

JUS PRIVATUM

21

Jürgen Oechsler

Gerechtigkeit
im modernen
Austauschvertrag



J.C.B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 21

Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag

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

von

Jürgen Oechsler



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Oechsler, Jürgen:

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

(Jus privatum; Bd. 21)

ISBN 3-16-146728-0

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

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

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

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

ISSN 0940-9610

Für Julia

Vorwort

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

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

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

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

Jürgen Oechsler

Inhaltsübersicht

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

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

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Einleitung	1

Teil 1 Gerechtigkeitstheorie

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

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

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

Teil 2

Die Auslegung des Vertrages

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

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

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

Teil 3

Inhaltskontrolle und mehrgliedriger Vertrag

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

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

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

Einleitung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Teil 1

Gerechtigkeitstheorie

§ 1. Formale Gerechtigkeit und Dogmatik

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

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

¹ *Limbach*, JuS 1985, 10.

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

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

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

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

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

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

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

I. Wissenschaftliche Grundlagen der Gerechtigkeitsdiskussion

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

1. Der infinite Wertungsregreß

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

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

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

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

bemühen⁸ – eine einfache Überlegung: Die Bevorzugung eines bestimmten Gerechtigkeitsinhaltes vor einem anderen (z.B. des Verbraucherschutzes zu Lasten der ökonomischen Effizienz) gerät rasch in einen infiniten Wertungsregreß⁹. Denn das Rangverhältnis zwischen bevorzugtem und vernachlässigtem Gerechtigkeitswert läßt sich nur anhand *weiterer* Wertmaßstäbe messen¹⁰. Diese Wertmaßstäbe aber können nun ihrerseits durch kontradiktorische Werturteile herausgefordert werden, so daß der Konflikt der Gerechtigkeitsinhalte zunächst auf eine höhere Abstraktionsstufe verlagert wird. Aber auch dort kann über die Wertekollision nur mit Hilfe noch abstrakterer und höherrangiger Wertungen „entschieden“ werden, wobei auch hier die Berechtigung der unterschiedlichen Betrachtungsweisen praktisch nicht endgültig zu klären ist, weil gegensätzliche Bewertungen des Konfliktes stets möglich bleiben. Die Entscheidung zwischen kollidierenden Gerechtigkeitsinhalten gerät also in einen logisch infiniten Prozeß, der das Bewertungsproblem auf immer höhere Abstraktionsebenen weiterverlagert, letztlich aber nie rational lösen kann. Dieses Grundlagenproblem der Rechtswissenschaft¹¹ resümiert *Radbruch* so:

„Sollsätze sind nur durch andere Sollsätze begründbar und beweisbar. Eben deshalb sind die letzten Sollsätze unbeweisbar, axiomatisch, nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig. Wo also entgegengesetzte Wert- und Weltanschauungen einander streitend gegenüber treten, kann zwischen ihnen nicht mehr mit wissenschaftlicher Eindeutigkeit entschieden werden.“¹²

2. Der systematische Stellenwert materialer Gerechtigkeit im Vertragsrecht

Der praktisch denkende Rechtsanwender mag hinter dem Problem des infiniten Wertungsregresses zunächst nur eine philosophische Fragestellung vermuten; denn dort, wo positives Recht gilt, gibt es für ihn keinen Wertungsregreß. Eine vom Gesetzgeber im Normtext getroffene Wertentscheidung ist stets verbindlich und darf in ihrer Bedeutung nicht durch kontradiktorische Wertungen weiter relativiert werden. In der Tat entscheidet etwa eine Norm wie § 4 des Verbraucherkreditgesetzes den möglichen Konflikt zwischen ökonomischer Effizienz und Verbraucherschutz aufgrund ihres Wortlautes, ihrer systematischen Konzeption und ihrer Entstehungsgeschichte vglw. eindeutig zugunsten des Verbraucherschutzes.

⁸ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 93 ff., im Anschluß an *Kant*, Kritik der reinen Vernunft.

⁹ Dazu *Perelman*, Über die Gerechtigkeit (Hrsg. Viehweg), S. 70 ff., 73; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 96 sowie *Herberger*, Dogmatik, S. 382 f.

¹⁰ *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 26, bezeichnet diesen Wertmaßstab bei der Kollision von Prinzipien etwa als *Weight of Importance*. Dazu auch *Alexy*, ARSP, Beiheft 25 (1985), 13.

¹¹ Vgl. die Darstellung der Auseinandersetzung um diese Frage zwischen v. Savigny und den Kantianern Jacob Friedrich Fries und Karl Christian Erhard Schmidt bei *Herberger*, Dogmatik, S. 382 f.

¹² *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 96.

Damit ist die Problematik des infiniten Wertungsregresses gerade im Vertragsrecht jedoch nicht ausgeräumt. Dies zeigt sich schon daran, daß der Gerechtigkeitsgehalt wichtiger, auf Verträge anwendbarer Gesetze häufig streitig ist¹³. Im übrigen entstehen nennenswerte Probleme der Rechtsanwendung überhaupt erst dann, wenn die Wertmaßstäbe einer Norm im Hinblick auf einen bestimmten Einzelfall gerade jene Eindeutigkeit vermissen lassen, die bei § 4 Verbraucherkreditgesetz zu finden ist. Dann unterliegt die Konkretisierung des gesetzlichen Gerechtigkeitsgehaltes doch weithin einem rechtlichen Werten, dessen Maßstäbe sich aus den genannten Gründen einer rational eindeutigen Begründung wieder verschließen¹⁴. Nicht selten beruht gerade die Bestimmung des Anwendungsbereichs von Gesetzesnormen auf einer Wertentscheidung, für die kein rational zugänglicher und unbedingt verlässlicher Anhalt in der Gesetzesnorm selbst zu finden ist¹⁵. Dies zeigt sich etwa an der im Einzelfall zu treffenden Entscheidung, ob der Gerechtigkeitsgehalt einer vorformulierten Klausel noch anhand des dispositiven Gesetzesrechtes beurteilt werden kann (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) oder statt dessen aufgrund der Vertragsnatur dieser Vereinbarung selbst kontrolliert werden muß (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG)¹⁶. Die Frage nach der Eignung der Mietrechtsnormen zur Inhaltskontrolle des Finanzierungsleasings läßt sich schwerlich an ihrem Wortlaut, ihrer Entstehungsgeschichte oder gesetzlichen Systematik beantworten, sondern allein aufgrund teleologischer Überlegungen und einer vom Rechtsanwender zu treffenden Wertungsentscheidung darüber, ob die mietrechtlichen Rechtsfolgen auf das Leasing analog oder im Wege typologischer Zuordnung angewendet werden können. Beruht aber die Extension des eigentlichen historischen Geltungsbereiches auf rechtsanwenderischen Werturteilen, bleibt die Gefahr des infiniten Wertungsregresses weiterhin bestehen.

Für die typischen Fragestellungen des Vertragsrechts ist es darüber hinaus geradezu charakteristisch, daß die gesetzlichen Wertentscheidungen im Einzelfall selten klar und eindeutig ausfallen. Dies hängt mit dem eigentümlichen rechtsschöpferischen Potential des Vertragsrechtes zusammen¹⁷. Als Gegenstand rechtlicher Regelungen bestehen die Vereinbarungen der Parteien aus zahlreichen Verteilungs- und Gerechtigkeitsentscheidungen, die ihrerseits *eigenen* Wertmaßstäben folgen. Insbesondere läßt sich der Inhalt des parteiinternen Pflichtenarrangements und der daran anknüpfenden Rechtsfolgen nicht ohne weiteres aus höherrangigem Gesetzesrecht deduzieren. Die Rechtsfolge näm-

¹³ Zum Streit um den Schutzzweck des AGBG vgl. hier nur *Ulmer/Brandner/Hensen*, Einl. Rdnr. 28ff. und zum Streit um die Zwecke des Einwendungsdurchgriffs – jetzt in § 9 VerbrKrG geregelt – unten § 6 II 3, insbesondere lit c.

¹⁴ Dazu *Hart*, *The Concept of Law*, S. 120ff.

¹⁵ Vgl. *Esser*, *Grundsatz und Norm*, S. 253f.

¹⁶ So zutreffend *Graba*, in: *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba*, § 9 Rdnr. 27.

¹⁷ Vgl. dazu *Kramer*, in: *Vertragsformen der Wirtschaft* (Hrsg. Kramer), S. 23ff.; *Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, Bd. 1, S. 1ff. In anderem geistesgeschichtlichen Zusammenhang findet sich auch die Vorstellung *v. Jherings*, *Geist des römischen Rechts*, Theil 1, S. 107, wonach die „persönliche Tatkraft die Quelle des Rechtes“ sei.

lich, daß A dem B aufgrund gemeinsamen Vertragsschlusses die Zahlung von 1000,- DM gegen Übereignung eines gebrauchten Kraftfahrzeuges schuldet, läßt sich aus keinem vor Vertragsschluß bestehenden Rechtssatz ableiten¹⁸, sondern wird von A und B durch eine vertragliche Vereinbarung überhaupt erst neu erzeugt. Dieser Umstand hindert zwar nicht die Anwendung allgemeiner Rechtsätze auf die Vereinbarung zwischen A und B, sie gibt indes dem Prozeß der Rechtsanwendung eine maßgebliche Prägung: Vertragsrecht entsteht nie ausschließlich durch Deduktion aus zuvor bestehenden allgemeinen Rechtssätzen, sondern immer auch durch Gewinnung von Recht aus den sachlich eigenen, partikularen Regeln der Parteien. Der Vertragsrechtskonkretisierung liegt daher immer ein durch die Parteien initiiertes rechtsschöpferischer Akt zugrunde; praktisch konkretisiert sich Vertragsrecht also durch Auslegung der Parteivereinbarungen *und* durch Anwendung zwingenden oder dispositiven Gesetzrechts. Es erscheint daher im Vertragsrecht schon denklogisch ausgeschlossen, daß alle Rechtsfragen a priori – d.h. vor Abschluß eines der betreffenden Verträge – bereits vollständig und abschließend entschieden sein könnten; denn ein wesentlicher Teil der Verteilungsentscheidungen wird durch die Parteien selbst bei Vertragsschluß getroffen und stellt das bestehende Recht in seinem Geltungsanspruch gerade auf die Probe.

In dem vertragsrechtseigenen rechtsschöpferischen Potential liegt schließlich auch der entscheidende Grund für die wissenschaftliche Bemühung um einen materialen Begriffsinhalt der Vertragsgerechtigkeit. Dieser Zusammenhang läßt sich an einer Auseinandersetzung mit der Gerechtigkeitstheorie *Luhmanns* zeigen. *Luhmann* nämlich zieht aus der Aporie des infiniten Wertungsregresses eine radikale Konsequenz und verweigert jede wissenschaftliche Diskussion über materiale Inhalte des Gerechtigkeitsbegriffes¹⁹. Gerechtigkeit erscheint ihm statt dessen nur als Selbstbeschreibung (Kontingenzformel) des geltenden Rechtssystems. Wie jedes System ziele auch die Rechtsordnung auf eine Reduktion von Komplexität der Wirklichkeit, die ihren spezifisch rechtlichen Ausdruck im Rechtsfolgenpaar „recht/unrecht“ finde (binäre Kodierung). Der Gerechtigkeitsbegriff fungiere dabei als Selbstbeschreibung aller Teile des Rechtssystems; denn jede Rechtsordnung wolle sich schließlich insgesamt als gerecht. Als Beschreibung aller Systemteile, also aller Rechtssätze, könne der Gerechtigkeitsbegriff selbst aber nichts Eigenes, Spezifisches bezeichnen; denn seine inhaltliche Leere allein ermögliche erst die Integration aller bestehenden Rechtssätze. Eine über die formale Gerechtigkeit²⁰ hinausreichende Diskussion materialer Begriffsinhalte scheint *Luhmann* folglich obsolet.

¹⁸ Eine mögliche Deduktion aus § 305 BGB bzw. einem Prinzip der Privatautonomie wäre letztlich nur ein Zirkelschluß, weil beide den Rechtsanwender von der Sache her wieder auf die von den Parteien getroffene Abrede verweisen.

¹⁹ *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S.17ff.; *ders.*, Das Recht der Gesellschaft, S.216ff.

²⁰ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S.223, setzt die formale Gerechtigkeit mit (Entscheidungs-)Konsistenz gleich.

Ein solcher selbstreferenzierender²¹ Gerechtigkeitsbegriff ohne eigenen materialen Inhalt scheitert indes – wie *Luhmann* selbst eingestehen muß – gerade im Vertragsrecht wegen des dort involvierten rechtsschöpferischen Potentials²². Das vertragliche Interagieren der Parteien und die dabei produzierten Regelungswerke beziehen sich nämlich gerade nicht ausschließlich auf das geltende Rechtssystem, sondern tragen systemexterne Maßstäbe an die Rechtsordnung heran²³. Als Sozialakt repräsentiert der Vertragsschluß stets das Ergebnis einer Koordination vorrechtlicher Interessen, deren zunächst nichtrechtlicher Charakter auch den Inhalt des von den Parteien vereinbarten Pflichtenarrangements beeinflussen muß. Ein Häufigkeitstyp wie das Sponsoring²⁴ verdankt seine Entstehung vor allem dem Ausgleich ökonomischer und kultureller Zielsetzungen. Sollen aus einer Sponsoringvereinbarung aber Rechtsfolgen zwischen den Parteien entstehen, dann beschränkt sich die Aufgabe der Vertragsgerechtigkeit nicht auf eine protokollierende Selbstspiegelung der geltenden Rechtsnormen. Vielmehr wird die Vertragsgerechtigkeit hier zur Grundlage zweier zentraler Aufgabenstellungen, nämlich der Lückenfüllung und Ergänzung unvollständiger Parteivereinbarungen auf der einen Seite und der Inhaltskontrolle von Parteivereinbarungen auf der anderen²⁵. Nur nach „gerechten“ Maßstäben darf die lückenhafte Parteivereinbarung ergänzt werden und an „gerechten“ Maßstäben muß sich ihre inhaltliche Unbedenklichkeit im Falle der Vorformulierung erweisen (§ 9 AGBG). Der Maßstab der Vertragsgerechtigkeit entscheidet also darüber, ob eine von den Parteien in Geschäftsbedingungen gefaßte Vereinbarung das Rechtssystem *erweitert* und damit *neue* Rechtsfolgen schafft, oder ob sie dem System gerade nicht angehört, also unwirksam ist. Die Vertragsgerechtigkeit nimmt somit – bildlich gesprochen – eine Pfortnerfunktion an der Schwelle der vorrechtlichen, ökonomisch und sozial motivierten Vereinbarungen der Parteien zum Vertragsrecht ein. Vertragsgerechtigkeit funktioniert daher nicht als Beschreibung eines *bestehenden* Normensystems, sondern als Kriterium der Systemerweiterung: Denn die „gerechten“ Geschäftsbedingungen erzeugen neue Rechtsfolgen, auch wenn sich im geltenden Recht bislang für sie keine Parallele finden ließ. Sie erweitern also das System bestehender Rechtssätze um neue, inter partes geltende Normen. Diese Funktion der Vertragsgerechtigkeit bei der Rechtsfortbildung ist nur aufgrund eines Begriffsinhaltes möglich, der über die Regelungsinhalte der geltenden Rechtsnormen hinausreicht, also *eigenen* mate-

²¹ Zu diesem Begriff *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 214.

²² Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 229f., wenn er den Gerechtigkeitsbegriff als Kontingenzformel „überhaupt nur für das Zentrum des Rechtssystems, für den Kernpunkt der Gerichtsbarkeit“ vorsieht und alle „marginalen Formen der Produktion von Rechtsgeltung, Vertragsschlüsse ebenso wie Gesetzgebung, ... wegen ihres engen Kontaktes mit anderen Systemdynamiken, mit Wirtschaft und Politik ausgeklammert“ sehen will.

²³ Vgl. allgemein zu dieser privatrechtlichen Problemstellung *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 53 und S. 59ff.

²⁴ Vgl. die Darstellung bei *Bruhn/Mehlinger*, Rechtliche Gestaltung des Sponsoring, 2 Bände; *Bruhn*, Sponsoring – Unternehmen als Mäzene.

²⁵ Ähnlich *Kramer*, in: Vertragsformen der Wirtschaft (Hrsg. Kramer), S. 23, 30ff.

rialen Gehalt hat. Aus diesem Grund ist das wissenschaftliche Bemühen um materiale Gerechtigkeit – trotz der erwähnten Schwierigkeiten – im Vertragsrecht unverzichtbar.

3. Kontrolle des Entstehungs- und Wirkungskontextes von materialer Gerechtigkeit als wissenschaftlicher Ansatzpunkt

Die Rechtswissenschaft steht also vor einem Dilemma: Auf einen materialen Begriff der Vertragsgerechtigkeit angewiesen, kann sie dessen Werte doch nicht wissenschaftlich, d.h. rational, kontrollieren. Bereits an dieser Stelle muß eingestanden werden, daß sich dieses Dilemma vollständig nicht auflösen läßt. Die rechtlichen Verteilungsentscheidungen im Vertrag lassen sich nie ausschließlich rational herstellen, sondern bleiben stets auf Wertungen angewiesen. Dennoch kann daraus nicht die Konsequenz gezogen werden, die die bekannten materialen Theorien der Vertragsgerechtigkeit anscheinend für unvermeidlich halten. Denn diese gründen auf einem einfachen Korrespondenzbegriff der Gerechtigkeit („Gerechtigkeit ist...“) und stellen an den Anfang ihrer Überlegungen jeweils subjektive Wertentscheidungen für bestimmte Gerechtigkeitsinhalte. Nach diesem Muster „ist“ Gerechtigkeit je nach den persönlichen Vorlieben eines Verfassers einmal Verbraucherschutz, ein anderes Mal ökonomische Effizienz usw. Gefährlicherweise wird hier die Irrationalität zum Prinzip erhoben; denn zu Beginn des einschlägigen Konkretisierungsprozesses steht nicht eine wissenschaftliche „Erkenntnis“, sondern das subjektive „Bekenntnis“²⁶ zu einem Gerechtigkeitswert.

Dort aber, wo die Herausforderungen des infiniten Wertungsregresses²⁷ reflektiert werden, begegnet häufig eine andere, wissenschaftlich orientierte Untersuchungsstrategie, deren Gemeinsamkeit über alle Verschiedenheit der einzelnen Ansätze in Argumentation und Detail deutlich zutage tritt. An die Stelle der simplen Korrespondenz „Gerechtigkeit ist ...“ tritt dort die Untersuchung der jeweiligen Kontexte, in denen materiale Gerechtigkeit entsteht und wirkt. Die theoretische Aufmerksamkeit gilt also nicht unmittelbar den materialen Gerechtigkeitsinhalten selbst, sondern statt dessen der Analyse der Wirkungsbedingungen und der Einrichtung wissenschaftlicher Kontrollen an den Stellen, an denen materiale Gerechtigkeitsentscheidungen getroffen werden und gelten. Durch Kontrolle des Entstehungs- und Wirkungskontextes sollen so die möglichen Inhalte materialer Gerechtigkeit miteingeschränkt werden; denn in einem wissenschaftlich kontrollierten Kontext – so das strategische Kalkül – sind von allen denkbaren Inhalten des Gerechtigkeitsbegriffes gerade nur diejenigen relevant, die sich unter den kontrollierten Bedingungen dieses Kontextes behaupten können.

²⁶ So Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 96.

²⁷ Zu diesem oben §1 I 1.

Teilweise handelt es sich bei diesen Kontexten um imaginäre, den mathematischen Spiel- und Entscheidungstheorien verpflichtete Gedankenexperimente²⁸, wie am Beispiel der bekannten Gerechtigkeitstheorie von *John Rawls* deutlich wird, die auf der wissenschaftlichen Beobachtung einer „Original Position“ beruht²⁹: In einem fiktiven gesellschaftlichen Urzustand treffen die Gesellschaftsmitglieder eine Entscheidung für bestimmte materiale Gerechtigkeitsinhalte (rational choice³⁰). Nach *Rawls* läuft die imaginäre Entscheidung auf ganz bestimmte Gerechtigkeitsinhalte hinaus, wenn nur der Kontext selbst durch bestimmte Bedingungen eingeschränkt wird: Alle Wahlberechtigten unterwirft er einem veil of ignorance, einem Schleier der Unwissenheit über ihre eigenen persönlichen Interessen und Fähigkeiten. Erst diese in den Kontext eingeführte Bedingung ermöglicht eine Selektion unter allen denkbaren zu wählenden Gerechtigkeitsinhalten. Die Parteien entscheiden sich – aus Besorgtheit um ihren eigenen künftigen Platz in dieser Gesellschaft – sehr vorsichtig u. a. für das sog. Differenzprinzip. Denn nach diesem gilt nur diejenige Veränderung des gegenwärtigen Gesellschaftszustandes als gerecht, die die Lage der sozial Benachteiligten der Gesellschaft positiv (mit)verändert³¹. Mag auch die Fiktivität des veil of ignorance einige nicht unberechtigte Zweifel aufwerfen³², so liegt die eigentliche Originalität in der angewandten Untersuchungsstrategie: *Rawls* plädiert nicht für die Begründung bestimmter Gerechtigkeitsinhalte, weil er von deren sozialen oder ökonomischen Nutzen überzeugt wäre, sondern konkretisiert den Gerechtigkeitsinhalt auf dem Umweg über die Analyse eines bestimmten Entstehungs- und Wirkungskontextes. Durch Definition der Bedingungen des gesellschaftlichen Entscheidungsprozesses gelangt er daher auch nicht zu einer universalen Definition des Gerechtigkeitsbegriffes an sich, sondern zu Gerechtigkeitsinhalten, die unter den Bedingungen des von ihm kontrollierten Kontextes gelten. Die praktische Brauchbarkeit der so ermittelten Ergebnisse, also vor allem des *Rawlschen* Gerechtigkeitsbegriffes, hängt dabei davon ab, inwieweit die Bedingungen dieses Entscheidungskontextes für die Verhältnisse in einem modernen Wohlfahrtsstaat repräsentativ sind, ob sich die dortigen Entscheidungsträger also mit dem veil of ignorance identifizieren können oder nicht. Darüber kann aber weitestgehend mit rationalen Argumenten diskutiert werden.

Eine prinzipiell vergleichbare Strategie verfolgt die bekannte Diskursethik von *Habermas*. Auch hier steht nicht ein Korrespondenzbegriff von Gerechtigkeit

²⁸ Zum Bezug Rawls zur rational decision theory vgl. *Höffe*, in: *Über John Rawls Theorie der Gerechtigkeit* (Hrsg. Höffe), S. 11, 20ff. Zu deren Einfluß auf das Recht der Risikoverteilung nunmehr *Hensler*, *Risiko als Vertragsgegenstand*, S. 232ff.

²⁹ *Rawls*, *A Theory of Justice*, S. 21.

³⁰ *Rawls*, *A Theory of Justice*, S. 17.

³¹ *Rawls*, *A Theory of Justice*, S. 75. Vgl. auch die Maximin-Rule: Am „besten“ ist danach diejenige Entscheidung, deren schlechteste denkbare Konsequenz noch vergleichsweise gut ist (*Rawls*, aaO., S. 152ff.)

³² Zur Kritik vgl. *Dworkin*, in: *Reading Rawls* (ed. Norman Daniels), S. 16ff. sowie *Höffe*, in: *Über John Rawls Theorie der Gerechtigkeit* (Hrsg. Höffe), S. 11 ff., 23; *Bydlinski*, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, S. 247.

oder Wahrheit im Vordergrund, sondern die Kontrolle des Entstehungs- und Wirkungskontextes. Dabei handelt es sich um einen ideal ausgestalteten Diskurs, der unter Beteiligung aller durch ein Gerechtigkeitsproblem Betroffener stattfinden soll und im Rahmen dessen die unterschiedlichen Standpunkte nach vorgegebenen formalen Diskursregeln gegeneinander abgeglichen werden, um schließlich einen Konsens über materiale Gerechtigkeit zu erzielen³³. Dabei gerät die Analyse der Kommunikationsbedingungen (Verständnis der Bedeutung unterschiedlicher Sprechakte, Bedeutung strategischen Verhaltens, Regeln der Argumentation³⁴) zu den entscheidenden, den Kontext eingrenzenden Bedingungen: Durch sie erst werden die Bedingungen zur Einigung auf bestimmte Gerechtigkeitsinhalte geschaffen. Ähnlich versucht auch *Perelman*, das Potential der Rhetorik zur Gewinnung materialer Gerechtigkeitsinhalte in einem universalen Auditorium fruchtbar zu machen³⁵. Eine vom Forschungsansatz vergleichbare Strategie begegnet schließlich auch in der modernen Hermeneutik, und zwar in deren grundlegender Einsicht, daß Gerechtigkeitsinhalte prinzipiell nicht von dem Verfahren ihrer Gewinnung zu trennen sind und deshalb die im Erkenntnisverfahren gegenwärtige menschliche Bedingung stets in Verbindung zum materialen Gerechtigkeitsgehalt gesetzt werden müsse³⁶.

4. Der relative Geltungsanspruch kontextabhängiger Gerechtigkeitstheorien

Bewußt vermeiden die vorgestellten Ansätze einen universalen Gerechtigkeitsbegriff zugunsten normativer Inhalte, die unter relativen, nämlich den wissenschaftlich kontrollierten Entstehungs- und Wirkungsbedingungen gültig sind. Bei *Rawls* gilt das Differenzprinzip in der Umgebung einer unter dem Eindruck des veil of ignorance erfolgenden Sozialwahl; im idealen Diskurs nach *Habermas* verbürgt der Kontext bestimmter Diskussionsregeln und -bedingungen einen Gerechtigkeitsausgleich in der Sache; das hermeneutische Gerechtigkeitsverständnis schließlich trifft seine Aussagen im „Kontext“ der condition humaine. Durchweg ist die „Begründbarkeit“ bestimmter Gerechtigkeitsinhalte um den Preis einer größeren Beschränktheit ihres Anwendungsbereiches erreicht. Allein unter den Bedingungen des vordefinierten Kontextes nämlich gelten solche Gerechtigkeitskonzepte. So ist das Differenzprinzip ohne den „veil of ignorance“ ebensowenig begründbar, wie die *Habermassche* Gerechtigkeit ohne den idealen Diskurs.

Daraus aber entstehen Konsequenzen bei der Beantwortung der Frage, ob philosophische, soziologische oder ökonomische Gerechtigkeitstheorien auf den

³³ Vgl. hier nur *Habermas*, Wahrheitstheorien, in: FS Schulz, S. 211 ff.; *ders.*, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, S. 53 ff.; *ders.*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1.

³⁴ Zu den Argumentationsregeln vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 273 ff.

³⁵ Vgl. etwa *Perelman*, Das Reich der Rhetorik, S. 18, wo der Wert von Argumenten mit dem Wert des Publikums gleichgesetzt wird, vor dem sie vorgetragen werden.

³⁶ *Kaufmann*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 9, 35 ff.

Rechtsbegriff der Vertragsgerechtigkeit angewendet werden können. Soweit nämlich eine Gerechtigkeitstheorie keine universal gültigen Inhalte zu begründen vermag – und dies scheint angesichts des Problems des infiniten Wertungsregresses praktisch ausgeschlossen³⁷ –, lassen sich ihre Aussagen nur *relativ* innerhalb eines zugewiesenen Entstehungs- und Wirkungskontextes begründen. Auf Fragen des Vertragsrechts sind sie deshalb allenfalls *analog* übertragbar, und zwar dann, wenn ihr Entstehungs- und Wirkungskontext den Bedingungen der Konkretisierung von Vertragsrecht im Hinblick auf Entscheidungsfindung und Wirkungsweise vergleichbar ist. Das Differenzprinzip *Rawls*, die Diskursethik oder die Hermeneutik kommen folglich nur dann als Modelle der Konkretisierung von Vertragsgerechtigkeit in Frage, wenn ihre Kontexte den praktischen Bedingungen der Rechtsanwendung im Hinblick auf die dort zu treffenden Verteilungsentscheidungen ähnlich sind.

Hier erscheint eine grundlegende Einsicht in die Bedingungen von Wissenschaft mitangesprochen. Denn wissenschaftliche Methoden sind nicht von den Erkenntniszielen trennbar, deren Erreichung sie verpflichtet sind³⁸. Kein Ethiker verfiel wohl auf die Vorstellung, aus der (gerechten) Lösung eines vertragsrechtlichen Problems ein allgemeines Modell der rationalen Sozialwahl abzuleiten. Im Gegenteil setzt sich gerade hier zunehmend die Vorstellung durch, daß in bestimmten Lebensbereichen eigene Gerechtigkeitsmaßstäbe gelten müssen³⁹. Deshalb sollte die Rechtswissenschaft darauf verzichten, vorrechtliche Gerechtigkeitsbegriffe zu importieren, in der schlichten Hoffnung, Erfolge bei der Lösung ökonomischer Verteilungsprobleme bzw. im philosophischen Disput ließen sich auf dem Gebiet der Rechtsanwendung ohne weiteres wiederholen. Positiv hat *v. Jhering* diesen Gedanken in die bekannte Metapher gefaßt, daß die juristisch-dogmatische Logik dem Präzipitieren gleichkomme, dem Ausfällen von Stoffen aus einer Lösung, so daß juristische Wissenschaft als „Präzipitat der Rechtssätze“ verstanden werden müsse und folglich nicht als Ordnung aufgefaßt werden könne, die „man in die Sache hineinbringt, sondern eine solche, die man herausholt.“⁴⁰ Folglich sollten Methoden und Ergebnisse aus vorrechtlichen Denkbereichen nicht unbesehen an die Fragestellung der Vertragsrechtskonkretisierung herangetragen werden.

Den Bedingungen der Rechtsanwendung denkbar fern steht der von *Rawls* vorgestellte Kontext einer Sozialwahl unter dem Eindruck des *veil of ignorance*. Anders als die unter einem Schleier der Unwissenheit über die volle Faktenlage agierenden Wähler bei *Rawls* entscheidet der Richter idealerweise in voller Kenntnis der Sachlage und zwar so, daß die Position des Berechtigten optimal durchgesetzt wird. Dagegen spielen in seiner Entscheidung volkswirtschaftliche

³⁷ Vgl. oben § 1 I 1.

³⁸ Vgl. nur *Popper*, Logik der Forschung, S. XIXff. Ähnlich *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 60ff. Vgl. auch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, passim.

³⁹ Vgl. etwa das Werk von *Michael Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit.

⁴⁰ *v. Jhering*, Der Geist des römischen Rechts, Theil 1, S. 36f. Dazu *Herberger*, Dogmatik, S. 407.

Allokationsprobleme – anders als bei *Rawls* – keine Rolle; von Amts wegen müssen die Gerichte diese auch nicht überblicken. Unter denselben Kriterien berät und vertritt ein Anwalt bzw. gestaltet ein Notar. Im übrigen muß sich der Rechtsinhaber selbst – anders als der von Unwissenheit über die eigene soziale Zukunft bedrückte Entscheidungsträger bei *Rawls* – nicht mit einer Sicherung des Existenzminimums (Minimalposition) begnügen, sondern kann volle Durchsetzung seiner Rechte verlangen (Maximalposition). Wenn daher die *Rawlssche* Gerechtigkeitstheorie gelegentlich ob ihrer geringen Praktikabilität bei der Lösung konkreter Rechtsfragen kritisiert wird⁴¹, zeigt sich eine nicht geringe Verwirrung über ihren eigentlichen Geltungsanspruch. Dieser beschränkt sich auf die *Rawlssche* original position unter dem veil of ignorance und gilt also von vornherein für den hiervon völlig verschiedenen Kontext der Rechtsanwendung nicht. Die Applikation des *Rawlsschen* Differenzprinzips als Rechtssatz beruht daher auf einer Extension, die von *Rawls* Argumentation selbst nicht mehr getragen ist, sondern einer eigenen Begründung aus den rechtsanwenderischen Rahmenbedingungen heraus bedürfte.

Gleiches gilt im wesentlichen auch für die Ergebnisse der Diskursethik. Dort stehen Gerechtigkeitsinhalte in Rede, die unter den Bedingungen eines *Diskurses* entstehen und gelten. Fraglich ist, ob der Kontext des Diskurses den praktischen Bedingungen der Rechtsanwendung vergleichbar ist. Hier muß zunächst das entscheidende Wirkungsfeld des Diskurses präzisiert werden. Der wissenschaftliche, interdisziplinäre, zwischen Praxis und Theorie geführte Diskurs über Fragestellungen des Vertragsrechtes unter den Bedingungen eines möglichst ideal kommunizierenden Forums ist zweifellos für die Fortentwicklung des Vertragsrechtes wünschenswert⁴². Nur bildet dieses (Diskussions-)Forum nicht den eigentlichen Entstehungsort von Vertragsrecht; die Forderung nach möglichst umfassendem Gedankenaustausch betrifft die Vorbereitungsebene und deskribiert einen Teil der sozialen Prozesse, die in den eigentlichen Rechtskonkretisierungsschritt münden; sie ist folglich kein eigenes Verfahren zur Gewinnung von Normen. Rechtsnormen konkretisieren sich in der Praxis in der forensischen, rechtsberatenden oder vertragsgestaltenden Fallanwendung, wobei alle diese Tätigkeiten durch die Wissenschaft reflektiert, vorbereitet und nachträglich beeinflußt werden. Soweit der Diskurs aber als praktisches Verfahren zur Gewinnung von Rechtsnormen postuliert wird, bereitet die Vergleichbarkeit gegenüber dem Kontext der Rechtskonkretisierung nicht unerhebliche Bedenken. In letzter Instanz wird die Verteilung von Rechten und Pflichten im Vertrag nicht auf der Grundlage eines gleichberechtigten Diskurses aller Beteiligten getroffen, sondern autoritär durch Entscheidung des Gerichts gefällt.

⁴¹ Dazu *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 239ff.

⁴² In diesem Sinne versteht sich etwa die Diskurstheorie von *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. 1, S. 25ff. und Bd. 3, S. 386ff.; *ders.*, in: Staudinger, BGB, § 675 Rdnr. A99ff.; im Anschluß an *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, S. 326ff.; *ders.*, JZ 1985, 762ff.; *ders.*, JuS 1993, 103, 106. Vgl. auch *Enderlein*, in: Die ethischen Grundlagen des Rechts (Hrsg. Bydlinski/Mayer-Maly), S. 53ff.

Zwar muß der Richter die Parteien hören und ihre mögliche Vergleichsbereitschaft als Ergebnis eines „prozessualen Diskurses“ respektieren. Dennoch verhindert die prozessuale Verfahrensherrschaft des Gerichtes gleichberechtigte Kommunikationsbedingungen: Der Richter erteilt das Wort, und er beurteilt die Glaubwürdigkeit von Parteivernehmungen und Zeugenaussagen (§286 ZPO). Schließlich lassen sich die Parteien selbst im möglichen Rechtsgespräch wohl nur selten von der Suche nach Gerechtigkeit⁴³ und statt dessen eher von der Chance eines günstigen Prozeßausgangs leiten⁴⁴. Im Vertragsrecht ist schließlich zwischen den Vertragsparteien und dem Rechtsanwender überhaupt nur ein „hinkender Diskurs“ vorstellbar; denn zur Applikation von Vertragsrecht zwischen den Parteien kommt es erst, wenn die von den Parteien durch Vereinbarung getroffene Verteilungs- und Gerechtigkeitsentscheidung als Instrument des Interessenausgleiches gescheitert ist. Der Rechtsanwender wird dann jedoch nicht in einen originären Gerechtigkeitsdiskurs eingebunden, sondern muß ex post die (getroffene) Entscheidung der Parteien beurteilen, korrigieren, anwenden usw. Eine grundlegende Bedingung des Diskurses liegt schließlich in seiner Ergebnisoffenheit aus Sicht der Beteiligten; auch diese aber ist bei der Applikation von Vertragsrecht nicht gewährleistet. Das zwingende Recht hat mglw. schon diskursunabhängige Weichen gestellt, die Teilnahme des Richters ereignet sich zu spät, zu viele maßgebliche Entscheidungen sind bereits durch die Vertragsparteien selbst getroffen, als daß ein offener Diskurs *aller* Beteiligten möglich wäre. Der Rechtsanwender mag die Vereinbarungen der Parteien inhaltlich korrigieren oder gar für unwirksam ansehen, prinzipiell hat er aber keine Möglichkeit, an einem Diskurs über eine originäre Verteilung der Rechte und Pflichten unter den Parteien mitzuwirken⁴⁵. Der Diskurs ist daher dem Kontext der praktischen Vertragsrechtskonkretisierung unähnlich. Mag auch die Beschäftigung mit der Argumentation und Rationalisierung von Diskussionsbeiträgen dem Rechtsanwendungsprozeß in Teilen förderlich sein, so besteht dennoch wenig Aussicht, allein im Wege einer Diskursethik Vertragsgerechtigkeit konkretisieren zu können.

Auch die *Hermeneutik* trifft mit ihren erkenntnistheoretischen Einsichten zunächst entscheidende Aspekte des Rechtsfindungsprozesses; denn dieser besteht

⁴³ Vgl. nur den aus Normen wie § 138 Abs. 4 ZPO entstehenden Behauptungszwang und das daraus resultierende zivilprozessuale Prinzip der *formalen* Wahrheit.

⁴⁴ So *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, S. 84f. So beurteilte zunächst auch *Habermas* das Problem, in: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?* (Hrsg. Habermas/Luhmann), S. 142, 201. Dieser hat seine Meinung aber mittlerweile geändert: *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1, Fußn. 69. Diese Änderung geht auf den Einfluß *Alexys* zurück. Vgl. nämlich diesen, *Theorie der juristischen Argumentation* (nunmehr in der zweiten Auflage auf die diversen Kritiken reagierend), S. 434f. Nach *Alexy* kommt es allein darauf an, daß der Anspruch auf Richtigkeit im Prozeß eine „Spielbedingung“ sei. Vgl. zum ganzen auch *Neumann*, aaO., S. 77f.

⁴⁵ Selbst dem im Prozeß unter Mitwirkung des Richters geschlossenen Vergleich fehlt dieses originäre Mitentscheidungselement; er knüpft vielmehr an die von den Parteien vorgegebenen Austauschbedingungen an und zielt auf Reparation der zuvor aufgetretenen Störungen.

ganz offensichtlich zu einem wesentlichen Teil in Erkennung und Bewertung der Lebenswirklichkeit durch Menschen⁴⁶. Dennoch präzisiert auch die Hermeneutik nicht den eigentlichen Kontext der Vertragsrechtskonkretisierung. Denn hier geht es nicht um die Berechtigung materialer Gerechtigkeitsinhalte unter den Randbedingungen menschlichen Erkenntnisvermögens schlechthin, sondern unter den Bedingungen der praktischen Rechtsanwendung.

So bleibt als schlichte Einsicht, daß nach Vertragsgerechtigkeit kaum unter den Bedingungen der *Rawlschen* Sozialauswahl, des idealen Diskurses oder der Hermeneutik zu suchen ist, sondern allein im Kontext der Konkretisierung von Vertragsrecht. Hier kommt es darauf an, die Entstehung und Wirkung möglicher Gerechtigkeitsinhalte so zu kontrollieren, daß der Kreis der anwendbaren Gerechtigkeitsinhalte eingegrenzt wird. Das dabei entstehende „Präzipitat“ umfaßt aber gerade die unter den wissenschaftlichen Bedingungen der Rechtsanwendung geltenden Gerechtigkeitsinhalte. Auf dieser Grundlage wird – dies läßt sich jetzt bereits absehen – kein universaler Begriff von Gerechtigkeit entstehen, sondern lediglich ein unter den rechtsanwenderischen Bedingungen im Vertragsrecht gültiger.

5. Zusammenfassung

Wertungen über den Inhalt materialer Gerechtigkeit sind einer rationalen Begründung nicht zugänglich. Daher läßt sich der Gerechtigkeitsbegriff nicht mit rationalen Mitteln in eine einfache Korrespondenzstruktur („Gerechtigkeit ist ...“) fassen. Wie jeder normative Maßstab durch ein gegenläufiges Werturteil in Frage gestellt werden kann, so sieht sich auch jeder mögliche Inhalt des Gerechtigkeitsbegriffs durch konkurrierende Maßstäbe herausgefordert, ohne daß dieses Konkurrenzverhältnis jemals mittels rationaler Argumente entschieden werden könnte.

Gleichwohl ist ein materialer Begriff der Vertragsgerechtigkeit für die Rechtsanwendung unverzichtbar. Denn durch Koordination ihrer vorrechtlichen Interessen tragen die Parteien häufig innovative Regelungsmodelle zur Verteilung ihrer Rechte und Pflichten an die Rechtsordnung heran. Die Vertragsgerechtigkeit erfüllt dabei zwei Funktionen: Sie ist Maßstab der Ergänzung einer mglw. lückenhaften Parteivereinbarung und bildet, wichtiger noch, die Bewertungsgrundlage für die Inhaltskontrolle vorformulierter Parteivereinbarungen. Im Rahmen der Inhaltskontrolle beantwortet sie die Frage, ob sich die Rechtsordnung, d.h. die Summe aller geltenden Rechtssätze, um die Rechtsfolgen erweitert, die die Parteien im Rahmen ihrer Vereinbarung angestrebt haben oder nicht. Beispielhaft deutlich wird diese Fragestellung bei der Konkretisierung von Rechtssätzen aus neuen vorformulierten Häufigkeitstypen des Leistungsaustausches (z.B. Sponsoring, Finanzierungsleasing). Ob aus einem solchen neuartigen Pflichtenarrangement

⁴⁶ Deshalb wird auf hermeneutische Überlegungen im Rahmen der Vertragsauslegung noch zurückzukommen sein; vgl. vor allem unten § 2 I 2, insbesondere lit c.

der Parteien inter partes Rechtssätze entstehen, hängt allein von der „Gerechtigkeit“ der Vereinbarung im einzelnen ab.

Vertragsgerechtigkeit in diesem Sinne bedeutet mehr als eine Widerspiegelung des materialen Gehaltes aller geltenden Rechtssätze (so *Luhmann*); denn das geltende Recht trifft nicht immer eindeutige Regelungen für die neuartigen Häufigkeitstypen und die mit ihnen verbundenen ungewöhnlichen Regelungsanliegen. So beurteilt sich nach dem Maßstab der Vertragsgerechtigkeit, ob die neuartigen, von den Parteien angestrebten Rechtsfolgen, das System der bekannten Rechtsfolgen erweitern oder nicht. Die materiale Vertragsgerechtigkeit also schlägt die Brücke zwischen der Individualität und Eigenartigkeit der neuen Parteivereinbarungen einerseits und den Rechtsfolgen und Wertentscheidungen des geltenden Rechts andererseits.

Weil der Wissenschaft die Begründung eines Korrespondenzbegriffs der materialen Gerechtigkeit verwehrt ist, folgt die vorliegende Untersuchung einem alternativen Forschungsansatz. Läßt sich der *Inhalt* von Gerechtigkeit nicht unmittelbar wissenschaftlich überprüfen, so kann doch die *Umgebung* kontrolliert werden, in der auf Gerechtigkeit beruhende Entscheidungen getroffen werden und wirken. Wie vor allem Überlegungen von *Rawls*, *Habermas* und *Arthur Kaufmann* zeigen, lassen sich die möglichen Inhalte von Gerechtigkeit nämlich dadurch einschränken, daß man den Begriff auf einen bestimmten Kontext bezieht, sei dies die rationale Sozialwahl (*Rawls*), der ideale Diskurs (*Habermas*) oder die Hermeneutik (*Kaufmann*). Durch Kontrolle der Entstehungs- und Wirkungsbedingungen von Gerechtigkeit in einem dieser Kontexte läßt sich die Zahl der in ihm möglichen Begriffsinhalte reduzieren. Nicht jedes normative Regelungsanliegen kann nämlich unter den besonderen Bedingungen solcher Umgebungen gelten.

Überträgt man diese Überlegungen auf das Vertragsrecht, so kommt als Entstehungs- und Wirkungskontext nur der Vorgang der Konkretisierung von Vertragsrecht in Betracht und nicht etwa eine der vorgestellten Umgebungen (Diskurs, Sozialwahl oder Hermeneutik). Vertragsgerechtigkeit – so läßt sich im Anschluß daran noch etwas vage resümieren – umfaßt alle diejenigen normativen Regelungsinhalte, die unter den wissenschaftlichen Bedingungen der praktischen Rechtsanwendung gelten können. Erwartet wird dabei, daß sich aus den wissenschaftlichen Bedingungen des Rechtsanwendungsprozesses praktisch Selektionskriterien erarbeiten lassen, die nur eine begrenzte Anzahl von Gerechtigkeitsinhalten im Rahmen der Fallanwendung zulassen und auf diese Weise den materialen Gerechtigkeitsbegriff inhaltlich eingrenzen.

II. Die Bedeutung formaler Gerechtigkeit in der Rechtsanwendung

Auf der Abstraktionsebene der Gerechtigkeitstheorie läßt sich über die Möglichkeit einer inhaltlichen Einschränkung der Vertragsgerechtigkeit durch Kontrolle ihres Entstehungs- und Wirkungskontextes vglw. leicht rasonieren. Der kritische Leser wird indes nach der Praktikabilität eines solchen Konzeptes fragen, scheint doch einem verbreiteten Trivialverständnis zufolge in der juristischen Fallanwendung jede Lösung „vertretbar“⁴⁷. Dennoch begegnen dem praktisch denkenden und zu offener Diskussion bereiten Rechtsanwender bei jeder Problemerkörterung auch Argumente, die – unabhängig von der gerade favorisierten Meinung – „passender“, „gewichtiger“, „schlüssiger“ erscheinen, als andere. Ebenso lassen sich bestimmte Regelungsmodelle vglw. sicher als „abwegig“ aussondern: Würde bspw. die Auseinandersetzung über die Rechtsnatur des Finanzierungsleasings um die Ansicht bereichert, dieser Häufigkeitstypus sei dem Reisevertragsrecht (§§ 651a ff. BGB) typologisch zuzuordnen, so spräche wohl bei jedem mit der Sachlage Vertrauten ein sehr bestimmtes, wenn auch nicht notwendig spezifiziertes Judiz für die Annahme, daß mit solchem Rasonement der Boden wissenschaftlicher Diskussion sicher verlassen ist⁴⁸. Positiv gewendet kann ein Rechtsgedanke wiederum das Judiz so spontan ansprechen, daß man ihn wie eine naturwissenschaftliche Erfindung begreifen möchte, wie – so drückt es *Josef Esser* aus – die „inventio eines bisher noch ungeformten Gedankens“, weil durch ihn bestehende Zusammenhänge erst überzeugend erklärt und verstanden werden können⁴⁹.

Für solche systemimmanente Beschränkungen bei der Applikation von Wertmaßstäben im Wege der Rechtsanwendung spricht schließlich auch das „rechtsvergleichende Grundgesetz“ – so vorsichtig *Zweigert/Kötz* –, daß „verschiedene Rechtsordnungen ... trotz aller Unterschiede in ihrer historischen Entwicklung, in ihrem systematisch-theoretischen Teil und im Stil ihrer praktischen Anwendung in den gleichen Lebensfragen oft bis in Einzelheiten zu gleichen Lösungen“

⁴⁷ Diese Vorstellung spiegelt das bereits erwähnte Dilemma des infiniten Wertungsregresses wieder. Vgl. oben § 1 I 1.

⁴⁸ Vgl. für das Beispiel des Finanzierungsleasings noch wesentlich schärfer *Canaris*, JZ 1993, 377, 385.

⁴⁹ *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 54: „der kritische Augenblick des „overruling“ ... geht auf einen längeren unterschwellig verlaufenden Prozeß zurück, in welchem das betreffende Prinzip noch ungeformt, an der Unangemessenheit legal gefällter Entscheidungen heranwuchs und sich in ebenso legalen Gegenargumenten... anmeldete. Bis dann das Einleuchten, die inventio eines bisher noch ungeformten Gedankens, plötzlich eine überzeugende, von bloßer Interpretation und Konstruktion des positiv Vorhandenen Abstand nehmende Formulierung findet.“ Allerdings vermag *Esser* dieses Phänomen nur mit den inhaltlich dunklen Instituten wie *naturalis ratio*, *Natur der Sache*, *aequitas* und *Rechtslogik* zu begründen (aaO. S. 56). Den Begriff hat zentral auch *Dölle*, *Juristische Entdeckungen*, S. B 3ff., geprägt, der einige Beispiele „juristischer Entdeckungen“ vorstellt (*Labands Entdeckung der Abstraktion der Vollmacht*, *Jherings culpa in contrahendo*); *Larenz*, *Methodenlehre*, S. 421ff.

gelangen⁵⁰. Dieses Phänomen läßt sich in Kürze etwa an der Praxis des sog. „conveyancing“ beim Grundstückserwerb im Common Law verdeutlichen⁵¹. Soweit unter dem Geltungsbereich des Common Law noch keine Grundbücher errichtet waren, entstanden bei den Rechtsschutzversicherungen (Title Insurance Companies⁵²), die den Käufer insbesondere gegen Rechtsmängel des Grundstückes versicherten, private Register, in denen aus der Versicherungspraxis heraus alle eine Liegenschaft betreffenden Urkunden über längere Zeiträume möglichst lückenlos gesammelt und bei jedem Grundstückserwerb durch den Käufer bzw. dessen Versicherung eingesehen wurden⁵³. Die normative Regelungsidee, Verkehrsschutz beim Grundstückserwerb durch die Publizität eines Registers zu verwirklichen, scheint demnach so zwingend, daß sie sich – selbst bei Fehlen aller gesetzlichen Voraussetzungen – auf der Grundlage sozialer Gepflogenheiten und vorrechtlicher Bräuche durchzusetzen scheint⁵⁴.

Daß man auf einen Sachverhalt nicht jeden Norminhalt beliebig anwenden kann, ist bekanntlich auch ein Axiom, das mit dem hochproblematischen und im einzelnen sehr umstrittenen Begriff der Natur der Sache im Zusammenhang steht. Denn danach tragen die Objekte der Rechtsanwendung das jeweils passende Regelungsmodell bereits in sich⁵⁵. Bei aller Dunkelheit und Unklarheit auch der „Natur des *Vertrages*“, hat der Gesetzgeber doch gerade diesen Begriff zur Referenz für Gerechtigkeitsentscheidungen (vgl. § 9 Abs. 2 Nr. 2 ABGB) ausersehen, und die Schuldrechtskommission plädiert in ihrem Abschlußbericht für dessen verbreitete Verwendung auch in anderen Sachzusammenhängen⁵⁶.

Eine Reihe von Judizien und Erfahrungen spricht also dafür, daß der Prozeß der Vertragsrechtskonkretisierung auf Selektionskriterien beruht, die bestimmte materiale Gerechtigkeitsinhalte zulassen, andere aber als „abwegig“ und „unwissenschaftlich“ aussondern. Der dunklen Gewißheit, daß auf diese Weise der Inhalt der Vertragsgerechtigkeit einzuschränken sei, soll im folgenden nachgespürt werden.

⁵⁰ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 38.

⁵¹ Dazu etwa *v. Hoffmann*, Das Recht des Grundstückkaufs, S. 90ff.

⁵² Vgl. zu diesen *v. Hoffmann*, Das Recht des Grundstückkaufs, S. 82ff.

⁵³ Dazu *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 38.

⁵⁴ In diesem Sinne *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 37f.

⁵⁵ Zu diesem Begriff noch später § 2 II 3 und § 3 II. Vgl. hier nur die Beiträge von *Radbruch*, in: FS Laun, S. 157; *Kaufmann*, Analogie und Natur der Sache, S. 44ff. sowie anschaulich verkürzt *ders.*, Jura 1992 (Aufsatzreihe), 631, 633f. Ferner *Baratta*, in: FS Wolf, S. 137; *ders.*, in: Gedächtnisschrift für Radbruch, S. 173; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 51ff., 459ff. m.w.N.; *Dernburg*, Pandekten, Bd. 1, S. 87; *Larenz*, Methodenlehre, S. 417ff. m.w.N.; und *Maihofer*, ARSP 44 (1958), 145.

⁵⁶ Vgl. nur Wortlaut und Kommentierung der § 275 BGB-KE (Unmöglichkeit) und § 276 BGB-KE (Verschulden), Abschlußbericht (Hrsg. Bundesminister der Justiz), S. 117, 121.

1. Bedingungen juristischer Dogmatik

Unter dem umstrittenen Begriff der juristischen Dogmatik⁵⁷ sollen im folgenden inhaltlich neutral und ergebnisoffen alle Sprach- und Denkgebilde der Rechtswissenschaft ohne eine Vorbewertung verstanden werden. Alle Überlegungen zur Funktion dogmatischen Denkens⁵⁸ beginnen dabei mit der Frage, warum überhaupt der Rechtsanwender bei der Falllösung auf eine eigene Sprache und ein eigenes Denken angewiesen ist. Wenn A und B in einem imaginären Fall eine Warenlieferung verabreden, A dem B verdorbene Waren liefert und B deshalb einen wegen der Lieferung bereits angezahlten Geldbetrag zurückfordert, ereignet sich ein Konflikt in der Lebenswirklichkeit, der zur Angelegenheit der Rechtsanwendung überhaupt nur dann wird, wenn A und B zu keiner gütlichen Einigung finden. Dann erst richten beide gleichermaßen eine Frage an das Recht, ob und unter welchen Bedingungen B die angezahlte Summe zurückverlangen kann. Auf diese Frage *antwortet* der Rechtsanwender durch Ausspruch einer Rechtsfolge (vgl. für das deutsche Recht die §§ 462, 459, 346 BGB). Die ursprünglichste Aufgabe des Rechtsanwenders im Vertragsrecht liegt also darin, konkrete Probleme so zu lösen, wie ein Befragter auf eine zuvor gestellte Frage antwortet⁵⁹.

Doch kann sich der Rechtsanwender auch in diesem klar strukturierten Fall nicht mit einer schlichten „Antwort“ begnügen – etwa, indem er B das Recht

⁵⁷ Der Begriff bezeichnet im Laufe seiner historischen Tradition sehr unterschiedliche Inhalte und dürfte deshalb auch heute noch höchst unklar sein: So bestand etwa zu Zeiten Hugos und Glücks die allgemeine Ansicht, daß zwischen Gesetz und Dogmatik klar zu unterscheiden sei. Dazu *Herberger*, Dogmatik, S. 345ff. Auch wurde die streng logische Verfahrensweise, wie sie noch die Dogmatik von Christian Wolff kennzeichnet, im Laufe der Zeit zugunsten einer methodisch eher unklaren Bildhaftigkeit aufgelockert. Dazu grundlegend *Herberger*, aaO., S. 334ff., 397, 410ff. Dagegen bezeichnet *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 20, S. 90f., eine Darstellung als dogmatisch, „wenn sie die zu einem bestimmten Zeitpunkt geltenden Rechtssätze in einem systematischen Zusammenhang vorträgt.“ Auch dazu *Herberger*, aaO., S. 392. Dieser Systembezug ist z.T. auch nach modernem Verständnis für den Begriffsinhalt prägend: Vgl. in diesem Sinne *Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, S. 28, der Dogmatik als „Bemühen um die innere Stimmigkeit des Rechtssystems, um die Aufhellung juristischer Sinnzusammenhänge versteht.“ vgl. auch *Kötz*, RabelsZ 54 (1990), 204, wonach „derjenige Jurist dogmatisch arbeitet, der darauf abzielt, das für ein bestimmtes Gebiet maßgebliche Material an Rechtsregeln nach einheitlichen, übergreifenden und durchschlagenden Grundgedanken namhaft zu machen.“ Diese Denkhaltung dürfte auf entsprechende Überlegungen *v. Jherings*, Der Geist des römischen Rechts, Theil 1, S. 36f., zurückgehen. Dazu *Herberger*, aaO., S. 407.

⁵⁸ Zu den praktischen Funktionen juristischer Theorien vergleiche vor allem *Wagner*, JuS 1963, 457, 458ff. und *Canaris*, JZ 1993, 377, 378f.; *Neumann*, in: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 375, S. 385f.; *Dreier*, in: FS Schelsky, S. 103, 118.

⁵⁹ Vgl. auch *Canaris*, JZ 1993, 377, 380: „Juristische Theorien werden (u.a.) zu dem Zweck entwickelt, Probleme zu lösen.“ Nur vordergründig mutet diese Einsicht trivial an. Auf sie wird noch häufiger im Rahmen der Auseinandersetzung mit den sog. materialen Gerechtigkeitstheorien aufmerksam zu machen sein, deren Argumentationszusammenhang nicht bei den konkreten Problemen der sozialen Lebenswirklichkeit, sondern (paradoxe Weise) bei abstrakten Lösungsmodellen ansetzt. Dem juristisch dogmatischen Denken vom Problem zur Lösung steht dann eine Denkbewegung von der Lösung zum Problem gegenüber. Vgl. unten § 2 I 2 c.

zugesteht, die konkrete Geldsumme gegen Rückgabe der verdorbenen Ware von A zurückzuverlangen. Statt dessen faßt er den zwischen beiden Parteien bestehenden Konflikt in eine besondere, vom Einzelfall abstrahierende Kunstsprache. Der deutsche Jurist denkt dabei in Begriffen wie „Kauf“, „Sachmangel“, „Wandlung“, der französische erörtert die Möglichkeit einer *garantie de vices cachés* und prüft die Artt. 1641ff. Code Civil, während der anglo-amerikanische Rechtsanwender die Fallproblematik in den Begriffen „breach of contract“, „condition or warranty“, „remedy“ usw. aufbereitet. Bezeichnenderweise kann also auch das so wenig dogmatische, weil durch Richterrecht geprägte Common Law auf abstrahierende Begriffe und Denkmodelle nicht verzichten⁶⁰.

Der Grund für diese Tendenz zur Abstraktion ist dem praktisch denkenden Rechtsanwender intuitiv vertraut: Eine schlichte „Antwort“ auf die im Einzelfall gestellten Fragen an das Recht geriete zu leicht in Widerspruch zu bereits getroffenen bzw. künftig zu treffenden Entscheidungen über gleiche oder ähnlich gelagerte Fälle. Im Rahmen seiner Entscheidung über die Lieferung verdorbener Waren muß der Rechtsanwender mitberücksichtigen, ob er gleich oder anders entschieden hätte, wenn A aufgrund bestimmter Ereignisse *überhaupt nicht* an B hätte leisten können, wenn er nur *verzögert*, eine *zu große* oder *zu kleine* Warenmenge angeliefert hätte usw. Die widerspruchsfreie Behandlung eines dieser Fälle erfordert *Überblick* darüber, was ihn mit den anderen verbindet bzw. ihn von diesen unterscheidet. *Überblick* aber setzt das *Aufblicken* vom Einzelfall voraus und erklärt, warum nicht nur der Rechtsanwender, sondern vor allem auch das geschriebene Recht in seinem Wortlaut die Verhältnisse der singularen Fallkonstellation sprachlich und gedanklich transzendieren muß, den ursprünglichen Konflikt in der Lebenswirklichkeit also in eine abstraktere Sprach- und Gedankenwelt kleidet. In der „Abrede“ zwischen A und B erkennt der Rechtsanwender folglich einen Vertrag mit der Absicht, den Sachverhalt von außervertraglichen Fällen abzugrenzen, in denen eine gegenseitige Verantwortlichkeit gerade nicht aus einer besonderen Vereinbarung, sondern etwa aus einem zufälligen Schadensereignis folgt (z. B. einem Unfall im Straßenverkehr). Die Lieferung verdorbener Ware von A an B schließlich wird als Leistungsstörung klassifiziert und damit in eine subalterne Problemkategorie des Vertrages eingeordnet, die ihrerseits von anderen denkbaren Problemkategorien gleicher logischer Stufe (z. B. Fragen des Vertragsschlusses) unterschieden ist. Kategorisierungen dieser Art lassen sich mit immer gleichem Ziel weiter fortsetzen: Stets geht es um Grenzziehungen, mittels derer inhaltlich zusammengehörige Regelungsgegenstände zusammengefaßt und von den nicht zusammengehörigen abgegrenzt werden⁶¹. Im

⁶⁰ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 36, weisen auf dieses Phänomen im Zusammenhang mit dem im Common Law entwickelten, aber auch für andere Rechtskreise richtungweisenden Rechtsbegriff des Trust hin. Zu den Bedingungen der Präjudizienbindung Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*; *Cardozo*, *The Nature of the Judicial Process*, S. 28ff.

⁶¹ *Herberger*, *Dogmatik*, S. 332, erkennt darin eine Umkehrung des Verfahrens, das einen Gattungsbegriff in Artbegriffe aufspaltet.

Zentrum der rechtsanwenderischen Entscheidung steht daher zentral die Abgrenzungsleistung⁶².

Über Gleichheit und Ungleichheit von Fällen lassen sich indes keine absoluten Aussagen treffen, sondern allenfalls relative, und zwar im Hinblick auf bestimmte Rechtsfragen hin. Nur wenn sich der Rechtsanwender darüber im klaren ist, was eine verdorbene und eine verspätete Lieferung zum Beispiel im Hinblick auf das Erfordernis des Verschuldens des Verkäufers unterscheidet (vgl. §285 BGB), vermag er in *einem* Fall eine Entscheidung zu treffen, deren Maßstäbe er im *anderen* Falle im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt nicht revidieren muß. Wenn Rechtsprache und juristische Denkmodelle daher aus beiden Fällen das Gemeinsame (Leistungsstörung) abstrahieren und die Besonderheiten (Sachmangel, Verzug) differenzieren, liegt das eigentliche Ziel stets in der Widerspruchsfreiheit der zu treffenden Entscheidung⁶³.

Dieses Interesse an konsistenten Maßstäben läßt sich vordergründig mit dem Wunsch jedes Entscheidungsträgers erklären, sich bei seinem öffentlichen Wirken nicht in Widersprüche zu verwickeln. Rechtlich jedoch resultiert das Konsistenzinteresse aus den Erfordernis formaler Gerechtigkeit: Das Gebot, gleiche Fälle gleich und ungleiche ungleich zu behandeln, läßt sich ohne inhaltliche Modifikation auch einfach als Forderung nach Entscheidungskonsistenz verstehen⁶⁴. Denn es impliziert, daß normative Maßstäbe bei der Fallanwendung durchgehalten werden müssen, solange die Grenzen ihres sachlichen Geltungsbereiches nicht überschritten sind. Zutreffend erkennt daher auch die h.M. in der Konsistenz ein entscheidendes Wissenschaftskriterium der Dogmatik⁶⁵. Die Verbin-

⁶² Dies betrifft gerade auch den Vorgang dogmatischer Konzeption. Vgl. in diesem Zusammenhang das berühmte Selbstzeugnis v. *Jherings*, *JherJb* 4 (1860), 1, 7, über die Entstehung der culpa in contrahendo. Auch hier stand am Ausgangspunkt eine Abgrenzungsleistung. So brachte v. *Jhering* zunächst „das Eigenthümliche der bisher mitgetheilten ... Fälle der culpa im Gegensatz zu sonstigen Fällen derselben zum Bewußtsein.“ Die daran anschließende entscheidende Frage lautete: „Wo liegt der Unterschied in der factischen Gestaltung der Fälle“. Dabei erwies sich, daß im Rahmen der einschlägigen Gestaltungen die culpa „bei Gelegenheit eines intendierten Contractverhältnisses“ auftrat. „Damit hatte ich eine feste Abgrenzung des Gebiets unserer culpa gewonnen, nämlich die der culpa bei Abschluß von Contracten: culpa in contrahendo“. Vgl. dazu die Deutungen von *Larenz*, *Methodenlehre*, S. 422f. und *Dölle*, *Juristische Entdeckungen*, S. B 7ff.

⁶³ Vgl. diesbezüglich das Verfahren der abstrahierenden Induktion bei *Christian Wolff* – dargestellt bei *Herberger*, *Dogmatik*, S. 332ff. – der bei der rechtlichen Systembildung folgende zwei Schritte vorschlug: In einem ersten Schritt war das historische Fallmaterial zu sammeln und durch Variation der Umstände bekannter Fälle (*per circumstarium variationem*) neue Einzelfälle zu bilden. Im Anschluß daran sollten die Bestimmungen, durch die sich die Fälle voneinander unterscheiden (*differentia specifica*), als Subjektbegriff aufgenommen werden, um für diese das entsprechende Prädikat (Rechtsfolge) zu suchen.

⁶⁴ So vor allem *Perelman*, *Über die Gerechtigkeit*, S. 55 und 60; ihm folgend *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 363f. Vgl. im Überblick *Bydliński*, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, S. 159; vgl. dagegen *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 227.

⁶⁵ Vgl. *Puchta*, *Institutionen*, § 15, S. 35, der die Widerspruchsfreiheit im juristisch-systematischen Denken für unverzichtbar hielt und sich in diesem Punkt vom philosophischen Systembegriff Schellings abwandte. Dazu *Herberger*, *Dogmatik*, S. 402f. Aus neuerer Sicht *Canaris*, *JZ*

dung der formalen Gerechtigkeit mit dem Rechtsgedanken ist universal und nicht an das Systemdenken bestimmter Rechtskreise gebunden⁶⁶.

In einer formal gerechten Entscheidung laufen nun verschiedene Konstituenten zusammen, die im Rahmen dieser Untersuchung zu Parametern der Kritik aber auch der Konstruktion von Gerechtigkeitstheorien werden sollen: Es bedarf zunächst eines materialen Diskriminierungsmaßstabes zur Unterscheidung „gleicher“ und „ungleicher“ Fälle; der Akt der Unterscheidung selbst aber wird an Lebenssachverhalten vorgenommen, beruht also auf einer analytischen Identifizierung von Sachverhalten als „gleich“ oder „ungleich“ im Sinne des materialen Diskriminierungsmaßstabes. Beide Komponenten, der materiale Diskriminierungsmaßstab und die analytische Identifizierung von Fallgestaltungen, stehen dabei in einem engen Wirkungszusammenhang: Die Ähnlichkeit der Fälle hängt zunächst vom materialen Entscheidungsmaßstab ab; die *Existenz* und das *Entstehen* neuer Fälle erzwingt jedoch inhaltliche Korrektur und Neudefinition des Diskriminierungskriteriums, weil der Normanwendungsbereich gegenüber diesen neuen Fallgestaltungen abgegrenzt werden muß.

Gerade dieser Zwang zu ständiger Abgrenzung des Normanwendungsbereiches zeigt auch, auf welcher Grundlage eine Norm „gleiche“ und „ungleiche“ Fälle identifizieren kann. Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik kommt dabei nicht immer eine dominante Position zu. Denn ein materiales Diskriminierungskriterium läßt sich in einem historischen Konzeptionsstadium kaum jemals so formulieren und systematisch ausgestalten, daß es den Normanwendungsbereich auch hinsichtlich aller in der Zukunft möglichen Fallgestaltungen sicher abgrenzt. Gerade weil sich der künftige Abgrenzungsbedarf – also die Summe der in der Zukunft als „gleich“ oder „ungleich“ zu identifizierenden Fallgestaltungen – nie antizipieren läßt, kann der Rechtsanwender „das Gesetz besser verstehen, als es seine Schöpfer verstanden haben“⁶⁷. Denn Formulierungen werden ebenso wie systematische Konzepte in einem historischen Prognosestadium fixiert und sind daher in Anbetracht der ständigen tatsächlichen Veränderungen in der Lebenswelt zwangsläufig starr und lückenhaft. Die Abgrenzung des

1993, 377, 394; Dreier, in: FS Schelsky, S. 103, 118; Grossfeld, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, S. 29; Kötz, *RabelsZ* 54 (1990), 203, 204; Larenz, *Methodenlehre*, S. 450; Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, S. 36; Perelman, *Über die Gerechtigkeit*, S. 46. Zur Bedeutung der Konsistenz in naturwissenschaftlichen Theorien Popper, *Logik der Forschung*, S. 59.

⁶⁶ So begegnet der Gedanke etwa auch in der Frühphase der Entwicklung des islamischen Rechtes, als der dritte Kalif ‘Umar im 7. Jahrhundert seinen obersten Richter Abu Musa al-Asch’ari mangels sonstiger verbindlicher Vorgaben – der Koran war noch nicht kanonisiert – zu folgender Vorgehensweise anleitete:

„Dir fällt dann die Aufgabe zu, zu vergleichen und Analogieschlüsse zu ziehen, auf daß du zu einer klaren Unterscheidung der Gleichartigkeit und Ungleichheit gelangst und demzufolge den Weg zur Urteilsfindung zu gehen bestrebt bist, der der Gerechtigkeit am nächsten kommt und vor Gottes Angesicht der am besten geeignete zu sein scheint.“ zitiert in der Übersetzung von *Ramadan*, *Islamisches Recht*, S. 33.

⁶⁷ So *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, S. 207. Zu dieser Problematik noch ausführlich unten § 3 II 2 a – b.

Normanwendungsbereiches aber ist stets eine rechtsanwenderische Aufgabe der *Gegenwart*, findet also auf der Grundlage des gegenwärtigen Fallmaterials statt. Angesichts dieser Sachlage kommt als entscheidendes Abgrenzungskriterium – und *Cardozos* einschlägige Einsicht gilt dabei nicht nur für das Fallrecht des Common Law – vor allem der Normzweck in Betracht⁶⁸. Der Starre des Wortlautes stellt der Normzweck die Möglichkeit entgegen, auch neuartige, zum Zeitpunkt der Normkonzeption nicht antizipierte Konstellationen (im Wege der Analogie) als gleichartig und rechtsähnlich oder ungleich und nicht einschlägig zu identifizieren. Dies macht ihn zwar nicht zum alleinigen, wohl aber zum zentralen Instrument der Abgrenzungsarbeit. Zutreffend erkennt daher die h.M. die Funktion dogmatischen Denkens in der *Erklärung* bestehender Zusammenhänge durch Abgrenzung von anderen⁶⁹ und – darauf gründend – in der Ermöglichung *neuer* wertender Schlußfolgerungen auf Sachverhalte, die zwar zum Zeitpunkt der Normkonzeption nicht bekannt waren, in denen sich indes das gleiche rechtliche Problempotential verwirklicht, wie in den bekannten, der Norm zugrundeliegenden Sachverhalten⁷⁰. Solche Leistungsfähigkeit gegenüber dem Fallmaterial der Gegenwart und Zukunft ist vor allem auf der Grundlage der Normzwecksetzung denkbar und nur bedingt anhand des historisch fixierten, starren Wortlautes und Systems.

2. Die Bedeutung von Anknüpfungstatsachen

Das Gebot formaler Gerechtigkeit setzt – wie gesehen – eine Gleichbehandlung gleicher und eine Ungleichbehandlung ungleicher Fälle voraus. Diese Unterscheidung von Fällen als gleich oder ungleich beruht praktisch auf einem Identifizierungsakt. Fälle, d.h. Sachverhalte aus der sozialen Lebenswirklichkeit, lassen sich aber nur anhand tatsächlicher Elemente identifizieren. Aus diesem Grund beinhaltet jeder Rechtssatz ein analytisches Element: Er knüpft an bestimmte Tatsachen an; seine Anwendbarkeit ist vom empirischen Nachweis die-

⁶⁸ *Cardozo*, *The Nature of the Judicial Process*, S. 28: „In the perpetual flux the problem which confronts the judge is in reality a twofold one: he must first extract from the precedents the underlying principle, the ratio decidendi; he must then determine the path or direction along which the principle is to move and to develop, if it is not to wither and die.“

⁶⁹ *Herberger*, *Dogmatik*, S. 397: „Ordnen und Erklären“ in Zusammenfassung der Vorstellungen v. Savignys. Vgl. insbesondere auch *Wagner*, *JuS* 1963, 457, 458 ff., der eine systembildende Erklärung kennt (S. 460). Nach *Canaris*, *JZ* 1993, 377, 379, gewährleistet eine juristische Theorie die Verträglichkeit mit dem System des geltenden Rechts und verdeutlicht den materialen Gerechtigkeitsgehalt; ihre Leistungsfähigkeit erweist sich u.a. anhand ihrer Abgrenzungsfähigkeit (S. 394). *Neumann*, in: *Einführung in die Rechtsphilosophie* (Hrsg. Kaufmann/Hassemer), S. 375, 385 bezeichnet diese Funktion als didaktische. Vgl. auch *Dreier*, in: *FS Schelsky*, S. 103ff., 118.

⁷⁰ Nach *Dreier*, in: *FS Schelsky*, S. 103ff., 118, impliziert die hermeneutische Funktion die Fähigkeit aus der Theorie mehr herzuleiten, als zu ihrer Begründung selbst gegeben war. Juristische Theorien dürfen also nicht nur selbsterklärend sein: So auch *Canaris*, *JZ* 1993, 377, 384; *Neumann*, in: *Einführung in die Rechtsphilosophie* (Hrsg. Kaufmann/Hassemer), S. 375, 385; *Wagner*, *JuS* 1963, 457, 460ff.

ser Tatsachen in einem Sachverhalt abhängig. Dies läßt sich leicht am Beispiel des Formerfordernisses für den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken zeigen.

Die Norm des § 313 Satz 1 BGB ist erkennbar der Struktur formaler Gerechtigkeit verpflichtet: Sie sondert einen Teil aller denkbaren Rechtsgeschäfte (Grundstückserwerbs- und -veräußerungsgeschäfte) von den übrigen ab und begründet diesem Teil gegenüber eine besondere Rechtsfolge (Formgebot). Die in § 313 Satz 1 BGB angelegte Differenzierung zwischen einschlägigen und nicht einschlägigen Fällen beruht auf einem normativen Diskriminierungsmaßstab, nämlich der Frage, ob „sich ein Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben“. Die Begriffe „verpflichtet“, „Eigentum an einem Grundstück“, „übertragen“ und „erwerben“ gehören zunächst der Rechtssprache an. Die Abstraktionshöhe der Rechtssprache aber ist – wie oben erörtert⁷¹ – eine Funktion der Abgrenzung des Normanwendungsbereichs im Sinne formaler Gerechtigkeit: Sie soll vor allem die Identifizierung einschlägiger Sachverhalte und die Aussonderung aller übrigen Fällen aus dem Normanwendungsbereich leisten. Sachverhalte aber lassen sich nur anhand tatsächlicher Merkmale identifizieren. Deshalb müssen sich alle Voraussetzungen des § 313 Satz 1 BGB letztlich auf bestimmte Tatsachen zurückführen lassen. Der Rechtsbegriff „Grundstück“ bezieht sich so auf einen katastermäßig vermessenen Teil der Erdoberfläche, der Begriff der „Verpflichtung“ nimmt den Inhalt eines bestimmten historischen Übereinkommens zwischen den Parteien (mündliche Übereinkunft, Vertragsurkunde usw.)⁷² in Bezug usw. Kommen diese tatsächlichen Merkmale in einem Sachverhalt vor, ist der Fall einschlägig (gleich); andernfalls findet die Norm gerade keine Anwendung. Blicke dem Rechtsanwender dagegen unbekannt, auf welche tatsächlichen Gegenstände der Begriff „Grundstück“ Bezug nimmt, so wäre im Einzelfall keine rationale Entscheidung darüber möglich, ob die Norm auf einen bestimmten Sachverhalt Anwendung findet oder nicht. Die sachlichen Grenzen des § 313 Satz 1 BGB blieben m.a.W. unklar, die Norm wäre nicht mehr formal gerecht, weil sie gleiche (einschlägige) und ungleiche (nicht einschlägige) Fälle nicht voneinander unterscheiden könnte. Jede im formalen Sinne gerechte Norm, auch ein ungeschriebener Rechtssatz, knüpft daher wie § 313 Satz 1 BGB an bestimmte Sachenelemente an (*Anknüpfungstatsachen*). In der konkreten Fallanwendung hängt es vom Nachweis dieser Anknüpfungstatsachen in einem bestimmten Sachverhalt ab, ob das Rechtsfolgenprogramm der Norm Anwendung findet oder gerade nicht⁷³.

⁷¹ Vgl. oben § 1 II 1.

⁷² Die Besonderheit, daß der „vertragsrechtliche Sachverhalt“ in Gestalt der Willenserklärungen der Parteien *Normen* beinhaltet, soll an dieser Stelle noch außer Betracht bleiben und später näher gewürdigt werden. Dazu unten § 4 I 1.

⁷³ Auf diese Weise wäre es selbst einem juristisch nicht gebildeten Beobachter möglich, problematische Sachverhalte zu ermitteln. Würden ihm die Anknüpfungstatsachen einer Norm mitgeteilt, könnte er problematische Sachverhalte von unproblematischen durch den analytischen Nachweis der Anknüpfungstatsachen unterscheiden.