecht versus Kompetenzen . . . . .	915
1. Kollisionsrecht. . . . .	915
2. Zweites Sachrecht . . . . .	917
3. Vertikale Kompetenzverteilung . . . . .	920
4. Umgewichtung politischer Präferenzen . . . . .	920
V. Einzelfragen . . . . .	923
1. Innovationen. . . . .	923
2. Koordinationsprobleme . . . . .	926
3. Notwendigkeiten. . . . .	927
VI. Fazit . . . . .	932
1. Kategorienfehler . . . . .	932
2. Wahre Interdisziplinarität . . . . .	933
§ 17 Irrtum . . . . .	936
A. Unwissenheit im Vertragsrecht. . . . .	936
I. Problem. . . . .	936
II. Verengungen . . . . .	936
III. Bausteine . . . . .	938
1. Ziele . . . . .	938
2. Geschichtlichkeit. . . . .	939
3. Verteiltes Denken . . . . .	940

4. Vertragsinhalt . . . . .	940
5. Inhaltliche Punctualität . . . . .	941
IV. Ausblick: Irrtümer . . . . .	941
1. Problem . . . . .	941
2. Jenseits der Vertragsparteien. . . . .	942
3. Untersuchungsgang . . . . .	943
B. Erfolgreiche Verständigung . . . . .	945
I. Fälle . . . . .	945
II. Falsa demonstratio . . . . .	947
1. Problem . . . . .	947
2. Klassische Ansichten. . . . .	948
3. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	950
a) Ausgangsfall . . . . .	950
b) Unsicherheiten . . . . .	950
III. Scheingeschäft . . . . .	951
1. Problem . . . . .	951
2. Klassische Ansichten. . . . .	951
3. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	952
4. Bedeutungsvereinbarungen . . . . .	952
IV. Erkannter Irrtum. . . . .	953
1. Problem . . . . .	953
2. Klassische Ansichten. . . . .	954
a) Willenstheorie . . . . .	954
b) Erklärungstheorie. . . . .	954
c) Sonstiges . . . . .	955
3. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	956
V. Nicht durchschlagender Irrtum. . . . .	957
1. Spätere Akzeptanz des Gemeinten. . . . .	958
a) Problem. . . . .	958
b) Klassische Ansichten . . . . .	958
aa) Willens- und Erklärungstheorie . . . . .	958
bb) Sonstiges . . . . .	958
c) Rechtfertigungsprinzip . . . . .	960
2. Spätere Akzeptanz des Erklärten . . . . .	961
C. Inhaltsirrtum. . . . .	962
I. Problem. . . . .	962
1. Einordnung . . . . .	962
2. Fälle . . . . .	963
3. Herausforderung. . . . .	964
II. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	966
1. Anwendbarkeit. . . . .	966
2. Wertschöpfung. . . . .	967
a) Irrtumsgefahr. . . . .	967

b) Vorteile einer Bindung . . . . .	967
c) Negatives Interesse als Alternative . . . . .	969
d) Anreize . . . . .	970
3. Subsidiarität . . . . .	971
D. Motivirrtum . . . . .	971
I. Problem. . . . .	971
1. Dogmatische Herausforderung . . . . .	971
2. Fälle . . . . .	972
II. Klassische Ansichten . . . . .	973
1. Willens- und Erklärungstheorie . . . . .	973
2. Entscheidungsfreiheit . . . . .	974
III. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	976
1. Negatives Interesse trotz Vertragswirksamkeit . . . . .	976
2. Anreize. . . . .	977
3. Umsetzung. . . . .	978
a) Täuschung . . . . .	978
b) Unkenntnis . . . . .	980
IV. Wissensinvestitionen . . . . .	981
1. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	981
2. Klassische Ansichten. . . . .	982
E. Rationalität. . . . .	983
I. Fälle . . . . .	983
II. Klassische Ansichten . . . . .	984
1. Willens- und Erklärungstheorie . . . . .	984
2. Zusätzliche Anforderungen . . . . .	985
III. Begriff . . . . .	986
1. Praktischer Befund. . . . .	986
2. Vernunft/Metaphysik?. . . . .	987
3. Zweckerationalität . . . . .	988
4. Fehlerhafte Informationsverarbeitung? . . . . .	988
5. Geisteszustand? . . . . .	989
6. Zuschreibung . . . . .	990
a) Grundidee . . . . .	990
b) Funktionen . . . . .	992
aa) Wahrnehmung . . . . .	992
bb) Steuerung . . . . .	993
cc) Vereinfachung . . . . .	993
c) Parallelen . . . . .	995
aa) Wissen versus Verarbeitung? . . . . .	995
bb) Verantwortung, Willensfreiheit, Fahrlässigkeit und Schuld . . . . .	997
IV. Verhaltensökonomik . . . . .	998
1. Ökonomische Rationalitätsannahme . . . . .	998

a) Zuschreibung statt Erforschung . . . . .	998
b) Inhalt . . . . .	998
c) Realitätsferne . . . . .	999
aa) Problem. . . . .	999
bb) Heuristische Tauglichkeit durch Kollektivismus?. . . . .	999
2. Differenzierungsversuche . . . . .	1002
a) Institutionen- und Verhaltensökonomik . . . . .	1002
b) Würdigung . . . . .	1003
aa) Epizykeltheorien . . . . .	1003
bb) Beschränkte Rationalität? . . . . .	1005
cc) Laienpsychologie . . . . .	1006
dd) Wenige isolierbare Anomalien?. . . . .	1007
3. Fazit . . . . .	1009
a) Disziplinäre Arbeitsteilung . . . . .	1009
b) Auf zu neuen Ufern? . . . . .	1011
V. Vertragsbindung als Rationalitätsproblem? . . . . .	1013
1. Selbstbeschränkung . . . . .	1014
2. Rechtliche Selbstbindung . . . . .	1015
a) Grundidee . . . . .	1015
b) Rechtfertigungsprinzip . . . . .	1015
3. Zeitinkonsistente Präferenzen? . . . . .	1016
a) Grundidee . . . . .	1016
b) Fragwürdigkeit . . . . .	1017
aa) Dualismus . . . . .	1017
bb) Welches Ich zählt? . . . . .	1017
cc) Laienpsychologie . . . . .	1018
dd) Alte Probleme . . . . .	1020
4. Fazit . . . . .	1021
VI. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	1021
1. Indizfunktion . . . . .	1021
2. Steuerungs- und Ordnungsfunktion . . . . .	1023
F. Mentalreservation . . . . .	1023
I. Problem. . . . .	1023
1. Charakterisierung . . . . .	1023
2. Praktischer Befund. . . . .	1024
3. Fälle . . . . .	1026
II. Begründungsversuche . . . . .	1029
1. Mangelnde Beweisbarkeit . . . . .	1029
2. Unsittlichkeit, Lüge . . . . .	1029
3. Zurechenbarkeit . . . . .	1030
4. Handlungswille . . . . .	1031
5. Vertrauen . . . . .	1032
6. Funktionalismus . . . . .	1033

III. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	1034
1. Unerkannte Mentalreservation . . . . .	1034
a) Grundlagen . . . . .	1034
b) Fehlendes Erklärungsbewusstsein . . . . .	1035
c) Irrationalität . . . . .	1035
d) Eingehungsbetrug. . . . .	1036
aa) Normalfall . . . . .	1036
bb) Letzte Bitte des Sterbenden. . . . .	1036
e) Zwänge . . . . .	1037
aa) Drohung durch Dritte . . . . .	1037
bb) Soziale Nöte . . . . .	1039
f) Teilvorbehalte. . . . .	1039
g) Vermeintlich unwirksamer Vertrag. . . . .	1040
2. Erkannte Mentalreservation . . . . .	1040
a) Problem. . . . .	1040
b) Rechtfertigungsprinzip . . . . .	1042
aa) Eingehungsbetrug . . . . .	1042
bb) Drohung . . . . .	1043
cc) Soziale Nöte . . . . .	1044
§ 18 Dies- und jenseits des Vertrags . . . . .	1046
A. Einführung und Fälle. . . . .	1046
B. Nachvertraglich . . . . .	1048
I. Existenz einseitiger Einflussmöglichkeiten . . . . .	1048
1. Ob eines Vertrags . . . . .	1049
2. Inhalt eines Vertrags. . . . .	1050
II. Klassische Ansichten . . . . .	1051
1. Vertragsschluss . . . . .	1051
a) Problem. . . . .	1051
b) Ursachenforschung . . . . .	1052
c) Scheinlösungen . . . . .	1052
2. Rechtstechnische Argumentationsmuster . . . . .	1053
a) Gestaltungsrecht . . . . .	1053
b) Subjektives Recht . . . . .	1054
3. Gesetz . . . . .	1054
4. Relationaler Vertrag . . . . .	1055
III. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	1055
1. Notwendigkeit einer zweiten Rechtsänderung. . . . .	1055
2. Vorbereitung durch früheren Rechtsverlust . . . . .	1057
3. Entscheidungskompetenz . . . . .	1059
a) Gläubiger . . . . .	1059
b) Aneignungswille . . . . .	1060
c) Einseitigkeit. . . . .	1061

d) Aktualisierbarkeit . . . . .	1061
IV. Festlegung und Spielraum . . . . .	1063
1. Wertschöpfung durch Aufschub . . . . .	1063
a) Inhalt und Umfang . . . . .	1063
b) Festlegungsberechtigte . . . . .	1065
aa) Private Dritte . . . . .	1065
bb) Staatliche Stellen . . . . .	1066
c) Bestimmtheitsgebot? . . . . .	1067
aa) Begrenzte Relevanz . . . . .	1067
bb) Dienende Funktion des Staats . . . . .	1068
2. Erfolgsversprechen versus Leistungssteuerung . . . . .	1069
a) Grundlagen . . . . .	1069
b) Gläubiger . . . . .	1071
c) Schuldner . . . . .	1073
C. Vorvertraglich . . . . .	1074
I. Vertragsschluss . . . . .	1074
II. Verschulden bei Vertragsverhandlungen . . . . .	1079
D. Außervertraglich . . . . .	1080
I. Delikt . . . . .	1080
II. Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	1082
§ 19 Fazit . . . . .	1084
A. Rückblick . . . . .	1084
B. Was ist liberal? . . . . .	1087
I. Begriff . . . . .	1088
II. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	1089
1. Konsequenter Schutz von Rechten . . . . .	1089
2. Preisgabe nur um die Interessen der betroffenen Person selbst . . . . .	1090
3. Aktive Unterstützung privater Wertschöpfung . . . . .	1091
a) Freiheit durch Intervention . . . . .	1091
b) Verteiltes Denken . . . . .	1091
III. Realitätsbezug . . . . .	1092
1. Notwendigkeit . . . . .	1092
2. Echte Menschen . . . . .	1093
3. Vertrag, Markt und Staat . . . . .	1094
4. „Nebengebiet“, „Pathologie“ und sonstige Ausblendungen . . . . .	1095
IV. Verbindlichkeit . . . . .	1096
C. Was ist sozial? . . . . .	1096
I. Begriff . . . . .	1096
II. Rechtfertigungsprinzip . . . . .	1097
1. Allgemeingültigkeit . . . . .	1097

2. Marktordnung . . . . .	1098
3. Grenzen . . . . .	1099
III. Verbindlichkeit und Realitätsbezug . . . . .	1100
IV. Verteilung . . . . .	1100
1. Unausweichlichkeit . . . . .	1100
2. Systematische (Um-) Verteilung? . . . . .	1101
a) Praktischer Befund . . . . .	1101
b) Fragwürdigkeit . . . . .	1102
aa) Einpreisung staatlich angeordneter Belastung . . . . .	1102
bb) Zufälligkeiten . . . . .	1103
cc) Komplexität . . . . .	1104
3. Gleichbehandlung . . . . .	1104
4. Ergebnis . . . . .	1105
V. Liberale Überhöhungen. . . . .	1106
1. Andere Welten, andere Werte . . . . .	1107
2. Abhängigkeiten . . . . .	1108
3. Kollektive Einbettung . . . . .	1108
4. Vertrag als rechtstheoretisches Allheilmittel? . . . . .	1109
a) Fiktivität gesellschaftsvertragstheoretischer Ansätze . . . . .	1109
b) Begrenzter Erkenntniswert . . . . .	1111
5. Konsequenzen . . . . .	1113
VI. Verbraucherschutz . . . . .	1113
1. Entscheidungsbildung . . . . .	1114
a) Praktischer Befund . . . . .	1114
b) Klassische Ansichten . . . . .	1116
c) Rechtfertigungsprinzip . . . . .	1117
2. Autonomie versus Heteronomie? . . . . .	1117
a) Klassische Ansichten . . . . .	1117
b) Rechtfertigungsprinzip . . . . .	1119
3. Verbraucherleitbild. . . . .	1120
4. Sonderprivatrecht? . . . . .	1123
D. Inhalt versus Verfahren. . . . .	1125
I. Problem. . . . .	1125
II. Offene Fragen . . . . .	1126
1. Vertragsinhalt . . . . .	1126
a) Begründungsnotwendigkeit. . . . .	1126
b) Menschliche Prioritäten. . . . .	1127
c) Rechtfertigungsprinzip . . . . .	1128
2. Verteiltes Denken . . . . .	1128
3. Rahmenbedingungen . . . . .	1129
III. Liberal und sozial . . . . .	1130
IV. Siegeszug des Prozeduralismus? . . . . .	1132
1. Theorie versus Praxis . . . . .	1132

2. Ursachenforschung . . . . .	1134
E. Privatrecht . . . . .	1136
I. Kleine Welt . . . . .	1136
II. Eigenständigkeit . . . . .	1137
III. Grenzbereiche . . . . .	1139
1. Interessengemeinschaft . . . . .	1139
2. Gesellschaft . . . . .	1141
a) Wertschöpfungspotenzial . . . . .	1141
b) Personale Verschmelzung . . . . .	1142
aa) Zwecke . . . . .	1142
bb) Rechtspersönlichkeit . . . . .	1143
c) Staat . . . . .	1143
d) Kampf ums Privatrecht . . . . .	1144
IV. Interne versus externe Perspektive? . . . . .	1144
F. Menschliches Unwissen . . . . .	1145
I. Methodische wie inhaltliche Integration . . . . .	1145
II. Realitätsbezug . . . . .	1146
III. Verbindlichkeit . . . . .	1148
1. Notwendigkeit . . . . .	1148
2. Alternativen? . . . . .	1151
a) Leerformeln . . . . .	1151
b) Flexible Begründungsmuster . . . . .	1151
c) Fehlender Erkenntniswert . . . . .	1153
IV. Verallgemeinerung . . . . .	1155
V. Regelbasierung . . . . .	1157
1. Praktischer Befund . . . . .	1157
2. Zwecke . . . . .	1159
a) Bedeutung . . . . .	1159
b) Komplexität finalen Denkens . . . . .	1159
c) Domestizierung . . . . .	1160
VI. Geschichtlichkeit . . . . .	1161
1. Inhaltliche Bescheidenheit . . . . .	1162
2. Rekursivität . . . . .	1163
3. Autonomien . . . . .	1164
4. Konsequenzen . . . . .	1164
a) Absage an ein überzeitliches Weltrecht . . . . .	1164
b) Erst verstehen, dann reformieren . . . . .	1165
c) Interne versus externe Perspektive . . . . .	1165
VII. Reißbretttheorien . . . . .	1166
1. Problem . . . . .	1166
2. (Verhaltens-) Ökonomik . . . . .	1166
a) Recht als Optimierungsproblem? . . . . .	1166
b) Epizykeltheorien . . . . .	1167

c) Geschichtslosigkeit . . . . .	1168
d) Zwischenergebnis. . . . .	1169
e) Konsequenzen . . . . .	1170
VIII. Vertrag . . . . .	1172
G. Immanuel Kant und das Vertragsrecht. . . . .	1173
I. Heikle Mission . . . . .	1173
II. Pünktlichkeit . . . . .	1174
III. Apriori-Illusion. . . . .	1175
IV. Fragwürdigkeiten. . . . .	1177
V. Relativismus als Chance . . . . .	1182
Literaturverzeichnis . . . . .	1185
Register . . . . .	1227

## § 1 Einführung

### *A. Problem*

#### I. Einfache Fragen

Dass unser Vertragsrecht mittlerweile verstanden sei, lässt sich leider nicht behaupten. Für diese Einsicht müssen wir nur die wenigen aussagekräftigen Theorien konsequent anwenden, über die wir glücklicherweise verfügen. Hier fällt dann bereits bei den vergleichsweise einfachen, weil nicht mit Unwissenheit belasteten Konstellationen von Zwang, Drohung und Ausbeutung auf, dass etwa weder die Willens- noch die Erklärungstheorie beantworten, warum wir bestimmten Verlusten die Anerkennung versagen. Vielmehr finden sich hier Aspekte wie Willensfreiheit, Entscheidungsfreiheit oder Freiwilligkeit, für die es regelmäßig offen bleibt, wie man deren Vorhandensein feststellt. Zudem scheitern sämtliche auf die spezifische Entscheidungssituation abstellenden Ansätze spätestens dort, wo sich das jeweilige Opfer zwar in genau der gleichen Lage befindet, das Vertragsrecht aber dennoch ganz unterschiedlich entscheidet.<sup>1</sup> Doch selbst der profane Fall einer Täuschung lässt uns nach klassischem Vertragsverständnis ratlos. Schließlich wollen und erklären oft gerade Unwissende besonders kraftvoll, was auch für beachtliche Motivirrtümer einschließlich der viel diskutierten Informationspflichten gilt.<sup>2</sup>

Genauso wenig steigert es die Zuversicht in unseren bisherigen Erkenntnisstand, wenn rechtliche Bindungen einen Vertrag oder ein angenommenes Versprechen erfordern sollen, die genauen Anforderungen daran aber stark schwanken. Warum muss ein Angebot je nach Situation oder Vertragstyp mal die wichtigsten Vertragsbestandteile enthalten und ein anderes Mal nicht?<sup>3</sup> Schließlich soll oft auch derjenige gebunden sein, der sich als neugieriger Tourist in einen Bus setzt, ohne zu wissen, wohin die Reise geht und wie viel sie kostet.<sup>4</sup> Aber auch das sogenannte Verschulden bei Vertragsverhandlungen lässt sich mit klassischen Ansätzen nicht bewältigen, fehlt in dieser Fallgruppe

---

<sup>1</sup> Näher unten § 4 B. I.

<sup>2</sup> Näher unten § 17 D. III. 3. a).

<sup>3</sup> Näher unten § 18 C. I.

<sup>4</sup> Näher unten § 12.

schon rein definitorisch der geforderte Vertragsschluss.<sup>5</sup> Doch selbst nach diesem Zeitpunkt erkennt nahezu jede Rechtsordnung zahlreiche einseitig herbeigeführte und vor allem nur die Gegenseite belastende rechtliche Änderungen an, die sich in ihrer konkreten Ausgestaltung nicht auf den ursprünglichen Vertrag zurückführen lassen: Entschließt sich jemand zu einer Anfechtung oder erteilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Weisung, entscheiden diese Personen erst dann, was rechtlich geschieht.<sup>6</sup> Ganz ähnlich muss unserer Dogmatik selbst die schlichte Stellvertretung ein Rätsel bleiben, da der Vertreter inhaltliche Verpflichtungen herbeiführt, die der Vertretene weder wollte noch erklärte.<sup>7</sup> Und wieso kann bloße Werbung den Vertragsinhalt bestimmen, und zwar selbst dann, wenn es nicht einmal die Werbung des Vertragspartners war?<sup>8</sup> Besonders aufschlussreich ist der Versuch, die praktisch so wichtigen Beratungspflichten auf den Vertragsschluss zu stützen. Denn schließlich besteht Beratungsbedarf vornehmlich dort, wo die Kunden keine Vorstellung darüber haben, was den Inhalt eines vertragsgemäßen Ratschlags auszeichnet – genau deshalb lassen sie sich ja beraten.<sup>9</sup> Aber sogar die vermeintlich so klare Trennung von Vertrag und Delikt verschwimmt, wenn man sich nüchtern fragt, ob es wirklich einen Unterschied machen sollte, ob sich jemand – die Waffe in der Hand – mit einer Geldbörse „beschenken“ lässt oder aber seine Hand angesichts seiner Bewaffnung noch einige Zentimeter weiter bewegen kann, um sich die Geldbörse nicht geben zu lassen, sondern sie sich selbst zu nehmen.<sup>10</sup>

Wohl die größten Widersprüche von Theorie und rechtlicher Realität verursacht die – gleich noch näher zu thematisierende –<sup>11</sup> Konzentration unseres klassischen Vertragsdenkens allein auf die Vertragsparteien und allein auf den kurzen Moment des Vertragsschlusses. Greift man hier etwa die Willentheorie heraus, macht sich spätestens dann Ernüchterung breit, wenn man ernsthaft danach fragt, wie weit die menschliche Aufmerksamkeit reicht. Ob nun jemand in eine Straßenbahn einsteigt oder aber die praktisch so bedeutsamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterzeichnet – für die allermeisten Vertragsinhalte ist es illusionär, deren Geltung auf einen Geschäftswillen bei Vertragsschluss zu stützen.<sup>12</sup> Und wenn man dem Willen dann noch eine geradezu intrinsische Autorität beimisst, lassen sich dessen Bildung und Inhalt von

---

<sup>5</sup> Näher unten § 18 C. II.

<sup>6</sup> Näher unten § 18 B.

<sup>7</sup> Näher unten § 13.

<sup>8</sup> Näher unten § 15.

<sup>9</sup> Näher unten § 3 C. III. 1. a).

<sup>10</sup> Näher unten § 4 B. I. 2.; § 18 D. I.

<sup>11</sup> Unten § 1 A. II.

<sup>12</sup> Näher unten § 9 C. IV.

vorherein nicht hinterfragen. Auch das hat mit dem geltenden Vertragsrecht wenig zu tun.<sup>13</sup>

Dabei bildet die Willentheorie den bis heute noch überzeugendsten Ansatz und haben etwa die Vertreter verschiedener Erklärungstheorien wenig Anlass, sich über derartige Schwierigkeiten zu belustigen. Sieht man einmal vom klassischen Einwand insbesondere der Anfechtbarkeit (oft trotz Verschuldens) vieler Erklärungen ab, belegen allein die zahllosen Fälle schlüssigen Handelns, wie wenig sich dem Parteiverhalten bei Vertragsschluss oft entnehmen lässt. Hinweise auf eine – vielleicht gar normative – Auslegung stellen lediglich die Frage nach dem Vertragsinhalt neu.<sup>14</sup> Nur am Rande sei hier angedeutet, dass man bereits dann in fundamentale Probleme gerät, wenn man ganz unschuldig fragt, was es denn überhaupt bedeutet, etwas zu erklären. Bei all diesen Schwierigkeiten hilft auch nicht die zusätzliche Prüfung einer Zurechenbarkeit bestimmter Erklärungsinhalte etwa im Sinn einer Fahrlässigkeit. Vielmehr provozieren zusätzliche Anforderungen nur zusätzliche Fragen.<sup>15</sup> So rechnet unser Vertragsrecht selbst vorsätzliche Erklärungen keineswegs immer zu – man denke nur an das Scheingeschäft. Und selbst wenn jemand aufgrund einer Täuschung wissentlich etwas erklärt, müsste es erst einmal anhand eines in sich stimmigen Gesamtkonzepts erläutert werden, warum wir bei der Prüfung einer Zurechenbarkeit nicht auf dieses Wissen, sondern plötzlich auf die frühere Entscheidungsbildung abstellen. Wie viele vorvertragliche Kenntnisse rechtlich zurechenbares Verhalten voraussetzt, verrät der Hinweis auf die Zurechenbarkeit auch nicht. Umgekehrt berücksichtigt unser Recht die Sitte, staatlich gesetzte Vertragsinhalte und zahllose vorformulierte Vertragsbedingungen, obwohl es deren Adressaten ganz sicher nicht vorwerfbar ist, diese vor Vertragsschluss nicht gelesen zu haben.<sup>16</sup> Ganz im Gegenteil kann man jedem zu dieser Ignoranz nur raten. Bei alledem lässt sich noch nicht einmal behaupten, dass wenigstens entweder der Wille oder die Erklärung der Vertragsparteien maßgeblich seien. Denn wir kennen zahllose Vertragsinhalte, die keines von beidem berücksichtigen oder sogar beides verwerfen, wie dies etwa bei der Umdeutung,<sup>17</sup> dem zwingenden Vertragsrecht,<sup>18</sup> der ergänzenden Auslegung<sup>19</sup> oder auch diversen Irrtumskonstellationen der Fall ist.<sup>20</sup> Gerade die menschliche Unwissenheit provoziert viele schwierige Fragen, die selten ernsthaft diskutiert werden. Warum darf sich beispielsweise ein Roulettespieler nicht vom Vertrag lösen, wenn er fälschlicherweise fest davon aus-

---

<sup>13</sup> Näher unten § 9 C. III.

<sup>14</sup> Näher unten § 10 D. I.

<sup>15</sup> Näher zum Folgenden unten § 10 C. III. 4.

<sup>16</sup> Näher unten § 14; § 16.

<sup>17</sup> Näher unten § 6 E. III.

<sup>18</sup> Näher unten § 16 A. III. 1.

<sup>19</sup> Näher unten § 10 E. II. 1.

<sup>20</sup> Näher unten § 10 D.

ging, dass die Kugel auf Rot landen würde? Schließlich zeigt sich unser Vertragsrecht oft schon bei sehr viel weniger bedeutsamen Motivirrtümern nachgiebig.<sup>21</sup>

## II. Punktualität des klassischen Vertragsdenkens

Sucht man nach den tieferen Gründen für diese dogmatischen Schwierigkeiten, so finden sich einige Grundannahmen, über die – der so reichhaltigen vertragstheoretischen Diskussion zum Trotz – weithin eine bemerkenswerte Einigkeit besteht: Insbesondere erweist sich unser klassisches Vertragsdenken als enorm punktuell, und zwar zeitlich wie personell: Es sollen nur die Vertragspartner sein, welche den Vertragsinhalt verbindlich bestimmen – sei dieser noch so detailliert und unvorhersehbar. Und all das soll sich dann auch noch im äußerst kurzen Augenblick des gemeinsamen Vertragsschlusses abspielen. Streit besteht vor allem darüber, ob hier eher subjektive Elemente (so insbesondere die Willenstheorie)<sup>22</sup> oder aber das objektiv Erklärte (so die Erklärungstheorie in all ihren Facetten)<sup>23</sup> maßgeblich seien. Einen solchen gedanklichen Ausgangspunkt zu wählen, bedeutet nicht nur, dass Wille oder Erklärung bei Vertragsschluss als intrinsisch richtig angesehen werden müssen – schließlich wird kein „dahinter“ liegendes Kriterium angeboten.<sup>24</sup> Es werden damit auch die Zwecke (Ziele, Interessen) ausgeblendet, welche die Parteien überhaupt zum Vertragsschluss bewegen.<sup>25</sup>

Mit der rechtlichen Realität hat das wenig zu tun. Tatsächlich bestimmen unzählige Personen zu verschiedensten Zeiten, was wir letztlich als vertraglich geschuldet ansehen. Was klassische Vertragstheorien als kleines Duett präsentieren, entpuppt sich schnell als Ring der Nibelungen. Nur die wenigsten Vertragsinhalte werden gerade dann bestimmt, wenn sich die Vertragspartner ihre Hände schütteln. Unserem Vertragsrecht liegt eine ausgeklügelte Kompetenzverteilung zwischen sehr vielen Akteuren zugrunde, die es als dogmatische Herausforderung anzuerkennen und stimmig einzuordnen gilt. Noch am fruchtbarsten ist hier die Diskussion um die Stellvertretung, die jedoch bereits gegen Ende des 19. Jahrhundert mit einem bemerkenswerten Ergebnis versandete: So einigte man sich zwar weithin darauf, dass der Vertreter „grundsätzlich“ mit Wirkung für und gegen den Vertretenen handle. Doch ist die dafür bemühte Repräsentationstheorie gar keine Theorie, sondern lediglich die Be-

<sup>21</sup> Näher unten § 5.

<sup>22</sup> Näher unten § 9 C.

<sup>23</sup> Näher unten § 10; § 11.

<sup>24</sup> Besonders deutlich formuliert dies *Flume* für die Willenstheorie: „*Sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas*“, vgl. unten § 9 C. III. 1.

<sup>25</sup> Näher unten § 2 A.; § 9 D. I.; *passim*. Interesse, Zweck und Ziel werden in dieser Arbeit synonym verwandt.

schreibung des zu begründenden Phänomens.<sup>26</sup> Dabei bildet die Stellvertretung nur die Spitze des Eisbergs. Schließlich nehmen auch Gesetzgeber und Richter insbesondere über das dispositive und zwingende Recht erheblichen Einfluss – besonders bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen.<sup>27</sup> Und diese wiederum werden oft nicht einmal vom Verwender gelesen, sondern von wiederum ganz anderen Personen wie etwa einem Verbandsjuristen übernommen. Genauso bleibt zu begründen, warum die bloße Werbung eines sonst unbeteiligten Herstellers einzelne Kaufverträge beeinflussen kann.<sup>28</sup> Am eindrucksvollsten äußert sich die vertragliche Arbeitsteilung bei Sitte, Übung und Brauch, bildet sich deren Inhalt oft erst über einen lang andauernden Evolutionsprozess unter Beteiligung großer Personenkreise – man denke nur an die „übliche Beschaffenheit“ einer Sache oder den Handelsbrauch.<sup>29</sup> Dabei wiegt das vertragstheoretische Versäumnis eines zeitlich wie personell hochgradig punktuellen Denkens umso schwerer, als auf rechtstheoretischer Ebene spätestens zu Beginn des 20. Jahrhunderts immer deutlicher herausgearbeitet wurde, dass Rechtsetzung ein stark arbeitsteiliges Phänomen bildet und keineswegs nur dem Parlament zusteht.<sup>30</sup>

Doch auch in zeitlicher Hinsicht verläuft das klassische Vertragsdenken äußerst punktuell. Dabei bringt es allein die zuvor beschriebene personelle Vielfalt mit sich, dass wichtige Vertragsinhalte auch vor und nach Vertragsschluss bestimmt werden. Ein einfaches Beispiel bilden staatliche Stellen angesichts bereits bestehender dispositiver oder zwingender Gesetzesvorschriften einerseits sowie der nachträglichen richterlichen Konkretisierung von Verträgen durch ergänzende Auslegung oder Umdeutung andererseits.<sup>31</sup> Auch der Entwurf eines umfassenden Vertragsdokuments (etwa auch als Allgemeine Geschäftsbedingungen)<sup>32</sup> oder die spätere Ausübung von Gestaltungsrechten durch die Parteien selbst<sup>33</sup> gehören hierhin.

Schließlich sind Wille oder Erklärung der Vertragsparteien bei Vertragsschluss keineswegs intrinsisch richtig, wie Zwang, Drohung und Ausbeutung, Täuschung, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Haustürgeschäft, Formerfordernisse oder die Umdeutung verdeutlichen.<sup>34</sup> Geht man jedoch bereits im gedanklichen Ausgangspunkt von diesem Parteiverhalten aus, fehlt jede dogmatische Handhabe, um es doch noch zu hinterfragen.

---

<sup>26</sup> Näher unten § 13.

<sup>27</sup> Näher unten § 14; § 16 A.

<sup>28</sup> Näher unten § 15.

<sup>29</sup> Näher unten § 7; § 16 C.

<sup>30</sup> Näher unten § 2 B. I. 4.

<sup>31</sup> Näher unten § 16 A.

<sup>32</sup> Näher unten § 14.

<sup>33</sup> Näher unten § 18 B.

<sup>34</sup> Näher unten § 9 C. III. 3.

Die hier nur angedeuteten Defizite haben zu einer kaum mehr überschaubaren Vielfalt dogmatisch zweifelhafter Ersatzkonstruktionen geführt. Oft werden die von ganz anderen Personen gesetzten Vertragsinhalte als letztlich doch von den Vertragsparteien gewollt oder erklärt dargestellt, sei es durch Fiktion<sup>35</sup> oder unter dem Stichwort der Auslegung.<sup>36</sup> Bisweilen geht dies mit flexiblen Begründungsmustern oder unbestimmten Rechtsbegriffen wie „normativ“ oder „verständlich“ einher. Oder man bemüht nicht subsumtionsfähige Begriffe wie „Entscheidungsfreiheit“<sup>37</sup> oder solche, die wie „Zurechenbarkeit“ oder „Verantwortung“ ein rechtliches Phänomen zwar behaupten, nicht aber begründen.<sup>38</sup>

### III. Rechtfertigungsprinzip

#### 1. Notwendigkeit eines inhaltlichen Maßstabs

Hat man einmal die personell wie zeitlich stark verteilte Beeinflussung von Vertragsinhalten als rechtliches Faktum akzeptiert, und möchte man darauf verzichten, sämtliche Entscheidungen jenseits des klassischen Vertragsschlusses als irgendwie doch noch von den Vertragsparteien zu diesem kurzen Zeitpunkt gewollt oder erklärt zu fingieren, kommt man um ein substantielles Kriterium nicht umhin.<sup>39</sup> Denn erst wenn wir eine konkrete Vorstellung darüber entwickeln, was für Vertragsinhalte unser Recht letztlich anstrebt, lässt sich das personell wie zeitlich so ausgeklügelte Zusammenspiel daraufhin überprüfen, ob es zur Verwirklichung dieses materiellen Maßstabs beiträgt. Damit hätten wir dann auch die nötige Handhabe, um zu beschreiben, woran sich der Staat bei der Inhaltskontrolle orientiert oder was für Vertragsinhalte die Vertragsparteien typischerweise vereinbaren.

Allerdings sind die Anforderungen an ein inhaltliches Kriterium hoch: Zum einen sollte es unser Vertragsrecht treffend beschreiben, was insbesondere voraussetzt, auch dessen liberalen<sup>40</sup> und spezifisch privatrechtlichen<sup>41</sup> Charakter zu erfassen. Damit muss es auch erklären können, warum die Vertragsparteien zwar keineswegs allein oder durchweg letztverbindlich sämtliche Vertragsinhalte bestimmen, wohl aber eine herausgehobene Stellung einnehmen.<sup>42</sup> Weiterhin muss sich dieser inhaltliche Maßstab dazu eignen, so-

<sup>35</sup> Näher unten § 9 C. V. 2. b).

<sup>36</sup> Näher unten ab § 9 C. V. 2. sowie unten § 10 E.

<sup>37</sup> Näher unten § 4 B. I. 4.

<sup>38</sup> Näher unten § 10 C.

<sup>39</sup> Näher unten § 19 D.

<sup>40</sup> Näher unten § 19 B.

<sup>41</sup> Näher unten § 19 E.

<sup>42</sup> Näher unten § 8 E. II. 2.

wohl einen klassischen gegenseitigen Vertrag als auch eine Schenkung,<sup>43</sup> daneben aber auch die bereits beschriebenen einseitigen Rechtsänderungen dies- wie jenseits des klassischen Vertragsschlusses zu erfassen.<sup>44</sup> Dabei sollte der von den Parteien mit einem Vertrag verfolgte Zweck den hohen Rang einnehmen, den ihm die Vertragsparteien selbst beimessen.<sup>45</sup> Schließlich wird ein inhaltsbezogener Ansatz angesichts unserer begrenzten geistigen Fähigkeiten nur dann praktikabel sein, wenn er rechtebasiert ist, sich also darauf beschränkt, auf Basis eines gegebenen Rechtszustands „nur“ dessen Änderung zu beschreiben.<sup>46</sup> Wie schwierig es hier ist, ein geeignetes Kriterium zu finden, verdeutlicht die so traditionsreiche Äquivalenz, mit der sich ein Vertragsinhalt nicht einmal aussprechen lässt – von anderen Schwierigkeiten ganz abgesehen.<sup>47</sup>

## 2. Tatbestand

Um hier zu einem überzeugenden Kriterium zu gelangen, muss man sich zweierlei verdeutlichen: Erstens dienen Verträge der Veränderung eines rechtlichen Status Quo, also dem Übergang von einem rechtlichen Zustand in einen anderen.<sup>48</sup> Zweitens billigen wir keineswegs jede Rechtsänderung, vielmehr erfüllen Verträge eine Funktion: die Verwirklichung der Parteiinteressen. Verträge dienen dazu, die Vertragsparteien ihren eigenen Zielen näher zu bringen. Doch wäre es für den praktischen Gebrauch zu vage, bloß auf die Notwendigkeit einer beidseitigen Verbesserung zu verweisen, genauso wie der schlichte Hinweis auf eine Interessenabwägung deren Maßstab offen lässt. Die dogmatische Herausforderung besteht darin, den konkreten Vertragsinhalt, der je nach Parteiinteresse und Lebenssituation ganz unterschiedlich ausfallen wird, in all seiner Reichhaltigkeit zu beschreiben. Das beinhaltet dann auch einen Verteilungsaspekt, nämlich die Aussage darüber, welche Seite wie viel von den Früchten eines gemeinsamen Vertragsschlusses profitieren sollte.<sup>49</sup>

Gelingen kann dieses Unterfangen nur durch die konsequente Verknüpfung von rechtlicher Belastung und damit erzieltm Vorteil: Unser Vertragsrecht belastet jede Partei rechtlich nur so weit, wie dies deren eigenen Zielen dient (Rechtfertigungsprinzip).<sup>50</sup> Es geht dabei um ein urliberales Anliegen, nämlich bestimmte Rechte wie das Eigentum allein den Interessen dieses Rechtein-

---

<sup>43</sup> Näher unten § 3 B. II.; § 3 C. II.

<sup>44</sup> Näher unten § 18.

<sup>45</sup> Näher unten § 2 A. IV. 1.; § 9 D. I.

<sup>46</sup> Näher unten § 2 D.; § 4 C. I. 1.; passim.

<sup>47</sup> Näher unten § 4 B. III.

<sup>48</sup> Näher unten § 2 D.

<sup>49</sup> Näher unten § 4 A. II. 2.; § 4 C. III.

<sup>50</sup> Näher unten § 3 A. IV.; § 3 C. I.; § 4 C.; passim.

habers unterzuordnen.<sup>51</sup> Hierzu muss nicht nur definiert werden, was menschliche Ziele ausmacht.<sup>52</sup> Genauso bleibt hier noch offen, wer genau dazu befugt sein sollte, diese Voraussetzungen einer Rechtsänderung zu überprüfen. Darauf wird zurückzukommen sein.<sup>53</sup> Zunächst sei kurz illustriert, wie sehr es die jeweils verfolgten Ziele beeinflussen, ob wir eine rechtliche Einbuße billigen oder nicht: Wem es wichtig ist, dass ein Bettler nicht friert, der kommt dafür nicht umhin, Geld oder Kleidung an diesen Bettler zu verlieren. Wir billigen den Eigentumsverlust und sprechen von einer Schenkung.<sup>54</sup> Bittet uns hingegen jemand unter vorgehaltener Waffe darum, unsere Geldbörse auszuhändigen, so bringt uns das unseren Zielen keineswegs näher – und genau deshalb ist jetzt von einer Drohung die Rede.<sup>55</sup>

Weiterhin lässt sich mit dem Rechtfertigungsprinzip die ganze Reichhaltigkeit beschreiben, die Verträge oft auszeichnen. So wird ein Schenker die ihn treffende rechtliche Belastung (z.B. einen Eigentumsverlust) so ausgestalten, dass er seine Interessen – altruistisch oder nicht – größtmöglich verwirklicht. Das Schlagwort lautet hier „Reichhaltigkeit durch Optimierung“,<sup>56</sup> was besonders bei solchen Vertragsdetails wichtig wird, über die sich die Parteien keine Gedanken machen und sich damit auch nicht dazu erklären. Wie bereits durch *Jhering* treffend beschrieben,<sup>57</sup> ist es gerade die unterschiedliche Wertschätzung verschiedener Seiten für die gleichen Güter, die es über die geschickte Verknüpfung zweier Rechtseinbußen erlaubt, die Vertragsparteien insgesamt ihren Zielen näher zu bringen. Leider führen diverse Notlagen bisweilen dazu, dass eine Partei nach unserem Rechtsempfinden sehr einseitig von einer vertraglichen Wertschöpfung profitiert, weshalb wir uns dann auch mit Verteilungsfragen auseinandersetzen müssen.<sup>58</sup>

Aber nicht nur klassische Vertragsschlüsse lassen sich so überprüfen, sondern auch viele Ereignisse davor wie danach. Das reicht vom Verschulden bei Vertragsverhandlungen oder das schlichte Angebot über die richterliche Konkretisierung eines Vertragsinhalts bis zur einseitigen Ausübung eines Gestaltungsrechts.<sup>59</sup> Das Risiko des Anbieters etwa, an seinem Angebot festgehalten zu werden, ist dann gerechtfertigt, wenn er nur so die für ihn wichtigere Chance erhält, einen ihm vorteilhaften Vertrag abzuschließen.<sup>60</sup> Und wer seinen Kunden für umfallende Linoleumrollen strenger als nur deliktisch haftet, pro-

<sup>51</sup> Näher unten § 2 B. II.; § 19 B.; passim.

<sup>52</sup> Näher unten § 2 A.

<sup>53</sup> Unten § 8.

<sup>54</sup> Näher unten § 3 B. II.

<sup>55</sup> Näher unten § 4 C. II.

<sup>56</sup> Näher unten § 3 A. IV. 1.

<sup>57</sup> Näher unten § 3 C. I.

<sup>58</sup> Näher unten § 4 C. III.

<sup>59</sup> Näher unten § 18.

<sup>60</sup> Näher unten § 18 C. I.

fiert hiervon dadurch, dass sich diese Kunden nicht nur überhaupt in sein Kaufhaus wagen, sondern dafür vielleicht auch höhere Preise zahlen. Genau deshalb versagen wir dieses Haftungsprivileg übrigens auch dem sich im Kaufhaus nur wärmenden Bettler.<sup>61</sup>

Schließlich liegt in der Einsicht, dass unserem Vertragsrecht eine ausgeklügelte Kompetenzverteilung zugrunde liegt, auch der Schlüssel für die Vermeidung eines Dualismus dergestalt, dass man sowohl auf die Bedeutung des Parteiwillens wie auch inhaltlicher Maßstäbe verweist, ohne jedoch zu begründen, wann je nach Situation mal der eine und mal der andere Gesichtspunkt maßgeblich sein soll.<sup>62</sup> Denn nun lässt sich anhand ganz praktischer Erfahrung untersuchen, in welchen Situationen die Parteien oder aber etwa staatliche Stellen besser geeignet sind, getreu dem Rechtfertigungsprinzip die Parteiinteressen zu verwirklichen. Hieraus erklärt sich die genaue Reichweite der Privatautonomie, wie sie dem geltenden Recht zugrunde liegt.<sup>63</sup>

### 3. Subsidiarität

Damit ist auch schon der entscheidende Gesichtspunkt angesprochen, der das Rechtfertigungsprinzip mit unserem klassischen Vertragsverständnis versöhnt. Denn natürlich ist es nicht Aufgabe des Staats, den Inhalt jedes einzelnen Vertrags detailliert vorzuschreiben – und tatsächlich findet sich keine Rechtsordnung, die das auch nur ernsthaft versucht. Doch erklärt gerade das Rechtfertigungsprinzip, warum wir den Entscheidungen und damit besonders dem Willen der Vertragsparteien eine so große und vor allem oft vorrangige Bedeutung einräumen. Denn geht es um die Interessen und Rechte eben dieser Vertragspartner, wissen oft auch gerade diese Personen sehr viel besser als beispielsweise eine staatliche Stelle, welche Vertragsinhalte in ihrer eigenen Situation ihre eigenen Ziele verwirklichen (Subsidiarität).<sup>64</sup> Genau deshalb geht die klare Aussage des Rechtfertigungsprinzips darüber, wie ein Vertragsinhalt idealerweise aussehen sollte, keineswegs mit einer entsprechenden Forderung an den Staat einher, dieses Ideal selbst minutiös durchzusetzen. Denn wir bewegen uns nun einmal in einer Realität voller Unwissenheit und sonstiger Hindernisse, in der eine solche Perfektion unmöglich ist.

Dementsprechend wird das Parteiverhalten bei Vertragsschluss auch in dieser Arbeit eine zentrale Rolle spielen und werden Begriffe wie Wille, Erklärung oder Vertrauen genauestens zu untersuchen sein.<sup>65</sup> Das führt insbesondere zu einer wichtigen Modifikation der Willenstheorie: Anstatt einen

---

<sup>61</sup> Näher unten § 18 C. II.

<sup>62</sup> Näher unten § 3 A. III. 4.; § 8 B.; § 19 D.; passim.

<sup>63</sup> Näher unten § 8 E.

<sup>64</sup> Näher unten § 8 E. II. 2.

<sup>65</sup> Unten § 9; § 10; § 11.

Selbstbindungswillen zu verlangen, bildet vielmehr die Kombination von Aneignungswille des Gläubigers und Einwilligung des Schuldners ein Indiz dafür, dass eine Rechtsänderung dem Rechtfertigungsprinzip genügt.<sup>66</sup> Besonders wichtig wird dies für das Verständnis von Protest und schlüssigem Verhalten<sup>67</sup> sowie der Mentalreservation.<sup>68</sup>

Andererseits lassen sich Fallgruppen bilden, in denen das Rechtfertigungsprinzip keineswegs am besten von den Parteien verwirklicht wird – wichtige Beispiele bilden Irrtümer, Stellvertretung, Werbung, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Sitte, Übung und Brauch oder staatlich gesetzte Vertragsinhalte. Es müssen also überhaupt erst Anforderungen und Reichweite formuliert werden, unter denen eine bestimmte Person tatsächlich befugt sein soll, den Vertragsinhalt zu beeinflussen. Dazu gehört nicht nur die möglichst kluge Kompetenzverteilung, sondern auch der genaue Ablauf menschlicher Entscheidungsfindung innerhalb der so zugewiesenen Kompetenzen. Jedes Vertragsrecht muss die in Wahrheit oft sehr langfristigen Entscheidungsprozesse berücksichtigen und diese möglichst rational und informiert ablaufen lassen. Das wiederum erfordert ausgeklügelte rechtliche Rahmenbedingungen.<sup>69</sup>

Dabei lassen sich die hier nur angedeuteten Thesen oft getrennt voneinander würdigen. So mag ein Leser noch dem Befund zustimmen, dass Vertragsinhalte entgegen dem klassischen Verständnis auf einer personell wie zeitlich stark aufgefächerten Entscheidungsfindung beruhen. Oder er mag sogar noch akzeptieren, dass wir deshalb um ein substanzielles Kriterium nicht umhin kommen, ohne jedoch das hier vorzustellende Rechtfertigungsprinzip überzeugend zu finden, wohl aber vielleicht die Notwendigkeit eines historisch-rechtsbasierten Vertragsdenkens. Genauso lässt sich die hier vorgeschlagene Modifikation der klassischen Willenstheorie durch eine Kombination von Aneignungswille des Gläubigers und Einwilligung des Schuldners<sup>70</sup> weitgehend selbständig behandeln. Im Vertragsrecht hängt vieles, aber eben auch nicht alles, miteinander zusammen.

## B. Untersuchungsgegenstand

Dass wir bis heute zahlreiche Aspekte unseres Vertragsrechts nicht überzeugend erklären können, bringt einen ins Grübeln. Noch faszinierender ist allerdings ein weiteres Phänomen. So gelingt es jedem juristisch noch so ungebildeten Bürger sehr viel besser als sämtlichen unserer klassischen Vertragstheori-

<sup>66</sup> Näher unten § 9 E.

<sup>67</sup> Näher unten § 12.

<sup>68</sup> Näher unten § 17 F.

<sup>69</sup> Näher unten § 8 C.

<sup>70</sup> Näher unten § 9 E.

en, allein die eingangs geschilderten Fallkonstellationen richtig einzuordnen. Dabei variieren diese Einschätzungen meistens nicht einmal nach Land oder Zeit. Wahrscheinlich reagierte man schon in der Bronzezeit irritiert auf Täuschung oder Drohung, kannte bereits damals verbindliche Angebote und schloss Minderjährige vom Rechtsverkehr aus. So völlig zufällig kann also das, was so viele Menschen von jeher praktizieren und was wir berühmt-berühmt als Rechtsgefühl bezeichnen, nicht sein. Vielmehr scheint es so, als sollten wir erst einmal in aller Bescheidenheit versuchen, das Vertragsrecht als einem wichtigen Bestandteil menschlicher Kultur zu verstehen.<sup>71</sup> Bereits damit scheinen wir überfordert. Genau deshalb können die Fragen und Themen, mit denen sich diese Arbeit beschäftigt, auch gar nicht profan genug sein.

## I. Geltendes Vertragsrecht

Zunächst beschränkt sich diese Arbeit auf das Vertragsrecht, was sich durchaus hinterfragen ließe. Schließlich gibt es zu diesem Thema etliche Vorarbeiten. Schon deshalb besteht die wichtigste Rechtfertigung für diese Themenwahl darin, ob es glückt, neue Erkenntnisse beizusteuern. Das zu beurteilen bleibt dem Leser überlassen. Sofern dies allerdings gelänge, wäre die praktische Relevanz sicher nicht zu bestreiten. Denn der Vertrag bildet nun einmal eine für zahllose Rechtsbereiche äußerst wichtige Kategorie. Allerdings ließe sich immer noch fragen, ob der Verfasser nicht gut beraten wäre, nur einen relativ kleinen Ausschnitt aus diesem bereits so umfassenden Rechtsgebiet zu untersuchen. Immerhin ist der Anspruch, mit einem einzigen Prinzip das gesamte Vertragsrecht zu beschreiben, ambitioniert. Doch erlaubt es gerade die Betrachtung ganz verschiedener, dafür aber möglichst einfacher und im Ergebnis unumstrittener Sachverhalte, zu einer insgesamt treffenden Vorstellung zu gelangen. So wäre der Autor anfangs nie auf die Idee gekommen, dass sich ausgerechnet Zwang, Drohung und Ausbeutung<sup>72</sup> besonders gut dazu eignen, das Rechtfertigungsprinzip zu erkennen und möglichst verständlich herauszuarbeiten. Und dogmatisch eher spezielle Gebiete wie die Stellvertretung<sup>73</sup> oder Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>74</sup> zwingen dazu, sich mit dem Phänomen personell wie zeitlich verteilter Entscheidungsfindung auseinanderzusetzen. Vor allem aber passt das Rechtfertigungsprinzip nicht nur auf einzelne, sondern auf sämtliche Bereiche unseres Vertragsrechts. Gerade weil es so viele Gebiete gibt, in denen unsere klassischen Begründungsmuster versagen, ist es so reizvoll zu zeigen, dass es auch anders geht. So werden selbst noch die so komplizierten Leistungsstörungen diskutiert, da es nur ein inhaltliches Krite-

---

<sup>71</sup> Näher unten § 2 D. V.; § 19 F. VI.; passim.

<sup>72</sup> Näher unten § 3.

<sup>73</sup> Näher unten § 13.

<sup>74</sup> Näher unten § 14.

rium erlaubt, diesen Bereich vertraglich und nicht von der Unmöglichkeit her zu erfassen, ohne dabei wie die Willens- oder Erklärungstheorie schnell fiktiv zu werden.<sup>75</sup>

## II. Einfache Fälle

Bereits zuvor wurde darauf hingewiesen, wie wenig es uns derzeit gelingt, mit unseren gängigen Vertragstheorien selbst einfachste Fälle zu lösen. Das sollte nicht nur illustrieren, worin die ganz grundlegenden dogmatischen Herausforderungen liegen. Vielmehr genügt es für ein vertieftes Verständnis unseres Vertragsrechts, sich zunächst allein mit solchen, vermeintlich ganz einfachen Fällen zu beschäftigen. Gerade weil wir geistig ohnehin schon überfordert sind, bergen möglichst schlichte Sachverhalte noch am ehesten die Chance, wenigstens diese richtig einzuordnen. Dabei helfen konkrete Fälle auch deshalb so sehr, weil uns das abstrakte Denken größte Schwierigkeiten bereitet. Je konkreter und plastischer eine Diskussion, desto größer die Aussicht auf Erkenntnis. Haben wir diejenigen Fälle erfasst, über deren Ergebnis weithin Einigkeit besteht, kann man die so gewonnenen Grundsätze dann auch auf Grenzfälle anwenden. Denn wie soll man ganz vielschichtige Konstellationen oder gar das so stark von rechtlichen Vorgaben abhängige Funktionieren ganzer Märkte verstehen, wenn uns noch die Durchsicht selbst für die einfachsten Verträge fehlt?

Dabei liegt der Schlüssel für ein vertieftes Verständnis oft darin, einen ganz simplen Sachverhalt überhaupt erst zu formulieren und sich selbst einzugestehen, wie schwierig es ist, diesen theoretisch zu erfassen. Tatsächlich ist es oft schon eine gleichermaßen anspruchsvolle wie fruchtbare Leistung, solche Fälle auszumachen, an denen auch nur eine einzige der gängigen Theorien offensichtlich scheitert. Die von „Pragmatikern“ so gerne belächelten Schulfälle sind das Ergebnis einer hoch produktiven Forschungstätigkeit, gerade weil es in ihnen gelungen ist, ein Problem präzise und fokussiert zu präsentieren. Auf diese Verringerung von Komplexität sind wir alle dringend angewiesen. Bisweilen werden bestimmte Fälle bewusst vermieden oder als „pathologisch“ abgetan,<sup>76</sup> gerade weil sich an ihnen für jedermann deutlich zeigt, was einzelne Konzepte leisten, ja ob es wenigstens möglich ist, mit ihnen zu subsumieren. Und wer meint, dass ein bestimmter Fall keineswegs das entscheidende Problem treffe oder wichtige andere Fallkonstellationen ignoriere, an denen wiederum ganz andere Theorien scheitern, ist aufgefordert, einen abweichenden und oft genauso spannenden und herausfordernden Sachverhalt zu formulieren.

<sup>75</sup> Näher unten § 6.

<sup>76</sup> Siehe dazu beispielhaft unten § 9 C. V. 4. a).

### III. Ergebnisorientierung

Noch eine weitere Selbstbeschränkung ist für das Verständnis dieser Arbeit zentral. Wenn hier verschiedene Theorien einschließlich des Rechtfertigungsprinzips daraufhin überprüft werden, inwieweit sie das geltende Vertragsrecht abbilden, bezieht sich das ausschließlich auf die jeweiligen Ergebnisse und damit das, was letztlich durchgesetzt wird. Nur so wird eine von spezifisch nationalen Rechtsinstituten und -begriffen losgelöste Theoriebildung möglich. Wie die unser Recht setzenden Personen, angefangen mit dem Gesetzgeber über den Richter bis hin zu den Vertragsparteien, zu ihrer Entscheidung kommen, interessiert den Verfasser nur als ein Sachargument unter vielen. Was immer sich zwischen Sachverhalt und Urteilstenor abspielt – all die verschiedenen Paragraphen, Institute und Konstruktionen – enthält zwar äußerst interessante Gedanken. Doch sollen diese ihrerseits darauf hin überprüft werden, ob sie tatsächlich treffen, was in unserem Vertragsrecht letztlich geschieht. Der Tatbestand etwa eines Gesetzes ist damit zunächst nur eine Hypothese. Zwar haben es Gesetzgeber, Richter oder auch die Vertragsparteien dem Wissenschaftler voraus, den Untersuchungsgegenstand selbst beeinflussen zu können. Doch scheitern sie mit ihren eigenen Tatbeständen bis heute daran, das von ihnen selbst beeinflusste Recht möglichst einfach und präzise zu beschreiben. Insofern gelingt es der Rechtswissenschaft bisweilen, die Rechtsetzer besser zu verstehen als diese sich selbst. Anders formuliert hat es zwar über die Jahrhunderte schwankende Vorstellungen darüber gegeben, was unser Vertragsrecht theoretisch ausmacht. Sehr viel konstanter blieb hingegen das, was sich im Ergebnis abspielte. Und genau deshalb ist es das Anliegen dieser Arbeit, sich bereits im methodischen Ausgangspunkt selbst dann von speziellen dogmatischen Vorstellungen zu lösen, wenn wir ihnen bereits seit Jahrhunderten anhängen. Hierfür wäre es allerdings verfehlt, im Sinn eines gerade in der Rechtsvergleichung weit verbreiteten Funktionalismus einfach zu unterstellen, dass ein Vertrag diese oder jene Funktion zu erfüllen habe.<sup>77</sup> Ob es eine solche Funktion gibt und worin sie besteht, ist erst die zu untersuchende Frage.

### IV. Länderübergreifende Einigkeit

So sehr es eine möglichst frische und unbefangene Herangehensweise an das geltende Recht erleichtert, wenn man sich lediglich am Ergebnis einzelner Sachverhalte orientiert, bleibt eine wichtige Frage offen. So kann sich der Jurist zwar genauso wie jeder Naturwissenschaftler mit einem durch und durch realen Phänomen beschäftigen. Recht ist eine handfeste kulturelle Erschei-

---

<sup>77</sup> Siehe zu diesem Ansatz etwa *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 33 ff.

nung.<sup>78</sup> Allerdings ist es gewissermaßen der Fluch keineswegs nur der Rechtswissenschaft, dass deren Untersuchungsgegenstand, weil menschlich beeinflusst, zahlreichen Schwankungen, Unstimmigkeiten und Widersprüchen unterliegt. Daher beschränkt sich der Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit auf solche Sachverhalte, über deren Ergebnis überwiegend Einigkeit besteht. Genau deshalb ist es so wichtig, solche vermeintlich ganz einfachen (Schul-) Fälle auszuwählen oder überhaupt erst zu erarbeiten, die darum immer wieder diskutiert werden, weil man dort zwar so wenig über das richtige Ergebnis, wohl aber über die treffende Begründung streiten kann. Komplizierte Grenzfälle eignen sich demgegenüber nicht zur Falsifikation<sup>79</sup> einzelner Theorien, was wie bereits erwähnt nicht ausschließt, den letztlich überzeugenden Ansatz darauf anzuwenden. Ja, man mag hierin sogar den wichtigsten Sinn einer Theoriebildung sehen.

Doch was heißt es genau, dass über das rechtliche Ergebnis eines bestimmten Sachverhalts weitestgehend Einigkeit bestehen soll? Was ist der genaue Maßstab, was sind die dafür heranzuziehenden Autoritäten? An dieser Stelle verfährt der Verfasser großzügig, indem ein bestimmter Fall bereits dann als zur Überprüfung ungeeignet ausgeschieden werden darf, wenn es in Europa auch nur einige Länder gibt, die in dessen Bewertung abweichen. Es geht also um eine länderübergreifende Betrachtung, wenngleich auch ganz andere regionale, zeitliche oder auch sonstige Eingrenzungen denkbar wären – etwa um die Tauglichkeit verschiedener Theorien zur Beschreibung des Rechts eines bestimmten Landes zu überprüfen. Da es hier jedoch nicht ausschließlich um das nationale Recht gehen soll, wird es beispielsweise nicht als Falsifikation der Erklärungstheorie anerkannt, wenn nicht jede Abweichung von Wille und Erklärung den Vertrag unwirksam oder anfechtbar macht. Das mag zwar weitestgehend der stark willentheoretisch geprägten Vorstellung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechen, bildet jedoch international zumindest in dieser Rigorosität die Ausnahme.<sup>80</sup> Was die genaue regionale Referenz anbelangt, so wird hier mal vom europäischen, westlichen oder von „unserem“ Vertragsrecht die Rede sein. Die Rechtfertigung für diese zugegeben unpräzise Herangehensweise liegt darin, dass selbst bei einer Berücksichtigung sehr vieler Länder und bei sehr hohen Anforderungen an eine Einigkeit mehr als genug im Ergebnis eindeutige Fälle übrig bleiben, um die Stärken wie Schwächen einzelner Theorien zu untersuchen. Zumal es dann umso unverzeihlicher ist, wenn ein Konzept selbst dann noch an zahlreichen der so gefilterten Sachverhalte scheitert. Hier lassen wir dann keine Großzügigkeit mehr walten.

<sup>78</sup> Näher unten § 2 B. I. 1.

<sup>79</sup> Grdl. Popper, Die Logik der Forschung, 10. Aufl. 1994, S. 49 ff., passim.

<sup>80</sup> Näher unten § 9 C. V. 1. c).

Besonders in zweierlei Hinsicht profitiert dabei gerade diese Arbeit von PECL, DCFR, CESL, CISG, den UNIDROIT-Grundregeln für internationale Handelsverträge, dem Common Core-Projekt und vielen anderen internationalen Anstrengungen.<sup>81</sup> Erstens erleichtern sie die Beurteilung, für welche Sachverhalte weitestgehend Einigkeit besteht. Zweitens finden sich im Europäischen Privatrecht zahllose, durchaus auch aus dem jeweiligen Sachzusammenhang reißbare Einzelargumente, für die jeder Wissenschaftler nur dankbar sein kann. Genau deshalb greift der Verfasser oft auf fremde, insbesondere englischsprachige Literatur zurück, ohne seine Verwurzelung in der deutschen Rechtswissenschaft zu kaschieren. Insbesondere wird hier erst gar nicht erst versucht, einzelne Sachargumente mit möglichst umfangreichen Nachweisen aus einer möglichst großen Anzahl von Rechtsordnungen zu versehen.

## C. Methode

### I. Verbindlichkeit

Methodisches Anliegen dieser Arbeit ist die verbindliche und möglichst verallgemeinernde Beschreibung des geltenden Vertragsrechts. Damit werden auch vorrangig solche Theorien und Stimmen diskutiert, die sich zu derart verbindlichen Aussagen durchgerungen und damit überhaupt angreifbar gemacht haben.<sup>82</sup> Es soll hier die schrecklichste, furchterregendste Waffe eingesetzt werden, die jede Vertragstheorie zu fürchten hat: die Subsumtion. Denn entweder erweist sich die Theorie als so unbestimmt, dass man ihr gar keine praktischen Ergebnisse entnehmen kann. Oder aber es lässt sich überprüfen, ob wir mit ihr tatsächlich in den verschiedensten Fallkonstellationen zu Ergebnissen kommen, die der rechtlichen Realität entsprechen. Vielleicht am bemerkenswertesten bei alledem ist, dass es weder sonderlich verbreitet noch besonders populär zu sein scheint, sich vorrangig mit dem überprüfbareren Aussagegehalt einzelner Thesen oder Begriffe zu beschäftigen.

Sucht man in der umfassenden Literatur nach konkret anwendbaren Theorien, die beanspruchen, zumindest einen Großteil des Vertragsrechts zu erfassen, fällt das Ergebnis überschaubar aus. Neben der Willentheorie<sup>83</sup>, die einen den genauen Vertragsinhalt erfassenden Geschäftswillen verlangt, steht vor allem die sogenannte Erklärungstheorie, die sich in zwei Gruppen unterteilen lässt: Teilweise wird hier ganz vorrangig die Person des Versprechenden betrachtet und gefragt, ob deren Handeln einschließlich des dabei hervorgeru-

---

<sup>81</sup> Für einen Überblick siehe etwa *Zimmermann*, Europäisierung, 2006, S. 19 ff. m.w.N.

<sup>82</sup> Näher unten § 19 F. III.

<sup>83</sup> Eingehend unten § 9 C.

fenen Erklärungstatbestands in irgendeiner Form zurechenbar ist.<sup>84</sup> Demgegenüber stellen andere neben dieser Zurechenbarkeit stärker auf den Erklärungsempfänger ab und betonen dabei insbesondere dessen Vertrauen.<sup>85</sup> Nach dem früher sehr populären Äquivalenzkriterium wiederum sollen Leistung und Gegenleistung einander wertmäßig entsprechen.<sup>86</sup> Andere plädieren dafür, die von beiden Vertragsparteien erwirtschaftete Kooperationsrente nach verschiedenen Maßstäben aufzuteilen und sprechen dabei bisweilen von subjektiver Äquivalenz.<sup>87</sup> Utilitarismus und ökonomische Analyse des Rechts schließlich propagieren vor allem eine Gesamtwohlmaximierung.<sup>88</sup>

Dabei sind diese Ansätze selbst dann hilfreich, wenn sie nicht oder nur in manchen Bereichen überzeugen. Das gilt besonders für die Willenstheorie. Zwar lässt sich diese recht leicht kritisieren, schon weil die menschliche Aufmerksamkeit klein und die Fülle relevanter Vertragsinhalte groß ist. Doch erlaubt erst eine klare Forderung wie die nach einem Geschäftswillen fruchtbare Diskussionen und damit echten Erkenntnisfortschritt. Ähnlich versagt die Forderung nach Äquivalenz zwar bereits bei der Schenkung, zumal man den zu begründenden Vertragsinhalt so nicht einmal aussprechen kann.<sup>89</sup> Und doch ist auch dieses Denken sehr aufschlussreich, weil wir nicht nur aus derartigen Schwächen lernen können, sondern wir so über ein substanzielles Kriterium verfügen, das manche Schwäche prozeduraler Ansätze vermeidet. Selbst die ökonomische Analyse des Rechts, die nicht nur wegen ihrer Komplexität und kollektivistischen Grundausrichtung zahlreiche Fragen aufwirft, bietet uns vor allem dort wertvolles Anschauungsmaterial, wo es um die für jeden Vertrag so typische gemeinsame Wertschöpfung oder auch die Bedeutung von Anreizen geht.<sup>90</sup>

Nun wird mancher Leser einwenden, dass es doch eine sehr viel größere Bandbreite vertragstheoretischer Ansätze gebe – zumal in der Philosophie. Und tatsächlich sind Tiefe wie Vielfalt der dort geführten Diskussion beeindruckend wie lehrreich. Auch diese Arbeit greift vielfach darauf zurück. Allerdings lassen sich viele Konzepte nur schwer auf konkrete Fälle anwenden. Oder sie greifen letztlich doch nur wieder auf die bereits erwähnten Grundvorstellungen zurück und teilen damit auch deren Nachteile. So erhellend es etwa ist, auf die Anerkennung einer Vertragspartei durch die andere Seite verwiesen zu werden,<sup>91</sup> macht sich schnell Ernüchterung breit, wenn man danach fragt, wie es sich denn mit dieser Anerkennung bei einzelnen Irrtumskonstel-

<sup>84</sup> Näher unten § 10.

<sup>85</sup> Näher unten § 11.

<sup>86</sup> Näher unten § 4 B. III.

<sup>87</sup> Näher unten § 4 B. IV.

<sup>88</sup> Näher unten § 4 B. V.; § 17 E. IV.; § 19 F. VII. 2.

<sup>89</sup> Näher unten § 4 B. III.

<sup>90</sup> Näher unten § 3 A. IV. 1.; § 3 C. I.; § 17 C. II. 2. d); § 17 D. III. 2.

<sup>91</sup> Näher unten § 10 C. IV. 1.

lationen, Zwang, Drohung und Ausbeutung, Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Werbung, Sitte, Übung und Brauch oder staatlich gesetzten Vertragsinhalten verhält. Nicht anders ergeht es einem bei der Sprechakttheorie als einem weiteren gerade in der Philosophie sehr populären Konzept.<sup>92</sup> Aber auch bei den zahlreichen Gesellschaftsvertragstheorien muss man nur ganz unschuldig fragen, was für ein praktisch anwendbarer Tatbestand denn letztlich konsensfähig sei oder wie denn die konsensfähige Lösung in den diversen Fallkonstellationen aussieht, um schnell wieder am Anfang seiner Anstrengungen zu stehen.<sup>93</sup> Auch ganz „große“ Entwürfe müssen sich also fragen lassen, inwieweit sie tatsächlich zu praktischen Handlungsempfehlungen beitragen oder aber nur deshalb so überzeugend erscheinen, weil sie verbindliche Festlegungen vermeiden. Durchaus zwiespältig ist daher auch die über viele Jahrhunderte geführte Diskussion um ausgleichende und verteilende Gerechtigkeit zu beurteilen,<sup>94</sup> da es bis heute schwerfällt, ihr einen subsumtionsfähigen Tatbestand zu entnehmen, anhand dessen sich diese Unterscheidung praktisch umsetzen ließe. Genauso wird unter zahlreichen Begriffen wie Entscheidungsfreiheit, Freiwilligkeit, Fahrlässigkeit oder Schuld oft einfach nur je nach Fall behauptet, dass der Betroffene (nicht) anders habe handeln „können“,<sup>95</sup> ohne darzulegen, wie man ein solches „anders können“ praktisch zu überprüfen gedenkt.<sup>96</sup> Beliebt ist auch die bloße Behauptung, die zu begründende Rechtsfolge sei mit einem Handeln oder bestimmten Vorteilen „notwendig verknüpft“.<sup>97</sup> Kurzum, es hilft einem schlechten, weil unserem Vertragsdenken widersprechenden oder nicht überprüfbareren Tatbestand wenig, sich auf eine vermeintlich noch so überzeugende Philosophie zu stützen. Und genauso wenig überzeugt ein noch so raffiniertes philosophisches Konzept, wenn sich ihm kein konkret subsumierbarer Tatbestand entnehmen lässt, dessen Ergebnis wenigstens einigermaßen das trifft, was wir über Verträge denken. Genauso wie Juristen viel von dem teilweise enorm hohen Diskussionsniveau in der Philosophie lernen können, täte die Philosophie gut daran, sich mit den zahlreichen, ganz konkreten Fällen auseinanderzusetzen, denen zumindest ein praktisch tätiger Jurist nicht ausweichen kann. Man kann es auch etwas provokanter formulieren: Ob ein Tatbestand zweck- oder wertrational, deontologisch oder konsequenzialistisch, idealistisch oder materialistisch, individualistisch oder kollektivistisch abgeleitet wurde, ist jedenfalls dann zweitrangig,

<sup>92</sup> Näher unten § 10 A. II.

<sup>93</sup> Näher unten § 9 C. V. 2. d) cc); § 19 C. V. 4. a).

<sup>94</sup> Siehe dazu allein aus jüngerer Zeit instruktiv *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 1995, S. 56 ff.; *Oechsler*, *Gerechtigkeit*, 1997, S. 54 ff.; *Wendehorst*, *Anspruch und Ausgleich*, 1999, S. 3 ff., 43 ff.; *Jansen*, *Haftungsrecht*, 2003, S. 76 ff. jew. m.w.N.

<sup>95</sup> Näher unten § 4 B. I. 4. b) aa); § 4 B. I. 4. b) ee); § 9 C. I. 3. d); § 10 C. IV. 5.; § 17 E. III. 6. c) bb); § 19 B. III. 2.; § 19 G. IV.; passim.

<sup>96</sup> Näher unten § 4 B. I. 4.

<sup>97</sup> Näher unten § 10 C. IV.

wenn man „nur“ anstrebt, das geltende Vertragsrecht überhaupt erst einmal zu verstehen und damit verallgemeinernd zu beschreiben. Aber selbst bei objektiv-überzeitlichem Anspruch finden sich nur wenige Philosophen, die sich allzu weit vom rechtlich verankerten Grundkonsens ihrer jeweiligen Gesellschaft und Zeit entfernen wollen.

## II. Arbeitsteilung

Die hier vorgelegte Arbeit ist rechtsdogmatisch. Es geht ihr um die verbindliche, verallgemeinernde Beschreibung des geltenden Rechts. Weder werden private Gerechtigkeitsvorstellungen als für andere verbindlich propagiert, noch wird ausführlich über andere Länder und deren Rechte geforscht noch über die Rechte früherer Zeiten noch über die Anliegen anderer Wissenschaften wie etwa der Psychologie, Soziologie oder Ökonomie. Das bedeutet allerdings nicht, dass wir deren Ergebnisse ignorieren könnten. Denn ein juristischer Tatbestand gewinnt erst dann Inhalt, wenn sich die dort verwandten Begriffe auf die Realität beziehen und so in ihrem Vorliegen überprüfbar werden. Unser Recht ist realitätsbezogen, es adressiert keine fiktive Wunschwelt, sondern das tatsächliche Geschehen. Wir Juristen müssen zumindest so viel über diese ganz reale Welt erfahren, wie wir für die Subsumtion benötigen. Und da sich die spezifische Kompetenz des Juristen auf das Recht und dessen verallgemeinernde Beschreibung beschränkt, sind wir im Übrigen auf andere Disziplinen angewiesen. Wer etwa eine Strafbarkeit wegen Vergiftung prüft, tut als Jurist gut daran, Mediziner oder Biologen darüber zu befragen, wie sich welche Stoffe körperlich auswirken. Und auch der im Vertragsrecht so bedeutsame Wille gewinnt erst dann einen konkreten, für jedermann überprüfbaren Gehalt, wenn man dafür Anforderungen formuliert, die sich psychologisch überhaupt feststellen lassen.<sup>98</sup>

Doch sollte man nicht den Fehler begehen, als Jurist selbst noch die allerneuesten, kontroversesten und feinziseliertesten Entwicklungen anderer Wissenschaften wahrnehmen, darstellen oder gar selbst diskutieren zu wollen. Das können die ausgewiesenen Vertreter der jeweiligen Disziplinen wahrlich besser, und sie beliefern uns – typischerweise für deren Studenten gedacht – mit gleichermaßen verständlichen wie vor allem inhaltlich seriösen Darstellungen. Wo immer möglich wird der Verfasser daher auf solche facheigenen Einführungen verweisen, anstatt sich an fachfremden Spekulationen zu versuchen. Die wirklich spannenden und wissenschaftlich ertragreichen Herausforderungen lauern ohnehin an ganz anderer Stelle: So leidet nicht nur die klassische Vertragstheorie an der unzureichenden Umsetzung selbst ganz grundlegender Erkenntnisse, die schon längst gesichert sind. Und solange selbst ganz

---

<sup>98</sup> Oft wird genau das allerdings bestritten, näher unten § 9 C. V. 2. e).

grobe Einsichten rechtlich ignoriert werden, können wir die Feinheiten getrost hintanstellen.

### III. Methode für Menschen

Um diesen Befund zu illustrieren, sei hier der für unser Rechts- wie Vertragsverständnis vielleicht wichtigste fachfremde Aspekt herausgegriffen, den es methodisch wie inhaltlich geradezu fundamental zu berücksichtigen gilt: die begrenzte menschliche Denkfähigkeit.<sup>99</sup> Hat man etwa akzeptiert, dass sich der Mensch bei Vertragsschluss allenfalls darauf konzentrieren kann, seinem Gegner freundlich die Hand zu schütteln,<sup>100</sup> lässt sich die große Masse an Vertragsinhalten nicht mehr auf einen Geschäftswillen stützen. Wir sollten den Menschen nicht Gedankeninhalte unterstellen, die ihm tatsächlich fehlen.<sup>101</sup> Sonderlich neu ist diese Forderung nicht. Wohl aber ist sie dogmatisch unangenehm und führt – einmal ernst genommen – zur Einsicht einer nicht nur zeitlich verteilten Entscheidungsfindung, sondern vor allem auch einer ausgeklügelte-arbeitsteiligen Bestimmung von Vertragsinhalten, wie dann anhand von Stellvertretung, Produkteigenschaften, Allgemeinen Geschäftsbedingungen, staatlich gesetzten Produktinhalten oder Sitte, Übung und Brauch zu illustrieren sein wird. Dabei benötigen wir nicht nur deshalb ein inhaltliches Kriterium, um diese personell wie zeitlich verteilte Entscheidungsfindung erklären zu können, sondern auch zur Ergänzung der von den Parteien regelmäßig nur rudimentär bestimmten Vertragspflichten.<sup>102</sup>

Aber auch methodisch erzwingt unsere geistige Begrenztheit wichtige Weichenstellungen.<sup>103</sup> Zunächst sind wir wie zuvor erwähnt gut beraten, auch wissenschaftlich auf Arbeitsteilung zu setzen. Die rechtswissenschaftliche Umsetzung fachfremder Kenntnisse ist anspruchsvoll genug. Aber auch sonst will der Untersuchungsgegenstand gut gewählt sein. Diese Arbeit beschränkt sich allein auf diejenigen Sachverhalte, über deren Ergebnisse – und nicht etwa auch juristische Begründungsmuster – weithin Einigkeit besteht.<sup>104</sup> Vor allem aber müssen wir uns von der Illusion freimachen, als könne man gewissermaßen auf dem Reißbrett ein optimales (Vertrags-) Recht entwerfen. Das wäre so aussichtsreich wie die Hoffnung, das Amazonasgebiet plattwalzen und durch eine synthetische, bessere Natur ersetzen zu können.<sup>105</sup> Tatsächlich sind wir in unserem Rechtsdenken „hoffnungslos“ in vor allem kulturelle Vorverständ-

<sup>99</sup> Eingehend unten § 17 A.; § 19 F.

<sup>100</sup> Näher § 2 D. IV.; passim.

<sup>101</sup> Näher unten § 9 C. V. 2.

<sup>102</sup> Näher unten § 19 D.

<sup>103</sup> Näher unten § 19 F.

<sup>104</sup> Näher oben § 1 B.

<sup>105</sup> Näher unten § 19 F. VII.

nisse, teilweise aber auch bereits genetische Vorgaben, verstrickt. Zwar geht es in der Wissenschaft gerade auch darum, diese zu durchschauen, zu hinterfragen und gegebenenfalls zu korrigieren. Doch gelingt das immer nur höchst partiell und selten auf wirklich tiefer Ebene. Dafür sind die menschliche Kultur (einschließlich des Rechts), der Mensch selbst, aber auch unsere Umwelt, zu kompliziert. Die Einbettung unseres Denkens in von uns nur sehr begrenzt hinterfragbare Vorgaben führt zu einem Phänomen, das nicht nur unseren Umgang mit Recht prägt, sondern für die Bewältigung von Komplexität einschließlich des menschlichen Denkens selbst unumgänglich ist: ein unter ständiger praktischer Erfahrungsbildung schrittweises Vorgehen, bei dem wir den bisherigen Stand an Wissen, Recht usw. immer nur sehr beschränkt verändern, um auf dieser Basis dann wieder neue Erfahrungen zu bilden.<sup>106</sup>

Wenn allein für das menschliche Denken gefragt wird, ob denn eine Ameise überhaupt die Chance habe, jemals die Relativitätstheorie zu verstehen, so lässt sich das auf so komplexe Phänomene wie das Recht übertragen – zumal das menschliche Denken selbst stark kulturell geprägt ist, ja sich überhaupt erst in ständiger Interaktion mit nicht zuletzt solchen kulturellen Einflüssen ausbildet. Andererseits besteht gewisse Hoffnung, zumindest wichtige Teile unseres Rechts mit relativ einfachen Regeln beschreiben zu können. Denn schließlich denken wir selbst in einfachen, aber evolutionär bewährten, robusten Regeln. Gerade weil auch das menschliche Gehirn unter ständiger Erfahrungsbildung Regeln ausbildet bzw. anpasst, können wir uns auf die Suche nach eben diesen Regeln begeben. Nur dass wir diese nicht bereits erfolgreich formuliert haben, muss nicht bedeuten, dass wir nicht bereits danach handeln. Das Vertragsrecht erlaubt hierzu einen vorzüglichen Einstieg: Denn als Teil des aus gutem Grund vom öffentlichen Recht unterschiedenen Privatrechts<sup>107</sup> betrifft es nur einen sehr kleinen Ausschnitt unserer Rechtsordnung, in dem wir uns – gewissermaßen in einer kleinen Oase relativer Einfachheit – allein auf die Belange oft nur zweier Personen beschränken und dabei zahlreiche Gesichtspunkte ausblenden, die andere Rechtsbereiche berücksichtigen müssen. Die Genialität des Privatrechts liegt darin, für einen wohldefinierten Bereich besonders wenige Gesichtspunkte zu berücksichtigen und dabei gerade keine Regulierung, Governance, Umverteilungspolitik, Gesamtwohlfahrtssteigerung oder Ähnliches zu betreiben. Das Vertragsrecht ist wegen seiner Einfachheit gleichermaßen erfolgreich wie wissenschaftlich attraktiv, zumal sich bei näherer Betrachtung noch genug vielschichtige und tiefgründige Probleme auftun, wollen wir das scheinbar so schlichte soziale Phänomen eines Handschlags zweier Personen verstehen.

---

<sup>106</sup> Näher unten § 2 D.

<sup>107</sup> Näher unten § 19 E.

Schon deshalb sind wir gut beraten, mit Zwang, Drohung und Ausbeutung erst einmal diejenige Fallgruppe zu erfassen, bei der wir Unwissenheit noch weitgehend ausblenden können. Und ganz generell besteht die große wissenschaftliche Herausforderung zunächst darin, möglichst einfache, aber grundlegende Probleme zu formulieren. Nichts ist wissenschaftlich erhellender als eine vermeintlich banale Frage, die uns bei näherem Nachdenken vor größte Schwierigkeiten stellt.<sup>108</sup> Genau deshalb bleibt es im Vertragsrecht so wichtig, sich auch mit älterer Literatur zu beschäftigen, wurde manches vertragstheoretisch zentrale Problem nur in einer bestimmten Epoche offen und unvoreingenommen diskutiert.

Wollen wir rechtliche Fragen erfolgreich beantworten, gilt es wie für jeden Umgang mit Komplexität, das richtige Verhältnis von Stabilität und Veränderung zu wahren.<sup>109</sup> Zunächst bedeutet das, überall dort an alte Begrifflichkeiten und Diskussionen anzuknüpfen und sich in die Tradition früherer geistiger Errungenschaften zu stellen, wo ansonsten nur Altbekanntes getreu der neuesten wissenschaftlichen Mode reformuliert würde. Ständige Erfahrungsbildung spielt hier eine große Rolle, was zweierlei bedeutet: Erstens ist es wissenschaftstheoretisch eine Binsenweisheit, dass auch vermeintlich grundlegend neue Thesen fast immer auf umfassenden früheren Anstrengungen beruhen.<sup>110</sup> Zweitens ist Erkenntnisfortschritt von vornherein nur mit solchen wissenschaftlichen Aussagen möglich, die verbindlich und damit wissenschaftlich überprüfbar sind.<sup>111</sup>

Dass die hier aus unserer nur begrenzten geistigen Leistungsfähigkeit gezogenen Schlussfolgerungen nicht dem entsprechen, was momentan in Rechts- oder Wirtschaftswissenschaften als modern gilt – gerade wenn Begriffe wie *neuro* oder *behavioral* bemüht werden –, ist dem Verfasser durchaus bewusst.<sup>112</sup> So scheint man rechtswissenschaftlichen Fortschritt derzeit eher durch einen gegenteiligen Ansatz anzustreben, nämlich indem man möglichst viele Facetten – etwa rechtsvergleichend, psychologisch, soziologisch, ökonomisch, philosophisch oder historisch – eines rechtlichen Problems schildert. Teilweise wird sogar schon von studentischen Seminararbeiten erwartet, komplexe rechtliche Phänomene rechtspolitisch zu würdigen, fremde Rechtsordnungen zu berücksichtigen und sich bei all dem verschiedenster Disziplinen zu bedienen. Der Verfasser kann vor so viel Breite nur ehrfürchtig den Hut ziehen – zumal sich so bisweilen anregende Gedanken finden, von denen hoffentlich auch diese Arbeit profitiert.

---

<sup>108</sup> Siehe dazu bereits oben § 1 B. II.

<sup>109</sup> Näher unten § 2 D.

<sup>110</sup> Näher unten § 2 D. V.

<sup>111</sup> Näher unten § 19 F. III.

<sup>112</sup> Näher etwa unten § 17 E. IV.; § 17 E. V.; § 19 F.

Und doch beschleichen ihn zunehmend Zweifel, ob es wirklich unserer Orientierung in einer schon zur Genüge komplizierten Welt dient, immer mehr Gesichtspunkte berücksichtigen zu wollen. Das gilt nicht nur für Studenten, bei denen spätestens in Examensklausuren ablesbar ist, wie selbst schlaue Köpfe damit überfordert sind, noch die grundlegenden, vermeintlich ganz einfachen Fertigkeiten zu erwerben. Vielmehr sei hier die These erlaubt, dass es sich für die Wissenschaft nicht anders verhält. Der umfassende Anspruch, auch noch zahllose Wirkungszusammenhänge, andere Länder oder auch frühere Zeiten zu berücksichtigen, verführt dazu, das uns umgebende Rauschen nur als Rauschen zu beschreiben oder in noch kleinteiligeres Rauschen zu verwandeln. Eine immer größere Gelehrsamkeit droht mit dogmatisch immer unverbindlicheren oder gar schon lange überwundenen Fehlvorstellungen einherzugehen.

#### IV. Begriffsarbeit

Geht es der Rechtswissenschaft um die verbindliche, verallgemeinernde Beschreibung des geltenden Rechts, kommt man um begriffliche Auseinandersetzungen nicht umhin. Insbesondere muss jedes Tatbestandsmerkmal für andere überprüfbar formuliert werden, zumal auch nur so vermieden wird, aneinander vorbei zu reden und so Diskussionen zu führen, die sich bei vorheriger Begriffsklärung schnell als gegenstandslos erwiesen hätten.<sup>113</sup> Dabei sind auch ungewöhnliche Definitionen so lange tolerabel, wie sie sich normalsprachlich zurückführen lassen und sich auf real existierende und damit überprüfbare Phänomene beziehen.<sup>114</sup> Schon deshalb beschäftigt sich diese Arbeit eingehend mit vertragstheoretisch wichtigen Grundbegriffen wie Zweck, Recht, Rechtsänderung, Risiko, Wille (und dessen Spielarten wie Selbstbindungswille, Einwilligung Aneignungswille etc.), Erklärung, Vertrauen oder Rationalität. Oft stellt sich dabei heraus, dass weithin bemühte Argumentationsmuster wissenschaftlichen Anforderungen nicht genügen. Dass dies etwa für die gleichermaßen bei Zwang, Drohung und Ausbeutung wie auch diversen Irrtumskonstellationen bemühte Entscheidungsfreiheit gilt,<sup>115</sup> wurde bereits angedeutet. Aber auch der so beliebte Verweis auf ein normatives Verständnis bleibt so lange Leerformel, wie nicht offengelegt wird, was dieses normative Verständnis ausmachen soll.

Sonderlich beliebt scheint derartige Begriffsarbeit nicht – vielleicht auch deshalb, weil sie oft zu unangenehmen Ergebnissen führt. Dabei müssten wir methodisch erst einmal wieder Anschluss an das wissenschaftliche Niveau des neunzehnten Jahrhunderts und dabei insbesondere die Begriffsjurisprudenz

<sup>113</sup> Aus sprachphilosophischer Sicht ist hier deren „therapeutische Funktion“ angesprochen, vgl. dazu unten § 2 Fn. 485.

<sup>114</sup> Näher unten § 2 B. I. 1.

<sup>115</sup> Näher unten § 4 B. I.

finden – einschließlich der damals vorherrschenden Diskussionskultur. Denn diese heute oft verschmähte Richtung nahm sich genau diese präzise Klärung der tatbestandlich verwandten Begrifflichkeiten zu Herzen. Die moderne Sprachphilosophie lehrt hier nichts anderes. Demgegenüber ist dem Verfasser die viel kritisierte Begriffspyramide trotz umfangreicher Lektüre noch nie begegnet.<sup>116</sup>

## V. Zugänglichkeit

Aber nicht nur methodisch, auch stilistisch soll es dem Leser so einfach wie möglich gemacht werden, die Ausführungen des Verfassers zu überprüfen. Wo immer gangbar, wird auf komplizierte oder gar fremdsprachliche Begriffe verzichtet, sofern nicht dieser Verzicht seinerseits gekünstelt klänge. Vor allem aber reichen für das Verständnis dieser Arbeit gewöhnliche juristische Fachkenntnisse. Allenfalls in den Fußnoten finden sich bisweilen Hinweise auf anspruchsvollere Diskussionen, sofern sie nicht für das Verständnis der jeweiligen Frage unabdingbar sind. Die hier diskutierten Fragen sind durchaus banal. Tatsächlich wird die Komplexität einzelner Sachfragen oft überschätzt oder absichtlich übersteigert.

Allerdings birgt jede Schlichtheit die Gefahr, dass der Leser bemerkt, wie viele Gedanken dieser Arbeit nicht nur banal, sondern auch noch alles andere als neu sind. Tatsächlich soll gerade auf frühere, sehr viel ältere Stimmen verwiesen werden, anstatt den Eindruck zu erwecken, als gäbe es völlig neue Erkenntnisse zu präsentieren. Allein die vertragstheoretische Diskussion der letzten dreißig Jahre des neunzehnten Jahrhunderts bietet so viel Material, dass davon noch ganze Generationen zehren können. Wenn es dabei noch gelingt, einige nicht ganz so bekannte Autoren in Erinnerung zu rufen, freut das besonders. Vor allem verzichtet der Verfasser darauf, durch neue Begrifflichkeiten Brücken abubrechen, Kontinuitäten zu leugnen und längst erarbeitetes Wissen zu verschütten. Daneben soll die Lektüre dieser Arbeit Spaß machen, sofern man sich nur ein wenig für Rechtsdogmatik interessiert. Auch deshalb wurde manche Aussage bewusst zugespitzt, um so überhaupt Kritik zu ermöglichen, ja geradezu herauszufordern. Schließlich durfte der Verfasser von denjenigen Autoren profitieren, die sich ihrerseits dazu durchdrangen. Dieses Vorgehen ist einer fruchtbaren Diskussion sehr viel förderlicher, als sie vor lauter Vielschichtigkeit, Ausdifferenziertheit und Beweglichkeit von vornherein zu ersticken. Fragt man sich etwa, warum gerade die vorgenannte Periode ver-

---

<sup>116</sup> Siehe dazu auch *Haferkamp*, Puchta, 2004. Wohl aber muss man aufpassen, nicht in Anlehnung an reale naturwissenschaftliche Zusammenhänge für eine „Rechtswelt“ ganz ähnliche Vorgänge zu unterstellen, solange dies nicht ausschließlich dazu dient, ein bereits anderweitig begründetes Ergebnis in für uns Menschen anschauliche Formen zu gießen, vgl. dazu unten § 9 Fn. 109, 111.

tragstheoretisch so fruchtbar war, so lag dies auch an einer anderen Diskussionskultur: Man betonte lieber das Problematische und Trennende fremder Ansichten, anstatt versöhnlich auf verschiedenste Gemeinsamkeiten hinzuweisen oder alles nur irgendwie zu integrieren.

#### D. Untersuchungsablauf

Bereits der Aufbau und die Schwerpunkte einer wissenschaftlichen Darstellung verraten viel über die Sichtweise eines Autors. Vergleicht man etwa ein klassisches zivilrechtliches Lehrbuch mit einem solchen zur ökonomischen Analyse des Rechts, wird man schnell feststellen, dass sich nicht nur der theoretische Grundansatz unterscheidet, sondern genauso der dort behandelte Untersuchungsgegenstand. Ganz offensichtlich greifen wir gerne vor allem solche Bereiche auf, die sich mit der präferierten Theorie erfassen lassen, während wir alles andere lieber gar nicht oder nur kursorisch abhandeln.<sup>117</sup> Demgegenüber soll diese Arbeit möglichst viele Bereiche des Vertragsrechts behandeln, und zwar anhand ganz plastischer, einfacher und genau deshalb so unangehmer Fälle.<sup>118</sup>

Im Übrigen versucht der Verfasser einen gewissen Kompromiss. Einerseits prägt vor allem die hier vorgeschlagene Ausrichtung der vertragsrechtlichen Kompetenzverteilung an einem substanziellen Kriterium den Grundaufbau dieser Arbeit: So geht es zunächst um den genauen Vertragsinhalt einschließlich von Zwang, Drohung und Ausbeutung, Risiko, Leistungsstörungen und geschuldeten Eigenschaften. Erst im Anschluss wird das Phänomen personell wie zeitlich verteilter Setzung von Vertragsinhalten untersucht, wodurch dann auch die menschliche Entscheidung und damit so klassische Gesichtspunkte wie Wille, Erklärung und Vertrauen insbesondere der Vertragsparteien in den Fokus treten.

Andererseits entsprechen die meisten Kapitel klassischen Einteilungen und sollen es so dem Leser erleichtern, sich gezielt nur mit einzelnen Sachfragen zu beschäftigen, ohne gleich die ganze Arbeit lesen zu müssen. Um das noch weiter zu unterstützen, finden sich zahlreiche Querverweise zu den jeweils relevanten Vorfragen. Wer sich etwa für die Stellvertretung interessiert, sollte sich ermutigt fühlen, erst einmal dort anzufangen. Allerdings sind die einzelnen Kapitel so angeordnet, dass sie es erleichtern, sich dem Rechtfertigungsprinzip zunächst anzunähern, um sich dann Schritt für Schritt den eher schwierigeren Themengebieten zuzuwenden. Das führt zum folgenden Untersuchungsablauf:

<sup>117</sup> Siehe zu diesem altbekannten Phänomen nur *Kuhn*, Revolutionen, 2. Aufl. 1976, S. 37 ff., 60, passim.

<sup>118</sup> Vgl. oben § 1 B. II.

*Tatbestand:* Nach dem Rechtfertigungsprinzip treten rechtliche Einbußen so weit ein, wie dies notwendig ist, um sich getreu den eigenen Zielen zu verbessern. Das legt es nahe, zunächst subsumtionsfähig darzulegen, was der Verfasser überhaupt unter Recht und Ziel versteht. Dabei wird das Rad bewusst nicht neu erfunden, wohl aber eine präzise und überprüfbare Definition angestrebt. Ziel ist der von den Parteien gewählte Bewertungsmaßstab, dem sie den Vertragsschluss unterordnen. Anders formuliert verstehen die Vertragspartner ihre Einigung keineswegs als intrinsisch richtig, sondern sehen in ihr ein Instrument der Zielverwirklichung. Menschliche Ziele vertragsrechtlich ernst zu nehmen heißt also nichts anderes, als die Menschen selbst und deren eigene Priorisierung zu achten.

Recht wird in dieser Arbeit schon deshalb rein positivistisch definiert, weil es bisher noch niemand vermochte, für jedermann überzeitlich gültige Wertvorstellungen abzuleiten. Das Vertragsrecht wird allein in seiner derzeit geltenden Form beschrieben, nämlich so, wie es Richter täglich anwenden und es der Staat dann gegebenenfalls durchsetzt. Das wiederum erfordert insbesondere, die menschliche Unwissenheit konsequent zu berücksichtigen, was bereits in unserem Rechtsverständnis tiefgreifende Spuren hinterlässt. Zunächst betrifft das die subjektiven Rechte, die nicht nur eng mit den menschlichen Zielen verknüpft sind, sondern sich vor allem durch eine bemerkenswerte Ignoranz gegenüber selbst guten Argumenten auszeichnen, mit denen sich eine einmal zuerkannte Rechtsposition eigentlich hinterfragen ließe. Diese Trägheit ist typisch für ein ganz generell vorzufindendes Wechselspiel von Stabilität und Wandel: Verträge sind ein Instrument zur Veränderung des rechtlichen Status Quo. Anstatt die gesamte Rechtslage immer komplett aufs Neue zu hinterfragen, erwägen wir immer nur einen kleinen Schritt. Diese Geschichtlichkeit kennzeichnet nicht nur unser gesamtes Rechtsverständnis, sondern nahezu jeden Umgang mit Komplexität. Genau deshalb können wir Verträge auch nur dann verstehen, wenn wir die jeweilige rechtliche Ausgangslage der Parteien berücksichtigen. Auf dieser Basis lässt sich dann auch bestimmen, was wir eigentlich unter einer Rechtsänderung verstehen. So drücken wir hier nur höchst unvollkommen, weil bildlich-gegenständlich aus, dass wir einmal getroffene Entscheidungen ab gewissen Zeitpunkten nur noch begrenzt hinterfragen, also gegen neu einströmende Information abschirmen.

## I. Vertragsinhalt

*Vertragsinhalt:* Spätestens dort, wo wir das Parteiverhalten bei Vertragsschluss verstehen oder staatliche Inhaltsvorgaben – zwingend wie dispositiv – begründen wollen, kommt keine Vertragstheorie umhin, konkrete Aussagen über billigenwertige Vertragsinhalte zu treffen. Hierzu gehört zum einen die Unterscheidung diverser Vertragstypen – und sei es auch nur die von Schen-

kung und gegenseitigem Vertrag. Doch nicht nur grobe Vertragstypen, sondern auch ganz kleine Vertragsdetails müssen oft bestimmt werden, ohne dazu auf Wille oder Erklärung der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zurückgreifen zu können. Hier lautet das entscheidende Stichwort „Reichhaltigkeit durch Optimierung“: Solange es durch eine noch so kleine Modifikation des Vertragsinhalts möglich ist, die Parteiinteressen besser zu verwirklichen als bisher, ist diese Verfeinerung sinnvoll. Dabei kommt man spätestens hier um eine Verknüpfung von rechtlicher Ausgangslage und Parteiinteresse nicht umhin, wie sich anhand einseitig wie mehrseitig belastender Rechtsänderungen illustrieren lässt.

*Zwang, Drohung und Ausbeutung:* Die Fallgruppe von Zwang, Drohung und Ausbeutung eignet sich vor allem deshalb so gut für eine schonungslose Analyse, weil sie noch vergleichsweise einfach ist. Denn Unwissenheit spielt hier eine geringe Rolle, wissen alle Beteiligten oft ganz genau, was sich abspielt und wie sich die jeweilige Rechtsänderung auswirkt. Umso erstaunlicher ist es, dass klassische Ansätze wie die Willens- oder Erklärungstheorie ausgerechnet in diesen Fällen versagen. Denn dass auch derjenige entscheidet, weiß, denkt oder erklärt, der sich mit einer Waffe oder auch nur einer unangenehmen Notlage konfrontiert sieht, lässt sich nicht ernsthaft bestreiten. Und doch können die rechtlichen Ergebnisse selbst bei vollkommen identischer Entscheidungssituation ganz unterschiedlich ausfallen. Im Ergebnis soll dann zumindest dreierlei deutlich werden: Erstens benötigen wir ein inhaltliches Kriterium, das wir notfalls auch ohne bzw. gegen die Zustimmung der Vertragsparteien anwenden können. Zweitens bilden Verträge ein Instrument zur schrittweisen Veränderung eines rechtlichen Status Quo, weshalb wir vertragsrechtliche Probleme nicht losgelöst von dieser Ausgangslage beantworten können. Und drittens trifft das Rechtfertigungsprinzip auch eine Aussage über Verteilungsfragen, indem es solche Rechtsänderungen missbilligt, die zu einer (gemeinsamen) Wertschöpfung nichts beitragen.

*Risiko und Spekulation:* Recht besteht vor allem aus Regeln. Es zeichnet sich dadurch aus, dass es den Großteil unserer Lebensumstände ignoriert – und zwar oft selbst dann, wenn sie im konkreten Fall durchaus relevant wären. Noch am besten lässt sich dieses Phänomen anhand klassischer Risikoverträge studieren, tritt es dort offen zutage. Doch auch so ist es anspruchsvoll genug: Setzt der Roulettespieler voller Überzeugung, dass ganz sicher Rot kommen werde, auf Rot, warum erkennen wir hier trotz seines Irrtums den Vertrag und die damit verbundene Schädigung dieses Spielers an? Immerhin halten wir Motivirrtümer nicht für durchweg irrelevant. Und warum korrigieren wir einen solchen Vertrag, wenn der Roulettetisch manipuliert war? Warum sehen wir Glücksspiel und Publikumsspekulation skeptisch, nicht jedoch langfristige Aktienanlage, Versicherung oder Arbitrage? Nur wenn es gelingt, das Spezifische gerade an Risikoverträgen zu erfassen und dogmatisch stim-

mig einzuordnen, sind wir hinreichend gewappnet, um Risikoaspekte auch in anderen Bereichen zu erfassen.

*Leistungsstörungen:* Das gilt besonders für Leistungsstörungen: Stellt man auf das Faktum einer Unmöglichkeit ab, blendet man sämtliche Konstellationen aus, in denen die Leistung lediglich schwerer fällt – und damit praktisch sämtliche real vorkommende Fälle in diesem Bereich. Verweist man hingegen auf den Vertragsinhalt, der auch solche Eventualitäten regle, erweisen sich klassische Ansätze wie die Willens- oder die Erklärungstheorie als fiktiv. Denn kaum jemand überlegt sich oder erklärt sich dazu, was für jedes nur erdenkliche Hindernis gelten soll. Verfügt man hingegen mit dem Rechtfertigungsprinzip über einen inhaltlichen Maßstab, gelingt die vertragliche Erfassung.

*Eigenschaften:* Ganz ähnliche Fragen wie bei den Leistungsstörungen stellen sich bei den zahllosen, in ihrer Vielfalt überhaupt nicht überschaubaren Eigenschaften, welche die jeweils geschuldete Leistung auszeichnen. Ob es uns gefällt oder nicht: Wir müssen für jeden einzelnen Kubikmillimeter begründen können, warum dieser wie genau geschuldet ist (atomistische Herausforderung). Dass wir hier mit dem Parteiverhalten bei Vertragsschluss schnell an Grenzen stoßen, verführt zu zahlreichen dogmatischen Ausflüchten. Wird etwa auf die „vereinbarte normale Beschaffenheit“ verwiesen, bestimmen keineswegs nur die Vertragsparteien, sondern sehr viel größere Personenkreise, was „normal“ ist. Oft wird die ganze Diskussion um Eigenschaften auch noch mit zwei weiteren, sorgsam zu trennenden Problemkreisen vermengt, nämlich die rechtliche Reaktion auf Leistungsstörungen sowie die Behandlung von Irrtümern über solche Eigenschaften.

## II. Vertragliche Rechtsetzung

*Verteiltes Denken, verteilte Macht:* Zunächst konzentrierten sich sämtliche Erwägungen auf die Begründung des genauen Vertragsinhalts – wenn auch in allen noch so kleinen Einzelheiten. Dabei kann das Rechtfertigungsprinzip die Stärken eines substanziellen Kriteriums ausspielen. Doch ganz so schnell müssen sich klassische vertragstheoretische Ansätze nicht geschlagen geben. Schließlich kennt unser Vertragsrecht zahlreiche prozedurale Vorschriften, die auf inhaltliche Vorgaben bewusst verzichten. Insbesondere schauen wir auf das Parteiverhalten bei Vertragsschluss. Wie ist das zu erklären? Den Sprung von der Substanz zum Verfahren ermöglicht die Einsicht, dass sich ein inhaltliches Anliegen selten von allein verwirklicht, sondern auf tatkräftige – vor allem menschliche – Umsetzung in einer von zahlreichen Hindernissen geprägten Welt angewiesen ist. Damit sind die Rechtsetzungskompetenzen so zuzuweisen und auszugestalten, dass das Rechtfertigungsprinzip bestmöglich verwirklicht wird. Dabei tritt neben diese personelle noch eine – oft gleichermaßen unterschätzte – zeitliche Dimension hinzu. Denn anders als nicht nur

von Willens- oder Erklärungstheorie unterstellt, fällt die große Masse vertragsrechtlich relevanter Entscheidungen nicht etwa bei Vertragsschluss, sondern lange Zeit davor oder danach. Wir müssen also nicht nur die personelle Verengung allein auf die Vertragsparteien überwinden, sondern genauso die zeitliche Fixierung allein auf den kurzen Moment des Vertragsschlusses.

*Wille:* Ganz egal, welche Person zur Entscheidung über Vertragsinhalte berufen ist, müssen wir die Anforderungen an eine solche Entscheidung formulieren. Die Literatur diskutiert das meistens nur für die Vertragsparteien, obwohl sich diese Frage (genauso wie die nach der Relevanz einer Erklärung und möglicher Irrtümer) auch bei allen anderen Akteuren unseres Vertragsrechts stellt. Immerhin lässt sich begründen, warum gerade den Vertragsparteien ein so hoher Stellenwert zukommt. Schließlich wissen diese meistens am besten, welche eigenen rechtlichen Einbußen notwendig sind, um in ihrer eigenen Lage ihre eigenen Ziele zu verwirklichen. Allerdings bleibt genauestens zu prüfen, auf was für einen Parteiwillen wir abstellen. Denn der so viel bemühte Selbstbindungswille liefert weder einen überzeugenden Bindungsgrund noch wird er sich bei einer normalen Vertragspartei finden lassen. Vielmehr willigen wir nur in die uns unangenehme Bindung ein. Diese Einwilligung bildet ein wichtiges Indiz für die Legitimität einer rechtlichen Beeinträchtigung, beantwortet aber nicht, warum wir uns überhaupt veranlasst sehen sollten, zugunsten des Gläubigers einen vertraglichen Anspruch zu befürworten. Hierfür können wir auf den bis heute sträflich vernachlässigten Aneignungswillen des Gläubigers verweisen. Dabei ist die genaue Unterscheidung von Selbstbindungswille, Einwilligung und Aneignungswille nicht nur eine Spitzfindigkeit, sondern für ein zutreffendes Vertragsverständnis unabdingbar, wie sich bei der Mentalreservation, dem Protest oder auch der Stellvertretung deutlich zeigen wird. Daneben muss sich die Willenstheorie noch weitere Kritikpunkte gefallen lassen: Zum einen halten wir den Parteiwillen keineswegs für intrinsisch richtig, wie etwa Zwang, Drohung und Ausbeutung, beachtliche Motivirrtümer oder die Täuschung zeigen. Gerade die Parteien selbst ordnen ihren Vertragsschluss den damit verfolgten Zielen unter. Schon deshalb ist es sehr bedauerlich, wenn die genau das nachdrücklich betonende Grundfolgentheorie weithin vergessen ist. Zum anderen ist die menschliche Aufmerksamkeit äußerst begrenzt, kann also immer nur wenige Vertragsaspekte erfassen.

*Erklärung:* Sucht man nach Alternativen zur einflussreichen Willenstheorie, stößt man unweigerlich auf all diejenigen Vertragstheorien, die in irgendeiner Form auf das Erklärte abstellen. Allerdings gibt es zahllose Vertragsinhalte, die sich keineswegs dem äußeren Verhalten der Vertragsparteien entnehmen lassen. Das betrifft nicht nur die Informationsarmut schlüssigen Handelns oder die von der Willenstheorie gerne bemühten Konstellationen des rechtlich relevanten Inhaltsirrtums, der *falsa demonstratio* oder des Scheingeschäfts,

sondern genauso die staatlich wie privat-kollektiv gesetzten Vertragsinhalte. Tatsächlich dient die Erklärung oft nur als Einbruchstelle für Wertungen, die sich keineswegs mehr auf das Verhalten der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zurückführen lassen, ohne dass dies offen gelegt, begründet und dogmatisch stimmig eingeordnet würde. Für das Rechtfertigungsprinzip bildet die Erklärung – insofern noch ganz im Einklang mit der Willenstheorie – ein wichtiges Indiz für den Parteiwillen, das jedoch seinerseits als wichtiges Indiz für die Verwirklichung des eigentlichen inhaltlichen Anliegens. Daneben schützt das Erklärungserfordernis vor Übereilung und sichert damit eine gewisse Entscheidungsqualität – etwas, das sich weder mit der Willens- noch der Erklärungstheorie erfassen lässt, da diese die menschliche Entscheidung nicht anhand eines anderen Kriteriums hinterfragen, sondern zum dogmatischen Ausgangspunkt erheben. Schließlich berücksichtigen die meisten Rechtsordnungen auch solche Vertragsinhalte, die bei Vertragsschluss zwar erklärt, nicht aber von beiden Seiten gewollt waren. Darauf wird beim Irrtum zurückzukommen sein.

*Vertrauen:* Ein Variante dieser Erklärungstheorien begründet die rechtliche Relevanz des äußeren Erklärungsinhalts mit einem darauf gerichteten Vertrauen des Versprechensadressaten. Dabei liegt die erste Schwierigkeit bereits darin, dem Vertrauen einen eigenständigen Bedeutungsinhalt zu entnehmen, was jedoch durchaus gelingt, wenn man darin die Verletzbarkeit des Vertrauenden durch ein unmoralisches Verhalten des Vertrauensadressaten sieht. Allerdings zeigt sich dann schnell, dass gerade dieser eigenständige Gehalt von Vertrauen wenig dazu beiträgt, unser Vertragsrecht abzubilden.

*Protest und schlüssiges Verhalten:* Für Willens- wie Erklärungstheorie gleichermaßen unangenehm sind solche Fälle, in denen sich eine Seite die angebotene Leistung einfach nimmt und dabei vielleicht sogar ausdrücklich gegen eine vertragliche Bindung protestiert. Spätestens hier kann von einem Selbstbindungswillen, einer dies bekundenden Erklärung oder einem Vertrauen darauf keine Rede mehr sein. Das wiederum führt zu einer bemerkenswerten Vielfalt alternativer Begründungsversuche. Dabei informiert uns hier der Protestierende nur erfrischend klar und ehrlich über die Motivationslage nahezu jedes Vertragsschließenden, nämlich nicht gebunden sein zu wollen, sondern diese Bindung allenfalls wissentlich in Kauf zu nehmen. Die wirklich spannende Frage ist die der Abgrenzung von Vertrags- und Deliktsrecht und – damit eng verwandt – der Notwendigkeit bzw. Entbehrlichkeit eines klassischen Vertragsschlusses. Doch auch jenseits eines ausdrücklichen Protests bereitet das sogenannte schlüssige Verhalten viele Probleme, die wir gerne ignorieren. Denn wer in eine Straßenbahn einsteigt, kennt regelmäßig nicht die sich daran im Einzelnen knüpfenden Vertragsinhalte. Und auch dem äußeren Verhalten lässt sich hier wenig entnehmen: Wer in eine Straßenbahn einsteigt, steigt in eine Straßenbahn ein. Leider sind Willens- wie Erklärungstheorie darauf aus,

alle Vertragsinhalte partout auf das Parteiverhalten bei Vertragsschluss zurückzuführen.

*Stellvertretung:* Möchte man ernsthaft das vertraglich so wichtige Phänomen personell verteilter Rechtsetzung erfassen und dabei möglichst auf frühere Diskussionen zurückgreifen, kommt man um die Stellvertretung nicht umhin. Denn obwohl ein noch recht junges Institut, wird dort nur allzu deutlich, dass es keineswegs nur die Vertragsparteien sind, die den Vertragsinhalt bestimmen. Und genauso deutlich finden sich bereits dort all diejenigen Ersatzkonstruktionen, die wir überall dort antreffen, wo ganz andere Personen als die Vertragspartner entscheiden. Besonders typisch ist der Versuch der sogenannten Geschäftsherrentheorie, das Wollen des Vertreters als doch noch irgendwie vom Vertretenen gewollt darzustellen. Die heute so populäre Repräsentationstheorie ist demgegenüber nicht einmal eine Theorie, sondern formuliert nur das zu begründende Ergebnis. Doch nicht nur als Prototyp arbeitsteiliger Vertragssetzung ist die Stellvertretung äußerst aufschlussreich, sondern auch angesichts der dem Vertretenen eingeräumten Möglichkeit, die vertragliche Kompetenzverteilung selbst festzulegen. Das macht die in ihrer Komplexität ohnehin nicht zu unterschätzende Stellvertretung nochmals anspruchsvoller.

*Allgemeine Geschäftsbedingungen:* Wie wenig sich vertragstheoretisch erfassen lässt, wenn wir allein auf das Parteiverhalten bei Vertragsschluss schauen, zeigt sich anhand der praktisch so enorm wichtigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Besonders der Willentheorie, die nicht nur einen Handlungs-, sondern einen Geschäftswillen verlangt, wird hier zum Verhängnis, dass die meisten Adressaten nicht einmal die Einbeziehung dieser Klauseln wahrnehmen, geschweige denn deren Inhalt. Aber auch die Erklärungstheorie gerät in Nöte. Denn was genau heißt es eigentlich, etwas zu „erklären“? Reicht es dazu wirklich zu unterschreiben, dass ein großer Papierstapel gelten möge? Mit Begriffen wie Zurechenbarkeit kommt man hier nicht weiter, da es dem Adressaten nicht vorwerfbar ist, die Bedingungen nicht gelesen zu haben. Genauso wenig lassen sich damit akzeptable von inakzeptablen Klauseln unterscheiden. Demgegenüber kann man mit dem Rechtfertigungsprinzip darauf verweisen, dass die mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen ermöglichte Arbeitsteilung über den Preis auch dem Kunden dient. Andererseits erfordert die Unwissenheit des Kunden eine nachträgliche Inhaltskontrolle, für die das Rechtfertigungsprinzip den gesuchten Maßstab liefert.

*Werbung:* Werbung ist ein vertragsrechtsdogmatisch gern vernachlässigtes Phänomen. Schließlich fließen hier in den Vertragsinhalt auch solche Anpreisungen ein, die oft lange Zeit vor Vertragsschluss getätigt und wahrgenommen wurden. Doch damit nicht genug – oft stammen sie nicht einmal vom Vertragsgegner, sondern etwa einem Hersteller. Tatsächlich bildet Werbung ein wichtiges Indiz für einen dem Rechtfertigungsprinzip genügenden Ver-

tragsinhalt, weil und soweit sich die Preisbildung am Markt und damit das Preis-/Leistungsverhältnis an eben diesen Werbeangaben orientiert. Als willkommener Nebeneffekt verschärft die vertragliche Berücksichtigung von Werbung wiederum den Wettbewerb.

*Kollektiv gesetzte Vertragsinhalte:* Wie sehr es in Wahrheit ganz verschiedene Personen und nicht nur die Vertragsparteien sind, die den Vertragsinhalt bestimmen, lässt sich eindringlich anhand kollektiv gesetzter Vertragsinhalte illustrieren. Das betrifft vor allem den Staat, der nicht nur über Gesetze, sondern auch – noch viel wichtiger – durch Urteile agiert, und zwar sowohl zwingend (besonders bei der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen) als auch dispositiv. Hier wäre es fiktiv, sich selbst dafür noch auf das Parteiverhalten bei Vertragsschluss zu berufen. Das Rechtfertigungsprinzip kann demgegenüber darauf verweisen, dass für manche Konstellationen und Vertragsinhalte der Staat am besten dazu geeignet ist, die Parteiinteressen zu verwirklichen. Dabei liefert genau dieser Grundsatz den gesuchten inhaltlichen Maßstab. Ganz ähnliche Überlegungen gelten für privat-kollektiv gesetzte Vertragsinhalte, zu denen Sitte, Übung und Brauch genauso gehören wie der damit eng verwandte Wettbewerb. Um ein relativ neues Phänomen handelt es sich schließlich bei dem oft auch für das Vertragsrecht propagierten „Wettbewerb“ der Rechtsordnungen. Hier leidet die Diskussion oft daran, insbesondere Sach- und Zuständigkeitsfragen zu vermengen.

*Irrtum:* Die menschliche Unwissenheit prägt ganz grundlegend, wie wir mit Recht umgehen. An wie vielen verschiedenen Stellen allein des Vertragsrechts sie relevant ist und was für unterschiedliche Reaktionen sie erfordert, wird dabei gerne unterschätzt. Insofern bilden die vieldiskutierten Irrtumskonstellationen nur einen kleinen, nichtdestotrotz sehr aufschlussreichen und traditionsreichen Schauplatz vertragstheoretischer Diskussionen. Dabei pocht die Willentheorie auf *falsa demonstratio*, Scheingeschäft oder die Beachtlichkeit zumindest mancher Inhaltsirrtümer. Dem kann die Erklärungstheorie nicht nur die Mentalreservation entgegenhalten, sondern – zumindest bei europäischer Perspektive – auch darauf verweisen, dass keineswegs jeder Inhalts- und Erklärungsirrtum beachtlich ist. Dieser Dualismus ist bis heute nicht überwunden, was eindrucksvoll zeigt, wie wenig wir unser Vertragsrecht bis heute verstehen. Dieser Eindruck verstärkt sich angesichts des vom Nichtirrenden erkannten sowie des wegen späterer Akzeptanz nicht durchschlagenden Irrtums, wo weder Willens- noch Erklärungstheorie das geltende Recht erfassen. Aus Sicht des Rechtfertigungsprinzips bildet der Parteiwille bei *falsa demonstratio* und Scheingeschäft ein besseres Indiz für dessen Verwirklichung als eine fehlerhafte Erklärung. Und weil ein substanzielles Kriterium nicht nur auf den Vertragsschluss schauen muss, um das Parteiverhalten zu berücksichtigen, lässt sich dann auch der wegen späterer Akzeptanz nicht durchschlagende Irrtum einordnen. Gleiches gelingt für die Unbeachtlichkeit des vom Nicht-

irrenden erkannten Irrtums – schließlich weiß der Erkennende hier genau, worauf er sich einlässt. Die oft ambivalente Behandlung des Inhaltsirrtums erklärt sich wiederum daraus, dass eine irrtümliche Erklärung zwar ein sehr zweifelhaftes Indiz für die Verwirklichung des Rechtfertigungsprinzips bildet, eine Vertragsunwirksamkeit jedoch diejenigen Vorteile vereitelt, die der Vertrag jedenfalls dem Nichtirrenden verspricht. Dieses Risiko schlägt sich von vornherein nieder – etwa im Preis –, weshalb beide Seiten ein gemeinsames Interesse an einer ausgewogenen Irrtumsregelung haben. Unproblematisch ist nach dem Rechtfertigungsprinzip die Mentalreservation, da ein Selbstbindungswille auch sonst kaum vorkommt und nicht einmal einen guten Bindungsgrund liefert. Gleichmaßen spannende wie anspruchsvolle Fragen wirft schließlich das Phänomen irrationalen Verhaltens auf, angefangen mit dessen begrifflicher Erfassung über die praktischen Fallkonstellationen unüberlegten oder sonst beeinträchtigten Entscheidens bis hin zu neueren Versuchen einer stärkeren wissenschaftlichen Berücksichtigung von Irrationalität. Näher untersucht werden hier die Verhaltensökonomik sowie die These, Vertragsbindung zumindest auch als Rationalitätsproblem beschreiben zu können.

*Dies- und jenseits des Vertrags:* Nicht nur der Vertragsinhalt wird von zahlreichen Personen zu unterschiedlichsten Zeiten bestimmt. Vielmehr kennen wir neben dem klassischen Vertragsschluss noch ganz andere Rechtsänderungen, die es zu erklären gilt. So entfaltet ein Angebot gerade deshalb und genau so weit eine Bindung, wie dies für den Anbieter notwendig ist, um sich getreu den eigenen Zielen zu verbessern. Konkret geht es hier um die Ermöglichung eines vorteilhaften Vertragsschlusses. Beim sogenannten Verschulden bei Vertragsverhandlungen treffen den Betreiber erhöhte Sorgfaltspflichten gegenüber dem Kaufhauskunden, weil auch dieser Betreiber davon profitiert, dass sich die Kunden überhaupt in sein Geschäft hineinwagen oder wegen der erhöhten Sicherheit bereit sind, auch höhere Preise zu bezahlen. Genauso finden sich nach Vertragsschluss wichtige Rechtsänderungen, sei es die Ausübung eines Lösungsrechts, eines Wahlrechts oder auch die Erteilung einer Weisung, die sich durchaus erklären lassen: Solange nur der ursprüngliche Vertragsschluss dafür sorgen konnte, dass spätere Entscheidungen nicht mehr fremde Rechte verletzen, bleibt das Rechtfertigungsprinzip gewahrt. Aber auch die Geschäftsführung ohne Auftrag lässt sich nur mit einem substanziellen Maßstab erfassen, der gerade nicht auf ein bestimmtes Parteiverhalten angewiesen ist. Schließlich wird noch anzudeuten sein, dass auch die scheinbar so fest verankerte Trennlinie zwischen Vertrags- und Deliktsrechts zu einigen Zweifeln Anlass gibt.

*Fazit:* Nachdem großer Wert darauf gelegt wurde, vertragsrechtliche Fragen vor allem anhand klassischer Fallkonstellationen und konkreter Fälle zu diskutieren, geht es abschließend um einige zentrale Probleme und Anliegen, wel-

che die vertragstheoretische Diskussion von jeher beeinflussen. Schon weil die meisten Autoren für sich beanspruchen, ein liberales Konzept zu vertreten, lohnt die Frage, was wir denn als liberal empfinden und wie sich das Vertragsrecht dazu verhält. Nicht weniger spannend ist es, das Gleiche für „sozial“ zu diskutieren, wengleich es schon deutlich weniger populär ist, Derartiges zu beanspruchen. Eine grundlegende Weichenstellung bildet der Gegensatz von Inhalt und Verfahren: Da klassische Vertragstheorien auf das von den Parteien Gewollte oder Erklärte verweisen, können sie weder den Vertragsinhalt verallgemeinernd beschreiben noch die unser Vertragsrecht kennzeichnende Kompetenzverteilung oder die genauen Rahmenbedingungen einer Entscheidung erfassen. Mit dem Privatrecht geht es dann um eine Unterscheidung (nämlich vom öffentlichen Recht), die gerade in jüngerer Zeit als engstirnig kritisiert wird. Denn natürlich wirkt sich auch das Vertragsrecht auf gesamtgesellschaftliche Phänomene aus und wird von diesen wiederum stark beeinflusst. Doch erlauben es Verträge gerade deshalb so vielen Menschen, unkompliziert ihre eigenen Ziele zu verfolgen, weil wir uns im Privatrecht gegenüber zahllosen politischen Anliegen erstaunlich blind zeigen. Diese Autonomie ist hilfreich und sollte verteidigt, nicht aufgeweicht werden. Damit ist einmal mehr ein Aspekt angesprochen, ohne den sich kein soziales Phänomen ernsthaft verstehen ließe: die menschliche Unwissenheit. Dabei geht es nicht nur um den Vertrag selbst, sondern bereits die grundlegende methodische Herangehensweise, zu der wir angesichts unserer begrenzten geistigen Fähigkeiten verdammt sind. Zum Abschluss sei dann noch ein (weiterer) kleiner Frevel begangen. Denn so großartig die Leistungen *Immanuel Kants* waren und er uns gerade erkenntnistheoretisch bis heute gültige Einsichten bescherte, verkörpert dieser Philosoph – als Kind seiner Zeit – auch besonders anschaulich einige der größten Irrtümer des neuzeitlichen Denkens, die das Vertragsverständnis bis heute behindern.

## § 2 Tatbestand

Nach dem Rechtfertigungsprinzip treten rechtliche Einbußen so weit ein, wie dies notwendig ist, um sich getreu den eigenen Zielen zu verbessern. Diese Definition legt es nahe, zunächst subsumtionsfähig darzulegen, was der Verfasser unter Recht und Ziel versteht. Dabei wird das Rad bewusst nicht neu erfunden, wohl aber eine präzise Definition angestrebt. Das wiederum erlaubt wichtige Einsichten insbesondere zur fundamentalen Bedeutung menschlicher Zwecke wie auch des für jede Rechtsordnung unausweichlichen Wechselspiels von Stabilität und Veränderung und damit der Geschichtlichkeit jedes Rechts und jeder Rechtswissenschaft.

Dass es erst den nachfolgenden Kapiteln vorbehalten bleibt, klassische Fallkonstellationen zu diskutieren und dabei einzelne Theorien praktisch zu überprüfen, macht die anstehenden Ausführungen vergleichsweise abstrakt. Für die meisten Zwecke mag es sich daher empfehlen, dieses Kapitel zunächst zu überspringen. Denn was ein Ziel oder Recht ist, lässt sich zumindest grob unserem normalsprachlichen Verständnis entnehmen. Andererseits wird sich schnell zeigen, dass diese Begriffe doch nicht so klar und einfach sind, wie sie anfangs scheinen. Schon deshalb kommen wir um die folgenden Ausführungen nicht umhin.

### *A. Ziele*

#### I. Entscheiden im Vertragsrecht

Wenn sich in der vertragstheoretischen Diskussion ein gemeinsamer Nenner finden lässt, dann der, dass irgendjemand irgendwann unter irgendwelchen Umständen über einen Vertragsschluss bzw. einzelne Vertragsinhalte entscheiden muss. Jedes ernstzunehmende Konzept sollte daher möglichst präzise angeben und möglichst verallgemeinernd beschreiben, wann welche Personen wie entscheiden.<sup>1</sup> Nach der Willenstheorie etwa sollen es allein die Vertragsparteien sein, die im Augenblick des Vertragsschlusses mit einer auf den Ver-

---

<sup>1</sup> Näher unten § 8; § 19 D.; passim.

tragsinhalt gerichteten Aufmerksamkeit (Geschäftswille) entscheiden,<sup>2</sup> während die Erklärungstheorie einen bloßen Handlungswillen genügen lässt.<sup>3</sup> Und selbst wenn man diese Entscheidung mit der Willens- oder Erklärungstheorie allein den Vertragsparteien überlasst, wird man regelmäßig davon ausgehen dürfen, dass diese Parteien den Vertragsinhalt nicht etwa auswürfeln, sondern – nach welchen Kriterien auch immer und ganz gleich, ob bewusst oder unbewusst, – bewerten.

Das allerdings bringt die klassischen Vertragstheorien in Bedrängnis, als sie sich über das, was Parteien in welcher Situation vertraglich vereinbaren, nicht einmal ansatzweise äußern, sondern allein darauf verweisen, dass das, was gewollt oder erklärt werde, eben gewollt oder erklärt werde – warum auch immer. Dabei sind Verträge genauso wissenschaftlich zu erfassendes Recht wie Gesetze oder allgemeine Rechtsgrundsätze.<sup>4</sup> Die unzähligen Vertragsinhalte, wie wir sie täglich in all ihrer Vielschichtigkeit vorfinden, sind praktisch besehen auch viel zu bedeutsam, als dass wir sie vertragstheoretisch ignorieren sollten. Und spätestens dort, wo es Parlamentarier, Richter oder ganz andere Personen sind, die den Vertragsinhalt beeinflussen,<sup>5</sup> müssen wir deren Handeln begründen können – man denke nur an das dispositive Vertragsrecht<sup>6</sup> oder die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen.<sup>7</sup> Spätestens hier kommt niemand umhin, Vertragsinhalte anhand irgendeines Kriteriums zu bewerten und damit einen Maßstab zu nennen, anhand dessen wir einen Vertrag als erwünscht oder unerwünscht identifizieren bzw. verschiedene denkbare Vertragsinhalte als besser oder schlechter einstufen.<sup>8</sup>

Hat man sich dieser Herausforderung gestellt, lässt sich dann auch offen untersuchen, wie aufwändig und vielschichtig unser Vertragsrecht diesen Maßstab verwirklicht. Während jede Person ganz allein über ihre eigenen Ziele entscheidet,<sup>9</sup> sind es bereits sehr verschiedene Personen, die einen Vertragsinhalt bestimmen.<sup>10</sup> Und zeitlich treffen diese Personen – einschließlich der Vertragsparteien – ihre Entscheidungen nicht nur bei Vertragsschluss, sondern auch davor und danach.<sup>11</sup> Qualitativ wiederum lassen wir mal nur bewusst-

<sup>2</sup> Näher unten § 9 C. I.

<sup>3</sup> Näher unten § 10 A.

<sup>4</sup> Näher zu dieser Kritik unten ab § 3 A. II. sowie zum Rechtsbegriff unten § 2 B. I.

<sup>5</sup> Näher unten § 8 B. I.

<sup>6</sup> Näher unten § 16 A. III. 2.

<sup>7</sup> Näher unten § 14.

<sup>8</sup> Wobei wir dann immer eine Vergleichsbasis benötigen, um Alternativen vor diesem Hintergrund als besser oder schlechter bewerten zu können, vgl. daher zur Rechtebasierung unten § 2 A. II. 2.; § 2 D.; § 3 A. IV.; § 4 C. I. 1.; passim.

<sup>9</sup> Näher gleich unten § 2 A. II.

<sup>10</sup> Näher unten § 8 B. I.

<sup>11</sup> Näher unten § 8 C.

tes,<sup>12</sup> oft aber auch unbewusstes<sup>13</sup> und dann wieder nur besonders informiertes Verhalten gelten.<sup>14</sup> Wollen wir diese für jedes Vertragsrecht so typische Vielschichtigkeit begründen und damit verallgemeinernd beschreiben, benötigen wir einen Orientierungspunkt, an dem wir die Kompetenzverteilung, den zeitlichen Ablauf und die jeweiligen Rahmenbedingungen ausrichten können.<sup>15</sup>

## II. Begriff

### 1. Maßstab

#### a) Ziele versus Vertragsinhalt

Nach dem hier zugrunde gelegten Begriffsverständnis liefern Ziele – bzw. synonym verwandt Interesse, Zweck und Motiv – diesen für das Vertragsverständnis so wichtigen Maßstab. Wer sich Ziele setzt, priorisiert – und zwar diese Ziele gegenüber dem anhand dieser Ziele zu bewertenden Gegenstand. Es ist diese Priorisierung – und nicht etwa eine vermeintlich notwendige Zukunftsbezogenheit –<sup>16</sup> auf die es im Vertragsrecht ankommt. Setzt sich die Vertragspartei ein Ziel, so soll der Vertragsinhalt dieses Ziel verwirklichen. Der Vertrag ist ihr nur Mittel zum Zweck, ein bloßes Instrument, und damit den Zielen untergeordnet,<sup>17</sup> wobei das Vertragsrecht deren Festlegung dem Einzelnen belässt.<sup>18</sup> Entscheidungen über den Vertragsinhalt und solche über das verfolgte Ziel sind begrifflich sorgsam zu trennen, denn die praktische Umsetzung einer Priorität verläuft in gedanklich anderen Bahnen als deren Festlegung. Der vertragstheoretisch vielleicht wichtigste Unterschied ist dabei, dass sich Ziele mit sehr viel weniger Aufmerksamkeit erfassen lassen als ganze Vertragsinhalte.<sup>19</sup>

#### b) Zwischenziele

Wohl aber lassen sich Ziele abstufen – was vor allem dort wichtig wird, wo wir uns in komplexen Entscheidungssituationen an einfachere Zwischenziele

---

<sup>12</sup> Hierzu gehören jedenfalls diejenigen Fälle, in denen das Vertragsrecht einen Geschäftswillen verlangt – und sei es nur über den Umweg eines Anfechtungsrechts wegen Inhalts- oder Erklärungsirrtums, näher dazu unten § 17 C.

<sup>13</sup> Die klassische Rechtsgeschäftslehre bewältigt das entweder durch diverse Fiktionen (näher unten § 9 C. V. 2.) oder die ausdrückliche Berücksichtigung auch von Fahrlässigkeit oder Verantwortung (näher unten § 10 C).

<sup>14</sup> Näher unten § 17 D.; § 18 C. I.

<sup>15</sup> Siehe hier nur unten § 8.; § 19 D., wobei nochmals (vgl. bereits oben Fn. 8) auf die nötige Vergleichsbasis hingewiesen sei.

<sup>16</sup> Näher unten § 2 A. II. 5.

<sup>17</sup> Näher unten § 2 A. IV. 1.; § 9 D. I.; passim.

<sup>18</sup> Näher unten § 2 A. V. 3. b).

<sup>19</sup> Näher unten § 2 A. IV. 3.

halten.<sup>20</sup> Auch wer ein besonders schönes Haus bauen möchte, sollte sich erst einmal nach einem passenden Grundstück umschaun, bevor er sich mit architektonischen Feinheiten beschäftigt. Und wollen wir unsere finanzielle Situation verbessern, mögen wir die Zwischenziele bilden, erstens nur das einzukaufen, was wir nach reiflicher Überlegung wirklich benötigen, und zweitens so lange nicht vom Schreibtisch aufzustehen, wie wir nicht mindestens 8 Stunden produktiv gearbeitet haben. Das Oberziel wird dabei nicht aufgegeben, vielmehr ist die Befolgung des Zwischenziels angesichts der menschlichen Unwissenheit – und nur dann ergeben Zwischenziele Sinn – der erfolgreichste Weg, um das eigentliche Ziel praktisch zu verwirklichen. Auch hier haben wir also eine klare Priorisierung, bestimmen und hinterfragen wir nämlich das Zwischenziel regelmäßig daraufhin, ob es tatsächlich das Oberziel bestmöglich verwirklicht.

### *c) Zielkonflikte*

#### *aa) Auflösung durch Oberziel*

Dass wir Ziele abstufen können, lässt uns auch die so häufigen Zielkonflikte bewältigen. Denn schließlich kommt es gerade bei Verträgen oft vor, dass jemand nicht nur ein Ziel, sondern derer gleich viele verfolgt. Was etwa, wenn wir ein Auto wollen, das gleichermaßen schnell, sparsam, sicher, leicht, groß und sehenswert ist? Die Antwort liegt hier auf der Hand, können wir uns fragen, worum es uns „eigentlich“, d.h. auf einer übergelagerten Ebene, geht. Findet sich dort für die rechtlich interessierende Frage ein eindeutiges Ziel, lässt sich der Konflikt lösen – und zwar ohne Abwägung oder sonst flexible Würdigung.<sup>21</sup> Dabei sei nochmals darauf hingewiesen, dass wir – ganz gleich, wer nach der jeweils vertretenen Theorie über den Vertragsinhalt entscheiden sollte – gar nicht umhin kommen, derartige Konflikte zu lösen und damit einem einheitlichen Bewertungsmaßstab zu unterstellen, wenn wir nicht würfeln bzw. wissenschaftlich kapitulieren wollen.

#### *bb) Stufenwahl*

Orientiert sich menschliches Handeln an verschiedenen Zwischenzielen, müssen wir uns fragen, welches davon wir vertragsrechtlich berücksichtigen. Interessiert hier immer nur das höchste, letzte Ziel der Vertragspartei und damit etwa, ob sie für sich eher den Weltfrieden oder aber größtmöglichen Reichtum erstrebt? Wenn derartige Oberziele geradezu definitionsgemäß den letztlich entscheidenden Maßstab bilden, wäre dies sicher nicht immer praktikabel. Genauso wie wir für den Vertragsinhalt regelmäßig gut beraten sind, die Par-

---

<sup>20</sup> Siehe zu solchen Abstufungen etwa Köhler, Zweckstörungen, 1971, S. 7 ff.; Tillmanns, Strukturfragen, 2007, S. 23 jeweils m.w.N.

<sup>21</sup> Siehe dazu auch unten § 3 A. IV.; § 19 F. III. 2.

teien selbst darüber entscheiden zu lassen, was deren eigenen Ziele größtmöglich verwirklicht,<sup>22</sup> greift auch bei der Stufenwahl der Subsidiaritätsgrundsatz: Hat die Vertragspartei ein Zwischenziel gebildet, weil sie so ihr Oberziel besser zu verwirklichen glaubt, wird das im Zweifel gute Gründe haben.

Kauft jemand ein Brot, um nicht zu verhungern (Zwischenziel), muss es uns nicht sonderlich interessieren, worin diese Person den Sinn ihres Lebens sieht. Dabei können wir regelmäßig so lange auf untere Zwischenziele herabsteigen, wie wir nicht auf der jeweilige Ebene auf gleich mehrere für den Vertragsschluss relevante und damit kollidierende Ziele stoßen oder aber dieses Zwischenziel ersichtlich höherstufigen Zielen widerspricht, etwa weil es irrtümlich gebildet wurde.<sup>23</sup> Letztlich kann hier auf die gleichen Kriterien (Kenntnisse und Fähigkeiten, Sachnähe, Energieaufwand etc.) zurückgegriffen werden, die generell für die personelle wie zeitliche Aufteilung vertraglicher Entscheidungen anzuwenden sind.<sup>24</sup>

## 2. Vergleichsbasis

Nur kurz sei darauf hingewiesen, dass jede Bewertung – ganz gleich, anhand welchen Ziels – immer nur funktionieren wird, wenn irgendeine Vergleichsbasis benannt wird. Denn sobald wir darauf verzichten, rein unreal-hypothetische Welten – etwa in Form eines unterstellten, aber tatsächlich nicht gegebenen „anders handeln Können“ –<sup>25</sup> zu vergleichen,<sup>26</sup> müssen wir den Einwand abschneiden, dass jede Entwicklung immer bereits angelegt und von uns allenfalls noch nicht wahrgenommen oder vorausgesehen worden war. Darauf wird noch einzugehen sein, da das Vertragsrecht die Ziele der Vertragsparteien mit deren rechtlichen Ausgangslage verknüpft.<sup>27</sup> Allgemein für Ziele gesprochen sind demgegenüber auch andere Referenzpunkte denkbar.

## 3. Zusätzliche Anforderungen

### a) Aufmerksamkeit

Bilden Ziele einen Maßstab, anhand dessen sich Vertragsinhalte wie Zwischenziele bewerten lassen, kann man fragen, ob Ziele nicht noch zusätzliche Anforderungen erfüllen sollten. Das mag die menschliche Aufmerksamkeit oder ein bestimmter Kenntnisstand sein. Doch scheinen solche geistigen

<sup>22</sup> Näher unten § 8 E. II. 2.

<sup>23</sup> Näher zu Motiv- und sonstigen Irrtümern unten § 16.

<sup>24</sup> Näher unten § 8 B. III.; § 8 C. II. 2.

<sup>25</sup> Näher dazu unten § 4 B. I. 4. b) aa); § 4 B. I. 4. b) ee); § 9 C. I. 3. d); § 10 C. IV. 5.; § 17 E. III. 6. c) bb); § 19 B. III. 2.; § 19 G. IV.

<sup>26</sup> Näher zu solchen Versuchungen etwa unten § 9 C. V. 2. d); § 17 E. IV. 1. c); § 19 B. III.; § 19 C. III.; § 19 F. II.; passim.

<sup>27</sup> Näher unten ab § 3 A. IV.; § 4 C. I.; passim.

Merkmale zumindest nicht begriffsnotwendig. Hierzu muss man sich nur verdeutlichen, dass es zunächst nicht um die Umsetzung eines Ziels – etwa auf ein diesem förderlichen Vertragsinhalt – geht, sondern allein um dessen Festlegung.

Untersucht man die normalsprachliche Verwendung, so reden wir oft selbst dort von Zielen, wo ein durch Aufmerksamkeit getragenes Verhalten ersichtlich fehlt. Ja, unsere Sprache ist selbst bei völlig geistlosen Phänomenen von Zwecken geradezu durchtränkt. So strebt der Baum nach oben zum Licht, bildet die Rose Dornen aus, um sich gegen Tierfraß zu wehren, und verfügen Giraffen deshalb über so lange Hälse, damit sie weit oben fressen können. Derartige Zuschreibungen<sup>28</sup> erleichtern uns oft das Denken, indem sie komplizierte Verhaltensweisen prägnant, wenn auch ungenau, zusammenfassen. So müssen wir nicht davon reden, dass sich in einem möglicherweise über viele Jahrtausende reichenden Prozess solche Eigenschaften genetisch durchsetzen, die dem Phänotyp des Dorns entsprachen, weil diese Blumen seltener gefressen wurden. Und auch wenn man sich nach den letzten Gründen und Ursachen des so komplexen menschlichen Verhaltens fragt, ist die Versuchung groß, typisch menschliche Verhaltensweisen als Ausdruck einer bestimmten Zweckbestimmung zu interpretieren – und tatsächlich geschieht genau das bis heute.<sup>29</sup> Doch bisweilen sind solche Zuschreibungen gefährlich, weil wissenschaftliche Zusammenhänge verschleiern. So verfolgt die Natur keine Zwecke, sondern sie passiert einfach, und sind es allenfalls wir Menschen, die ihr bestimmte Ziele zuschreiben.<sup>30</sup>

Eine ganz andere Frage ist allerdings, ob es nicht die verallgemeinernde Beschreibung des geltenden Vertragsrechts erleichtert, für Ziele eine Aufmerksamkeit zu verlangen<sup>31</sup> und damit diesen Begriff bewusst eng zu definieren. *Jhering* etwa spricht von der „Vorstellung“ eines Zukünftigen.<sup>32</sup> Schließlich bescherte uns die Evolution die herausragende und insoweit alle anderen Lebewesen weit überragende Fähigkeit zu planen – also Ziele und diesen wiederum untergeordnete Zwischenziele bewusst zu entwerfen. Und so wenig wir wissen, wie dieses planende Denken im Einzelnen funktioniert, spielt die menschliche Aufmerksamkeit bei derartigen Prozessen jedenfalls eine wichtige Rolle. Denn sie garantiert eine gewisse Qualität menschlichen Handelns. Für uns reicht dabei die Feststellung, dass der Mensch planen kann und sich das Ziel dieser Planung feststellen lässt.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Näher zu diesem Phänomen unten § 17 E. III. 6.

<sup>29</sup> Näher unten § 2 A. V. 2. b).

<sup>30</sup> *Darwin*, *Origin of the Species*, 1859.

<sup>31</sup> Näher zu diesem Begriff unten § 8 A. II. 2.

<sup>32</sup> *Jhering*, *Zweck*, Bd. 1, 1877, S. 10. Zum vermeintlichen Merkmal des Zukünftigen vgl. jedoch gleich unten § 2 A. II. 5.

<sup>33</sup> Näher unten § 2 A. III.

b) *Kenntnisse*

Eine spannende Frage, ist, inwieweit wir für Ziele über Aufmerksamkeit hinaus noch weitere Anforderungen stellen sollten. Während für den Geschäftswillen – allen dogmatischen Schwierigkeiten klassischer Vertragstheorien zum Trotz – durchaus geprüft wird, ob hier etwa eine Informationspflicht verletzt wurde bzw. ein beachtlicher Motivirrtum vorliegt,<sup>34</sup> wird dies für die hier interessierenden Ziele – da vertragstheoretisch ohnehin gerne vernachlässigt –<sup>35</sup> eher selten diskutiert. Das mag noch insofern verständlich sein, als bei Zielen der Subsidiaritätsgedanke besonders oft greift, da Ziele weniger irrtumsanfällig sind<sup>36</sup> und wir bei Irrtümern oft auf ein höherstufiges Ziel ausweichen können.<sup>37</sup>

Was genau wir qualitativ für ein Ziel verlangen, wird neben den Fällen fehlender Aufmerksamkeit auch noch bei anderen geistigen Defiziten deutlich. So misstrauen wir nicht nur dem Geschäftswillen von Minderjährigen oder gar Kleinkindern, sondern auch deren (Zwischen-) Zielen. Und anders als bei der gewillkürten Stellvertretung eines Volljährigen<sup>38</sup> ordnen sich die Eltern keineswegs nur den Zielen ihres Schützlings unter. Deshalb trifft die Rede vom Paternalismus – nicht ohne Grund bereits wörtlich einschlägig – hier tatsächlich, wohingegen sonst die eher realitätsfremde Vorstellung mitschwingt, als sei es liberalem Anspruch abträglich, wenn nicht die Vertragsparteien selbst sämtliche Vertragsinhalte bestimmen.<sup>39</sup>

Dabei ist es bemerkenswert, wie sehr wir uns zumindest im Privatrecht scheuen, fremde Ziele anderen aufzuoktroieren. Lässt sich etwa eine Entscheidung aufschieben, bis der Minderjährige erwachsen ist, tun wir das oft auch. Und ist das nicht möglich, gehen „gute“ Eltern nach zumindest verbreiteter Sicht mit den Mitteln ihres Kindes – etwa aus einer Erbschaft – so um, dass sie dessen individuelle Fähigkeiten und Veranlagungen berücksichtigen oder sich jedenfalls fragen, was im „wohlverstandenen“ Interesse dieses Kindes liegt.

Auf jeden Fall erscheint es für eine klare Begriffsbildung eher schädlich, dort, wo eine Person keine oder nur qualitativ fragwürdige Vorstellungen bilden kann und wir diese daher ignorieren, weiter von den Interessen dieser Person zu sprechen. Entscheiden etwa die Eltern für ihr Kind, nehmen diese Eltern ihre eigenen Interessen wahr,<sup>40</sup> nur dass dies selten zu etwas führt, was wir als für das Kind nachteilig empfinden.

<sup>34</sup> Näher unten § 9 C. III.; § 17 D.

<sup>35</sup> Näher unten § 2 A. V. 2.

<sup>36</sup> Näher unten § 2 A. IV. 5.

<sup>37</sup> Näher oben § 2 A. II. 1. c) bb).

<sup>38</sup> Näher zur Stellvertretung unten § 13.

<sup>39</sup> Näher zu derartigen Vorstellungen unten § 8 A. III.; § 19 B.

<sup>40</sup> Näher unten § 2 A. II. 7.

### c) Objektive Setzung

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass sich Ziele auch ganz objektiv definieren ließen. Das mag entweder rein beschreibend dadurch geschehen, dass man beispielsweise behauptet, unser geltendes Vertragsrecht sei so ausgestaltet, dass die Parteien möglichst reich werden oder sich erfolgreich fortpflanzen – etwa weil dies der kulturellen oder auch genetischen Veranlagung des Menschen entspreche. Hier würde also nicht wie nach dem Rechtfertigungsprinzip ergebnisoffen auf die Vorstellung jedes einzelnen Menschen verwiesen,<sup>41</sup> sondern ein bestimmtes Anliegen unterstellt. Genauso ist eine stärker normativ aufgeladene Setzung von Zielen denkbar, etwa wenn wir getreu aristotelisch-thomistischem Denken verschiedensten Dingen einen Zweck zuschreiben, der diesen innewohne und ihnen von Natur aus aufgegeben sei.<sup>42</sup>

Letztlich sind hier die praktischen Unterschiede nicht ganz so groß, wie das vielleicht erscheinen mag. Denn auch bei objektiver Setzung des – dann notwendig höchstrangigen – Ziels wird es dennoch wieder der Mensch sein, der dieses letzte Ziel mittels eigens ermittelter und von Aufmerksamkeit getragener Zwischenziele verwirklicht bzw. verwirklichen sollte. Und diese nicht ganz so hochrangigen Ziele sind nun einmal diejenigen, die vertragsrechtlich am meisten interessieren.<sup>43</sup>

### 4. Kollektive Ziele?

Verlangt man für ein Ziel, dass sich darauf die menschliche Aufmerksamkeit erstreckt, sichert das nicht nur eine gewisse Qualität des auf das Ziel gerichteten Denkprozesses. Es reserviert auch das Privileg, Ziele überhaupt bilden zu können, allein für die mit Aufmerksamkeit beglückten Lebewesen und damit insbesondere für uns Menschen. Weiterhin sichert es jedem Einzelnen eine gewisse Exklusivität – nämlich über ganz eigene Ziele zu verfügen –, da wir unsere Aufmerksamkeit nicht mit der anderer Menschen vereinen, sondern deren Inhalt allenfalls mitteilen können.<sup>44</sup> Jedenfalls nach dem gängigen Begriffsverständnis<sup>45</sup> gibt es keine kollektive Aufmerksamkeit.

Andererseits billigen wir Personenvereinigungen durchaus zu, „eigene Ziele“ zu verfolgen oder auch einen „eigenen Geschäftswillen“ zu besitzen.<sup>46</sup> Wollen wir hier nicht plötzlich ein ganz neues, apsychologisches und damit für andere nicht überprüfbares Verständnis von Aufmerksamkeit verwenden, bleibt vor allem eine Option: Wir müssen verlangen, dass jedenfalls ein be-

<sup>41</sup> Näher unten § 2 A. V. 3. b).

<sup>42</sup> Näher zu solchen Ansätzen unten § 3 A. III. 3.

<sup>43</sup> Vgl. oben § 2 A. II. 1. c) bb).

<sup>44</sup> Siehe dazu auch im Kontext der Stellvertretung unten § 13 B. II. 2.

<sup>45</sup> Näher zur Aufmerksamkeit unten § 8 A. II. 2.; § 9 B. II.

<sup>46</sup> Näher zur Verselbständigung juristischer Personen unten § 19 E. III. 2. b).

stimmter Mensch zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Zielvorstellung entwickelt, die wir dann als das Ziel des Kollektivs ansehen. Das mag etwa diejenige Vorstellung sein, die in einer Abstimmung unter Gesellschaftsmitgliedern eine Mehrheit findet (und vielleicht sogar im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich festgehalten wird), oder aber die derjenige hegt, der von den Gesellschaftern dazu bestimmt wurde, in irgendeiner Form für dieses Kollektiv zu handeln.

### 5. Zukunftsorientierung?

Bisher wurden Ziele vor allem als ein von Aufmerksamkeit getragener Maßstab definiert. Was demgegenüber fehlte, war ein zeitliches Moment. Ziele zu „verfolgen“ ist nach dem derzeitigen Stand unserer Ausführungen entbehrlich, Ziele zu „haben“ hingegen nicht. Doch müssen sich Ziele nicht notwendig auf die Zukunft beziehen? Zumindest *Jhering* gibt hier eine klare Antwort: Ziele seien die Vorstellung eines Zukünftigen.<sup>47</sup> Demgegenüber fällt der normalsprachliche Befund zweischneidig aus. Sätze wie „X hat ein klares Ziel, aber keine Vorstellung von der Zukunft“, empfinden wir keineswegs als völlig sinnlos, sondern verstehen sie etwa dahingehend, dass X zwar genau weiß, was ihm wichtig ist, nicht jedoch, wie er dies praktisch verwirklichen kann. Und genau das beschreibt erschreckend realistisch, was für viele Vertragsinhalte gilt.<sup>48</sup>

### 6. Zielveränderungen

Doch was passiert, wenn sich eine Vertragspartei erst später über Zwischenziele Gedanken macht, diese nachträglich ändert oder irrtümlich fasst? Und kann man nicht sogar seine letzten Ziele ändern – etwa wenn man vom raffgierigen Kapitalisten zum bedürfnislosen Buddhisten mutiert? Nicht nur im Vertragsrecht wäre es wünschenswert, den Einzelnen nicht sein Leben lang oder auch nur nach Vertragsschluss an seinen einmal gefassten Maßstab zu binden. So irren wir nicht nur oft, sondern neigen bisweilen auch dazu, unsere Prioritäten zu ändern. All das prinzipiell, nämlich bereits bei der Definition des Ziels, ignorieren zu wollen, bedarf sorgfältiger Begründung – gerade bei liberalem Selbst- bzw. Vertragsverständnis.

Ein möglicher Einwand ist schnell gefunden: Denn wo kämen wir hin, wenn jeder ständig seine Motive beliebig ändert und das dann noch seinen Vertragspartnern entgegenhalten könnte? Schließlich dürfen wir nicht überall dort, wo die andere Partei nur deshalb eine rechtliche Belastung eingeht, weil sie nur so

<sup>47</sup> Vgl. oben Fn. 32.

<sup>48</sup> Näher unten § 8.; § 9 C. IV.; § 10 D.; passim.

die erhoffte Gegenleistung erhält,<sup>49</sup> diese Gegenleistung einfach aufkündigen. Vielmehr gehört es zum Vertragsinhalt, dass jede Seite zumindest zu einem gewissen Grad das Risiko trägt, später nicht mehr mit dem Hinweis auf einen Irrtum gehört zu werden – und zwar für Motiv- wie Inhaltsirrtümer.<sup>50</sup> Andererseits gilt das nicht uneingeschränkt, sondern erkennen wir durchaus auch Lösungsmöglichkeiten an – etwa wenn einer Partei diese Flexibilität besonders wichtig ist und sie daher bereit war, dafür einen guten Preis zu zahlen. Gerade bei einseitig belastenden Rechtsgeschäften<sup>51</sup> bereitet es uns oft wenig Bauchschmerzen, selbst eine etwas wechselhafte Zielfindung zu berücksichtigen. Die Lösung dieses vermeintlichen Dilemmas besteht hier darin, den Inhalt einer Rechtsänderung anhand des damals vorgefundenen Ziels auch mit Blick auf solche Risiken zu bestimmen.<sup>52</sup>

### 7. Aneignung fremder Interessen?

Verbindet man mit Zielen einen mit menschlicher Aufmerksamkeit versehenen Maßstab, so dass einzelne Personen ihre ganz eigenen Ziele haben, und können sich diese Ziele mit der Zeit wandeln, liegt eine Frage nahe: Lassen sich nicht auch Ziele mit anderen vereinbaren? Und können wir außer unseren eigenen Zielen auch fremde Ziele verfolgen? Verlässt man sich hier auf den allgemeinen Sprachgebrauch, scheint ein solches Verständnis zumindest möglich, beanspruchen wir doch häufig, (auch) die Interessen anderer Menschen zu verfolgen. Für ein solches Begriffsverständnis mag auch die weit verbreitete Rede einer Zielvereinbarung oder das Merkmal eines gemeinsamen Zwecks im Gesellschaftsrecht<sup>53</sup> sprechen.

Und doch ist hier Zurückhaltung angebracht. Denn zum einen lässt sich daran zweifeln, ob unsere Ziele frei wählbar oder aber wie alles menschliche Handeln vorbestimmt sind.<sup>54</sup> Die praktisch so wichtigen Zwischenziele wiederum orientieren sich am jeweiligen Oberziel und sind schon deshalb nicht frei wählbar. Vor allem aber – und das reicht für unsere vertragsrechtlichen Betrachtungen völlig – werden wir unsere Ziele nicht einfach ändern, nur weil die Gegenseite dies fordert oder darum bittet. Wir sagen nicht: „Nun gut, dann habe ich von jetzt an eben ein anderes (Zwischen-) Ziel.“ Besonders wichtig wird das bei Zwang, Drohung und Ausbeutung. Denn während es sich

<sup>49</sup> Näher zu dieser für gegenseitige Verträge typischen Verknüpfung unten § 3 C.

<sup>50</sup> Eingehend zum Risiko unten § 5, speziell zu Irrtümern unten § 16 sowie zum Phänomen der Geschichtlichkeit unten § 2 D.

<sup>51</sup> Näher unten § 3 B.

<sup>52</sup> Was hier so abstrakt klingt, wird insbesondere unten § 5; § 6; § 17 C. und § 17 D. zu illustrieren sein.

<sup>53</sup> Siehe hier nur für das deutsche Recht § 705 BGB.

<sup>54</sup> Gerade bei Begriffen wie Freiwilligkeit, Entscheidungsfreiheit oder Willensfreiheit fällt es schwer, einen subsumtionsfähigen Gehalt zu bestimmen, vgl. dazu näher unten § 4 B. I. 4.; § 17 D. II. 2.

erzwingen lässt, eine bestimmte Erklärung wissentlich abzugeben – was dann zur traditionsreichen *coactus voluit*-Diskussion führt –,<sup>55</sup> lassen sich Ziele nicht vergleichbar beeinflussen. Auch deshalb funktioniert das Rechtfertigungsprinzip, nicht aber die klassischen Vertragstheorien, in derartigen Situationen, zumal sich die jeweilige rechtliche Ausgangslage genauso schlecht manipulieren lässt.<sup>56</sup>

Wenn der normale Sprachgebrauch dennoch die Berücksichtigung fremder Ziele wie auch Ziel- oder Zweckvereinbarungen kennt, muss das eine andere Bedeutung haben. So mag man in einem bestimmten Bereich solche (Zwischen-) Ziele haben, die sich mit denen anderer Personen decken. Genau das ist im Gesellschaftsrecht der Fall, wenn sich verschiedene Leute zusammenschließen, um ein gemeinsames Anliegen zu verfolgen.<sup>57</sup> Ebenso lassen sich fremde Zwecke dadurch berücksichtigen, dass man einen Gesetzes- oder Vertragsinhalt so ausgestaltet, dass sich wichtige Zwischenziele ähneln. Ausweislich des Rechtfertigungsprinzips wird man das immer dann tun, wenn es so möglich ist, auch die eigenen Ziele zu verwirklichen.<sup>58</sup> Schließlich lässt sich all das dokumentieren, etwa wenn man zu Beginn eines Vertragsdokuments festhält, an welchen Zielen der Vertragsinhalt in Zweifelsfragen auszurichten ist.

### III. Feststellung

#### 1. Notwendigkeit

Jedes ernstzunehmende vertragstheoretische Konzept muss sich fragen lassen, wie genau sich dessen Tatbestandsmerkmale praktisch überprüfen lassen. Was wir Juristen gemeinhin als Subsumtion bezeichnen, gilt auch für jede andere wissenschaftliche Hypothese. Das wiederum bedeutet, dass worauf man auch immer theoretisch abstellt, wir irgendeinen realen Bezug benötigen. Andererseits schließt das keineswegs aus, auch geistige Phänomene zu verwenden. Denn auch diese haben immer dann einen realen Kern, wenn sie sich naturwissenschaftlich beschreiben und messen lassen. Das gilt besonders für die – sowohl für Ziele als auch den Geschäftswillen – so wichtige menschliche Aufmerksamkeit.<sup>59</sup> Dabei müssen wir nicht etwa verlangen, dass sich die Parteien für jeden Vertragsschluss in einen Magnetresonanztomographen legen oder sich jeweils einer Elektroenzephalografie unterwerfen – zumal sich der Inhalt menschlicher Aufmerksamkeit selbst dann nicht einfach auslesen lässt. Vielmehr reichen meistens auch Indizien. Hat man erst einmal eine wissenschaft-

<sup>55</sup> Näher unten § 4 B. I. 1. a).

<sup>56</sup> Näher unten § 4 C.

<sup>57</sup> Näher unten § 19 E. III. 2. b) aa).

<sup>58</sup> Zur Verknüpfung gegenseitiger Leistungen siehe unten § 3 C. II.

<sup>59</sup> Näher oben § 2 A. II. 3. a); unten § 9 B. II. 3.

lich überprüfbare Vorstellung von Aufmerksamkeit entwickelt,<sup>60</sup> lassen sich dann auch leicht handhabbare Fallgruppen bilden. Verfasst etwa jemand handschriftlich in aller Ruhe einen Text, lässt sich daraus schließen, dass sich auch dessen Aufmerksamkeit auf das so Geschriebene erstreckte. Doch selbst wo eine solche Erklärung fehlt, weiß sich die Rechtspraxis oft zu helfen, wie allein Scheingeschäft, erkannter Irrtum, *falsa demonstratio* oder Irrtumsanfechtung illustrieren.<sup>61</sup>

## 2. Umsetzung

Doch wie verhält es sich mit den menschlichen Zielen? Schließlich werden diese eher selten vertraglich niedergelegt, so dass man bezweifeln mag, ob sie sich ähnlich gut handhaben lassen wie der Geschäftswille. Hier bieten sich zunächst zwei ganz banale Ansätze an. So besitzt der Mensch nicht nur definitionsgemäß die Gabe, seine eigene Aufmerksamkeit wahrzunehmen – er kann darüber auch reden. Oft müssen wir ihn also einfach nur fragen. Genauso können die Parteien Ziele schriftlich festhalten, was gerade im professionellen Rechtsverkehr verbreitet ist.<sup>62</sup> Besonders gilt das für Gesellschaftsverträge, wo die Angabe des Gesellschaftszwecks gesetzlich sogar vorgeschrieben sein kann.

Allerdings mag zumindest im späteren Streitfall nicht jede Partei immer ehrlich ihre Ziele mitteilen, so dass wir dann auf Indizien ausweichen müssen. Oft lässt sich recht zuverlässig auf die einem bekannten Ziele anderer Menschen mit ähnlichem sozialem Hintergrund (Alter, Familienstand, Bildung, Wohnort usw.) in ähnlichen Vertragssituationen zurückgreifen. Und angesichts der Robustheit zumindest vieler höherstufiger Ziele<sup>63</sup> lässt sich oft am früheren Verhalten der betroffenen Person selbst erkennen, was ihr auch heute noch wichtig ist.

Um hier einige banale Beispiele zu nennen: Steigt ein Arbeitnehmer wie jeden Werktag auch heute in den Zug, so geht die Annahme selten fehl, dass er zur Arbeitsstätte gelangen möchte. Fällt ein Ziegel vom Dach und zerbricht, so dass es ins Haus hineinregnet, und kaufen wir dann im Baumarkt einen

<sup>60</sup> Näher dazu unten § 8 A. II. 2.

<sup>61</sup> Näher unten § 10 D. III.; § 17 B.

<sup>62</sup> Demgegenüber sind echte Zielvereinbarungen nicht möglich, vgl. dazu bereits oben § 2 A. II. 7. Eine spannende Frage ist, warum die Parteien nicht immer auch ihre Ziele festhalten. Dafür gibt es wohl viele Gründe. Oft halten die Parteien das – berechtigt oder nicht – für unnötig, da sie ja gleich den Vertragsinhalt festlegen (Subsidiarität, vgl. unten § 8 E. II. 2.) und für viele Zielverfehlungen ohnehin das Risiko bei der jeweiligen Seite verbleiben soll (näher unten § 5; § 6; § 17 D.; passim). Daneben ist manches (Zwischen-) Ziel – gerade soweit für den Vertragsinhalt relevant – so offensichtlich (etwa auch angesichts des geregelten Vertragsinhalts), dass man es sich ersparen kann, es gesondert festzuhalten (dazu gleich mehr im Text).

<sup>63</sup> Näher unten § 2 A. IV. 5.

Ziegel, so dürfte es nicht allzu weit hergeholt sein, beides miteinander zu verbinden. In den allermeisten Fällen lässt sich der jeweils verfolgte Zweck also eingrenzen. Besonders gilt das für den wirtschaftlichen Bereich, in dem es letztlich vor allem um eines geht: Geld. Nur weil wir es ausweislich des Rechtfertigungsprinzips jedem Menschen zubilligen, ganz eigene Ziele zu verfolgen,<sup>64</sup> bedeutet das keineswegs, dass diese Ziele für andere unergründlich, zufällig oder gar Ausdruck einer mysteriösen Entscheidungsfreiheit seien. Vielmehr machen uns genetische Vorgaben, kulturelle Einflüsse, Zufälligkeiten und schlichte Sachzwänge nicht nur zu dem Menschen, der wir jeweils sind, sondern verraten sehr oft auch, was für (Zwischen-) Ziele wir wann genau verfolgen. Gerade im heutigen Informationszeitalter leben ganze Industriezweige und Geheimdienste davon, unser Verhalten umfassend zu ermitteln und dieses Wissen in oft erschreckend genaue Prognosen umzusetzen. Bisweilen sind menschliche Ziele für Außenstehende sogar sehr viel leichter zu verstehen als der oft stark situativen Besonderheiten geschuldete Vertragsinhalt.

Doch auch vom jeweiligen Vertragsinhalt lässt sich auf die von den Parteien verfolgten Ziele zurückschließen (um so dann fehlende Parteiregelungen gegebenenfalls wieder zu ergänzen<sup>65</sup>). Bucht etwa ein Tourist trotz deutlich weniger attraktiver Aussicht ausdrücklich ein Zimmer auf der Innen- und nicht der Straßenseite eines Hotels, mag das erkennen lassen, dass ihm vor allem Ruhe wichtig ist.

Daneben kommt es auf manche Ziele ersichtlich nicht an. Geht etwa ein Fernseher kaputt, ist die genaue Ausgestaltung von Gewährleistungsrechten nicht davon abhängig, ob der Käufer lieber Sportsendungen oder Spielfilme schaut. Gerade sehr persönliche „Geschmacksfragen“ lassen sich oft ausblenden, nämlich wenn ein Risiko von der betreffenden Partei selbst zu tragen ist.<sup>66</sup> Hatte etwa unser Hotelgast ein Zimmer gebucht, möchte nun aber davon nichts mehr wissen, weil er sich beim überraschend stürmischen Wetter nur zu Hause sicher fühlt, hätte er zumindest nicht ohne erheblichen Aufpreis einen Anbieter gefunden, der ihm das entsprechende Rücktrittsrecht einräumt.<sup>67</sup>

Schließlich lässt sich das Vertragsrecht oft von vornherein dermaßen ausgestalten, dass der Rechtsanwender nur selten in die Verlegenheit kommt, direkt auf die Parteiziele (oder auch – obwohl meistens recht gut feststellbar – auf die jeweilige Rechtausstattung) abstellen zu müssen. Letztlich verkörpern die großen Zivilrechte die über viele Jahrhunderte gewachsene Kunst, Parteiziele mittels möglichst einfacher und leicht überprüfbarer Einzelregeln (einschließlich einer ausgeklügelten personell wie zeitlich verteilten Entscheidungsfindung sowie geeigneter Rahmenbedingungen) zu verwirklichen, anstatt immer

<sup>64</sup> Näher unten § 2 A. V. 3. b).

<sup>65</sup> Näher unten § 16 A.

<sup>66</sup> Näher unten § 5; § 6; § 17 C.; § 17 D.

<sup>67</sup> Allgemein zu solchen Leistungsstörungen unten § 6.

gleich den Richter oder Gesetzgeber mit der Festlegung eines möglichst wertschöpfenden Vertragsinhalts zu befassen.<sup>68</sup> Dass wir etwa Täuschung<sup>69</sup> verbieten und mit einem Lösungsrecht sanktionieren, unterstützt die Verwirklichung individueller Ziele, auch ohne dass wir diese Ziele kennen müssten. Genauso können wir Monopole<sup>70</sup> von vornherein bekämpfen oder einem Diskriminierungsverbot unterwerfen. Das wichtigste und vielleicht einfachste Beispiel für diese nur indirekte Verwirklichung von Parteiinteressen bildet das Subsidiaritätsprinzip. Denn sofern die Parteien tatsächlich den Vertragsinhalt bedenken und etwa kein Irrtum oder Monopol vorliegt, lässt sich das Rechtfertigungsprinzip meist dadurch am besten verwirklichen, dass sich der Staat tunlichst heraushält.<sup>71</sup> Das wiederum bedeutet, dass selbst wenn man den äußerst unrealistischen Extremfall unterstellt, dass sich die Parteiinteressen von Außenstehenden niemals auch nur ansatzweise einschätzen lassen, wir „schlimmstenfalls“ – als Konsequenz des Rechtfertigungsprinzips in diesem besonders misslichen Spezialfall – wieder bei Willens- oder Erklärungstheorie landeten. Notfalls hätten wir also diese klassischen Ansätze mit Hilfe des Rechtfertigungsprinzips begründet.

#### IV. Vorteile

##### 1. Achtung der Person

Nachdem Ziele definiert und ihre praktische Verwendbarkeit verdeutlicht wurden, seien nunmehr deren Vorteile illustriert – wegen derer dann auch kein Vertragsrecht umhin kommt, sie ständig zu berücksichtigen.<sup>72</sup> Denn gerade wenn wir für uns beanspruchen, Menschen „als Person“ ernst zu nehmen, sie zu „achten“ und nicht „als Objekt“ zu gebrauchen, sollten wir diese Menschen einfach fragen, warum sie eigentlich Verträge schließen.<sup>73</sup> Die Antwort wird eindeutig ausfallen: Wir kontrahieren nicht, um „nur so“ unseren Willen zu betätigen,<sup>74</sup> Verantwortung für eine Erklärung zu übernehmen,<sup>75</sup> Entscheidungsfreiheit auszuleben<sup>76</sup> oder objektiv gleichwertige Gegenstände beliebig auszutauschen.<sup>77</sup> Und schon gar nicht wollen wir damit immer getreu fremder

<sup>68</sup> Näher unten § 8; passim.

<sup>69</sup> Näher z.B. unten § 17 D. III. 3. a).

<sup>70</sup> Näher zu diesen Fallgruppen unten § 4 C. III.

<sup>71</sup> Näher unten § 8 E. II. 2. Genau das betonen auch die Vertreter der Grundfolgentheorie, näher unten § 9 D. I. 5.

<sup>72</sup> Näher unten § 2 A. V. 1.

<sup>73</sup> Näher dazu auch unten § 9 D. I.; § 19 B.

<sup>74</sup> Näher zur mangelnden Intransparenz des Parteiwillens gerade nach dem geltenden Recht unten § 9 C. III.

<sup>75</sup> Näher unten § 10 C. IV.

<sup>76</sup> Näher unten § 4 B. I.

<sup>77</sup> Näher unten ab § 4 B. III. 3.

Gerechtigkeitsvorstellungen „pflichtgemäß“ handeln.<sup>78</sup> Menschen wollen auch nicht nur spielerisch ihre Kräfte messen, nicht nur erleben oder existieren.<sup>79</sup> Oder wie *Karlowa* schreibt: „Rechtsgeschäfte sind nichtnackte Willensbetätigungen, ihr Wesen besteht nicht darin, dass der Handelnde die Genugtuung habe, einen Willensakt vollzogen und damit sich als Rechtspersönlichkeit dokumentiert zu haben. Sie geschehen vielmehr um eines substanziellen Zwecks willen, um eines bestimmten menschlichen Interesses willen, welche die Handelnden dadurch erreichen bzw. befriedigen wollen.“<sup>80</sup> Kurzum: Menschen verfolgen handfeste Ziele – und zwar gerade bei Verträgen. Wir haben klare Prioritäten, bei denen Verträge keineswegs auf der obersten Stufe rein intrinsischer Wertigkeiten stehen.<sup>81</sup>

## 2. Information

Ganz praktisch besehen eröffnen uns Ziele wichtige Erkenntnisse, auf die wir gerade dann nicht verzichten können, wenn wir getreu dem Subsidiaritätsgrundsatz<sup>82</sup> vor allem das Parteiverhalten berücksichtigen wollen. Denn anstatt nur das bei Vertragsschluss Erklärte oder Gewollte zu berücksichtigen, fügen Ziele dem noch zwei wichtige Informationen hinzu: Erstens den Inhalt des konkreten Ziels und zweitens dessen Priorisierung gegenüber dem Vertragsinhalt. Wie wichtig Ziele für das Verständnis komplexer Sachverhalte sind, zeigt sich gerade beim menschlichen Verhalten: Menschen, deren Anliegen und Bedürfnisse wir nicht verstehen – etwa weil diesen selbst jegliche Vorstellungen darüber fehlt, was ihnen wichtig ist –, irritieren uns.

## 3. Einfachheit

Geht es dieser Arbeit um die konsequente methodische wie inhaltliche Berücksichtigung menschlicher Unwissenheit,<sup>83</sup> ist die Berücksichtigung menschlicher Ziele ein äußerst wichtiger Schritt dazu. Denn wenngleich der Mensch heillos damit überfordert wäre, bei Vertragsschluss sämtliche Vertragsinhalte in seine Aufmerksamkeit aufzunehmen, beanspruchen Ziele das menschliche Denken ungleich geringer. Denn hier geht es nur um einen Bewertungsmaßstab und nicht dessen umfassende Verwirklichung. Wir können uns sehr wohl

<sup>78</sup> Näher zu solchen und ähnlichen Begründungsmustern unten § 4 B. I. 4. b) aa); § 4 B. I. 4. b) ee); § 9 C. I. 3. d); § 10 C. IV. 5.; § 17 E. III. 6. c) bb); § 19 B. III. 2.; § 19 G. IV.

<sup>79</sup> Instruktiv dazu, wenn auch mit etwas anderen Schlussfolgerungen, *Nozick*, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, S. 42 ff.

<sup>80</sup> *Karlowa*, *Rechtsgeschäft*, 1877, S. 163 f. Zu weiteren Zitaten und Fundstellen siehe unten § 2 A. V. 2. b); § 9 D. I.

<sup>81</sup> Das bestätigt auch das geltende Vertragsrecht, vgl. näher unten § 9 C. III.; § 9 D. I.; passim.

<sup>82</sup> Näher unten § 8 E. II. 2.

<sup>83</sup> Eingehend unten § 17 A.; § 19 F.

überlegen, ob wir Gewinn erzielen, anderen eine Freude machen oder unser defektes Auto reparieren wollen. Und wenn sich dann die gewünschte Reparatur nur gegen Geld verwirklichen lässt und sich damit ein Zielkonflikt auftut, erlaubt es unsere Aufmerksamkeit durchaus noch, anhand übergeordneter Ziele eine Entscheidung darüber zu fällen, was uns in der konkreten Situation lieber ist.<sup>84</sup> Dabei kommt der Entscheidung über Ziele auch zugute, nicht etwa zeitlich an den kurzen Moment des Vertragsschlusses gebunden zu sein, sondern davor wie notfalls noch danach gefasst werden zu können.<sup>85</sup>

Tatsächlich werden sich die Parteien am ehesten mit eben jenen Zielen beschäftigen, gerade weil ihnen das vorrangig ist. Das Vertragsrecht wiederum kann damit – verknüpft mit der jeweiligen rechtlichen Ausgangslage bei Vertragsschluss – enorm viel anfangen. Nicht nur lässt sich mit dieser so geringen Menge an Aufmerksamkeit notfalls<sup>86</sup> staatlicherseits der gesamte Vertragsinhalt in all seiner Reichhaltigkeit bestimmen.<sup>87</sup> Auch die wegen der begrenzten menschlichen Aufmerksamkeit so wichtige personelle Arbeitsteilung wie auch die zeitliche Streckung vertraglicher Entscheidungen lässt sich an diesen Zielen ausrichten.<sup>88</sup> Damit bleiben es die Vertragsparteien, die den letztlich entscheidenden Parameter setzen.<sup>89</sup>

#### 4. Flexibilität

Nur kurz sei die Flexibilität menschlicher Zielfindung betont. Zum einen ist man frei, sich seine Ziele gerade dann zu setzen, wann es einem beliebt, anstatt mit seiner Entscheidung an den Vertragsschluss gefesselt zu sein.<sup>90</sup> Die Berücksichtigung von Zielen erlaubt es uns also, die so fragwürdige Punctualität des klassischen Vertragsdenkens zu überwinden, und zwar nicht nur hinsichtlich des Zeitpunkts der Entscheidung über das verfolgte Ziel, sondern auch für die an diesem Ziel dann ausrichtbare zeitliche Staffelung menschl-

<sup>84</sup> Näher zu derartigen Zielkonflikten oben § 2 A. II. 1. c).

<sup>85</sup> Näher oben § 2 A. II. 5. sowie gleich unten § 2 A. IV. 4.

<sup>86</sup> Zum Subsidiaritätsgrundsatz siehe unten § 8 E. II. 2., zumal ein Richter genauso in seiner Aufmerksamkeit beschränkt ist und sich damit sehr viel Zeit für die Bestimmung des Vertragsinhalts nehmen müsste. Schon deshalb ist der Rückgriff auf Sitte, Übung und Brauch so wichtig, siehe dazu näher unten § 16 C.

<sup>87</sup> Näher zu dieser Herausforderung unten § 3 A. II.; § 3 A. IV. 1.; § 7 A. I.; § 8 A. II.; § 16 A.; passim.

<sup>88</sup> Näher unten § 8; § 19 D.

<sup>89</sup> Näher zur Liberalität des Rechtfertigungsprinzips unten § 19 B. II.

<sup>90</sup> Vgl. dazu auch oben § 2 A. II. 5. Hier mag man zwar einwenden, dass sich Vertragsinhalte ebenso in aller Ruhe vorab entwerfen lassen. Doch verlangt etwa die Willentheorie nun einmal, dass sich die menschliche Aufmerksamkeit gerade bei Vertragsschluss auf sämtliche Vertragsinhalte erstreckt, vgl. unten § 8 C.; § 9 C. I. 1. Und genauso soll dieser Vertragsinhalt nach der Erklärungstheorie gerade bei Vertragsschluss erklärt werden, vgl. unten § 10 A.

cher Entscheidungsfindung.<sup>91</sup> Daneben sind menschliche Ziele auch insofern flexibel, als es der Einzelne selbst in der Hand hat, ob und welche Zwischenziele er sich setzt – etwa weil er diese dann in praktischen Situationen besser überblicken und dann weithin selbst verwirklichen kann.<sup>92</sup>

### 5. *Robustheit*

Anders als Vorstellungen über einen konkreten Vertragsinhalt können sich Ziele ständig bewähren, lassen sich nämlich in vielen einzelnen Entscheidungen umsetzen. Je höherstufiger ein bestimmter Zweck angesiedelt ist und je länger er beibehalten wurde, desto häufiger konnten wir ihn also erproben. Tendenziell sind Ziele damit weniger fehleranfällig als die anlässlich einer spezifischen Vertragssituation getroffenen Überlegungen.

### 6. *Planung und Kreativität als menschliche Kernkompetenzen*

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass es zu den großartigsten Fähigkeiten des Menschen gehört, sich bisweilen auch sehr fernliegende und anspruchsvolle Ziele zu bilden und zu verwirklichen. Wir überlegen uns geeignete Zwischenziele, um diese dann Schritt für Schritt umzusetzen. Ganz gleich, ob in der Architektur, bei technischen Entwicklungen oder in der Informatik – viele der eindrucksvollsten Errungenschaften verdanken wir einer ausgeklügelten Planung. Schon deshalb wäre es verwunderlich, ginge es beim Vertrag nicht auch um diese so besondere menschliche Fähigkeit.

Tatsächlich sind es unsere Ziele, die den entscheidenden Impuls dafür liefern, den rechtlichen Status Quo nicht nur zu bewahren, sondern zu verändern.<sup>93</sup> Ziele liefern das dynamisch-kreative Element beim Vertrag, der gerade erst in seiner Verknüpfung von rechtlicher Stabilität und Preisgabe dieser Stabilität um unserer Ziele willen verständlich wird.<sup>94</sup>

## V. Verankerung

Erweisen sich Ziele für die menschliche Orientierung nicht nur als außerordentlich hilfreich, sondern lassen sich auch definieren und praktisch verwenden, sollte es dann auch möglich sein, deren Verankerung im geltenden Vertragsrecht nachzuweisen. Tatsächlich sind sie bei unbefangener Betrachtung überhaupt nicht zu übersehen, was dann wiederum ein schlechtes Licht auf all

<sup>91</sup> Näher zu dieser unten § 8 C.

<sup>92</sup> Näher zu diesem rationalen Umgang mit abgestuften Zielen oben § 2 A. II. 1. c).

<sup>93</sup> Siehe dazu auch unten § 3 Fn. 149.

<sup>94</sup> Näher zu dieser Verknüpfung etwa oben § 2 A. II. 2.; unten § 2 B. II.; § 3 A. IV.; § 4 C. I.; passim sowie zum Wechselspiel von Stabilität und Veränderung unten § 2 D.

diejenigen Vertragstheorien wirft, die sich ersichtlich schwer damit tun, diesen praktischen Befund tatbestandlich umzusetzen.<sup>95</sup>

### 1. Rechtspraktisch

Wie sehr jede Vertragsrechtsordnung von jeher darauf angewiesen ist, geradezu extensiv die menschlichen Ziele zu berücksichtigen, zeigen unzählige Fallkonstellationen. Dass wir etwa Raub und Schenkung sorgsam unterscheiden, liegt allein daran, dass hier der Vermögensverlust unterschiedlichen Zwecken dient.<sup>96</sup> Beim Gesellschaftsvertrag bildet der gemeinsame Zweck geradezu das entscheidende Merkmal. Frappierend ist, dass obwohl viele Lehrbücher die menschlichen Interessen als vertragstheoretisches Tatbestandsmerkmal weit hin ignorieren, der Leser spätestens beim abstrakten Schuldverhältnis und damit an sehr versteckter Stelle darüber belehrt wird, dass diese Interessen unabdingbar seien: Wer eine Vereinbarung einklagt, nach der er 1.000 Euro bekommen soll, ohne dem Gericht erklären zu können, was eigentlich der Grund dieser Vereinbarung sei, wird ernsthafte Probleme bekommen.<sup>97</sup>

Spätestens sobald all die vielen Vertragsdetails zu begründen sind, auf die sich Wille oder Erklärung der Parteien bei Vertragsschluss allenfalls bruchstückhaft beziehen,<sup>98</sup> ist es nicht ersichtlich, woran man diese sonst festmachen sollte – wenn nicht an den jeweils verfolgten Zielen. Bei der Umdeutung werden sogar Wille wie Erklärung ignoriert, nur um die Parteizwecke doch noch zu verwirklichen.<sup>99</sup> Letztlich berücksichtigt natürlich jeder Jurist die Parteiinteressen – nur die Wege dorthin sind bisweilen schwer ergründbar, etwa wenn bei der Auslegung vom mutmaßlichen Willen die Rede ist, um wenigstens begrifflich weiterhin am Wollen festzuhalten.<sup>100</sup> Nichts anderes gilt für diverse Leistungsstörungen einschließlich verschiedenster dafür entwickelter Rechtsinstitute.<sup>101</sup> Und mit Blick auf zahllose Irrtumskonstellationen (einschließlich der diesen zumindest funktional eng verwandten Informationspflichten) kennt unser Vertragsrecht nicht nur die Täuschung als Beispiel eines sehr wohl beachtlichen Motivirrtums.<sup>102</sup> Auch subjektive Rechte lassen sich nur dergestalt sinnvoll einordnen, dass wir einzelne Gegenstände bzw. den menschlichen Körper den Zielen einer ganz bestimmten Person unterordnen.<sup>103</sup> Und falls man dann noch ins Grübeln darüber gerät, ob es überhaupt

<sup>95</sup> Näher unten § 2 A. V. 2.

<sup>96</sup> Siehe hier nur aus dem deutschen Recht § 705 BGB sowie unter dem Aspekt privater Wertschöpfung unten § 3 C. I.

<sup>97</sup> Instruktiv *Bremkamp*, Causa, 2008, S. 149 ff., 161 ff., 167 ff., passim.

<sup>98</sup> Näher unten § 9 C. IV.; § 10 D. I.

<sup>99</sup> Näher unten § 6 E. III.

<sup>100</sup> Näher unten § 9 C. V. 2. d) aa).

<sup>101</sup> Näher unten § 6.

<sup>102</sup> Näher unten § 17 D.

<sup>103</sup> Näher unten § 2 B. II. 1. a).

so etwas wie nicht-subjektive Rechte gibt,<sup>104</sup> verdeutlicht das die zentrale Stellung menschlicher Zwecke nur noch mehr.

## 2. Vertragstheoretisch

### a) Neuzeitliche Vernachlässigung

Diesem eindeutigen Befund zum Trotz zeichnen sich vor allem viele neuzeitliche Vertragstheorien dadurch aus, die von den Menschen verfolgten Ziele sträflich zu vernachlässigen. In der Willenstheorie finden sie sich jedenfalls nicht – vielmehr soll der für intrinsisch richtig gehaltene Wille nicht angetastet werden und bleiben bloße Motive sorgsam ausgeklammert.<sup>105</sup> Die Erklärungstheorien konzentrieren sich hingegen nur auf das äußere Verhalten der Vertragsparteien bei Vertragsschluss,<sup>106</sup> während sich die Äquivalenz allein für die ausgetauschten Gegenstände interessiert.<sup>107</sup> Dass sich diese Ansätze dabei auf berühmte philosophische Vorbilder stützen können, macht die Sache nicht besser. Leider verdrängten schon Naturrechtler wie *Grotius* den Zweck zunehmend aus ihren vertragstheoretischen Überlegungen.<sup>108</sup> Und namentlich *Kant* kommt das durchaus zweifelhafte Verdienst zu, so konsequent wie kaum ein anderer – und mit bis heute bleibendem Eindruck – gegen die normative Relevanz von Zwecken argumentiert zu haben.<sup>109</sup>

### b) Vorläufer

Nicht die praktische Berücksichtigung von Zielen ist dabei das Problem – denn davon hat sich zumindest die Rechtsprechung nie abhalten lassen. Das Einzige, was hier schwankt, ist die Bereitschaft, dies auch offen einzugestehen und dogmatisch konsequent zu berücksichtigen. Historisch bildet die Berücksichtigung von Zwecken eher die Regel und nicht etwa die Ausnahme. In der Antike war es der insoweit alles überragende *Aristoteles*, der das Zweckdenken geradezu in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen stellte und unser Vertragsdenken – vermittelt über die aristotelisch-thomistisch geprägte Scholastik – bis heute stark beeinflusst.<sup>110</sup> Vertragstheoretisch zurückgedrängt wurden die

<sup>104</sup> Näher unten § 2 B. II. 1. c).

<sup>105</sup> Näher unten § 9 C. I. 1. b). Zum „mutmaßlichen Willen“ siehe unten § 9 C. V. 2. d). Bei der offensichtlich relevanten Täuschung als meist einem Motivirrtum greift man typischerweise auf nicht subsumierbare Begriffe wie Entscheidungsfreiheit zurück, näher unten § 4 B. I.; § 17 D. II.

<sup>106</sup> Näher unten § 10 A.; § 11 A.

<sup>107</sup> Näher unten § 4 B. III.

<sup>108</sup> Instrukтив *Bremkamp*, *Causa*, 2008, S. 91 ff.

<sup>109</sup> Näher unten § 19 G.

<sup>110</sup> Zur Bedeutung der Scholastik für das Vertragsrecht siehe etwa *Sokolowski*, *Die Philosophie im Privatrecht*, 1902; *Kohler*, *ARSP* 10 (1917), 235; *Nell-Breuning*, *Börsenmoral*, 1928, S. 46 ff.; *Thieme*, *ZRG GA* 70 (1953), 230; *Diesselhorst*, *Hugo Grotius*, 1959, S. 4 ff., 44 ff., passim; *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 2. Aufl. 1967, S. 284 f. (dort Fn. 14); *Gord-*

menschlichen Zwecke vor allem mit dem Aufstieg des Naturrechts. Wir haben es hier also mit einem sehr jungen Phänomen zu tun. Doch wurde spätestens im 19. Jahrhundert immer deutlicher, wie wenig wir gerade für Verträge darauf verzichten können, nach Sinn und Zweck dieser Gebilde zu fragen.

Dabei war es nicht nur *Jhering*, der mit seinen im Jahr 1865 erschienenen Ausführungen zum Interesse<sup>111</sup> sowie seinem erstmals im Jahr 1877 veröffentlichten Werk zum Zweck im Recht<sup>112</sup> immer stärkere Zweifel daran weckte, ob wirklich der Parteiwille und nicht etwa die von den Menschen verfolgten Interessen den entscheidenden Ausgangspunkt für rechtliche Erörterungen dies- und jenseits des Vertragsrechts bilden. Auch die heute leider weithin vergessene Grundfolgentheorie setzte konsequent auf die Verwirklichung menschlicher Ziele und sah in dem Parteiwillen zwar ein wichtiges Indiz, nicht jedoch wie die Willenstheorie einen Selbstzweck.<sup>113</sup> Und selbst so traditionsreiche, bisweilen aber auch schillernde Begriffe wie die *clausula rebus sic stantibus*<sup>114</sup> oder die mit dem Zweckdenken eng verbundene *causa*<sup>115</sup> fanden – seit dem Naturrecht oft verschmäht – bald wieder Anklang.

### c) Interessen- und Wertungsjurisprudenz

Andererseits ist es mit dem bloßen Hinweis auf diese Zwecke nicht getan. Vielmehr muss es glücken, insbesondere den Vertragsinhalt verbindlich, eindeutig und reichhaltig zu begründen.<sup>116</sup> Leider ist es bis heute nicht gelungen, aus der richtigen Einsicht in die herausragende Bedeutung von Zwecken auch tragfähige juristische Schlussfolgerungen abzuleiten. Die entscheidende Frage ist, wie genau wir diese Zwecke berücksichtigen. Insbesondere die spätestens seit *Heck* so beliebte Forderung nach einer Interessenabwägung<sup>117</sup> lässt offen, welche Interessen in welcher Situation anhand welcher Maßstäbe und Gewichtung abzuwägen sein sollen – und wie man dann alldem einen Vertragsinhalt entnimmt.<sup>118</sup> Das insbesondere vom Utilitarismus her bekannte Problem, den Vorteil selbst gleicher Gegenstände von Person zu Person nicht vergleichen zu können,<sup>119</sup> bildet dabei nur einen kleinen Ausschnitt der sich hier

ley, *Philosophical Origins*, 1991, S. 30ff. oder *Zimmermann*, FS Heldrich, 2005, S. 467, 468.

<sup>111</sup> *Jhering*, Geist, Teil 3, Abt. 1, 1865, S. 307ff. (§ 60).

<sup>112</sup> *Jhering*, Zweck, Bd. 1, 1877; *Jhering*, Zweck, Bd. 2, 1883.

<sup>113</sup> Näher unten § 9 D. I. Vgl. demgegenüber unten § 9 C. III.

<sup>114</sup> Näher dazu unten § 6 B. III. 3.

<sup>115</sup> Näher zu diesem Zusammenhang etwa *Fitting*, AcP 52 (1869), 381, 395, 398; *Lotmar*, Causa, 1875, S. 43ff.; *Karlowa*, Rechtsgeschäft, 1877, S. 168ff., 173f. sowie aus neuerer Zeit *Bremkamp*, Causa, 2008.

<sup>116</sup> Näher unten § 3 A. IV.

<sup>117</sup> *Heck*, AcP 112 (1914), 1; *Heck*, Begriffsbildung, 1932. Aus jüngerer Zeit vgl. nur *Stürner*, Verhältnismäßigkeit, 2010, S. 5ff., 330ff., 347ff., passim.

<sup>118</sup> Näher unten § 19 F. III. 2.

<sup>119</sup> So genießen manche einen mit blauem Schimmel durchzogenen Käse, während ande-

stellenden Probleme. So hilft es etwa bei der Irrtumsproblematik<sup>120</sup> wenig, darauf zu verweisen, dass die Interessen beider Vertragsparteien (oder auch Wille und Erklärung bzw. Wille und Vertrauen) „abzuwägen“ seien. Die Aussagekraft derartiger Thesen beschränkt sich darauf, dass wir anscheinend mal das Gewollte und mal das Erklärte berücksichtigen. Letztlich wird hier die Frage neu formuliert, nicht jedoch beantwortet, zumal zahllose Vertragsinhalte bei Vertragsschluss weder gewollt noch erklärt waren.<sup>121</sup>

Der Versuch, die Interessenjurisprudenz zu einer Wertungsjurisprudenz auszubauen,<sup>122</sup> vergrößert die Probleme eher, als Linderung zu verschaffen. Denn dass wir Interessen wertend korrigieren sollen, bedeutet nur, dass nicht einmal mehr die Interessen verbindlich feststellbar sind. Vielmehr behält man sich vor, gerade nicht diese Interessen, sondern etwas anderes, nämlich „Wertungen“ zu berücksichtigen. Fragt man dann nach den Maßstäben für diesen Korrekturvorbehalt, so wird man selten fündig, sondern bestenfalls auf die Rechtsordnung verwiesen. Schlimmstenfalls landet man bei der Rechtsidee und damit bei persönlichen Gerechtigkeitsvorstellungen. Methodisches Anliegen sollte es jedoch sein, derartige Einfallstore zu schließen, anstatt sie noch weiter aufzureißen.

Aber noch in einer weiteren Hinsicht verfehlt die bloße Forderung nach einer Interessenabwägung – mit oder ohne zusätzlichem Wertungsvorbehalt – das, was gerade unser Privatrecht auszeichnet: So kommen wir nicht umhin, die jeweilige rechtliche Ausgangslage zu berücksichtigen. Diese wiederum verändert sich permanent – insbesondere durch Verträge. Damit muss, wer allein auf eine Interessenabwägung verweist, erst einmal beantworten, was für eine Rolle bestehende Rechte überhaupt spielen sollen.<sup>123</sup>

Schließlich vermengen Interessen- wie Wertungsjurisprudenz Methode und Theorie. Es ist eine Sache, für bestimmte Rechtsbereiche oder gar das gesamte Recht zu behaupten, dass dort Zwecke berücksichtigt würden. Nur sollte man derartige Aussagen als das begreifen und diskutieren, was sie sind, nämlich inhaltliche Thesen über unser Recht, nicht jedoch notwendiger Bestandteil juristischer Methode. Das Recht bildet allein den Untersuchungsgegenstand, ohne dass wir für dessen Definition auf Interessen zurückgreifen müssten.

---

re bereits dessen Geruch meiden. In der Ökonomik versucht man dem Problem „intersubjektiver Nutzenvergleiche“ durch ordinale, also allein auf „mehr“ oder „weniger“ abstellende Effizienzkriterien zu entgehen, was jedoch nur auf rein theoretischer Ebene gelingt, praktisch jedoch ignoriert wird, näher dazu unten § 4 Fn. 279; § 4 C. I. 4. a).

<sup>120</sup> Näher unten § 10 D. III.; § 17 C.

<sup>121</sup> Näher unten § 10 D.

<sup>122</sup> Inwieweit sich überhaupt ein signifikanter Unterschied feststellen lässt, sei hier dahingestellt, dies befürwortend etwa *Petersen*, Wertungsjurisprudenz, 2001.

<sup>123</sup> Näher zur Rechtebasierung des Vertragsrechts oben § 2 A. II. 2. sowie unten § 2 D. I. 4. b); § 3 A. IV.; § 4 C. I. 1.; § 19 F. VI.; passim.

Eine solche Einengung ist weder notwendig noch sachgerecht. Vor allem trägt sie gefährlich dazu bei, Rechtswissenschaft von elementaren wissenschaftstheoretischen Anforderungen zu entfremden und dieser Disziplin eine Sonderstellung einzuräumen, mit der weder uns Juristen noch anderen Fächern gedient ist. Maßstab sollte allein sein, ob sich das geltende Recht möglichst verallgemeinernd beschreiben lässt. Der Vorwurf an die klassische Rechtsgeschäftslehre, menschliche Zwecke stark vernachlässigt zu haben, ist sachlich, nicht methodisch zu verorten.

### 3. *Rechtfertigungsprinzip*

Ganz offensichtlich bildet die Erkenntnis, dass wir vertragstheoretisch auch die menschlichen Ziele berücksichtigen müssen, nur einen bescheidenen Anfang. Die eigentliche dogmatische Herausforderung besteht darin, über die bloße Forderung nach einer Berücksichtigung menschlicher Interessen hinauszukommen und damit Ziele insbesondere in einen verbindlichen Tatbestand zu integrieren.

#### a) *Ziel der rechtlich betroffenen Person*

Der erste wichtige Schritt hierzu besteht in einer klaren Eingrenzung: Nach dem Rechtfertigungsprinzip interessieren allein die Ziele derjenigen Person, deren rechtliche Belastung – insbesondere durch Vertrag – wir erwägen. Getreu einem für unser Privatrecht sehr typischen, liberal-individualistisch geprägten Ausgangspunkt<sup>124</sup> soll allein der betroffene Rechteinhaber darüber entscheiden, welche Anliegen es rechtfertigen, ihn vertraglich zu verpflichten.

#### b) *Inhaltliche Offenheit*

Doch welchen genauen Inhalt kann oder muss ein Ziel aufweisen, um dem Rechtfertigungsprinzip zu genügen? Die Antwort hierauf lässt sich klar formulieren, ist nämlich jedes Ziel zu akzeptieren – ganz gleich, ob es andere billigen. Nach dem hier propagierten Tatbestand darf jeder Einzelne erstreben, was immer ihm wichtig ist, wozu auch immer er sich berufen fühlt. Zunächst ist das nur die Konsequenz dessen, dass wir für Ziele eine menschliche Aufmerksamkeit verlangen<sup>125</sup> und es damit Außenstehende nur schwer beeinflussen können, was sich dort entwickelt. Diese Offenheit macht die Liste denkbarer Ziele äußerst lang. Ob nun aristotelische Tugenden wie Weisheit, Klugheit, Gerechtigkeit, Tapferkeit, Mäßigung, Freigiebigkeit, Hilfsbereitschaft, Seelengröße, Sanftmut, Wahrhaftigkeit, Höflichkeit und Einfühlsam-

<sup>124</sup> Näher unten § 19 B.; § 19 E. I.

<sup>125</sup> Näher oben § 2 A. II. 3. a).

keit<sup>126</sup> oder ob ebenso klassische Laster wie Hochmut, Geiz, Neid, Zorn, Wollust, Völlerei und Trägheit; ob purer Genuss, existenzialistisches „Sein“, grenzenlose Macht oder die Verbreitung eigener Gene – all das ist nach dem Rechtfertigungsprinzip als Ziel anzuerkennen, wenn es nun einmal das ist, was die rechtlich betroffene Person erstrebt.<sup>127</sup>

Nun mag mancher erschrocken fragen, wie denn die grundsätzliche Anerkennung jeglichen Ziels mit dem Anspruch dieser Arbeit vereinbar sei, das geltende Recht abzubilden. Ist etwa die Mordlust eines erwachsenen Menschen tolerabel? Wenngleich menschliche Ziele von außen nur schwer zu beeinflussen sind, ließe sich zumindest die Liste vertragsrechtlich relevanter Ziele einschränken, indem man bestimmte Interessen ganz einfach missachtet.

Doch hätte das nicht nur den Nachteil, den Grundtatbestand des Rechtfertigungsprinzips zu verkomplizieren. Vor allem ist eine solche Eingrenzung nötig. Denn natürlich gilt das Rechtfertigungsprinzip für jeden einzelnen Menschen. Solange wir nur jedem das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zusprechen – und genau das tut unsere Rechtsordnung –,<sup>128</sup> sollte jeder ausweislich des Rechtfertigungsprinzips so lange am Leben bleiben, wie der Verlust dieses Lebens nicht für diese Person notwendig ist, um sich getreu den eigenen Zielen zu verbessern. Wer mordlustig ist, muss also erst einmal eine andere Person finden, deren Tod sich durch eine Verwirklichung derer Ziele rechtfertigen lässt.

In seltenen Fällen mag das sogar gelingen. Wer unbedingt den Märtyrertod sterben möchte oder angesichts eines langen qualvollen Leidens den Tod erhofft, sollte dieses jedenfalls nach dem hier speziell für das Privatrecht entwickelten Prinzip tun können.<sup>129</sup> Genauso ist es einem Sadisten zuzubilligen, andere zu verletzen, wenn er speziell einen Masochisten trifft, der genau das für sich erstrebt.<sup>130</sup> Es macht gerade die Liberalität des Rechtfertigungsprinzips (wie auch des damit beschriebenen Vertragsrechts) aus, auf moralische Bevormundung zu verzichten.<sup>131</sup>

### c) Verknüpfung von Ziel und Recht

Dass sich das Rechtfertigungsprinzip von der reichlich banalen wie groben Forderung „beide Parteien sollen vom Vertrag profitieren“ unterscheidet, liegt

<sup>126</sup> Grdl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1909, aus jüngerer Zeit vgl. etwa *Fuller*, The Morality of Law, 2. Aufl. 1969, S. 5 ff.; *Finnis*, Natural Law and Natural Rights, 1980.

<sup>127</sup> Dementsprechend vielfältig sind auch die heutzutage vertretenen, im weitesten Sinn folgenreorientierten Philosophien, die bisweilen über die klassischen Kategorien von „objektivem“ Eudämonismus und „subjektivem“ Hedonismus weit hinausgehen.

<sup>128</sup> Näher unten § 2 C.

<sup>129</sup> Allgemein zur Diskussion um Sterbehilfe siehe hier nur *Wolfslast/Conrads*, Textsammlung Sterbehilfe, 2001. Zu den Besonderheiten des Privatrechts siehe unten § 19 D.

<sup>130</sup> Näher unten § 18 D. I.

<sup>131</sup> Näher unten § 19 B.

an der Verknüpfung der jeweiligen rechtlichen Ausgangslage mit dem verfolgten Ziel – und zwar immer nur einer einzigen Person. Wer rechtlich neu belastet wird, sollte das nur so weit hinnehmen müssen, wie ihn gerade das den eigenen Zielen näher bringt.<sup>132</sup> Andere Personen werden hier – etwa bei gegenseitigen Verträgen – nur deshalb überhaupt betrachtet, weil manch eigene Verbesserung deren rechtliche Belastung verlangt, weshalb für diese dann ihrerseits das Rechtfertigungsprinzip zu prüfen ist.<sup>133</sup> Diese Verknüpfung ist schon deshalb so wichtig, weil es erst so notfalls<sup>134</sup> gelingt, den genauen Inhalt einzelner Rechtsänderungen zu bestimmen – und zwar ganz ohne die unverbindliche Forderung nach einer Interessenabwägung oder sonst flexible Begründungsmuster.<sup>135</sup> Daneben lassen sich erst so die praktisch bedeutsamen Ausbeutungskonstellationen einordnen, in denen unser Vertragsrecht von jeher besonders<sup>136</sup> offensichtlich Verteilungsaspekte regelt.<sup>137</sup> Schließlich drückt sich gerade in dieser Verknüpfung die so charakteristische Geschichtlichkeit unseres Vertragsdenkens aus.<sup>138</sup>

Nochmals<sup>139</sup> angedeutet sei, dass wir überhaupt nur dann wissenschaftlich seriös – etwa anhand von Zielen – von einer „Verbesserung“ oder „Verschlechterung“ reden können, wenn es dafür etwa mit dem Recht einen geeigneten Bezugspunkt gibt. Ebenso ist nochmals zu betonen, dass es bei der hier beschriebenen Verknüpfung der Zweck ist, der den Ton angibt. Recht ist nur Mittel zum Zweck, weshalb auch der jeweilige Vertragsinhalt – gewollt oder erklärt – nur Mittel zum Zweck ist.<sup>140</sup>

#### d) Spezialfall Willenstheorie

Nachdem die grundlegende Funktionsweise des Rechtfertigungsprinzips zwar noch nicht erläutert oder gar in der konkreten Anwendung auf einzelne Fallkonstellationen illustriert, wohl aber ein wenig angedeutet wurde, lohnt sich ein Vergleich mit der Willenstheorie.<sup>141</sup> Denn in gewisser Hinsicht lässt sich das Rechtfertigungsprinzip als der Versuch deuten, das bis heute berechnete Grundanliegen dieses klassischen Ansatzes aufzugreifen und es durch einen vergleichsweise kleinen – gewissermaßen „minimalinvasiven“ – Eingriff zu

<sup>132</sup> Näher unten § 3 B.

<sup>133</sup> Näher unten § 3 C.

<sup>134</sup> „Notfalls“ wegen der je nach Entscheider sehr unterschiedlichen und fast immer nur unvollkommenen Kenntnisse, vgl. zum Subsidiaritätsprinzip unten § 8 E. II. 2.

<sup>135</sup> Näher unten § 3 A. IV. Zur Problematik flexibler Begründungsmuster siehe unten § 19 F. III. 2.

<sup>136</sup> Letztlich „verteilt“ natürlich jede rechtliche Entscheidung, näher unten § 19 C. IV.

<sup>137</sup> Näher zu diesen unten § 4 A. II. 2.; § 4 C. III.

<sup>138</sup> Näher unten § 2 D.

<sup>139</sup> Vgl. oben § 2 A. II. 2.

<sup>140</sup> Näher oben § 2 A. IV. 1. sowie unten § 9 D. I.

<sup>141</sup> Näher zu dieser unten § 9 C.

ermöglichen, dass wir auch bisher nicht erklärte Phänomene unseres Vertragsrechts erfassen.

Zunächst sei festgehalten, dass Willentheorie und Rechtfertigungsprinzip allein auf die Entscheidung der rechtlich betroffenen Person abstellen. Beide Ansätze verlangen zudem nicht irgendeine Entscheidung, sondern eine solche, die von menschlicher Aufmerksamkeit getragen ist. Nur geht es der Willentheorie um den Geschäftswillen, dem Rechtfertigungsprinzip hingegen ums Ziel. Doch selbst dieser Unterschied schwindet dort, wo sich das Rechtfertigungsprinzip getreu dem Subsidiaritätsgrundsatz gerade dadurch bestmöglich verwirklichen lässt, dass wir auf den Geschäftswillen abstellen.<sup>142</sup> So betrachtet bildet die Willentheorie einen wichtigen Unterfall, nämlich für die Situation, dass die Vertragsparteien tatsächlich fähig und willens sind, bei Vertragsschluss sämtliche noch so detaillierte Vertragsinhalte in ihre Aufmerksamkeit aufzunehmen. Anders formuliert liefert das Rechtfertigungsprinzip geradezu den Grund dafür, warum wir möglichst auf den Geschäftswillen abstellen. Zwar wird diese Arbeit für ein möglichst realitätsnahes und normativ stimmiges Willensverständnis dann noch eine Modifikation der Willentheorie vorschlagen – nämlich den Ersatz des vermeintlichen Selbstbindungswillens durch Einwilligung und Aneignungswille –,<sup>143</sup> doch ließe sich das ganz unabhängig vom Rechtfertigungsprinzip diskutieren.

So unscheinbar der Schritt zurück, nämlich vom Geschäftswillen zum jeweils verfolgten Ziel, auch scheint, lassen sich so – im Zusammenspiel mit der jeweiligen rechtlichen Ausgangslage – gerade diejenigen dogmatischen Probleme bewältigen, an denen Willens- wie Erklärungstheorie wegen ihrer punktuellen Betrachtung allein des Parteiverhaltens bei Vertragsschluss scheitern müssen. Genau das wird in dieser Arbeit immer wieder zu illustrieren sein und beginnt bereits bei der Beschreibung konkreter Vertragsinhalte.<sup>144</sup> Auch Zwang, Drohung und Ausbeutung lassen sich mit rein punktuellen Vertragstheorien nicht bewältigen.<sup>145</sup> Und nichts anderes gilt auch dort, wo sich unser Vertragsrecht keineswegs darauf beschränkt, jeden Geschäftswillen bzw. jede Erklärung als intrinsisch richtig hinzunehmen,<sup>146</sup> zeitlich allein auf den Vertragsschluss abzustellen<sup>147</sup> oder für den Vertragsinhalt allein auf die Vertragsparteien zu schauen.<sup>148</sup> Erst wenn man besagten kleinen Schritt zurück vom Geschäftswillen auf das Parteiinteresse tätigt, erfasst man die für unser Vertragsrecht so typische, zeitlich wie personell verteilte Entscheidungsfindung

<sup>142</sup> Näher unten § 8 E. II. 2.

<sup>143</sup> Näher unten § 9 E.

<sup>144</sup> Näher unten § 3.

<sup>145</sup> Näher unten § 4 B.

<sup>146</sup> Näher unten § 4; § 8 D.; § 9 C. III.; § 10 D. IV.; § 17 D.; § 19 C. VI. 1.

<sup>147</sup> Näher unten § 8 C.; § 18.

<sup>148</sup> Näher unten § 8 B.

mitsamt den jeweiligen Rahmenbedingungen. Denn natürlich tragen bisweilen auch ganze andere Personen dazu bei, die Parteiinteressen zu verwirklichen, können sich auch andere Entscheidungen als nur die bei Vertragsschluss als hilfreich erweisen und kann man Voraussetzungen formulieren, unter denen der Geschäftswille wie etwa bei einer Täuschung keineswegs den Parteiinteressen dient.

## B. Rechte

### I. Recht

#### 1. Reales, kulturelles Phänomen

Blickt man in die juristische oder philosophische Literatur, erscheint Recht oft als äußerst komplexes und nur mittels einer Rechtsidee verständliches Phänomen. Andererseits gelang es bisher noch niemandem, eine überzeitliche, für alle Menschen verbindliche Letztbegründung abzuleiten. Die bisherigen Erfahrungen sind ernüchternd.<sup>149</sup> Solange dieses Unterfangen nicht gelingt – wir dürfen skeptisch sein –, scheidet es nach wissenschaftlichen Maßstäben aus, sich einfach auf eine persönliche Gerechtigkeitsvorstellung zu berufen.

Hier jedenfalls interessiert Recht allein als überprüfbares soziales Phänomen.<sup>150</sup> Recht ist ein wichtiger Bestandteil unserer Kultur – nicht mehr und

---

<sup>149</sup> Wer glaubt, dass es zumindest erfahrenen Bundesrichtern möglich sei, die Rechtsidee zu schauen, sei noch kurz an die berühmten Ausführungen in BGH, Gut. v. 6.10.1952, BGHZ 11 (Anhang), 2, 65 f. erinnert: „Der Mann zeugt Kinder; die Frau empfängt, gebiert und nährt sie und zieht die Unmündigen auf. Der Mann sichert, vorwiegend nach außen gewandt, Bestand, Entwicklung und Zukunft der Familie; er vertritt sie nach außen; in diesem Sinne ist er ihr ‚Haupt‘. Die Frau widmet sich, vorwiegend nach innen gewandt, der inneren Ordnung und dem inneren Aufbau der Familie. An dieser fundamentalen Verschiedenheit kann das Recht nicht doktrinär vorübergehen, wenn es nach der Gleichberechtigung der Geschlechter in der Ordnung der Familie fragt. Demgemäß bezeugen die christlichen Kirchen, unter sich völlig übereinstimmend und in völliger Übereinstimmung mit der klaren Aussage der Heiligen Schrift alten und neuen Testaments (1. Mose 3, 16; Ephes. 5, 22-33; Col. 8, 18; 1. Petr. 3, 1) und mit der uralten Ehe- und Familienordnung der Völker, nach der von Gott gestifteten Ordnung der Familie sei der Mann ihr ‚Haupt‘. Das hat nicht nur sittliche, sondern durchaus auch rechtliche Bedeutung ...“

<sup>150</sup> Aus der reichhaltigen rechtspositivistischen Literatur siehe hier nur *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892, S. 355 ff.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934; *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. 1994; *Hoerster*, Was ist Recht?, 2006 und zum Rechtspositivismen *Kant* hier nur *Kant*, Zum ewigen Frieden, 2. Aufl. 1796, S. 59 ff. sowie die Darstellung von *Kerstin*, Wohlgeordnete Freiheit, 1993, S. 455 ff. m.w.N. Zur Kritik siehe etwa die Darstellung der äußerst gehaltvollen Debatte in der Weimarer Zeit bei *Korb*, Kelsens Kritiker, 2010, S. 77 ff., passim sowie aus jüngerer Zeit *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1977 oder *Alexy*, Recht, 4. Aufl. 2002. Besonders bekannt ist die wenig überzeugende Formel von *Radbruch*, SJZ 1946, 105, 107: „... das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei

nicht weniger. Vor allem bildet es den Untersuchungsgegenstand des Juristen, den es verallgemeinernd zu beschreiben gilt. Wie andere Wissenschaftler auch sind wir dabei durchaus frei, dieses Forschungsobjekt einzugrenzen oder auch zu erweitern.<sup>151</sup> Die Definition von Recht bildet hierfür einen wichtigen und durchaus gestaltbaren Baustein. Je nach Erkenntnisinteresse werden dabei unterschiedliche Eingrenzungen zweckmäßig sein. Nur müssen wir das offen tun und dürften getreu wissenschaftstheoretischen Grundsätzen nicht einfach *ad hoc* und *ex post* chirurgisch all diejenigen Realitäten ausschneiden, die wir nicht abzubilden vermögen.<sup>152</sup> Ebenso muss der so verwandte Rechtsbegriff aufgedeckt, auf normalsprachlich gängige Begriffe rückführbar und in seinen Voraussetzungen überprüfbar sein. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte man sich schließlich nicht allzu weit vom üblichen Begriffsverständnis entfernen.

Demgegenüber ist es sehr fragwürdig, eine bestimmte Vorstellung von Recht als für jedermann verbindlich festlegen zu wollen, wie dies oft – etwa unter der Rubrik eines Wesens, Kerns oder gar des Analytischen – sogar bei positivistischen Ansätzen geschieht.<sup>153</sup> Insbesondere sind wir auch aus sprachphilosophischer Sicht schlecht beraten, normalsprachlich vorgefundene, für die eigene Arbeit jedoch zu ungenaue, enge oder weite Bedeutungen von Recht für sakrosankt zu erklären.<sup>154</sup> Um es ganz profan zu formulieren: Ein Öko-

---

denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat ... wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“

<sup>151</sup> Oben § 1 B. I.

<sup>152</sup> Tatsächlich werden gerade im Vertragsrecht ungeliebte Bereiche oft als nicht zum Privatrecht gehörig und damit als nicht erklärungsbedürftig ausgeblendet, vgl. etwa unten § 4 D. II. 2. a); § 9 C. V. 4.; § 13 C. III. 2.

<sup>153</sup> Aber auch die Grundnorm eines *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, S. 64 ff. („Als Rechtsnorm gilt eine Norm stets nur darum, weil sie auf eine ganz bestimmte Weise zustande gekommen, nach einer ganz bestimmten Regel erzeugt, nach einer spezifischen Methode gesetzt wurde.“; „Die Grundnorm einer positiven Rechtsordnung ist dagegen nichts anderes als die Grundregel, nach der die Normen der Rechtsordnung erzeugt werden ...“; „Aus dieser Grundnorm lassen sich die einzelnen Normen des Rechtssystems nicht logisch deduzieren.“; „In der Grundnorm wurzelt letztlich die normative Bedeutung aller die Rechtsordnung konstituierenden Tatbestände.“) ist von dem Bedürfnis getragen, im Recht wenigstens etwas mehr als nur einen frei definierbaren Untersuchungsgegenstand zu sehen. Nichts anderes gilt für die der Grundnorm ähnelnde *rule of recognition* von *Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, S. 100 ff.

<sup>154</sup> Genau dies geschieht jedoch allzu oft, gerade auch in der Positivismusdebatte. Vgl. hier nur *Alexy*, *Recht*, 4. Aufl. 2002, S. 67 ff., 77, passim, der daraus, dass uns Äußerungen wie „X ist eine souveräne, föderale und ungerechte Republik“ oder „Herr X wird zur Zahlung von 10.000 Euro verurteilt, auch wenn hierfür keine Gründe sprechen“ ausweislich unseres normalen Sprachgebrauchs irritieren, schließt, dass sich ein positivistisches Rechtsverständnis verbiete. Dabei ist genau das ohne Weiteres möglich und für eine geordnete wissenschaftliche Diskussion überaus zweckmäßig. Zu Recht kritisch daher *Hoerster*, *Was*

nom muss nicht unbedingt Kneipe und Ökonomie vermischen, nur weil Volkes Stimme beides gerne als „Wirtschaft“ bezeichnet.

Es ist daher auch müßig darüber zu streiten, ob Recht nur sei, was zwangsweise durchgesetzt wird – und ob deshalb Völkerrecht überhaupt Recht sei. Denn solange sich nur rechtswissenschaftliche Methoden auf dieses Phänomen anwenden lassen, man also auch Völkerrecht verallgemeinernd beschreiben kann, ist gegen eine entsprechende Definition nichts einzuwenden. Ja, es sollte uns sogar misstrauisch machen, wenn jemand bestimmte begriffliche Vorstellungen für allgemeinverbindlich, weil vermeintlich apriorisch oder sachlogisch zwingend, erklärt. Zwar ist es natürlich möglich, in eine ganz persönliche Definition von Recht eine ebenso persönliche Gerechtigkeitsvorstellung einzubinden. Doch sollte das dann so offen gelegt werden und die jeweilige Gerechtigkeitsvorstellung überhaupt subsumierbar sein.

Jedenfalls für eine vertragstheoretische Arbeit zur Beschreibung des geltenden Rechts erschließt sich der Sinn einer solchen Vermengung nicht – und wird hier genau deshalb auch darauf verzichtet. Dass eine solche, jeder Letztbegründungsmetaphysik abschwörende Sicht nicht jedermann behagt, ist dem Verfasser durchaus bekannt. Besonders deutlich brachte *Larenz* die bis heute verbreitete Abneigung gegen das Profane, Unpolitische, Nichtreligiöse, Rationale und rein Wissenschaftliche auf den Punkt, als er der reinen Rechtslehre vorwarf, diese sei „... nichts weiter als ein auf die Spitze getriebener juristischer Nominalismus, der jede sittlich-geistige Substanz des Rechts und des Staates leugnet und mit seinem rücksichtslosen Formalismus alle tieferen Bindungen des Einzelnen an überpersönliche Werte zerstört, die Gemeinschaft auflöst. Sie ist politischer Nihilismus, philosophischer Ausdruck jener politischen Zersetzung, die in der liberalen Demokratie der Nachkriegszeit ihren Höhepunkt erreicht hatte.“<sup>155</sup> Genau dieser Nihilismus soll hier betrieben werden. Wer Höheres sucht, den wird diese Arbeit enttäuschen.

## 2. Durchsetzung

### a) Staatlich

Dass man keineswegs nur dann von Recht sprechen darf, wenn dieses auch staatlich durchgesetzt wird, wurde bereits erwähnt. Doch kann eine solche

---

ist Recht?, 2006, S. 64. Generell neigt gerade die anglo-amerikanische Diskussion dazu, normalsprachliche Analysen zu verabsolutieren, wobei auch dort die Euphorie zunehmend abnimmt, vgl. etwa zur in § 3 behandelten Drohung *Wertheimer*, *Coercion*, 1987, S. 180 f.

<sup>155</sup> *Larenz*, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2. Aufl. 1935, S. 49 f. (im Original mit Hervorhebungen). Insofern betrübt es, wenn die Legende, wonach sich ausgerechnet der Positivismus für die Existenz von Diktaturen zu rechtfertigen habe (vgl. hier nur *Radbruch*, *SJZ* 1946, 105, 107), so überaus erfolgreich war und aus Opfern Täter und aus Tätern Opfer machte, so treffend *Dreier*, *Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre*, 2001, S. 30 m.w.N.

Eingrenzung insbesondere zur Vereinfachung sinnvoll sein – und soll für diese Arbeit auch erfolgen: Untersuchungsgegenstand ist allein das, was von staatlichen Stellen durchgesetzt wird, wozu gleichermaßen Gerichte wie ein deren Entscheidungen durchsetzender Vollstreckungsapparat gehören.<sup>156</sup> Damit wird hier grundsätzlich das ausgeblendet, was wir typischerweise als Sitte bezeichnen.<sup>157</sup> Getreu der eingangs propagierten wissenschaftlichen Arbeitsteilung sei für diese kulturellen Phänomene vornehmlich auf Soziologie und Völkerkunde verwiesen. Denn so große Soziologen wie etwa ein *Weber*, *Simmel*, *Durkheim* oder *Luhmann* – um hier nur einige Namen herauszugreifen – haben dazu sehr viel mehr zu sagen als der Verfasser. Das bedeutet jedoch nicht, dass sich klassisch juristische Methoden nicht oft auch dort anwenden ließen – gerade wenn sich die Sitte in Dokumenten oder Urteilen niederschlägt. Und bekanntlich sind die Übergänge von vorstaatlichen zu staatlichen Strukturen fließend und ihrerseits eine Frage der für das jeweilige Erkenntnisinteresse zweckmäßigen Definition. Genauso greift unser Vertragsrecht oft die Sitte auf.<sup>158</sup>

Doch ist eine große Weite jedenfalls dann entbehrlich, wenn man sich wie der Autor für schlichte vertragstheoretische Fragen interessiert. Zum einen ist es insoweit nicht zu befürchten, dass Recht und Sitte längerfristig fundamental auseinanderdriften – eine dauerhafte Spaltung würde uns gedanklich überfordern. Vor allem aber fasziniert das Recht gerade deshalb so sehr, weil es sehr viel stärker als die Sitte über viele Jahrtausende professionell weiterentwickelt wurde und sich dabei immer wieder an unzähligen Fällen praktisch bewähren musste. Für das Vertragsrecht ist dabei noch zu beachten, dass es selbst über viele Jahrhunderte und Länder hinweg eine bemerkenswerte Stabilität aufweist. Das liegt wohl auch daran, dass spätestens seit der Bronzezeit Handel getrieben wurde – und zwar über verschiedene Kulturen hinweg. Zum anderen würde es bereits völlig befriedigen, „allein“ die Vertragsrechte Europas beschreiben zu können – und diese Länder verfügen nun einmal allesamt über eine stark ausgebaute Staatsgewalt. Schließlich hat das so definierte Recht den unschätzbaren Vorteil, im Gegensatz zur Sitte sehr viel leichter feststellbar zu sein. So wichtig es für jeden Wissenschaftler ist, überhaupt erst einmal den Untersuchungsgegenstand zu erfassen, also Empirie zu betreiben,

---

<sup>156</sup> Inwieweit das Recht *daneben* auch eine rein private Durchsetzung zulässt oder aber der Staat das allein für sich beansprucht, ist wieder eine ganz andere Frage. Im Vertragsrecht reicht das staatliche Durchsetzungsmonopol zwar weit, ist aber keineswegs lückenlos, vgl. näher unten § 4 C. III. 7.

<sup>157</sup> Für unsere Zwecke interessant werden Sitte, Übung und Brauch spätestens dort, wo sie zu Vertragsinhalt und damit Recht im hier verwandten Sinn erwachsen, näher dazu unten § 16 C.

<sup>158</sup> Näher zu solchen Zusammenhängen unten § 16 C. III.

kann die Rechtswissenschaft oft auf gut zugängliche Urteile und Gesetze zurückgreifen.<sup>159</sup>

### b) *Erfolgreich*

Es gehört bereits zu den nicht zu unterschätzenden wissenschaftlichen Herausforderungen, den jeweiligen Untersuchungsgegenstand so einzugrenzen, dass sich praktisch verwertbare und diesen verallgemeinernd beschreibende Ergebnisse einstellen können. Zwar steigt die Qualität einer Theorie, wenn sie sich auf möglichst weite Bereiche erfolgreich anwenden lässt,<sup>160</sup> doch fällt es bei einer zunehmenden Ausweitung auch immer schwerer, genau eine solche Theorie zu finden. Oft erleichtert es eine umsichtige und vor allem nicht rein punktuelle, d.h. nicht nach einem Einzelproblem *ad hoc* vorgenommene Eingrenzung, zu einer brauchbaren Theorie zu gelangen, ohne dass sich deren Erkenntniswert nennenswert verringerte. In dieser Arbeit sollen – entgegen einem auch unter Juristen verbreiteten und in anderen Zusammenhängen sicher sinnvollen Sprachgebrauch – „Recht haben“ und „Recht bekommen“ einheitlich verstanden werden. Wem demgegenüber das Gesetzbuch oder ein Vertragsdokument eine Zahlung verspricht, ohne dass sich diese Zahlung praktisch durchsetzen ließe, hat nach dem hier zugrunde gelegten Sprachgebrauch kein Recht, sondern nur eine schöne, aber eben illusionäre Hoffnung darauf. Wirklich überraschen sollte diese Eingrenzung nicht, ist sie begrifflich im Merkmal der (staatlichen) „Durchsetzung“ enthalten. Davon abgesehen besteht der tiefere Sinn dieser Operation vor allem darin, das ohnehin schon anspruchsvolle Thema vertraglicher Risiken von denjenigen Unwägbarkeiten zu befreien, die wir typischerweise verfahrensrechtlich diskutieren.

### 3. *Ergebnisorientierung*

Nur ganz kurz, weil bereits in der Einführung beschrieben,<sup>161</sup> sei hier erwähnt, dass in dieser Arbeit allein das als Recht und damit als für eine Falsifikation maßgeblicher Untersuchungsgegenstand angesehen wird, was je nach Sachverhalt im Ergebnis durchgesetzt wird. Schließlich wird nicht eine Theorie durchgesetzt, sondern das, was sich typischerweise im Tenor eines Gerichtsurteils findet. Nur diese Ergebnisorientierung ermöglicht eine von spezifisch nationalen Rechtsinstituten und -begriffen losgelöste Theoriebildung. Wie die unser

<sup>159</sup> Hierzu zählen insbesondere auch die umfassenden rechtsvergleichenden Arbeiten, die gerade in den letzten beiden Jahrzehnten im Zuge der Diskussion um ein europäisches Privatrecht angefertigt wurden, vgl. oben § 1 Fn. 81. Allerdings weist die Rechtssoziologie zu Recht darauf hin, dass normiertes und lebendes Recht (*Ehrlich*) bzw. *law in the books* und *law in action* bisweilen stark voneinander abweichen. Dieser Arbeit geht es um das lebende Recht, das *law in action*, vgl. dazu auch oben § 1 B. III. sowie gleich unten § 2 B. I. 3.

<sup>160</sup> Grdl. *Popper*, Die Logik der Forschung, 10. Aufl. 1994, S. 77 ff.

<sup>161</sup> Oben § 1 B. III.

Recht setzenden Personen zu ihrer Entscheidung kommen, was immer sich zwischen Sachverhalt und Urteilstenor abspielt, bildet allenfalls ein Sachargument unter vielen.

#### 4. *Rechtsetzung*

##### a) *Kausalität*

Wurde das, was man unter Recht versteht, möglichst konkret und für jedermann überprüfbar definiert, lässt sich dann auch relativ einfach bestimmen, was eine Rechtsetzung ausmacht und wer genau dieses Recht setzt bzw. setzen kann. Wiederum soll dabei eine möglichst schlichte Begriffsbestimmung verwendet werden, die auch nicht dazu verleitet, unliebsame Phänomene und Probleme von vornherein auszublenden oder zu verharmlosen. Hier wird Rechtsetzung als kausale Beeinflussung des Rechts verstanden. Mit positivistischem Denken ist das ohne Weiteres vereinbar. Ja, es ist entgegen einer weit verbreiteten Vorstellung geradezu das Verdienst dieses Rechtspositivismus, für die ganze Vielfalt an Rechtsquellen offen zu sein.<sup>162</sup> Um hier mit *Kelsen* zu sprechen: Die einzelnen Normen des Rechtssystems „... müssen durch einen besonderen Setzungsakt – der kein Denk-, sondern ein Willensakt ist – erzeugt werden. Die Setzung der Rechtsnormen erfolgt in mannigfacher Gestalt: auf dem Wege der Gewohnheit oder im Verfahren der Gesetzgebung, sofern es sich um generelle Normen handelt; durch Akte der Rechtsprechung und durch Rechtsgeschäfte bei individuellen Normen.“<sup>163</sup> Diese rechtstheoretische Einsicht in die große Fülle von Rechtsquellen ist allein deshalb so wichtig, weil wir sie im Vertragsrecht sträflich vernachlässigen. Denn tatsächlich beeinflussen ganz unterschiedliche Personen den Vertragsinhalt und hat es mit der Rechtsrealität wenig zu tun, allein auf das Parteiverhalten bei Vertragsschluss zu verweisen.<sup>164</sup>

<sup>162</sup> Nichtsdestotrotz versäumten es gerade auch frühe Positivisten wie *Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892, S. 372 ff. mit seiner so brillianten Kritik an einer Vermengung von Recht und privaten Gerechtigkeitsvorstellungen, die Rechtsetzungskompetenz insbesondere von Richtern noch deutlicher herauszuarbeiten. Klar gesehen wurde diese etwa von historischer Schule, Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie oder auch der Freirechtsschule.

<sup>163</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 64 ff., 79 („Die Funktion der sogenannten Rechtsprechung ist vielmehr durchaus konstitutiv, ist Rechtserzeugung im eigentlichen Sinne des Wortes.“) oder S. 82 („... schiebt sich zwischen das Gesetz und das Urteil das Rechtsgeschäft, das hinsichtlich des bedingenden Tatbestandes eine individualisierende Funktion leistet. Durch das Gesetz delegiert, setzen die Parteien für ihr gegenseitiges Verhalten konkrete Normen ...“). Allerdings war es früher (stellv. *Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, Erster Teil, 1828, S. 159) und ist es bis heute (stellv. *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 481) weit verbreitet, Verträge aus der privaten Rechtsetzung auszuklammern. Letztlich ist dies eine Definitionsfrage.

<sup>164</sup> Näher unten § 8 B. I.

*b) Jenseits des Menschen*

Allerdings ist es nach dieser Definition möglich, selbst die Sonne als zur Rechtsetzung befähigt anzusehen. Scheint sie nur lange und erbarmungslos genug, wird sie zahlreiche Menschen dazu zwingen, Getränke zu kaufen und so Verträge abzuschließen, deren Inhalt staatlicherseits durchgesetzt wird. Ist eine solche Vorstellung nicht absurd? Immerhin scheint uns gerade das menschliche Verhalten zu interessieren. Demgegenüber lässt sich nur schwer bestreiten, dass nicht-menschliche Phänomene andauernd den Vertragsinhalt beeinflussen. Leistungsstörungen sind ein geradezu klassisches Beispiel dafür, wie unterschiedlichste Ereignisse entscheidend prägen, was eine Partei der anderen schuldet und gegebenenfalls mit aller Macht durchsetzen kann. Logisch ausgeschlossen ist ein solches weites Verständnis von Rechtsetzung also nicht, zumal es schon rein formal den Vorteil hat, auf zusätzliche Unterscheidungen zu verzichten. Dass wir uns so sehr auf den Menschen fixieren und Rechtsetzung möglichst diesem anvertrauen wollen, lässt sich auch so begründen. Macht es doch die Verwirklichung der uns am Herzen liegenden materiellen Anliegen sehr viel wahrscheinlicher. Denn menschliches Verhalten garantiert noch am ehesten eine gewisse Entscheidungsqualität, zumal wir diese durch darauf zugeschnittene Rahmenbedingungen noch weiter verbessern können. Typischerweise verlangen wir nicht nur Aufmerksamkeit, sondern auch eine gewisse Reife oder gar Bildung.

Andererseits können wir natürliche Phänomene keineswegs immer ignorieren und würden uns dogmatisch unnötig einschränken, fixierten wir uns von vornherein nur auf Menschen. Beim Glücksspiel etwa – man denke nur an den Lauf einer Roulettekugel – überlassen die Parteien den vertraglichen Leistungsinhalt mit voller Absicht dem Zufall. Die gemeinsam gewollte Zufälligkeit wäre durch menschliche Einflüsse geradezu gefährdet. Aber auch der immer weiter voranschreitende Einsatz elektronischer Anlagen macht vor Vertragsinhalten nicht halt, gerade weil Computer vertragliche Entscheidungen bisweilen sehr viel besser treffen als der Mensch. Den Regelfall bilden dabei vielfältige Mischformen. Denn letztlich erfolgt menschliches Verhalten immer unter äußeren Rahmenbedingungen, die das jeweils gesetzte Recht genauso beeinflussen wie geistige Abläufe. Kurzum: So fest das Person-Handlungs-Schema in unserer gesamten Kultur verankert ist<sup>165</sup> und oft als geradezu metaphysisch vorgegeben verklärt wird, empfiehlt es sich für eine nüchterne dogmatische Analyse, offen einzugestehen, dass wir Menschen keineswegs die einzige Ursache für Rechtsinhalte sind.

---

<sup>165</sup> Zu Zuschreibungen siehe unten § 17 E. III. 6.

## II. Subjektive Rechte

Es gibt wenige Begriffe, die so sehr zu begrifflichen Vermengungen und damit auch zu gravierenden Missverständnissen einladen wie das so viel diskutierte<sup>166</sup> subjektive Recht. Das zeigt sich nicht zuletzt am bemerkenswerten Gegensatz zwischen theoretischem Aufwand und praktischem Ertrag der ganzen Diskussion. Damit Fälle zu lösen, also zusammen mit weiteren Tatbestandsmerkmalen verbindlich praktische Handlungsempfehlungen abzuleiten, fällt bis heute schwer. Das liegt nicht nur am enormen Abstraktionsgrad mancher Ausführungen, sondern auch an einer oft fehlenden Rückkoppelung auf sonstige vertragsrechtliche, deliktische oder sachenrechtliche Erwägungen. So soll etwa der Vertrag zwar ein subjektives Recht einräumen, doch wo und wie genau das jeweilige Begriffsverständnis vertragstheoretisch – etwa bei Willens- oder Erklärungstheorie – relevant sein soll, bleibt meist vage. Es müsste erst einmal beantwortet und dogmatisch stimmig eingeordnet werden, wöber hier überhaupt gestritten wird, was die zu beantwortende Frage ist. Denn sonst ist jede Begriffsstreitigkeit müßig. Oft dient der Hinweis auf ein subjektives Recht nur dazu, ein wichtiges rechtliches Phänomen, das man gerade nicht zu begründen vermag, in schönere Worte zu kleiden. Wenn sich etwa eine Vertragspartei vom Vertrag lösen oder dessen Inhalt durch Weisung konkretisieren darf, mag man das als subjektives Recht bezeichnen. Offen bleibt jedoch, warum hier eine Partei lange Zeit nach Vertragsschluss ganz einseitig über die rechtliche Belastung anderer entscheiden darf.<sup>167</sup>

### 1. Zielverwirklichung

#### a) Grundidee

Glücklicherweise hat die bisherige Diskussion einige Elemente herauskristallisiert, auf denen sich gut aufbauen lässt. Die klassische willensbasierte Definition stammt dabei von *Windscheid*, der im subjektiven Recht ähnlich wie zuvor *Savigny*<sup>168</sup> die von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft sieht.<sup>169</sup> Ganz die menschlichen Zwecke rückt demgegenüber

<sup>166</sup> Siehe aus der überbordenden Literatur neben den nachfolgend zitierten Stimmen stellv. *Thon*, Rechtsnorm, 1878; *Jellinek*, System, 1892; *Raiser*, JZ 1961, 465; *Wagner*, AcP 193 (1993), 391; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 160 ff. oder *Auer*, AcP 208 (2008), 584 jew. m.w.N.

<sup>167</sup> Näher unten § 18 B.

<sup>168</sup> *Savigny*, System, Bd. 1, 1840, S. 7 (§ 4): „Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgibt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unserer Zustimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugnis: Manche nennen es das Recht im subjektiven Sinn.“

<sup>169</sup> *Windscheid*, Pandektenrecht, Bd. 1, 1862, S. 81 (§ 37): „Indem nun die Rechtsordnung in einem konkreten Fall von einem gewissen Willensinhalt ausspricht, dass derselbe

*Jhering* in den Vordergrund, indem er unter anderem von einem rechtlich geschützten Interesse spricht.<sup>170</sup> Interessant ist auch die Einordnung des subjektiven Rechts als Kompetenz bzw. privatrechtliche Normsetzungsbefugnis etwa durch *Bucher*.<sup>171</sup> Hinzu kommen zahlreiche Vereinigungsversuche, die einen Kompromiss zwischen den verschiedenen Grundansichten anstreben. Verbreitet ist etwa die Beschreibung des subjektiven Rechts als eine dem Berechtigten von der Rechtsordnung verliehene Rechtsmacht zur selbstbestimmten Wahrnehmung der durch das jeweilige Recht geschützten Interessen.<sup>172</sup>

Wenn diese ganze Diskussion bis heute nicht abgeklungen ist, liegt das zum einen am keineswegs eindeutigen Wörtchen „subjektiv“, das zu Missverständnissen und Vermengungen geradezu auffordert. So ist es zweierlei, ob wir die Interessen einer bestimmten Person berücksichtigen (Inhaltsfrage) oder aber ob wir einer bestimmten Person Macht – nicht zuletzt zur Rechtsetzung – einräumen (Kompetenzfrage). Dieser Unterschied wird spätestens dort wichtig, wo beides auseinanderfällt. Genau das geschieht jedoch entgegen der für das klassische Vertragsdenken so typischen Fixierung allein auf das Parteiverhalten bei Vertragsschluss ständig: Verträge sollen zwar die Vertragsparteien ihren Zielen näherbringen. Doch erreicht dies unsere Rechtsordnung durch eine ausgeklügelte Kompetenzverteilung, bei der auch ganz andere Personen als die Vertragspartner den Vertragsinhalt bestimmen.<sup>173</sup> Es verwundert daher nicht, wenn die ganze Verwirrung um das subjektive Recht spätestens dort handgreiflich wird, wo, wie bei der Stellvertretung besonders deutlich, fremde Interessen wahrgenommen werden.<sup>174</sup>

Nach dem Rechtfertigungsprinzip liegt es demgegenüber nahe, zunächst ganz mit *Jhering* darauf hinzuweisen, dass „etwas“ dazu auserkoren wird, den Zielen einer ganz bestimmten Person zu dienen. So unterstellen wir menschliche Körper den Interessen derjenigen Menschen, die diesen Körper mit sich herumtragen.<sup>175</sup> Und weil diese körperliche Integrität keineswegs absolut ist,

---

allen anderen Willen gegenüber zur Geltung gebracht werden dürfe, und dass alle anderen Willen sich demselben zu unterwerfen haben, schafft sie ein Recht (s. g. Recht im subjektiven Sinn, Berechtigung). Ein Recht ist also ein von der Rechtsordnung verliehenes Wollen-Dürfen, eine von der Rechtsordnung verliehene Macht oder Herrschaft.“

<sup>170</sup> *Jhering*, Geist, Teil 3, Abt. 1, 1865, S. 307 ff. (§ 60 f.). Vgl. dort etwa S. 316 f. (§ 60): „Zwei Momente sind es, die den Begriff des Rechts konstituieren, ein substantielles, in dem der praktische Zweck desselben liegt, nämlich der Nutzen, Vorteil, Gewinn, der durch das Recht gewährleistet werden soll, und ein formales, welches sich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält, nämlich der Rechtsschutz, die Klage. Ersteres ist der Kern, Letzteres die schützende Schale des Rechts ... Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses, Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.“

<sup>171</sup> *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 1965.

<sup>172</sup> *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 239 (§ 14 Rn. 1).

<sup>173</sup> Eingehend unten § 8 B.

<sup>174</sup> Siehe dazu insbesondere unten § 13 C. III. 3. b).

<sup>175</sup> Näher zu dieser Erstaussstattung unten § 2 C.

sondern menschlichen Interessen dient, lassen wir beispielsweise dann eine Einbuße – etwa in Form eines Dienstvertrags – zu, wenn der Mensch dadurch Geld verdient und so seinen Zielen insgesamt näher kommt.<sup>176</sup> Genauso kann man das Eigentum als ein Recht definieren, das eine Sache allein den Interessen der als Eigentümer bezeichneten Person unterwirft. Es soll damit auch nur so weit erlöschen oder belastet werden, wie dies notwendig ist, damit sich dieser Eigentümer getreu seinen eigenen Zielen verbessert.<sup>177</sup> Nicht anders verhält es sich schließlich bei Forderungen als einem typischen Beispiel für nicht gegenüber jedermann, sondern nur relativ wirkende Rechte.

Wir sind also für stimmiges Begriffsverständnis von subjektiven Rechten gut beraten, in einem ersten Schritt ein Objekt oder eine Handlung raumzeitlich zu identifizieren, um es dann im zweiten Schritt den Zielen einer konkreten Person unterzuordnen. Ohne diesen Bezugspunkt lassen sich subjektive Rechte nicht verstehen – und damit auch nicht so grundlegende Institute wie das Eigentum, das Recht am eigenen Körper oder rein schuldrechtliche Forderungen.

#### b) Ziele, Kompetenzen, Wille

Dass diese Arbeit großen Wert auf möglichst klare, einfache und bewährte Begrifflichkeiten bzw. Unterscheidungen legt, dürfte deutlich geworden sein: „Recht“ wurde hier als ein staatlicherseits erfolgreich durchgesetzter, realer Zustand definiert, und zwar ganz unabhängig davon, wer über dieses Recht entscheidet und wessen Interessen dieses Recht dient.<sup>178</sup> „Interessen“ (Ziele, Zwecke) meinen einen von menschlicher Aufmerksamkeit getragenen Bewertungsmaßstab.<sup>179</sup> „Rechtsetzung“ ist die kausale Beeinflussung von Recht<sup>180</sup> und „Kompetenz“ die Möglichkeit dazu – gegebenenfalls noch erweitert um zusätzliche Anforderungen.<sup>181</sup> „Wollen“ meint die mit Aufmerksamkeit verbundene Beeinflussung unserer Welt – einschließlich des Rechts,<sup>182</sup> wobei sich der „Geschäftswille“ speziell auf den Vertragsinhalt richtet.<sup>183</sup> Leider ist es bei *Savigny*, *Windscheid* und deren Anhängern nicht immer ganz klar, ob mit Willensmacht bzw. -herrschaft nicht letztlich auch Ziele angesprochen sind. Wenn etwa ein Eigentümer mit seinem Eigentum nach Belieben verfährt, tre-

<sup>176</sup> Näher unten § 3 C. II. 2.

<sup>177</sup> Eingehend unten § 4 C.

<sup>178</sup> Näher oben § 2 B. I. Vgl. allerdings zur Frage, ob es überhaupt nicht-subjektive Rechte gibt, unten § 2 B. II. 1. c).

<sup>179</sup> Näher oben § 2 A. V. 3. a).

<sup>180</sup> Näher oben § 2 B. I. 4.

<sup>181</sup> Hier ließen sich ähnliche Erwägungen anstellen wie bei den Zielen, vgl. daher oben § 2 A. II. 3.

<sup>182</sup> Näher unten § 9 B.

<sup>183</sup> Näher unten § 9 B. III. 2.

ten ersichtlich keine Rechtsänderungen ein,<sup>184</sup> so dass ein Rechtsfolgewille eigentlich nicht gemeint sein kann. Was also dann?

Nach dem hier gewählten Begriffsverständnis lässt sich das Willenselement stimmig einordnen. Denn wenngleich sich subjektive Rechte durch die Unterordnung eines raumzeitlich identifizierbaren Objekts unter Ziele auszeichnen, können wir uns für die praktische Umsetzung dieses inhaltlichen Anliegens dann auch der Kompetenzfrage widmen. Tatsächlich sind wir getreu dem Subsidiaritätsgrundsatz gut beraten, gerade die so begünstigte Person entscheiden zu lassen (etwa darüber, was konkret mit einem Gegenstand geschieht). Doch gilt das – schon angesichts unserer begrenzten Fähigkeiten und Kenntnisse – eben nicht immer.<sup>185</sup> Bei der Stellvertretung etwa ist es der Vertreter, der willentlich Vertragsinhalte und damit Recht setzt, was die Interessen des Vertretenen nicht nur faktisch berührt, sondern diese vor allem auch verwirklichen soll.<sup>186</sup>

### c) Nicht-subjektive Rechte?

Beliëse man es bei den bisherigen Ausführungen zum subjektiven Recht, hätte das eine unangenehme Konsequenz: Denn schon rein definitionsgemäß werden die über Rechtsetzung entscheidenden Personen – ganz gleich, ob etwa Vertragspartei, Richter oder Parlamentarier – innerhalb des ihnen jedenfalls faktisch zustehenden Spielraums ihre eigenen Bewertungsmaßstäbe (Ziele) anwenden.<sup>187</sup> Gibt es dann überhaupt noch nicht-subjektive Rechte? Anders formuliert: Sind nicht alle Rechte (nicht zu verwechseln mit „Recht“ generell) subjektiv? Schließlich stehen auch hinter staatlichen Stellen Menschen mit Zielen. Allenfalls ist deren jeweiliger Entscheidungsspielraum und damit die Möglichkeit, selbst Recht zu setzen, durch klare Vorgaben und deren wirksame Kontrolle eingegrenzt. Dass man im staatlichen Bereich eher von Kompetenzen spricht (und mit dem subjektiven öffentlichen Recht vorwiegend die Rechte des Bürgers meint)<sup>188</sup> und das parlamentarische Rederecht eines Abgeordneten sorgsam von der allgemeinen Meinungsfreiheit unterscheidet,<sup>189</sup> liefert keine Antwort auf die hier gestellte Frage. Nichts anderes gilt für die im öffentlichen Bereich meist stärker kollektiven Entscheidungsprozesse, doch setzen sich auch diese wiederum aus den Entscheidungen einzelner Personen zusammen.<sup>190</sup>

<sup>184</sup> Näher zum Begriff der Rechtsänderung unten § 2 E.

<sup>185</sup> Näher dazu – wenn auch speziell zu vertraglich herbeigeführten Rechtsänderungen – unten § 8.

<sup>186</sup> Näher unten § 13 C. II. 4.

<sup>187</sup> Siehe dazu insbesondere oben § 2 A. II. 7.

<sup>188</sup> Grdl. zu diesem Begriff *Jellinek*, System, 1892.

<sup>189</sup> Ersteres fällt unter Art. 38 GG, Letzteres unter Art. 5 GG.

<sup>190</sup> Näher oben § 2 A. II. 4.

## 2. Ignoranz

### a) Grundidee

Neben der Unterordnung unter die Ziele einer Person gibt es noch ein weiteres Merkmal subjektiver Rechte, das für unser Privatrechtsverständnis zentral ist: blanke Ignoranz. Subjektive Rechte zeichnen sich vor allem dadurch aus, dass wir unseren Blick stark verengen und dabei selbst solche Aspekte ausblenden, die zu berücksichtigen durchaus diskutabel wäre. Es ist gerade diese Ignoranz, die dem Inhaber eines subjektiven Rechts seine Stärke, Position und Sicherheit gibt, die wir mit diesem Begriff verbinden. Wer sagen kann „Ich habe ein Recht“, muss sich nicht ständig behaupten und für das verteidigen, woran er sein Recht hat, sondern ist gegen viele Einwände und Entwicklungen immun. Hierzu zählt nicht nur, bloß argumentativ vorgetragene Begehrligkeiten abzuwenden, sondern auch der ganz handfeste Schutz vor Gefährdungen dessen, woran er sein Recht hat. Diese tatsächliche Stärke zu genießen, erfüllt eine nicht minder wichtige geistige Entlastungsfunktion. Denn wer sich seiner Position sicher weiß, muss sich darum weniger sorgen und kann sich produktiveren Dingen widmen.

Subjektive Rechte zu definieren und dann auch konsequent durchzusetzen, gehört zu den großen Errungenschaften moderner Gesellschaften. Haben wir jemandem „Eigentum“ zugewiesen, fragen wir nicht mehr ergebnisoffen unter Berücksichtigung sämtlicher uns verfügbarer Gesichtspunkte, ob nicht andere Personen den Gegenstand besser gebrauchen könnten – etwa weil sie bedürftiger oder fleißiger sind oder ihn einfach produktiver einsetzen könnten. Wir betreiben hier gerade keine umfassende Gesamtwohlmaximierung, sehen den Eigentümer nicht als eine Person von vielen, deren Interessen auch zu berücksichtigen sind. Vielmehr schützen wir ihn vor zahllosen – inhaltlich vielleicht durchaus überzeugenden – Einwänden, mit denen sich diese personelle Zuordnung streitig machen ließe, indem wir sie ignorieren. Und genauso sorgen wir ganz handfest mit aller Macht des Staates dafür, dass Raub, Diebstahl oder Unterschlagung nur die seltene Ausnahme bleiben, selbst wenn der fleißige, hungrige und selbstlose Dieb einen faulen, geistlosen und egoistischen Reichen bestiehlt.

Für öffentliche subjektive Rechte gilt nichts anderes: Persönliche Meinungsfreiheit etwa schätzen und beanspruchen wir auch für solche politischen Äußerungen, die vielleicht alles andere als wohlbegründet und dem Gemeinwohl förderlich sind. Die mit Meinungsfreiheit verbundene Stärke ist uns dabei so wichtig, dass wir uns selbst dann verletzt fühlen, wenn uns Äußerungen verboten werden, die zu tätigen wir überhaupt nicht vorhatten, ja die wir geradezu ablehnen. Und wir verschließen uns dem vermeintlich so naheliegenden Einwand, dass wer eine bestimmte Freiheit höchstwahrscheinlich nie verwenden wird, gut darauf verzichten könnte. Aber auch so großartige öffent-

lich-rechtliche Errungenschaften wie der Verwaltungsakt zeichnen sich vor allem dadurch aus, dass die bei dessen Erlass getroffene Entscheidung später nicht mehr ohne Weiteres korrigiert werden kann.<sup>191</sup>

Was subjektive Rechte kennzeichnet, nämlich die bewusste Ignoranz auch sehr guter Argumente, lässt sich für das Verständnis von „Recht“ generell nicht sagen. Ordnet etwa der Staat für einen bestimmten Bereich eine umfassende Nutzenmaximierung unter Berücksichtigung sämtlicher verfügbarer Informationen an, mag man als subjektives Recht nur noch den faktischen Entscheidungsspielraum der dies umsetzenden Person finden. Und doch hätte jedenfalls der Verfasser kein Problem damit, hier von Recht zu sprechen.

### b) Ausprägungen

Angesichts der so grundlegenden Bedeutung der zuvor beschriebenen Ignoranz für unser gesamtes Rechtssystem verwundert es nicht, dass dieses Phänomen in verschiedenen Zusammenhängen – mal mehr oder weniger bewusst – behandelt oder zumindest berührt wird. Geradezu klassisch ist die Gegenüberstellung von (subjektiven) Rechten und bloßen Interessen bzw. Werten, wobei man sich in jüngerer Zeit vor allem mit kollektivistischen Ansätzen wie dem Utilitarismus bzw. der Wohlfahrtsökonomik auseinandersetzt.<sup>192</sup>

Aber auch die für Recht so typische Regelbasierung taucht in diesem Zusammenhang immer wieder auf. Zwar kann ein Gesetzgeber einzelne Normen rein folgenorientiert ausgestalten – und es wäre wie bereits dargelegt begrifflich unglücklich, dem einfach die Rechtsqualität abzusprechen –, doch zeichnen sich typische Regeln durch stark reduzierte Prüfungsanforderungen aus. Wir prüfen nur die Tatbestandsmerkmale, anstatt umfassend über sämtliche Konsequenzen einer Entscheidung zu grübeln. Und genau das stärkt die Position des Rechteinhabers, weil er dann nur unter den oft sehr engen Voraussetzungen der jeweiligen Regel befürchten muss, den ihm zugewiesenen Gegenstand zu verlieren.<sup>193</sup>

Nicht weniger instruktiv ist die vieldiskutierte Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht.<sup>194</sup> Natürlich kennt auch das öffentliche Recht subjektive Rechte<sup>195</sup> – von den Kompetenzen einmal ganz abgesehen – und denkt oft auch geschichtlich.<sup>196</sup> Doch gibt sich das Zivilrecht besonders ignorant und erlaubt so für einen wohldefinierten Lebensausschnitt einfach gehaltene Regeln, die dann etwa im Vertragsrecht die so segensreiche private Wertschöp-

<sup>191</sup> Siehe zu diesen Mechanismen auch unten § 2 E. III.

<sup>192</sup> Stellv. *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977 oder die Beiträge bei *Smart/Williams* (Hrsg.), *Utilitarianism for and against*, 1973.

<sup>193</sup> Näher zur Regelbasierung unten § 19 F. V.

<sup>194</sup> Eingehend unten § 19 E.

<sup>195</sup> Näher oben § 2 B. II. 2. a).

<sup>196</sup> Näher zu dazu gleich sowie eingehend unten ab § 2 D.

fung erlauben. Ja, das Zivilrecht schaut dermaßen engagiert weg, dass hier typischerweise nur sehr wenige Personen interessieren, zwischen denen wir dann rechtliche Beziehungen knüpfen: Läuft jemand eine vereiste Straße entlang und waren sämtliche Anlieger zu faul, ordentlich zu streuen, haftet dennoch nur die eine Person, in deren Verantwortung derjenige Streifen fällt, auf dem sie tatsächlich ausrutscht. Steht eine lange Menschenglange dort, wo Weihnachtsbäume verkauft werden, und schnappt sich ein nichtgläubiger, alleinlebender, egoistischer und fauler Zeitgenosse das letzte Exemplar, während der hinter ihm stehende, gütige Familienvater mit leeren Händen zu seinen enttäuschten Kindern zurückkehren muss, kümmert uns das zivilrechtlich wenig. Ebenso vertrösten wir einen Minderjährigen, der gerade von einem Erwachsenen betrogen wurde, nicht damit, dass er es doch als Erwachsener mit anderen Minderjährigen genauso halten könne und sich damit übergreifend betrachtet alles wieder ausgleiche. Soweit es also um den Bewertungsmaßstab und damit die zu berücksichtigenden Umstände geht, erweist sich unser Vertragsrecht als tatsächlich erstaunlich punktuell – und zwar zeitlich wie personell. Darauf wird noch näher einzugehen sein.<sup>197</sup>

Schließlich sei noch auf die vielleicht wichtigste Ausprägung rechtlicher Ignoranz hingewiesen. Anstatt in jeder Sekunde sämtliche Facetten dieser Welt umfassend berücksichtigen zu wollen, betrachten wir immer nur einen kleinen Ausschnitt. Das bedeutet nichts anderes, als dass wir uns immer nur Schritt für Schritt auf Basis einer größtenteils hingenommenen, nicht hinterfragten Ausgangslage bewegen und damit Vergangenheit zu einer vertragsrechtlich enorm wichtigen Größe wird. Diese Geschichtlichkeit ist eine essenzielle, weil bei Komplexität besonders zweckmäßige Form von Ignoranz. Wir stellen uns blind gegenüber all dem, was nicht zum kleinen Schritt gehört, den wir möglicherweise zu gehen bereit sind. Ist jemand Forderungsinhaber oder Eigentümer, so interessiert uns zunächst nur dieser historische Befund. Wir fragen nicht ergebnisoffen unter Auswertung sämtlicher uns verfügbarer Information, welche Person auf dieser Erde nach unseren Gerechtigkeitsvorstellungen profitieren sollte, sondern revidieren die ursprünglich getroffene Zuweisung nur unter engen Voraussetzungen. Darunter fällt vor allem der hier interessierende Vertrag.<sup>198</sup>

### 3. Ausblick: Gestaltungsrechte

Die bisherigen Ausführungen beschränkten sich auf die begriffliche Erfassung dessen, was subjektive Rechte auszeichnet und von Recht generell unterscheidet. Nicht beantwortet wurde, warum und vor allem wie genau – also inhalt-

<sup>197</sup> Etwa unten § 17 A.; § 19 E.; § 19 F.

<sup>198</sup> Näher zu dieser Rechtebasierung oben § 2 A. II. 2. sowie unten § 2 D. I. 4. b); § 3 A. IV.; § 4 C. I. 1.; § 19 F. VI.; passim.

lich, mit welcher Reichweite – wir uns im Privatrecht ignorant zeigen.<sup>199</sup> Zu dieser ganz konkreten und letztlich entscheidenden Frage findet sich nur wenig Literatur. Dass es aus Sicht des Verfassers gerade das Rechtfertigungsprinzip ist, das den entscheidenden Maßstab liefert,<sup>200</sup> wird den Leser nicht überraschen.

Hier sei zunächst auf ein Phänomen hingewiesen, das zwar gerne begrifflich als subjektives Recht erfasst, damit jedoch noch lange nicht inhaltlich begründet ist: die Gestaltungsrechte. So lassen sich Vertragsinhalte auch lange nach Vertragsschluss einseitig und zu Lasten der Gegenseite beeinflussen, wie wir dies etwa von Weisungsrecht, Minderung oder Anfechtung her kennen. Warum das möglich ist, erklärt der Begriff des subjektiven Rechts nicht. Vielmehr verführt diese bloße Verortung dazu, zentrale vertragstheoretische Fragen aus dem Vertragsrecht abzuschieben, nur weil es uns die so verhängnisvolle Fixierung auf das Parteiverhalten bei Vertragsschluss nicht erlaubt, solche Phänomene zu erklären.<sup>201</sup>

## C. Ersterwerb

### I. Begriff

Nachdem Recht und subjektives Recht begrifflich so weit geklärt wurden, wie dies vertragstheoretisch sinnvoll erscheint, verbleibt noch eine weitere wichtige Unterscheidung – nämlich die zwischen Erst- und abgeleitetem Erwerb.<sup>202</sup> Dabei geht es nicht nur um so grundlegende Phänomene wie die Rechtebasierung<sup>203</sup> unseres Vertragsrechts oder den Begriff einer „Rechtsänderung“,<sup>204</sup> sondern auch die genaue Reichweite des Vertragsrechts in Abgrenzung zum Sachen- und Deliktsrecht.<sup>205</sup>

Dabei bereitet die klassische Unterscheidung von Erst- und abgeleitetem Erwerb einiges Kopfzerbrechen. Denn wer bestimmt eigentlich, was für Güter, Grundstücke, Körper oder sonstige Gegenstände welcher Person zustehen? Muss nicht irgendjemand verbindlich entscheiden, ob und unter welchen Bedingungen etwas von wem wie genutzt werden darf? Und falls ja, hatte dann nicht dieser „jemand“ schon vorher das Recht am besagten Gegenstand? Ge-

<sup>199</sup> Näher zu dieser Herausforderung unten § 2 D. II.

<sup>200</sup> Zu den übergreifenden Gründen rechtlicher Ignoranz siehe unten § 2 E. III. sowie speziell zu „Rechtsänderungen“ unten § 2 D. III.

<sup>201</sup> Näher unten § 18 B. Zum voluntativen Aspekt siehe auch unten § 9 E. II.

<sup>202</sup> Oft spricht man hier auch vom originären versus derivativen bzw. Zweiterwerb.

<sup>203</sup> Näher etwa oben § 2 A. II. 2. sowie unten § 2 D.; § 3 A. IV.; § 4 C. I. 1.; passim.

<sup>204</sup> Näher unten § 2 E.

<sup>205</sup> Zum Deliktsrecht siehe etwa § 4 C. II. 1.; § 12 C. IV.; § 18 D. I.

rade bei den so einflussreichen klassischen Eigentumstheorien<sup>206</sup> scheint man hier bisweilen noch den Geruch kolonialistischer „Großzügigkeit“ zu verspüren, wenn etwas – nur selten mit Zustimmung der allzu oft anwesenden Ureinwohner – kurzerhand zum Ersterwerb erklärt und dann auch geistesgeschichtlich entsprechend fest verankert wurde. Anders formuliert erscheint bereits die Behauptung reichlich anmaßend, dass manches „erstmal“ erworben werden könne. Jedenfalls für grundlegende Begründungsversuche erscheint das fragwürdig.

Nur für rechtstechnische, nicht jedoch für privatrechtstheoretische Zwecke hilfreich ist es, Ersterwerb ganz profan im Sinne einer Aussonderung, Sichtbarmachung oder Konkretisierung eines Gegenstands zu verstehen – etwa wenn der Staat eine Grundschuld erstmals im Grundbuch einträgt oder jemand dem Meer eine kleine Flasche Wasser entnimmt und diese mit nach Hause bringt.

Verführerisch ist es, getreu dem Trennungsprinzip an die zumindest im deutschen Sprachraum geläufige Unterscheidung von Verpflichtung (*Begründung* eines Rechts) und Verfügung (Einwirkung auf ein *bestehendes* Recht) anzuknüpfen. Immerhin verdeutlicht dies, wie sehr wenigstens Verfügungen auf einer vorgegebenen Rechtslage aufbauen, ohne dass dies die klassischen Vertragstheorien auch nur ansatzweise berücksichtigen würden. Was jedoch ganz und gar nicht deutlich, sondern im Gegenteil verschleiert wird, ist die Rechtebasierung auch reiner Verpflichtungsgeschäfte. Selbst wer nur verspricht, nicht jedoch bereits bewirkt – sei es in Form einer Übereignung auch rein körperlicher Tätigkeit –, agiert bereits auf Grundlage der jeweiligen Rechtslage, welche die gesamte Würdigung und inhaltliche Ausgestaltung dieses Vertrags gravierend beeinflusst.<sup>207</sup>

Am wenigsten überzeugt es, zwischen vertraglichem und gesetzlichem Erwerb zu unterscheiden, unterliegt dies einem handfesten Kategorienfehler. Denn jede rechtliche Anordnung, ganz gleich, ob etwa dem Vertrags-, Sachen-, Delikt- oder Bereicherungsrecht zugehörig, sollte begründet und damit verallgemeinernd beschrieben werden. Inwieweit das so zu begründende Recht dann im Einzelfall von Parteien, staatlichen Stellen oder auch Verkehrskreisen bestimmt wird, ist eine dem erst nachgelagerte Kompetenzfrage.<sup>208</sup> Schließlich gibt es auch staatlich gesetzte Vertragsinhalte.<sup>209</sup> Nur weil Recht staatlicherseits gesetzt wurde, müssen wir dieses nicht weniger wissenschaftlich erfassen.

<sup>206</sup> Siehe hier nur *Locke*, *Two Treatises*, 1690 sowie für einen Einstieg in die Thematik *Brockner*, *Arbeit und Eigentum*, 1992.

<sup>207</sup> Näher oben § 2 A. II. 2. sowie unten § 2 D. I. 4. b); § 3 A. IV.; § 4 C. I. 1.; § 19 F. VI.; passim.

<sup>208</sup> Ausführlich unten § 8 B.; vgl. etwa auch unten § 19 D.

<sup>209</sup> Näher unten § 16 A.

Spätestens jetzt sollte deutlich geworden sein, dass wir um ein inhaltliches Kriterium nicht umhinkommen. Dabei lässt sich für unsere Zwecke auf das verweisen, was den Gegenstand dieser Untersuchung bildet, nämlich den Vertrag bzw. – präziser gesprochen und die weiteren Ausführungen vorwegnehmend –<sup>210</sup> das Rechtfertigungsprinzip. „Ersterwerb“ meint hier solche Rechtsänderungen, die sich nicht mit vertragsrechtlichen Kategorien erfassen lassen – wobei gleich noch auf zusätzliche Eingrenzungen einzugehen sein wird.<sup>211</sup> Allerdings führt die Rechtebasierung unseres Vertragsrechts dazu, dass der Ersterwerb auch für das vertragsrechtliche Gesamtbild wichtig bleibt. Denn auch alles, was sich vertraglich ständig ändern mag, muss irgendwann in Form einer Erstzuweisung begonnen und so die Basis vertraglicher Rechtsänderungen gebildet haben. Schon deshalb sei auf dieses Phänomen – wenngleich eher dem Sachen- oder Deliktsrecht zugehörig – kurz eingegangen.

## II. Praktischer Befund

Bevor wir den Ersterwerb noch etwas genauer einordnen, sei zunächst auf denjenigen „Gegenstand“ hingewiesen, bei dem dieser Ersterwerb die mit Abstand größte Bedeutung entfaltet, nämlich der menschliche Körper. Für diesen trifft jedenfalls das Privatrecht eine klare Aussage: Ob blanke körperliche Kraft, Intelligenz, sportliche oder musikalische Fähigkeiten – wozu immer ein Körper verwendet werden kann, wird dies den Zielen derjenigen Person untergeordnet, die diesen Körper mit sich herumträgt. Vertraglich wird das spätestens dort relevant, wo jemand seine körperliche Leistungsfähigkeit – regelmäßig nur ausschnittsweise für bestimmte Zeiten und Tätigkeiten – anderen vertraglich verspricht oder gar einer Verletzung oder Gefährdung dieses Körpers zustimmt.<sup>212</sup>

Sehr viel schwieriger wird es bereits bei körperlichen Gegenständen. Denn wo finden wir heute noch einen klaren Ersterwerb? Sicher, wir atmen Luft und dürfen als Privatleute in Flüssen oder Meeren fischen. Doch dann wird es bereits schwierig. Zwar mag die Verbindung, Vermischung und Verarbeitung verschiedenster Stoffe verbreitet sein,<sup>213</sup> doch finden sich hier bereits vertragliche Parallelen – etwa wenn der Lieferant den zuvor bestellten Stoff direkt ins Haus einbaut, anstatt ihn zu übereignen. Vor allem aber sind diese Erwerbsformen insofern nur beschränkt originär, als es grob gesprochen meistens der

<sup>210</sup> So lassen sich mit dem Rechtfertigungsprinzip neben dem Vertrag noch weitere wichtige Phänomene wie die Geschäftsführung ohne Auftrag, manche Fallgruppe des Verschuldens bei Vertragshandlungen und sogar manche deliktische Kategorie erfassen, vgl. näher unten § 18.

<sup>211</sup> Unten § 2 C. III. 2.

<sup>212</sup> Zu den Übergängen ins Deliktsrecht siehe etwa unten § 12 C. IV.; § 18 D. I.

<sup>213</sup> Für das deutsche Recht vgl. dazu die §§ 99 ff., 946 ff. BGB.

Voreigentümer mit dem größeren Anteil am veränderten Produkt ist, dessen Eigentum sich daran fortsetzt. Tatsächlich ist gerade Eigentum hochgradig historisch strukturiert.<sup>214</sup> Oft verbindet sich auch originärer und abgeleiteter Erwerb, etwa wenn jemand einen Gegenstand erwirbt und diesen dann mit seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten verändert. Bei einer Solaranlage etwa dürfen wir uns zwar die Sonnenenergie aneignen, die dafür notwendigen Anlagen erwerben wir jedoch regelmäßig vertraglich.

Ebenfalls originär nach der hier gewählten Definition ist es schließlich, staatliche Transferleistungen wie die Sozialhilfe oder „kostenlos“ bereitgestellte öffentliche Dienstleistungen zu erhalten. Denn da nicht dem Privat-, sondern dem öffentlichen Recht zugehörig, folgt dies offensichtlich anderen als vertragsrechtlichen Grundsätzen.<sup>215</sup> Keinen Ersterwerb bilden demgegenüber vertragliche Forderungen. Denn diese entstehen immer auf Basis einer vorgegebenen Rechtslage, etwa wenn wir das uns bereits zugewiesene Recht am eigenen Körper dienstvertraglich auf einen anderen teilweise übertragen.<sup>216</sup>

### III. Reichweite

#### 1. Dogmatische Herausforderung

Möchte man sich dogmatisch fundiert zum Ersterwerb äußern, fällt das nicht leicht. So ist das, was wir als vermeintlich selbstverständlich hinnehmen – insbesondere das Recht am eigenen Körper und die stark historisierende Sicht des Eigentums – ethisch alles andere als selbstverständlich.<sup>217</sup> Denn warum soll nicht auch die Gemeinschaft davon profitieren, wenn jemand so glücklich ist, allein durch sein geistiges oder sportliches Talent Millionen zu verdienen, während andere für sehr viel weniger Geld sehr viel härter arbeiten müssen? Und warum wirkt es sich ganz erheblich auf unsere Vermögenslage aus, in welche Familie, in welches soziale Umfeld und in welche Zeit wir hineingebo- ren werden? Warum nicht solche Ausgangslagen ständig neu hinterfragen, an- statt oft blanke Willkür walten zu lassen? Wer ist wirklich „berechtigt“? Wann immer etwa die damalige Ausgangslage des Ersterwerbs unfair war – müssen dazu nicht auch heutige sowie zukünftige Generationen gefragt wer- den? – oder auch nur eine einzige der fortwährend ablaufenden Rechtsände- rungen moralisch bedenklich: Was ist die aktuelle Rechtslage dann noch wert?

<sup>214</sup> Vgl. dazu etwa § 2 B. II. 2.; § 2 D. I.; § 2 E. III. 4.

<sup>215</sup> Näher zur Unterscheidung von Privat- und öffentlichem Recht unten § 19 D.

<sup>216</sup> Näher zum Dienstvertrag unten § 3 C. III.

<sup>217</sup> Weshalb dies ganz verschiedene Strömungen hinterfragen, vgl. hier nur für den Kom- munitarismus die umfangreichen Nachweise bei *Kersting*, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1993, S. 21 f. (dort insbes. Fn. 21) sowie allgemein zur Eigentumsdebatte *Brocker*, *Arbeit und Eigen- tum*, 1992.

Selbst die Möglichkeit zweier Parteien, vertragliche Wertschöpfung zu betreiben,<sup>218</sup> ergibt sich oft rein zufällig.<sup>219</sup>

Glücklicherweise können wir diese schwierigen Fragen weithin ausblenden – und zwar nicht nur wegen des rein vertragsrechtlichen Interesses dieser Arbeit. Denn soweit das klassisch liberal-historisierende Rechtsverständnis eines *Locke* oder auch *Nozick* philosophisch diskutiert wird, geschieht das regelmäßig nicht für ein vom öffentlichen Recht unterschiedenes Privatrecht, sondern ganz übergreifend zur Legitimation staatlicher Gewalt. Das aber erschwert es außerordentlich, die moralischen oder rechtlichen Überzeugungen selbst sehr liberaler Gesellschaften zu erfassen. Nicht nur in der Philosophie ist leider die Bereitschaft gering, sich nur auf einen Teilbereich des gesellschaftlichen Lebens zu beschränken, was dann den jeweils vertretenen Ansatz oft deutlich überfordert.<sup>220</sup>

Beschränken wir uns hingegen auf das Privatrecht, können wir für diesen kleinen Bereich wohltuender Isolation recht krude Regeln akzeptieren, solange wir das nur an anderer Stelle – etwa über das Steuer- und Sozialrecht – wieder ausgleichen.<sup>221</sup> Der tiefere Grund für die Ausbildung eigenständiger Teilsysteme liegt dabei einmal mehr in der Bewältigung von Komplexität. Es ist erst diese Einfachheit und gegenständliche Begrenzung des Vertragsrechts, die uns private Wertschöpfung ganz real und nicht nur hypothetisch-fiktiv ermöglicht.<sup>222</sup> So gesehen ist es eine erfrischend schlichte und zur Arbeit anregende Regel,<sup>223</sup> wenn wir einen Körper den Zielen derjenigen Person unterwerfen, die ihn am einfachsten beeinflussen kann. Für Sachen und speziell das Eigentum gilt nichts anderes.<sup>224</sup> Wir müssen also im Privatrecht nicht höchst ausdifferenzierte Gerechtigkeitsabwägungen suchen, sondern vor allem solche Maßstäbe, die es uns Menschen ganz praktisch erlauben, mit vielen und unkomplizierten Verträgen voranzukommen.

<sup>218</sup> Näher zu dieser Wertschöpfung etwa unten § 3 C. I.

<sup>219</sup> Demgegenüber entspricht es einer starken geistesgeschichtlichen Tradition, nicht nur derartige Zufälle, sondern auch Talente wie Gesundheit, Stärke, Intelligenz usw. als moralisch keineswegs verdient anzusehen, sondern dies nur einem nach unseren moralischen Vorstellungen gutem Handeln zuzubilligen (klassisch dazu *Kant*, Grundlegung, 1785, S. 1 ff. zum „guten Willen“). Doch zeigt sich diese weniger im Privatrecht als in anderen Rechtsbereichen, vgl. dazu unten § 19 C. IV.; § 19 C. V. 1.; § 19 E.

<sup>220</sup> Näher unten § 19 C. V. 4.

<sup>221</sup> Näher zu Verteilungsfragen unten § 19 C.

<sup>222</sup> Näher unten § 19 D.

<sup>223</sup> Näher zu Anreizen im Privatrecht etwa auch unten § 17 C. II. 2. d); § 17 D. III. 2.

<sup>224</sup> Hier betonte selbst *Thomas von Aquin*, dass zwar dem Menschen im Zustand der Unschuld allein die Gütergemeinschaft angemessen sei, nicht jedoch dem „gefallenen“ Menschen nach dem Sündenfall. Jeder verwende mehr Sorge und Sorgfalt auf das, was ihm allein gehört, als auf gemeinschaftlichen Besitz. Siehe dazu *Brocker*, Arbeit und Eigentum, 1992, S. 42 ff. m.N.

## 2. Ausrichtung an Zielen

Bei der rechtlichen Abgrenzung einzelner Rechtspositionen fällt zunächst auf, dass unser Recht raumzeitlich gut trennbare Lebensbereiche aufgreift, um diese dann umfassend den Zielen einer einzelnen Person zu unterwerfen. Für den menschlichen Körper ist das besonders deutlich, gilt aber auch für die Herrschaft über Sachen, die sich raumzeitlich identifizieren lassen und, soweit physikalisch eng miteinander verbunden, auch als nur eine Sache betrachtet werden. Diese Objekte ordnen wir dann den Zielen derjenigen Person zu, die rein tatsächlich darauf zugreifen kann, was Konflikte und Fehlanreize vermeidet. Inhaltlich wird etwa ein Eigentümer zunächst gegen die Begehrlichkeiten anderer geschützt, die wir gegebenenfalls Diebe oder Räuber nennen. Die Vernichtung eines Gegenstands durch den Eigentümer – rechtlich meistens ohne Weiteres zulässig – ist vielleicht sogar der vollkommenste, weil deutlichste Ausdruck der weitreichenden Zuordnung eines Gegenstands unter die Ziele nur einer einzigen Person. Aber auch der bloße Gebrauch wird – zumindest zu einem gewissen Grad – regelmäßig erfasst, sei es, dass man das eigene Fahrrad fährt oder die Früchte seines Obstbaums erntet.

Man mag das alles reichlich banal finden. Doch zeigt sich hier eine interessante Parallele zum Rechtfertigungsprinzip: Genauso wie vertragliche Rechtsänderungen den Zielen des Rechteinhabers unterworfen sind,<sup>225</sup> gilt das auch für den Inhalt des jeweiligen Rechts – ganz ohne Rechtsänderung. Und noch in einer weiteren Hinsicht verdeutlicht gerade das Rechtfertigungsprinzip, wie eng originärer und abgeleiteter Erwerb zusammenhängen. So gehört es nämlich auch zum Inhalt von Eigentum oder auch des Rechts am eigenen Körper, dieses Recht nur dann an andere zu verlieren, wenn das den eigenen Zielen dient. Das Rechtfertigungsprinzip fügt sich also insofern nahtlos in die Reichweite dieser Rechte ein, als es eine wichtige Antwort auf die Frage liefert, wie sicher wir uns unseres Eigentums oder unseres eigenen Körpers tatsächlich sein dürfen.<sup>226</sup>

Eine andere wichtige Frage des Ersterwerbs lässt sich mit dem Rechtfertigungsprinzip allerdings nicht beantworten: Denn sobald man sich mit der genauen Reichweite einzelner Rechte beschäftigt, wird man unweigerlich feststellen, dass sich die konsequente Zuweisung sämtlicher Vorteile eines Gegenstands ab einem gewissen Punkt mit den Interessen anderer Menschen beißt. Sollen mich andere *partout* nicht in einer bestimmten Nutzung gefährden, schränkt das unweigerlich auch deren Bewegungsfreiheit ein.<sup>227</sup> Nicht minder

<sup>225</sup> Näher oben § 2 A. IV. 1 oder unten § 9 D. I.; *passim*.

<sup>226</sup> Näher zu diesem Zusammenhang auch oben § 2 B. II. 2. oder unten § 2 D. I. 4.; *passim*.

<sup>227</sup> Ein anschauliches Beispiel für diese nicht immer klar zu beschreibende Reichweite des Eigentums bildet der berühmte Fleetfall, vgl. BGH, Urt. v. 21.12.1970, BGHZ 55, 153 ff.

gravierend ist das Problem, dass ein effektiver Schutz – und sei es auch nur die staatliche Verfolgung von Raub, Diebstahl, Unterschlagung oder Betrug – aufwändig ist, also erst einmal finanziert werden muss. Zu all diesen Fragen der genauen Reichweite eines vertragsunabhängig zuzuweisenden Rechts besagt das Rechtfertigungsprinzip schon definitionsgemäß nichts.<sup>228</sup> Hier geht es nicht um vertragsrechtliche, sondern wie bereits erwähnt eher sachen-, delikts-, bereicherungs- und teilweise auch öffentlichrechtliche Kategorien.<sup>229</sup> Das Vertragsrecht erfasst nur Änderungen der jeweils vorgefundenen Rechtslage.<sup>230</sup>

Dabei erlaubt es allein der Vertrag, unser ganzes Leben einem äußerst umfassenden wie komplizierten Rechtsgeflecht zu unterwerfen. Schließlich lassen sich so andauernd ganz neue Rechte und Pflichten schaffen – sofern das nur die Ziele der rechtlich betroffenen Personen fördert. Dabei ist es nicht einmal erforderlich, dass die vertragliche Wertschöpfung auf harter Arbeit basiert.<sup>231</sup> Die Rechthebasierung unseres Vertragsrechts<sup>232</sup> beinhaltet also keine Absage an ganz neuartige und höchst ausdifferenzierte Rechtslagen.<sup>233</sup> Und dass sich Forderungen so vergleichsweise leicht erzeugen lassen und das wiederum eine starke Verrechtlichung unseres Lebens ermöglicht, ist so lange nicht bedrohlich, wie wir das Rechtfertigungsprinzip ernst nehmen, da dieses regelmäßig nur zu relativen und zeitlich begrenzten Bindungen führt.<sup>234</sup>

### 3. Zerlegungen

Bisher wurde die Frage der nicht-vertraglichen Rechtszuweisung vor allem anhand klassischer Rechtsgüter wie Eigentum und dem Recht auf körperliche Unversehrtheit diskutiert, bei denen wir einen raumzeitlich gut eingrenzbaeren Betrachtungsgegenstand festlegen (etwa die Sache oder den Körper) und den Zielen einer Person unterordnen. Doch ist diese Art gedanklicher Strukturierung keineswegs zwingend, sondern wären auch ganz andere Herangehensweisen denkbar. Theoretisch ließe sich darauf verzichten, an einzelne Menschen, Tiere, Pflanzen oder Gegenstände anzuknüpfen. Sorgt etwa der Staat dafür, dass in einer bestimmten Region zu bestimmten Zeiten bestimmte Lärmpegel nicht überschritten werden, so mag diese unpersönliche, nämlich

<sup>228</sup> Näher oben § 2 C. I. sowie unten § 2 E.; passim.

<sup>229</sup> Vgl. dazu etwa auch *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 135 ff.

<sup>230</sup> Näher zu dieser Rechthebasierung oben § 2 A. II. 2. sowie unten § 2 D.; § 3 A. IV.; § 4 C. I. 1.; passim.

<sup>231</sup> Näher zur privaten Wertschöpfung unten § 3 C. I. Bei den gängigen Eigentumstheorien spielt dieses Argument hingegen eine wichtige Rolle, vgl. dazu nur *Brocker*, Arbeit und Eigentum, 1992, S. 125 ff.

<sup>232</sup> Näher zu dieser oben § 2 A. II. 2. sowie unten § 2 D. I. 4. b); § 3 A. IV.; § 4 C. I. 1.; § 19 F. VI.; passim.

<sup>233</sup> Näher zu diesem dynamischen Element etwa auch oben § 2 A. IV. 6.

<sup>234</sup> Näher zum Wechselspiel von zeitlicher Bindung und Flexibilität unten § 18 B. IV.

allein an Raum, Zeit und Höhengauschlag einer bestimmten Schwingung anknüpfende Sichtweise je nach Sachproblem zweckmäßig sein.

Und selbst wenn man an der personalen Zuordnung als zweckdienlich, weil uns geistig entlastend, festhält, kann es gerade in einem fortgeschrittenen Stadium hilfreich sein, beispielsweise das Eigentum nicht mehr als die uneingeschränkte Zuordnung eines Gegenstands unter die Ziele einer Person zu betrachten, sondern als ein variabel aufteilbares Bündel verschiedenster Teilrechte. Dazu gehören dann etwa die Rechte, die Sache zu nutzen, zu vernichten, zu übertragen, zu verleihen, ihre Früchte zu genießen, sie zu benennen, zu belasten, zu verändern, zu verbinden oder zu vermengen.<sup>235</sup> Ebenso lässt sich die Beziehung von Person zu Gegenstand in die allein zwischen verschiedenen Personen untereinander auflösen. Zwar macht das unser Recht ersichtlich komplizierter – und das ist wahrlich ein hoher Preis –, erlaubt aber bisweilen präziser zugeschnittene Regelungen und Vertragsinhalte.

Das besonders früh und scharfsinnig illustriert zu haben, gehört zu den vielen Errungenschaften *Schlossmanns*.<sup>236</sup> Zum Entsetzen vieler Kollegen<sup>237</sup> erklärte er den Begriff des dinglichen Rechts als für die juristische Argumentation überflüssig. Rechtliche Beziehungen zwischen einer Person und einer Sache seien undenkbar.<sup>238</sup> Dabei kann er zunächst anschaulich darauf verweisen, dass ansonsten auch „... ein auf dem Erdball ganz allein hausender Mensch dingliche Rechte haben könn[t]e.“<sup>239</sup> In Wahrheit sei das dingliche Recht „... nur die vorgestellte gemeinschaftliche Quelle aller als möglich gedachten, auf die Sache bezüglichen Ansprüche gegen Dritte ... Nicht das dingliche Recht, sondern nur diese Ansprüche ... könn[t]en Realität erlangen, indem sie vor Gericht geltend gemacht und erzwungen werden können.“<sup>240</sup> Der Begriff des Eigentumsrechts sei „... nur ein terminologisches Hilfsmittel, durch welches wir eine große Masse von Befugnissen oder Ansprüchen, die einen gemeinsamen Beziehungspunkt haben, kurz bezeichnen.“<sup>241</sup>

Dabei zerlegte *Schlossmann* nicht nur das dingliche Recht in seine personalen Einzelbestandteile, sondern sah und formulierte gerade auch anhand des dinglichen Rechts die Gefahren eines gegenständlichen Denkens, wonach wir naturwissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten auf eine leider nur vermeintlich

<sup>235</sup> Siehe zu solchen Aufteilungen etwa *Honoré*, in: Guest (Hrsg.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1961, S. 107.

<sup>236</sup> Wobei etwa auch *Kant* ähnliche Ideen entwickelt hatte, vgl. dazu *Brocker*, *Arbeit und Eigentum*, 1992, S. 392 ff. m.N.

<sup>237</sup> Siehe nur *Thon*, *Rechtsnorm*, 1878, S. 174.

<sup>238</sup> *Schlossmann*, *Der Vertrag*, 1876, S. 258 ff., 265.

<sup>239</sup> *Schlossmann*, *Der Vertrag*, 1876, S. 258 f.

<sup>240</sup> *Schlossmann*, *Der Vertrag*, 1876, S. 261, 267.

<sup>241</sup> *Schlossmann*, *Der Vertrag*, 1876, S. 261 f.

existierende „Rechtswelt“ übertragen:<sup>242</sup> Es sei reine „... Selbsttäuschung, wenn man die Verfolgbarkeit der dinglichen Rechte gegen jeden Dritten für eine Folgerung aus dem Begriff der ‚dinglichen Rechte‘ ausgibt.“<sup>243</sup> „Nur indem man das Eigentumsrecht und die anderen sogenannten dinglichen Rechte als das auffasst, was sie wirklich sind, als die Produkte einer eigentümlichen Denkgewohnheit, entgeht man den Widersprüchen, in welche sich die herrschende Theorie verwickelt, und der Versuchung, jene Begriffe als fruchtbringend zu verwerten.“

Was derartige Konstruktionen und naturalistische Betrachtungen nämlich nicht liefern, ist das, worauf es nicht nur in der Rechtswissenschaft ankommt, nämlich Gründe. „Die Frage nach dem Gegenstand der Rechte ist aber m. E. überhaupt ohne wissenschaftliche Bedeutung. Will man nicht in der Unklarheit eines vulgären Sprachgebrauches stecken bleiben, so muss man sich vor allen Dingen die Frage stellen: Was sagt man damit, dass ein Recht an etwas stattfindet?“ Oder auch: „... in der Jurisprudenz kommt es an auf die Ermittlung der Gründe, aus denen wir jemandem eine Verpflichtung gegen einen anderen auferlegen, d.h. auf die obersten Prinzipien der Gerechtigkeit.“<sup>244</sup>

Es fällt schwer, hier *Schlossmann* überhaupt noch etwas entgegen zu halten. Aus unserer Sicht gehört allerdings dazu, dass er für die gesuchten Gründe auf die obersten Prinzipien der Gerechtigkeit verweist, während es nach wissenschaftlichen Maßstäben ausreicht, rein positivistisch die verallgemeinernde und damit vereinfachende Beschreibung des geltenden Rechts anzustreben. Aber noch in einer weiteren Hinsicht geht dessen Kritik etwas zu weit. So ist es keineswegs zwingend, Recht ausschließlich – ganz in den Bahnen des klassischen Person/Handlungs-Denkens –<sup>245</sup> auf diejenigen Ausschnitte unserer Welt zu beziehen, die wir als „Menschen“ bezeichnen. Wir dürfen Recht gedanklich auch ganz anders – und damit etwa auch dinglich – ordnen. Insofern kann man mit dem von *Schlossmann* dafür kritisierten *Bekker*<sup>246</sup> die Römer dafür loben, persönliche und dingliche Rechte gesondert zu haben.

<sup>242</sup> Näher unten § 2 E. II. 4.; § 9 C. I. 3. a); § 9 C. V. 3. a). Für Literaturnachweise siehe nur § 9 Fn. 109 und 111.

<sup>243</sup> *Schlossmann*, *Der Vertrag*, 1876, S. 262.

<sup>244</sup> *Schlossmann*, *Der Vertrag*, 1876, S. 260 f. (dort Fn. 1), 267 f. (Hervorhebung im Original).

<sup>245</sup> Näher zu diesem unten § 2 D. IV. 3. b); § 4 B. I. 4. b) ee).

<sup>246</sup> *Bekker*, *Aktionen* Bd. 1, 1871, S. 200 ff.

## D. Abgeleiteter Erwerb

### I. Geschichtlichkeit des Rechts

#### 1. Alles fließt?

Wann immer man sich staunend fragt, wie Natur und Mensch dermaßen reichhaltige und ausgeklügelte Schöpfungen hervorbringen konnten, wie wir sie täglich beobachten, wird man vor allem auf ein Element stoßen: die Zeit. Unsere Erde benötigte hunderte Millionen von Jahren, um den Menschen zu schaffen,<sup>247</sup> und dieser wiederum verbrachte viele Tausend Jahre damit, so wichtige kulturelle Errungenschaften wie die Sprache oder das Recht zu entfalten.<sup>248</sup> Doch auch der Vertragsinhalt verdankt sich einem komplizierten Zusammenspiel verschiedenster Personen zu verschiedenen Zeiten: Ob wir nun ein Dokument Wort für Wort, Zeile für Zeile und Seite für Seite entwerfen oder sich eine bestimmte Verkehrssitte ganz allmählich herausbildet und festigt, befinden wir uns in einem unablässigen Strudel vielschichtiger und kontinuierlich ablaufender Kausalitäten, in den sich die verschiedensten Einflüsse einspeisen, die mal von menschlicher Aufmerksamkeit getragen sind – und dann wieder nicht.<sup>249</sup> Viele wichtige Rechtsprechungsgrundsätze etwa fußen auf Traditionen, die weit ins römische Recht zurückreichen. Auch Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nicht in all ihren Details gemeinsam bei Vertragsschluss festgelegt, sondern von einer Partei gestellt, die sich dafür entweder im Vorfeld selbst viel Zeit nehmen oder aber auf die ihrerseits mühsam erarbeiteten Entwürfe ganz anderer Personen zurückgreifen muss. Vertragsinhalte bilden ein buntes Mosaik unzähliger Einzelentscheidungen, die ihrerseits auf einem kontinuierlich-infinitesimalen Strom von Geschehnissen basieren.<sup>250</sup> *Panta rhei* – alles fließt.<sup>251</sup>

#### 2. Alles steht?

Betrachtet man demgegenüber unser Zivilrecht, so präsentiert sich dieses alles andere als fließend. Vielmehr zeichnet es sich dadurch aus, unsere Welt zu stabilisieren, ja Veränderungen geradezu abzuwehren. Besonders deutlich zeigt sich das bei gegenüber jedermann geschützten Rechtsgütern wie der kör-

<sup>247</sup> Näher unten § 2 D. V. 1.

<sup>248</sup> Näher unten § 2 D. V. 2.

<sup>249</sup> Vgl. dazu auch oben § 2 A. II. 3. a); § 2 B. I. 4. b).

<sup>250</sup> Eingehend zu dieser zeitlichen und personellen Verteilung unten § 8 B. I.; § 8 C. I. Dass es dabei der Richter ist, der als letztes Glied einer langen Kausalkette darüber entscheidet, was letztlich als Vertragsinhalt gilt, ändert nichts daran, dass sich dieser Richter überwiegend an den Entscheidungen der Vertragsparteien, des Gesetzgebers, der eine Sitte oder die Übllichkeit prägenden Verkehrskreise usw. orientiert.

<sup>251</sup> So der *Heraklit* (näher zu diesem unten Fn. 268) zugeschriebene Aphorismus.

perlichen Unversehrtheit oder dem Eigentum. Menschen schätzen diese Stabilität sehr, denn wer will schon sterben oder das verlieren, was er sich zuvor mühsam erarbeitet hat? Tatsächlich sprechen wir gerade deshalb von subjektiven Rechten, weil sich dessen Inhaber eben auch insoweit ignorant gegenüber den meisten Gefährdungen, Einwänden und Anfeindungen zeigen darf<sup>252</sup> und dabei von seinem Staat kraftvoll unterstützt wird.<sup>253</sup> Nur mit gesicherten Freiräumen können wir uns zudem mit all unseren Fähigkeiten entfalten. Schon deshalb ist solche Resistenz gegen Veränderungen – nach innen wie nach außen und gegenüber unseren Mitmenschen wie gegenüber Naturgefahren – eine wichtige Voraussetzung jeder zivilisierten Gesellschaft.

Auch die klassische Rechtsgeschäftslehre will von zeitlicher Kontinuität (oder gar personeller Vielfalt) nichts wissen. Zwar füllt die historische Aufarbeitung des Vertrags ganze Bibliotheken – und zwar nicht nur dank der Rechtswissenschaft.<sup>254</sup> Doch beim konkret geschlossenen Vertrag soll es allein der kurze Augenblick des Vertragsschlusses sein, in dem die Vertragsparteien all das festlegen, was wir als Vertragsinhalt ansehen. Die dogmatische Auseinandersetzung findet eher innerhalb dieser Prämisse statt – etwa um das richtige Verhältnis subjektiver oder objektiver Elemente.<sup>255</sup>

### 3. *Alles springt?*

Dabei verdeutlicht gerade der Vertrag, dass wir keineswegs uneingeschränkt am jeweiligen Status Quo festhalten, sondern Veränderungen durchaus – wenn auch kontrolliert – zulassen. Stabilität ist nicht alles im Leben, schon weil wir uns zu große Trägheit überhaupt nicht leisten können. Vielmehr muss unser Recht auch Wandel ermöglichen und dabei einen Kompromiss finden, der uns einerseits nicht überfordert, es andererseits aber auch erlaubt, auf aufkommende Risiken zu reagieren und neue Chancen zu nutzen.<sup>256</sup>

Untersucht man ganz unbefangen den Umgang unseres Zivilrechts mit der Zeit, so scheint Recht nach unserer Vorstellung schrittweise voranzuschreiten. Wir sprechen und denken in „Rechtsänderungen“<sup>257</sup>, die sich zu bestimmten Zeitpunkten „ereignen“. Gerade unser klassisches Vertragsdenken ist hochgradig punktualisiert, soll es wie dargelegt allein der Vertragsschluss sein, der eine umfassende Rechtsänderung bewirkt. Dabei vollzieht sich hier auf rechts-

<sup>252</sup> Näher oben § 2 B. II. 2.

<sup>253</sup> Zumindest nach der hier gewählten Definition von Recht, vgl. oben § 2 B. I. 2. a) sowie allgemein zur Rolle des Staats etwa unten § 8 E. III.; § 16 A.; § 16 D. II.; § 19 B. II. 3.

<sup>254</sup> Speziell zu historischen Schulen siehe unten ab § 2 D. V. 4. (dort insbes. bei Fn. 468, 473 f.).

<sup>255</sup> Näher unten § 8 A. III.

<sup>256</sup> Dabei spielen hier gerade Ziele eine wichtige Rolle. Näher zu alledem etwa – aus ganz verschiedenen Perspektiven – oben § 2 A. IV. 6. oder unten § 2 D. III. 3. c); § 2 D. IV. 4.; § 3 A. IV.; § 4 C. I. 2.; § 3 C. I.; § 18 B. IV.

<sup>257</sup> Näher zu diesem Begriff unten § 2 E.

dogmatischer Ebene nur, was auch sonst unsere Vorstellung prägt, etwa wenn wir bestimmte Momente unseres doch eigentlich kontinuierlichen Bewegens und Denkens als „Handlung“ herausgreifen.<sup>258</sup>

#### 4. *Wie weit?*

##### a) *Kleine Schritte*

Würde allein festgestellt, dass sich das Recht – so wie wir es denken – sprunghaft und damit nur unter bestimmten Voraussetzungen verändert, wäre das hier interessierende Muster von Stabilität und Veränderung nur unvollständig beschrieben. Ein entscheidender Gesichtspunkt fehlt noch: Wir denken nicht nur dergestalt punktuell, dass wir spezifische Zeitpunkte herausgreifen, zu denen sich nach unserer Vorstellung das Recht verändert. Vielmehr vollzieht sich diese Rechtsänderung dann nicht etwa umfassend für das gesamte Recht, sondern nur in vergleichsweise kleinen Schritten. Bildlich gesprochen bewegen wir uns also immer von einer bestimmten aktuellen Stelle zu einer neuen Position, die sich zwar von der alten unterscheidet, jedoch selten gleich auf der anderen Erdseite zu finden ist. Wollen wir also verstehen und beschreiben, wohin ein bestimmter Schritt führt, müssen wir damit vor allem berücksichtigen, wo sich die Person ursprünglich befand.

Für das Recht gilt nichts anderes. Selbst wenn wir uns einmal mit ganzer Aufmerksamkeit dem Recht zuwenden, fragen wir nicht etwa umfassend, wie das Recht – soweit von uns beeinflussbar – insgesamt aussehen sollte. So beschäftigt sich selbst ein ganzes Parlament immer nur mit Teilfragen unserer Rechtsordnung, anstatt diese jedes Mal insgesamt zu hinterfragen. Und gerade der hier interessierende Vertrag bildet ein zentrales Instrument zur schrittweisen Änderung der jeweils vorgefundenen, rechtlichen Ausgangslage. Die Parteien schaffen hier für sich nicht etwa eine völlig neue, von allem Vergangenen losgelöste Rechtslage, sondern ändern diese jeweils nur so weit, wie das ihren beiderseitigen Interessen dient. Verträge bilden also das Veränderungsmoment in einem schrittweise ablaufenden Prozess, in dem fortwährend rechtlich stabilisierte Zustände in andere, ihrerseits wiederum rechtlich stabilisierte Zustände übergehen. Genau darin liegt der Kern des klassisch liberalen Anliegens einer Rechtebasierung im Gegensatz zu – im weitesten Sinn – rein interessebasierten Ansätzen.<sup>259</sup> Dabei stärkt gerade diese Geschichtlichkeit nochmals die Position des jeweiligen Rechteinhabers, beinhaltet sie doch nichts anderes als die zuvor so ausführlich thematisierte Ignoranz: Wir stellen uns blind gegenüber all dem, was nicht zum kleinen Schritt gehört, hinterfragen also gerade nicht das große Ganze.

<sup>258</sup> Näher zu dem auch in vielen anderen Lebensbereichen vorkommenden Muster von Stabilität und Veränderung unten ab § 2 D. IV.

<sup>259</sup> Näher etwa oben § 2 B. II. 2. oder unten § 19 B. II. 1.

## b) Rechtebasierung

Was auf den ersten Blick reichlich abstrakt klingen mag, lässt sich für das geltende Vertragsrecht leicht demonstrieren – ja so leicht, dass man sich wundert, wie wenig dieses doch so fundamentale Phänomen vertragstheoretisch thematisiert wird.<sup>260</sup> Zunächst ist die Rechtebasierung unseres Vertragsrechts schon deshalb fundamental, weil wir nur anhand eines solchen Orientierungspunktes überhaupt davon reden können, dass sich eine Person durch bestimmte Ereignisse verbessert oder verschlechtert.<sup>261</sup> Vielleicht am deutlichsten zeigt die dogmatisch gerne vernachlässigte Fallgruppe von Zwang, Drohung und Ausbeutung, wie sehr unsere vertragsrechtliche Würdigung auf vergangenen Ereignissen aufbaut.<sup>262</sup> Dass wir „Geld oder Leben“ als Drohung und nicht etwa als ein willkommenes Angebot auffassen, liegt allein daran, dass dem Bedrohten nach unserer Rechtsauffassung bereits sowohl sein Geld als auch – sogar von Geburt an – das Recht zusteht, nicht getötet zu werden. Genauso kann die Ankündigung eines Vertragsbruchs nur deshalb eine Drohung bilden, weil hier bereits zuvor ein Vertrag geschlossen wurde und diejenige Rechtslage schuf, auf deren Basis wir das neue „Angebot“ nunmehr würdigen.<sup>263</sup> Und geht ein Käufer zum Bäcker, um Brot zu kaufen, so fragt niemand, ob es der Käufer nicht vielleicht verdient, ganz ohne Bezahlung das Brötchen essen zu dürfen, etwa weil er besonders bedürftig, nützlich, redlich oder sympathisch ist. Vielmehr schauen wir in die Vergangenheit und fragen lediglich, ob der Bäcker die Brötchen nach bestimmten Regeln erworben oder selbst zubereitet hatte und daher ein Eigentumsrecht genießt.

Genau deshalb werden wir jedes Parteiverhalten – also das Ob wie auch den Inhalt der jeweiligen Vereinbarungen – nur dann verallgemeinernd beschreiben und damit begründen können, wenn wir die jeweilige rechtliche Ausgangslage berücksichtigen. Vertragsverhandlungen finden immer nur auf Basis der jeweiligen Rechtausstattung statt,<sup>264</sup> denn sollte es unser Käufer wagen, sich die Brötchen ohne die – meistens nur mit Geld zu erhaltende – Zustimmung des Verkäufers zu nehmen, bekäme er es schnell mit der Staatsgewalt zu tun. All das betrifft weite und praktisch enorm wichtige Bereiche unseres Vertragsrecht, angefangen mit den verschiedenen Vertragstypen und dem dort durch Gesetzgeber wie Richter bereitgestellten dispositiven Recht bis hin zu

<sup>260</sup> Näher zur Rechtebasierung oben § 2 A. II. 2. oder unten § 3 A. IV.; § 4 C. I. 1.; passim.

<sup>261</sup> Näher oben § 2 A. II. 2.; § 2 A. V. 3. c); § 2 B. II. und unten § 2 D. IV. 5.; § 3 A. IV.; § 4 C. I., passim.

<sup>262</sup> Eingehend unten § 4 C. I. 1. Siehe hier nur – sogar für das US-amerikanische Recht – *Wertheimer, Coercion*, 1987, S. 201, der *Nozick, Anarchy, State and Utopia*, 1974, S. 262 ff. zubilligt: „In effect, his view captures the theory of coercion that characterizes virtually the entire corpus of American law.“

<sup>263</sup> Näher unten § 4 C. II. 2.

<sup>264</sup> Siehe dazu auch oben § 2 A. II. 2. sowie unten § 3 A. IV.; § 4 C. I. 1.; passim.

zwingenden Vorschriften, die schon angesichts der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle weite Bereiche des tatsächlichen Vertragsrechts bestimmen.

Geradezu auf drängt sich die Rechthebasierung unseres Vertragsrechts bei den in manchen Rechtsordnungen getrennt erfassten Verfügungen,<sup>265</sup> wird dort oft ausdrücklich nicht nur eine (dingliche) Einigung sowie gegebenenfalls ein Publizitätsakt, sondern vor allem auch die Berechtigung des Verfügenden verlangt.<sup>266</sup> Genau deshalb lernt dann auch jeder Student, Eigentum „historisch“ zu prüfen. Doch befragt man die klassischen Vertragstheorien danach, wo diese frühere Rechtslage eigentlich bei ihnen auftaucht, wird man nicht fündig. Dabei schlägt eine fehlende Berechtigung auch schnell wieder auf das Verpflichtungsgeschäft durch, soll der Verkäufer dieses nämlich erfüllen.

## II. Dogmatische Herausforderung

### 1. Vergangenheit zählt – aber wie?

Die vorherigen Ausführungen sollten wenigstens eines verdeutlicht haben: Wollen wir Verträge verstehen, das heißt deren Ob und Inhalt wissenschaftlich und damit verallgemeinernd beschreiben, müssen wir auch die Vergangenheit kennen und berücksichtigen. Die Rechtslage wandelt sich ständig, weshalb bei sonst identischen Bedingungen ganz unterschiedliche Verträge geschlossen und rechtlich anerkannt werden, je nachdem, zu welchem Zeitpunkt die Parteien aufeinandertreffen. Wir können nicht einfach in die Zukunft schauen; vielmehr zählt auch das, was war. Wir sind gefangen in der Geschichte und können dieses Schicksal immer nur ein kleines Stück weit abschütteln.<sup>267</sup> Verträge sind ein Instrument der bloßen Veränderung eines gegebenen Status Quo. Sie bilden immer nur einen kleinen Schritt eines sich ständig verändernden Rechtsganzen. Oder um wieder mit *Heraklit* zu sprechen: Wer in dieselben Fluten hinabsteigt, dem strömt stets anderes Wasser zu.<sup>268</sup>

So wichtig es ist, die Rechthebasierung unseres Vertragsrechts genauso zu berücksichtigen wie die oft über lange Zeiträume ablaufende Entstehung ver-

<sup>265</sup> Näher unten § 3 D. sowie oben § 2 C. I.

<sup>266</sup> Siehe hier nur für das deutsche Recht §§ 398 („von dem Gläubiger“); 873 Abs. 1 („des Berechtigten“); 929 S. 1 BGB („der Eigentümer“).

<sup>267</sup> Für die vielfältigen Ausprägungen dieser Geschichtlichkeit siehe unten § 2 D. IV. sowie zu den Gründen unten § 2 D. III.

<sup>268</sup> Siehe dazu die – nur begrenzt gesicherten – Fragmente 12, 49a („In dieselben Fluten steigen wir und steigen wir nicht: wir sind und sind nicht.“) und 91 („Man kann nicht zweimal in denselben Fluss steigen ... und nicht zweimal eine ihrer Beschaffenheit nach identische vergängliche Substanz berühren, sondern durch das Ungestüm und die Schnelligkeit ihrer Umwandlung zerstreut und sammelt sie wiederum und naht sich und entfernt sich.“) bei *Diels/Kranz* (Hrsg.), *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 1957. Was *Heraklit* mit seinen Äußerungen tatsächlich meinte, lässt sich allerdings heutzutage seriös kaum sagen, vgl. dazu nur *Kirk/Raven/Schofield*, *Die vorsokratischen Philosophen*, 1994, S. 198 ff.