

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Inhaltsübersicht VII

§ 1 Einführung 1

§ 2 Rechtsphilosophische Grundlegung 5

A. Ziele des Vertragsrechts 5

B. Gerechtigkeit als Idee des Vertragsrechts 11

 I. Gerechtigkeit als objektive Rechtsidee 11

 II. Gerechtigkeit als Idee des Vertragsrechts 15

 1. Flume, von Hayek und die vermeintliche Sinnlosigkeit
 der Frage nach der Gerechtigkeit im Vertragsrecht 16

 2. Canaris und die Gerechtigkeit des rechtlichen
 Gesamtsystems unter Einbeziehung des Vertragsrechts 17

 a) Zur Bedeutung der Fragestellung nach der
 Gerechtigkeit des rechtlichen Gesamtsystems 17

 b) Vertragsrechtsordnung und *iustitia commutativa* 19

 c) Vertragsrechtsordnung und *iustitia distributiva* 20

 d) Zur Relativierung der Gerechtigkeitsfrage 22

 3. Zwischenbemerkung 24

C. Die Entdeckung der Grundstruktur der *iustitia distributiva*
 in der Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles 26

 I. Der Kontext der aristotelischen Gerechtigkeitslehre 26

 II. Gerechtigkeit als Tugend 27

 III. Die zwei Grundformen der Gerechtigkeit bei *Aristoteles* 28

 1. Zur universalen Gerechtigkeit 29

 2. Zur Partikulargerechtigkeit 32

 IV. *Iustitia distributiva* und *iustitia commutativa* als die beiden
 Formen der Partikulargerechtigkeit 32

 1. Übersicht über die Unterscheidung
 der Gerechtigkeitsformen 32

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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