

# Der Vertrag zwischen Freiheit und Gerechtigkeit – §§ 5, 6 des Allgemeinen Teils des Zivilrechts der Volksrepublik China

Andreas Engert<sup>1</sup>

## Abstract

Der Beitrag beleuchtet das Verhältnis zwischen den Prinzipien der Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, wie sie im neuen Allgemeinen Teil des chinesischen Zivilrechts verankert sind. Dazu wird die Vertragstheorie des deutschen Juristen Walter Schmidt-Rimpler herangezogen. Die Vertragsfreiheit ist danach ein bloßes Mittel, um eine „richtige“ (gerechte) Regelungen für den Austausch zwischen den Parteien zu erreichen. Allerdings bietet das freie Aushandeln des Vertrags keine vollständige Gewähr für die Gerechtigkeit der getroffenen Regelung. Auf den ersten Blick liegt es deshalb nahe, die vereinbarte Regelungen einer umfassenden gerichtlichen Inhaltskontrolle zu unterwerfen. Solchen weitreichenden Eingriffen hielt bereits Schmidt-Rimpler entgegen, sie gefährdeten die Rechtssicherheit. Der Beitrag arbeitet diesen Einwand genauer heraus. Er liefert damit eine Begründung, weshalb eine Gerechtigkeitskontrolle des privatautonom geschlossenen Vertrags sogar dann eng begrenzt bleiben muss, wenn man die Vertragsfreiheit der Vertragsgerechtigkeit dienend unterordnet.

## I. Problemstellung

Die Rückkehr Chinas zu einer marktwirtschaftlichen Privatrechtsordnung fand einen deutlichen gesetzlichen Niederschlag in den 1986 verabschiedeten Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts.<sup>2</sup> In deren § 4 AGZ stellte der Gesetzgeber gleich vier Prinzipien für „Zivilgeschäfte“ nebeneinander: „Freiwilligkeit“, „Gerechtigkeit“, „wertgemäße Entgeltlichkeit“ und „Treu und Glauben“. Dreißig Jahre später lässt der neue Allgemeine Teil des Zivilrechts der Volksrepublik China (AT ZGB)<sup>3</sup> die „wertgemäße Entgeltlichkeit“ in der „Gerechtigkeit“ aufgehen, hält aber an den verbleibenden drei Prinzipien fest, nunmehr verteilt auf die drei Vorschriften §§ 5–7 AT ZGB. Während der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 7 AT ZGB) als wechselseitige Grenze privater Freiheitssphären zu verstehen ist, stehen die anderen beiden Prinzipien – Freiwilligkeit und Gerechtigkeit – wenn nicht in scharfem Gegensatz, so doch in einem Spannungsverhältnis: Die Freiheit, „gemäß [...] eigene[m] Willen Zivilrechtsbeziehungen begründen, ändern oder beenden“ zu können (§ 5 AT ZGB), ist empfindlich beschränkt, wenn der Einzelne sie nur nach Maßgabe der Gerechtigkeit (Fairness<sup>4</sup>) ausüben darf und „die Rechte und Pflichten aller Parteien“ „vernünftig“ regeln soll (§ 6 AT ZGB).<sup>5</sup>

Der Beitrag beleuchtet das Spannungsverhältnis der beiden Prinzipien und wählt dazu eine reduktionistische Perspektive: Mit Schmidt-Rimpler wird die Vertragsfreiheit auf die Gerechtigkeit als umfassendes Grundprinzip der Rechtsordnung zurückgeführt (Abschnitt II). Obgleich die Freiheit dabei der Gerechtigkeit untergeordnet wird, erweist es sich, dass eine richterliche Kontrolle der von den Parteien getroffenen Regelung aus Gerechtigkeitsgründen begrenzt bleiben muss (Abschnitt III). Diese Analyse führt zu konkreten Folgerungen für die gesetzlichen Schranken und damit – positiv gewendet – die Reichweite der Privatautonomie (Abschnitt IV).

Die Überlegungen beschränken sich auf die Gerechtigkeit im Verhältnis der Vertragsparteien. Interessen der Allgemeinheit und des Staates sind nicht dem Gerechtigkeitsgebot zuzuordnen, sondern den in §§ 8, 9 AT ZGB aufgestellten Prinzipien der Gesetzmäßigkeit, öffentlichen Ordnung, guten Sitten und des Umweltschutzes. Private Belange nicht am Vertrag beteiligter Dritter dürften ebenfalls nicht in § 6 AT ZGB zu erfassen sein, sondern über die Wahrung der Gesetze und der guten Sitten nach § 8 AT ZGB.

## II. Die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus: Vertragsfreiheit als Ausprägung der Vertragsgerechtigkeit

In der deutschen Rechtswissenschaft steht Schmidt-Rimplers Lehre von der „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“ für den Versuch, das Nebeneinander von Vertragsgerechtigkeit und Privatautonomie von der Gerechtigkeit her aufzulösen. Entwickelt hat Schmidt-Rimpler diesen Ansatz als Mitglied der Akademie für deutsches Recht während des Nationalsozialismus.<sup>6</sup> In seiner grundlegenden Abhandlung aus dem

<sup>1</sup> Prof. Dr., LL.M. (Univ. Chicago); Universität Mannheim.

<sup>2</sup> 中华人民共和国民法通则, v. 12.4.1986, geändert am 27.8.2009 geändert, Amtsblatt des Staatsrates (国务院公报) 1986, Nr. 12, S. 371 ff.; deutsche Übersetzung von Frank Münzel in: Chinas Recht, 12.4.86/1.

<sup>3</sup> 中华人民共和国民法总则 v. 15.3.2017, Volkszeitung (人民日报) v. 19.3.2017, S. 1, deutsche Übersetzung von Nils Klages/Peter Leibkühler/Knut Benjamin Pijfeler, in: Zeitschrift für Chinesisches Recht 2017, S. 208 ff.

<sup>4</sup> So die englische Übersetzung von Wolters Kluwer, China Law & Reference (kostenpflichtige Datenbank).

<sup>5</sup> Die um Genauigkeit bemühte deutsche Übersetzung (Fn. 3) „müssen“ klingt an dieser Stelle schief; vgl. die neutralere englische Übersetzung (Fn. 4) „shall“.

<sup>6</sup> Walter Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: Archiv für die civilistische Praxis 147 (1941), S. 130, 130 Fn. 1.

Jahre 1941 spiegeln manche Formulierungen die antiliberalen, kollektivistischen Stoßrichtung des nationalsozialistischen Rechtsdenkens wider.<sup>7</sup> Die Bezugnahme auf den rechtspolitischen Zeitgeist mindert indes die Bedeutung und Leistung der *Schmidt-Rimplers* Lehre nicht.<sup>8</sup> Hierfür sprechen unter anderem die auffallenden Parallelen zum liberalen Ökonomen *von Hayek*, der um dieselbe Zeit die dezentrale, individuelle Entscheidungsfindung im Markt mit ihren gesamtwirtschaftlichen Allokationsvorteilen rechtfertigte und damit gegen die zeitgenössische Tendenz zur Zentralplanung verteidigte.<sup>9</sup>

*Schmidt-Rimplers* Vertragstheorie ist reduktionistisch, indem sie die Anerkennung des Vertrags aus einem einzigen Prinzip ableitet. Der Privatautonomie als Freiheit zur rechtlichen Selbstregelung billigt er keinen eigenständigen Wert zu.<sup>10</sup> Dass die Rechtsordnung die Vereinbarung der Parteien verbindlich gelten lässt, folge allein aus deren zu erwartender „Richtigkeit“, worunter *Schmidt-Rimpler* sowohl die Gerechtigkeit im engeren Sinne als auch die Zweckmäßigkeit verstand.<sup>11</sup> Beides fasst der vorliegende Beitrag in einem weiten Begriff der Gerechtigkeit zusammen; welche Gerechtigkeitstheorie dafür heranzuziehen ist, kann an dieser Stelle nicht erörtert werden.<sup>12</sup> Mit *Schmidt-Rimplers* Worten ist „der Vertrag [...] ein

Mechanismus, um ohne hoheitliche Gestaltung in begrenztem Rahmen eine richtige Regelung auch gegen unrichtigen Willen herbeizuführen, weil immer der durch die Unrichtigkeit Betroffene zustimmen muß.“<sup>13</sup> In dieser Überlegung lässt sich leicht die ökonomische Figur der Internalisierung von externen Effekten erkennen: Um die andere Seite zum Vertragsabschluss zu bewegen, muss man sie für die von ihr zu übernehmenden Verpflichtungen entschädigen; die dem Partner verursachten Kosten macht der Vertrag zu eigenen Kosten und „internalisiert“ sie damit. Belastungen werden nur auferlegt und übernommen, wenn die daraus folgenden Vorteile sie mindestens aufwiegen. Dies gewährleistet die ökonomische Effizienz des Vertrags als Richtigkeitsgebot. Für die gerechte Verteilung des so maximierten Vertragsgewinns gilt sodann *Schmidt-Rimplers* Beobachtung, „niemals“ habe man „ein feineres Gerechtigkeitsgefühl [...], als wenn es um eigene Nachteile oder Lasten geht.“<sup>14</sup>

Dem Reduktionismus *Schmidt-Rimplers* ist entgegengehalten worden, die Privatautonomie bedürfe keiner Rechtfertigung, sondern gründe in sich selbst: „stat pro ratione voluntas“.<sup>15</sup> *Schmidt-Rimplers* Analyse behält ihren Wert aber selbst dann, wenn man auf einer Gleichordnung der beiden Prinzipien der Freiheit und Gerechtigkeit beharrt. Sofern sich nämlich die Privatautonomie auch als Gerechtigkeitspostulat erweisen lässt, stehen die Prinzipien nicht in Konflikt und bedarf es keiner Vorrangentscheidung. Der Vertrag als präsumtiv gerechte Regelung liefert eine Begründung für die (Mindest-) Reichweite der Privatautonomie. Nur soweit der Vertragsmechanismus die Richtigkeit privatautonomer Regelungen nicht gewährleistet, könnte sich überhaupt die Frage stellen, ob der privaten Willkür der Vorrang vor der inhaltlichen Richtigkeit zukommt.

Die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus bezeichnet freilich nur den Ausgangspunkt, um die Reichweite und Grenzen der Privatautonomie zu bestimmen. Die weitere Ausarbeitung verlangt breite theoretische und empirische Erkenntnisse über das Zustandekommen von Verträgen und wie gut die Parteien dabei ihre Interessen zum Tragen bringen können.<sup>16</sup> Aus heutiger Sicht ist damit das Forschungsprogramm der Informations- und Verhaltensökonomik angesprochen.<sup>17</sup> Streiten lässt sich ferner über die normativen

<sup>7</sup> *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 157 („alles andere als liberal oder gar liberalistisch“), S. 170 (nicht „als liberalistisch und individualistisch abzulehnen“), S. 172 (gegen „Triumph der Willensherrschaft im liberalistischen Sinne“); auch der durchweg gebrauchte nationalsozialistische Ausdruck „Volksgenosse“ irritiert aus heutiger Sicht.

<sup>8</sup> Verbreitet wird *Schmidt-Rimpler* als politisch geschickter Verteidiger der Vertragsfreiheit gedeutet, so von *Jutta Limbach*, Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen: Eine Rezensionssachhandlung in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1986, S. 165 ff., 176; ferner *Klaus Adomeit*, Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, in: Neue Juristische Wochenschrift 1994, S. 2467, 2468; *Andreas Thier*, *Schmidt-Rimpler, Walter*, in: *Otto zu Stolberg-Wernigerode* (Hrsg.), Neue deutsche Biographie, Band 23, München 2007, S. 223, 224 (allerdings kritisch gegen die Instrumentalisierbarkeit der „Richtigkeit“); nicht zuletzt *Schmidt-Rimpler* selbst in *Fritz Baur/Josef Esser/Friedrich Kübler/Ernst Steindorff* (Hrsg.), Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, S. 3 ff., 9. Zur möglichen Zuordnung *Schmidt-Rimplers* zu einem „nationalkonservativen, bildungsbürgerlichen Lager“ und politischen Bedenken gegen ihn aus nationalsozialistischer Sicht *Christian Kirschke*, Die Richtigkeit des Rechts und ihre Maßstäbe, Berlin 2009, S. 47 ff.; zu seiner Biographie dort ausführlich S. 19 ff.

<sup>9</sup> *Friedrich August von Hayek*, The Use of Knowledge in Society, in: American Economic Review 35 (1945), S. 519, 524 ff.; *Friedrich August von Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Freiburger Studien, 2. Auflage, Tübingen 1994, S. 249 ff. Vgl. ferner etwa *Franz Böhm*, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950, S. 26 („sinnfälliger Gerechtigkeitsgehalt“ eines Wettbewerbsmarktes). Vgl. damit die Erwägungen zum für eine „richtige“ Güterzuordnung erforderlichen Wissen der Beteiligten bei *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 151 f., 168 f.

<sup>10</sup> *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 156; zur Ablehnung des Begriffs „Privatautonomie“, S. 159 ff.

<sup>11</sup> *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 132 f. („ethische Gerechtigkeit im engeren Sinne“ und „von der Gemeinschaft aus gesehene Zweckmäßigkeit“); Monographisch zu *Schmidt-Rimplers* Richtigkeitsbegriff und seiner Entwicklung *Christian Kirschke* (Fn. 8), S. 19 ff.

<sup>12</sup> Als Gegenbeispiel zu einer solchen monistischen Konzeption einer einzigen Gerechtigkeits- oder Richtigkeitsidee siehe die „deliberative“ Vertragstheorie auf Grundlage der vier Prinzipien Freiheit, Sicherheit, Nutzen und Gerechtigkeit von *Bertram Lomfeld*, Die Gründe des Vertrages, Tübingen 2015.

<sup>13</sup> *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 156 (Hervorhebungen weggelassen).

<sup>14</sup> *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 151.

<sup>15</sup> „Der Wille ersetzt die Vernunft“, *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Auflage, Hamburg 1992, S. 6.

<sup>16</sup> Ein Beispiel extremer Anforderungen an die Selbstbestimmung der Vertragsparteien bietet *Manfred Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, S. 156 ff. Grundlegende Kritik an der Vorstellung einer Selbstbestimmung von Verbrauchern etwa bei *Norbert Reich*, Markt und Recht, Köln 1977, S. 179 ff., 214 ff.

<sup>17</sup> Nur zur Illustration des Gemeintenen, nicht als repräsentativer Nachweis: *George Loewenstein/Cass R. Sunstein/Russell Golman*, Disclosure: Psychology Changes Everything, in: Annual Review of Economics 2014, S. 391 ff. Zu denken ist weiter an die Unvollständigkeit von Verträgen aufgrund von Verhandlungs- und Regelungskosten.

Anforderungen an die Richtigkeit des Vertrags, etwa an einen gerechten Interessenausgleich, an ökonomische Effizienz oder eine gerechte Verteilung des Vertragsgewinns.

*Schmidt-Rimpler* selbst hielt die Richtigkeitsgewähr für „eine sehr begrenzte“.<sup>18</sup> Diese Diagnose scheint der Vertragsfreiheit wenig Raum zu geben, doch ist die Analyse damit noch nicht abgeschlossen. Ebenso wichtig wie das Maß an Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus ist das der allein möglichen Alternative, nämlich der „hoheitlichen Gestaltung“.<sup>19</sup> Eine vollständige hoheitliche Planung und Regelung liefe dabei auf die Abschaffung von Märkten hinaus. Diese Möglichkeit scheidet wegen der unlösbaren Informationsprobleme einer Zentralverwaltungswirtschaft aus,<sup>20</sup> zumal nach den historischen Erfahrungen Deutschlands, Chinas und zahlloser anderer Länder. Eher vorstellbar erscheint eine behördliche oder gerichtliche Kontrolle von am Markt geschlossenen Verträgen: Nachdem private Initiative wirtschaftlich gewinnträchtige Transaktionen aufgespürt und eine Gestaltung entworfen hat, könnte eine hoheitliche Kontrolle verbleibende Fehler abstellen. Aus Sicht des Gerechtigkeitsprinzips sieht es so aus, als könne eine umfassende staatliche Überprüfung – zusätzlich zur begrenzten Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus – nicht schaden, aber die Richtigkeitschance des Vertrags erhöhen.

### III. Beschränkung der richterlichen Gerechtigkeitskontrolle

Die Rückführung der Vertragsfreiheit auf die Gerechtigkeit scheint so geradewegs auf eine unumschränkte richterliche Vertragskontrolle hinauszulaufen. Das dürfte nicht nur Anhänger der Privatautonomie unbefriedigt lassen, sondern auch den §§ 5, 6 AT ZGB zuwiderlaufen: Wenn die Parteivereinbarung stets hinter Gerechtigkeitsauffassungen der Gerichte zurückstehen soll, bleibt dem Freiwilligkeitsprinzip des § 5 AT ZGB keine eigenständige Bedeutung. Indes ist der Freiheitsgehalt der Gerechtigkeit noch nicht ausgeschöpft. Auch hierfür liefert *Schmidt-Rimpler* den entscheidenden Ansatzpunkt. Auf einen Satz gebracht lautet seine Begründung, dass es „besser [ist], in einzelnen Fällen [...] weniger schwerwiegende Unrichtigkeiten in Kauf zu nehmen, als die Sicherheit der Ordnung

als Ganzen [sic!] zu gefährden.“<sup>21</sup> Die Gerechtigkeit verlangt, begrenzte Ungerechtigkeiten hinzunehmen, um dafür Bestimmtheit zu gewinnen: „menschliche Ordnung [kann] nicht schlechthin richtig sein“.<sup>22</sup> Dies ist im Folgenden zu entfalten.

Von der „Sicherheit der Ordnung“ – der Rechtssicherheit – zu unterscheiden ist die andere Erwägung, Gerichte verfügten nicht über die nötigen Kenntnisse, um die Gerechtigkeit von Verträgen zu beurteilen. In der Tat dürften staatliche Stellen in der Regel weniger als die Parteien über deren Interessen und Anreize, die Marktbedingungen sowie die förderlichste Ausgestaltung der jeweiligen Transaktion wissen. Wenig glaubwürdig erscheint aber die Annahme, am Markt zustande gekommene Verträge seien typischerweise *in jeder Hinsicht* gerechter als die Korrekturen eines einigermaßen kundigen und unparteiischen Richters. So lässt sich bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen manchmal kein nachvollziehbarer Grund finden, weshalb der Verwender die Interessen seiner Vertragspartner im Geringsten beachten sollte,<sup>23</sup> eine Verstärkung der Kundenrechte dürfte die vertragliche Regelung dann häufig effizienter und damit gerechter machen. Ein weiteres wichtiges Beispiel ist die nachträgliche Vervollständigung des Vertrags, wenn die Parteien eine Regelung getroffen haben würden, sofern sie die später eingetretene Situation bedacht hätten. Mitunter mögen zwar Richter ihre Fähigkeiten überschätzen, sich zu Unrecht einmischen und damit die vertragliche Regelung vom Gerechtigkeitsideal entfernen. Sofern man Fälle richterlicher Selbstüberhebung systematisch erfassen kann, sollte man sie von der Gerechtigkeitskontrolle ausnehmen. Indes wäre es eine kühne Annahme, darin eher die Regel als die Ausnahme zu sehen.

#### 1. Gerechtigkeitskontrolle als Ursache von Rechtsunsicherheit

Da eine richterliche Gerechtigkeitskontrolle den Vertrag tendenziell dem Gerechtigkeitsideal näherbringt, bleibt immer noch der Einwand, dass eine solche Kontrolle Unsicherheit über die vertraglich geregelten Rechte und Pflichten hervorruft. Wüssten die Parteien sicher, welche Gestaltung die aus richterlicher Sicht gebotene ist, könnten sie sich darauf einstellen, und es bestünde kein Gerechtigkeitsgrund, eine davon abwei-

<sup>18</sup> *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 165 mit Verweis auf eine weitere Abhandlung, die allerdings nie erschien, obwohl sie auf S. 130, Fn. 1, als „im wesentlichen abgeschlossen“ bezeichnet wurde; seine unvollendeten Vorarbeiten ließ *Schmidt-Rimpler* nach seinem Tod vernichten, dazu *Fritz Rittner*, *Walter Schmidt-Rimpler*, in: *Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber* (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Band 1, Berlin 2007, S. 261 ff., 269.

<sup>19</sup> *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 165 ff. Damit vermeidet *Schmidt-Rimpler*, was Ökonomen später als Nirwana-Vergleich bezeichnet haben: die Gegenüberstellung einer realen Institution mit einem unerreichbaren Ideal, dazu *Harold Demsetz*, *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, in: *The Journal of Law and Economics* 12 (1969), S. 1.

<sup>20</sup> Oben Fn. 9. *Schmidt-Rimpler* betont daneben die Förderung persönlicher Initiative und Verantwortungsfreude, *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 170.

<sup>21</sup> *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 168.

<sup>22</sup> *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 167.

<sup>23</sup> Vgl. *Yannis Bakos/Florenca Marotta-Wurgler/David R. Trossen*, *Does anyone read the fine print? Consumer attention to standard-form contracts*, in: *The Journal of Legal Studies* 43 (2014), S. 1 ff. (in einer großen Stichprobe potentieller Käufer auf Software-Verkaufsseiten im Internet öffnete nur ein Anteil im Promillebereich die Seite mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Bereits die Regierungsbegründung zum deutschen AGB-Gesetz (heute §§ 305 ff. BGB) begründete die AGB-Kontrolle mit einer Informations- und Rationalitätsasymmetrie zwischen Verwender und Kunde, Bundestag-Drucksache. 7/3919, S. 13 („organisatorische[r] Vorsprung“ des Verwenders aufgrund „sorgfältige[r] Analyse der wirtschaftlichen Geschäftsrisiken“ sowie mangelnde Fähigkeit des Vertragspartners, die „rechtliche Tragweite [...] voll zu überblicken“; nur daneben sei der Kunde „nicht selten [...] wirtschaftlich schwächer oder intellektuell unterlegen“).

chende, weniger gerechte Vereinbarung als verbindlich anzuerkennen. Schwierigkeiten erzeugt erst die Ungewissheit, welche vertragliche Regelung *in concreto* gerecht ist oder wäre. Diese Unsicherheit kann auf fehlender Kenntnis der tatsächlichen Umstände, des normativen Gehalts des Gerechtigkeitsprinzips oder beider beruhen. Es ergibt auch keinen wesentlichen Unterschied, ob es nur den Parteien, dem Gericht oder allen Seiten an Wissen mangelt – in jedem Falle können die Parteien die gerichtliche Beurteilung nicht sicher vorhersagen.<sup>24</sup> In der Sprache der ökonomischen Entscheidungstheorie: Die Gerechtigkeit einer bestimmten Vertragsgestaltung steht nicht fest, sondern weist – aus Sicht der Vertragsparteien – eine subjektive Wahrscheinlichkeit zwischen null und eins auf.<sup>25</sup> Die Unsicherheit ist umso größer, je weiter entfernt die geschätzte Wahrscheinlichkeit von sowohl null als auch eins ist und je näher sie 0,5 kommt.

Wenn die Rechtsordnung Verträge uneingeschränkt auf deren Gerechtigkeit überprüft, so knüpft sie damit Rechtsfolgen an schwer zu beantwortende Gerechtigkeitsfragen. Die Rechtslage wird dadurch auch in häufig auftretenden, gewöhnlichen Fällen unsicher. So wäre bei nahezu jedem Vertrag die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung fraglich, wenn das Gericht seine eigene Bewertung an die Stelle der Preisfindung zwischen den Parteien setzen sollte.<sup>26</sup> Bei anderen Geschäften wäre anzuzweifeln, ob sie überhaupt geschlossen werden sollten.<sup>27</sup> Ein Beispiel ist die nach geltendem Recht unproblematische Bürgschaft eines Alleingesellschafters für seine Kapitalgesellschaft. Die persönliche Bürgenhaftung belastet den Gesellschafter mit hohen Risiken, wäre aber vielleicht für eine effiziente Kreditfinanzierung nicht erforderlich,<sup>28</sup> in diesem Falle wäre die Bürgschaft wohl auch unge-

recht.<sup>29</sup> Ist das geschlossene Geschäft grundsätzlich anzuerkennen, lässt sich in der Ausgestaltung beinahe jede Anreizgebung und Risikoverteilung als ungerecht angreifen. Erhöhen sich zum Beispiel bei einem längerfristigen Ölliefervertrag zu einem Festpreis die Beschaffungskosten um 20 %, 50 %, 100 % oder gar um 516 %, <sup>30</sup> so spricht viel dafür, dass die Gerechtigkeit eine Anpassung des Vertrags verlangt: Vermutlich könnte der Käufer den Verbrauch des wertvoller gewordenen Öls verringern, so dass die Liefermenge gekürzt werden sollte. Darüber hinaus kann man es für geboten halten, den Käufer an den entstehenden Verlusten zu beteiligen, um einen Zufallsgewinn des Käufers<sup>31</sup> und ein Klumpenrisiko des Verkäufers aus einer Vielzahl von Lieferverträgen zu vermeiden.<sup>32</sup> Im Ergebnis wäre gerechterweise auch der Preis anzupassen – und zwar nicht nur bei „untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit der betroffenen Partei nicht zumutbaren Ergebnisse[n]“, wie sie der BGH verlangte.<sup>33</sup>

## 2. Folgen von Rechtsunsicherheit

In dem zuletzt skizzierten Fall hat der BGH trotz des extremen Preisanstiegs eine Anpassung des Vertrages abgelehnt.<sup>34</sup> Zu erklären ist dieses Ergebnis damit, dass die Preisbestimmung keiner umfassenden Gerechtigkeitskontrolle unterworfen, sondern in ihrer (begrenzten) Fehlerhaftigkeit hingenommen wird. Dogmatisch kann man diese Zurückhaltung mit der „überragenden Bedeutung [... des] Grundsatz[es] der Vertragstreue“ begründen.<sup>35</sup> Funktional geht es darum, die nachteiligen Folgen von Rechtsunsicherheit für den Vertrag zu verringern.

### a) Gefährdung des Vertragszwecks

Eine Anreizüberlegung verdeutlicht, weshalb es den Vertragszweck beeinträchtigen kann, wenn die Pflichtenlage für die Beteiligten unsicher wird. Auf die rechtliche Verbindlichkeit eines Vertrags kommt es an, wenn der Leistungstausch nicht (mehr) im Interesse beider Parteien liegt. Erfüllt der Schuldner nicht, wird der Gläubiger seine Forderung in der Regel nicht in Natur

<sup>24</sup> Sieht man die Forderungen der Gerechtigkeit in einem bestimmten Vertragsfall nicht als Gegenstand möglichen objektiven „Wissens“, wäre von unterschiedlichen „Auffassungen“ zwischen Parteien und Gericht zu sprechen; an der mangelnden Vorhersehbarkeit ändert das nichts.

<sup>25</sup> Zum hier entwickelten Verständnis von (Rechts-)Unsicherheit näher *Andreas Engert*, *The bad man revisited: Rechtsunsicherheit in der Verschuldenshaftung*, in: *Wulf A. Kaal/Matthias Schmidt/Andreas Schwartze* (Hrsg.), *Festschrift Kirchner*, Tübingen 2014, S. 735 ff., 737 ff.; *Andreas Engert*, *The bad man revisited: Rechtsunsicherheit in der Verschuldenshaftung*, in: *Stefan Arnold/Stephan Lorenz* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift Unberath*, München 2015, S. 91 ff., 95 ff.; *Andreas Engert*, *Sollten Fondsverwalter für fehlerhafte Anlageentscheidungen haften?*, in: *Matthias Casper/Lars Klöhn/Wulf-Henning Roth/Christian Schmies* (Hrsg.), *Festschrift Köndgen*, Köln 2016, S. 167 ff., 174.

<sup>26</sup> Richtigerweise müsste sich ein Gericht allerdings häufig deshalb zurückhalten, weil seine Einsicht in die gesamtwirtschaftliche Güterknappheit nicht ausreicht, um den Preis gerechter als der Markt zu bestimmen, also aus dem oben behandelten Grund (Absatz zu Fn. 23 f.).

<sup>27</sup> Vgl. *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 168: „vielleicht ist es schon unrichtig, daß gerade dieser Käufer knappe Stoffe erhält, da er sie gar nicht gemeinschaftswichtig ausnutzen kann, daß er jetzt solche erwirbt, obgleich er genügend Vorräte hat, daß er diese Menge erwirbt, daß er von dieser Person erwirbt usw.“.

<sup>28</sup> Anders wäre es, wenn die Bürgschaft einen ineffizienten Risikoanreiz des Gesellschafters verringert. Nachweise dazu bei *Andreas Engert*, *Drohende Subordination als Schranke einer Unternehmenskontrolle durch Kreditgeber* in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2012, S. 835 ff., 850 f.

<sup>29</sup> Persönliche Sicherheiten können sich am Markt trotz Wettbewerbs unter Kreditgebern durchsetzen, selbst wenn sie ineffizient sind, weil sie als (ineffizientes!) Signal für Kreditwürdigkeit aufgefasst werden, dazu *Ian Ayres*, *The Possibility of Inefficient Corporate Contracts*, in: *University of Cincinnati Law Review* 60 (1991), S. 387 ff., 392 ff.

<sup>30</sup> So der höchste Preisausschlag von ursprünglich 99,50 DM auf 613 DM im „Ölpreisfall“, Bundesgerichtshof, in: *Juristenzeitung* 1978, S. 235 f.

<sup>31</sup> Vgl. *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Auflage, Hamburg 2012, S. 470 ff., wo die Mehrbelastung des Verkäufers durch die nach Meinung der Autoren gebotene Risikoabsicherung auf 5 bis 25 % der Beschaffungskosten beziffert wird.

<sup>32</sup> Letzteres wäre erneut ein ökonomisches Effizienzargument, nämlich die Senkung der Risikotragungskosten der Parteien.

<sup>33</sup> BGH 8.2.1978 – VIII ZR 221/76, in: *Juristenzeitung* 1978, S. 235 f., 236. Vergleiche dazu nun § 313 Abs. 1 BGB.

<sup>34</sup> BGH 8.2.1978 – VIII ZR 221/76, in: *Juristenzeitung* 1978, S. 235.

<sup>35</sup> BGH 8.2.1978 – VIII ZR 221/76, in: *Juristenzeitung* 1978, S. 235 f., 236.

durchsetzen, sondern über Rücktritt und Schadensersatz geltend machen.<sup>36</sup> Aus Effizienz- wie Gerechtigkeitsgründen sollten diese Rechtsfolgen den Schuldner zur Leistung anhalten, solange sein Erfüllungsaufwand geringer als der Nichterfüllungsschaden des Gläubigers ist.<sup>37</sup> Rückgewähr- und Schadensersatzansprüche genügen dieser Anforderung grundsätzlich.<sup>38</sup> Liegt der bereits entrichtete Preis bei 80 Euro und der Nichterfüllungsschaden bei 100 Euro (Surrogationsmethode) beziehungsweise 20 Euro (Differenzmethode), so wird der Schuldner seine Leistung erbringen, solange ihn dies weniger als 100 Euro kostet. Diese Bindung an das Gläubigerinteresse lockert sich, wenn die Leistungspflicht aus Sicht des Schuldners rechtlich unsicher wird: Sieht der Schuldner eine Chance von 20 % (oder gar von 50 %), dass der Vertrag und damit seine Verpflichtung einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhält, so sinkt der Erwartungswert seiner Haftung von 100 Euro auf 96 Euro (beziehungsweise 90 Euro).<sup>39</sup> Leisten würde er nur noch, wenn seine Kosten geringer als dieser Wert wären.<sup>40</sup> Dies schwächt die Verlässlichkeit des Vertrags für den Gläubiger. Die Rechtsunsicherheit trifft damit die Kernfunktion des Vertragsrechts, den Schutz des Vertrauens in die wechselseitige Erfüllung. Nimmt die Rechtsunsicherheit zu, müssen sich die Parteien stärker auf die außerrechtliche Durchsetzung mittels langfristiger Beziehungen (Relationalität) und Marktrepputation stützen; dies schmälert tendenziell das Potential für wertschöpfende Kooperation.

Entsprechende Folgen sind selbst dann zu gewährleisten, wenn nicht die Wirksamkeit des Vertrags in Frage gestellt, sondern nur in seinen Inhalt eingegriffen wird.<sup>41</sup> So mag der Schuldner im Öllieferungsfall eine Erhöhung des Lieferpreises wegen gestiegener Beschaffungskosten verlangen. Wenn sich der Gläubiger darauf nicht einlässt, die Rechtslage aber unsicher ist, entsprechen die Anreize des Schuldners denen bei einer möglichen Unwirksamkeit des Vertrags: Erweist sich sein Erhöhungsbegehren als berechtigt, schuldet er keinen Schadensersatz, wenn er die Erfüllung

<sup>36</sup> Empirische Belege für diese verbreitete Annahme sind spärlich, siehe aber *Yonathan A. Arbel*, Contract Remedies in Action: Specific Performance, in: *West Virginia Law Review* 118 (2015), S. 100 ff., 117 („plaintiffs opt-out of specific performance in what seems like many cases“).

<sup>37</sup> Ob der Schuldner auch darüber hinaus zur Leistung gezwungen werden sollte, ist Gegenstand der bekannten Diskussion über einen „effizienten Vertragsbruch“, dazu überblicksweise *Ariel Porat*, Remedies, in: *Francesco Parisi* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Law and Economics*, Band 2, Oxford 2017, S. 308 ff., 313 ff.

<sup>38</sup> Anders natürlich, wenn aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht der volle Schaden des Gläubigers ausgeglichen wird, dazu etwa *Anthony T. Kronman*, Specific Performance, in: *University of Chicago Law Review* 45 (1978), S. 351 ff., 359 ff.

<sup>39</sup> Den erhaltenen Preis muss der Schuldner in jedem Fall erstatten, auch wenn er sich von dem unerwünschten Vertrag befreien kann. Damit berechnet sich der Erwartungswert seiner Haftung mit  $80 \text{ Euro} + 0,8 \times 20 \text{ Euro} = 96 \text{ Euro}$  bzw.  $80 \text{ Euro} + 0,5 \times 20 \text{ Euro} = 90 \text{ Euro}$ .

<sup>40</sup> Zur Vereinfachung außen vor bleiben die Kosten eines Rechtsstreits (dazu sogleich unter III.2.b), Risikoaversion und besondere Präferenzen (z. B. für die Einhaltung von Versprechen).

<sup>41</sup> Zu einer Milderung der Rechtsfolgen bereits *Walter Schmidt-Rimpler* (Fn. 6), S. 158 f.

wegen der ablehnenden Haltung des Gläubigers verweigert.<sup>42</sup> Wiederum kann also Rechtsunsicherheit den Schuldner zur Nichterfüllung veranlassen, obwohl die Leistungserbringung weiterhin effizient und gerecht ist.

Bemerkenswert ist dabei, dass sich die Unsicherheit gar nicht auf die Frage der Erfüllung beziehen muss, sondern andere Gesichtspunkte wie die Höhe der Gegenleistung betreffen kann. Die Nichtleistung des Schuldners ist dann eindeutig ineffizient und widerspricht *für sich genommen* dem Gerechtigkeitsgebot, ergibt sich aber als rechtliche Nebenfolge aus der möglicherweise gebotenen Preisanpassung. Zwingend ist dieses „Weiterfressen“ der Rechtsunsicherheit im Vertragsgefüge indes nicht. Man könnte die Leistungspflicht des Schuldners vom Streit über die Gegenleistung entkoppeln, indem man ihm keine Einrede gewährt und ihn stattdessen darauf verweist, den höheren Preis einzuklagen. Dieser Lösungsansatz lässt sich verallgemeinern: Immer, wenn die richterliche Gerechtigkeitskontrolle nicht Inhalt oder Art und Weise der Sachleistung betrifft, könnten sich ihre Rechtsfolgen auf einen finanziellen Ausgleich beschränken, der gegebenenfalls nachträglich zu erbringen wäre und die Durchführung des Vertrages sonst nicht beeinflussen würde. Dies würde den Vertragszweck gegen die entstandene Rechtsunsicherheit abschotten.

## b) Streitkosten

Als weiterer Grund für eine Beschränkung der Gerechtigkeitskontrolle bleiben aber in jedem Fall die Kosten rechtlicher Auseinandersetzungen. Soweit Gerechtigkeitsfragen zu Rechtsfragen erhoben werden, können die Parteien sie als Rechtsstreit austragen. Dies verursacht erhebliche Kosten. Dazu zählen Ausgaben für Gerichte und Rechtsanwälte, ebenso aber die von den Beteiligten eingesetzte Zeit und Aufmerksamkeit. Bereits die direkt messbaren finanziellen Kosten sind erheblich und können einen nennenswerten Teil der Streitsumme ausmachen.<sup>43</sup> Der Aufwand der Parteien dürfte typischerweise mit dem Streitwert und der Schwierigkeit des Falles – der Unsicherheit der Rechtslage – steigen.

Streitkosten verringern zum einen den Zugewinn an Gerechtigkeit, den eine umfassende gerichtliche Kontrolle des Vertrags erreichen soll. Wird beispielsweise dem Verkäufer im Öllieferungsfall ein höherer Preis zugemessen, so mindert der Aufwand zu seiner Erstreitung

<sup>42</sup> Im deutschen Recht wäre die Anpassung – wenn überhaupt – auf § 313 Abs. 1 BGB zu stützen; der Schuldner müsste dann nur Zug um Zug gegen den erhöhten Preis leisten, dazu *Florian Loyal*, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 214 (2014), S. 746 ff., 767 (Einrede aufgrund § 242 BGB); *Thomas Finkenauer*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, München 2016, § 313 BGB Rn. 126 (Einrede aus §§ 273, 320 BGB).

<sup>43</sup> Vgl. *Christopher J.S. Hodges/Stefan Vogenauer/Magdalena Tulibacka*, *The Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective*, München 2010, S. 172 ff. (schwierige vertragsrechtliche Streitigkeit über 5 Millionen Euro entgangene Gewinne verursacht geschätzte Prozesskosten von 3 Millionen US-Dollar in England, 770.000 US-Dollar in China und 240.000 US-Dollar in Deutschland).

diesen Vorteil, ja kann ihn ganz aufzehren und sogar übertreffen.<sup>44</sup> Eine mögliche Erstattung von Prozesskosten deckt die finanziellen Ausgaben nur teilweise und den Zeitverbrauch überhaupt nicht. Zudem könnte für das erstrebte Gerechtigkeitsziel der *Erwartungswert* der Prozesskosten maßgeblich sein. In diesem Fall wäre die Gefahr des Unterliegens zu berücksichtigen, so dass die prozessuale Kostenerstattung die zu begünstigende Partei entweder weniger entlasten oder sogar zusätzlich belasten würde.<sup>45</sup>

Zum anderen schmälern die bei Vertragsschluss zu erwartenden Streitkosten den Wert des Vertrags insgesamt. Besteht ein Recht möglicherweise, wird die begünstigte Partei es geltend machen, sobald ihr dies individuell vorteilhaft erscheint. Zusammengenommen haben beide Parteien jedoch ein Interesse, die Streit anfälligkeit des Vertrags gering zu halten. Selbst wenn bestimmte Gerechtigkeitsforderungen – wie eine Anpassung des Preises an gestiegenen Leistungsaufwand – nur eine Seite begünstigen, würde diese häufig gegen andere Zugeständnisse bei Vertragsschluss darauf verzichten.<sup>46</sup> Bündelt man unsichere Gerechtigkeitsfragen über verschiedene Bereiche hinweg, dürfte ein Ausschluss auch ohne besondere Konzessionen beiden Parteien nützen, weil sich die materiellrechtlichen Vor- und Nachteile ausgleichen und die erwarteten Streitkosten beide Seiten belasten.<sup>47</sup> Eine gerichtliche Überprüfung dieser Fragen widerspräche dann den materiellen Interessen der Vertragsparteien. Eine Verabsolutierung von Richtigkeitsanforderungen an den Vertrag wäre ihrerseits nicht zu rechtfertigen. Das Gerechtigkeitsprinzip selbst verlangt deshalb, die gerichtliche Kontrolle des Vertrags zu beschränken.

#### IV. Folgerungen

Das Gerechtigkeitsgebot des § 6 AT ZGB ist ein Grund- und Programmsatz für die Gesetzgebung und Gesetzesauslegung.<sup>48</sup> Unmittelbare Rechtsfolgen ergeben sich erst aus Rechtssätzen wie den Regeln über die Anfechtung (§§ 147 ff. AT ZGB, § 54 Vertragsgesetz [VG]<sup>49</sup>), Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 39

ff. VG) oder die Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten (§ 153 Abs. 2 AT ZGB). Zum Teil sind diese Regelungen allerdings kaum bestimmter als die Forderung des § 6 AT ZGB nach „Gerechtigkeit“ und Vernünftigkeit. So verlangt § 39 VG umstandslos, Allgemeine Geschäftsbedingungen müssten „sich an den Gerechtigkeitsgrundsatz halten“.<sup>50</sup> Die vorstehend entworfene Begründung für die Beschränkung der Gerechtigkeitskontrolle kann dazu beitragen, derartige General Klauseln sachgerecht einzugrenzen. Diese praktisch-juristischen Folgerungen sollen zum Abschluss angegriffen werden.

#### 1. Prozedurale Elemente des Gerechtigkeitsverstoßes

Der Begründungsgedanke der Richtigkeitsgewähr legt es nahe, die richterliche Gerechtigkeitskontrolle vor allem dort eingreifen zu lassen, wo eine Partei ihre Interessen bei den Vertragsverhandlungen nicht gut zum Tragen bringen konnte. Diese Erwägung hat sich in vielen gesetzlichen Regelungen niedergeschlagen, insbesondere der Anfechtung wegen Irrtums, Täuschung, Drohung (§§ 147–150 AT ZGB), aber auch wegen der Ungerechtigkeit eines aufgrund Notlage, mangelnder Entscheidungsfähigkeit oder sonstiger Umstände zustande gekommenen Zivilrechtsgeschäfts (§ 151 AT ZGB; vgl. § 138 Abs. 2 BGB). Ähnlich ist die besondere Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen mit der typischen Informations- und Rationalitätsasymmetrie zwischen Verwender und Kunden zu begründen.<sup>51</sup> Diese und weitere Tatbestände enthalten jeweils ein prozedurales Element, das eine Schwächung oder Ausschaltung der Richtigkeitsgewähr aufgreift. Die Gerechtigkeitskontrolle wird so in vielen Fällen eingegrenzt und zugleich für die Parteien vorhersehbarer, weil sich die tatbestandlich umschriebenen Mängel des Verhandlungsprozesses häufig erkennen und vermeiden lassen.

#### 2. Bestimmtheit des Gerechtigkeitsverstoßes

Nach der hier entwickelten Begründung ist die Gerechtigkeitskontrolle zu beschränken, um Rechtsunsicherheit und deren destruktive Folgen einzudämmen. Die Abwägung zwischen Vertragsfreiheit und Gerechtigkeit erhält so einen spezifischen Akzent: Die Vereinbarung der Parteien sollte möglichst nur in Frage gestellt werden, wenn dies für die Parteien vorhersehbar ist, also wenig Rechtsunsicherheit hervorruft.

#### a) Evidenz des Gerechtigkeitsverstoßes

Je weiter sich die vertragliche Regelung von der Gerechtigkeit entfernt, umso eher werden nicht nur das urteilende Gericht, sondern auch die Parteien einen Gerechtigkeitsverstoß erkennen. Gesetzliche Regelungen verlangen deshalb zum Beispiel ein „auffällige[s]“

<sup>44</sup> Zu einem Rechtsstreit kommt es nur, wenn der Erwartungswert der Durchsetzung für den (vermeintlich) Berechtigten anfänglich positiv ist. Dabei berücksichtigt er nur die eigenen Streitkosten, so dass die Summe der Streitkosten den Streitwert durchaus übersteigen kann. Soweit die Streitkosten abschreckend wirken und die Zahl der Streitfälle verringern, mindern sie zugleich die Relevanz der erstrebten Gerechtigkeitskontrolle.

<sup>45</sup> Bei erstattungsfähigen Prozesskosten des Klägers und Beklagten in gleicher Höhe und einer Wahrscheinlichkeit des Obsiegens von 50 % entspricht der Erwartungswert genau der Situation ohne Prozesskostenerstattung.

<sup>46</sup> Ob es wirklich zu einem Ausgleich zum Beispiel beim Preis kommt, wenn die Rechtsordnung auf eine umfassende Gerechtigkeitskontrolle verzichtet, lässt sich indes nur schwer nachweisen.

<sup>47</sup> Vgl. Alan Schwartz/Robert E. Scott, Contract Interpretation Redux, in: The Yale Law Journal 119 (2010), S. 926 ff., 946 (Streitkosten als Argument für eine Bindung der Vertragsauslegung an den Wortlaut).

<sup>48</sup> Dass die Parteien den Grundsatz der Gerechtigkeit befolgen „müssen“, ist als Übersetzung insoweit nicht ganz glücklich, dazu bereits oben Fn. 5.

<sup>49</sup> 中华人民共和国合同法, vom Volkskongress am 15.3.1999 verabschiedet, in Kraft getreten am 1.10.1999; deutsche Übersetzung von Frank Münzel in: Chinas Recht, 15.3.1999/1.

<sup>50</sup> Kaum eindeutiger § 307 Abs. 1 S. 1 BGB: „entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.“

<sup>51</sup> Vgl. oben Fn. 23.

Missverhältnis (§ 138 Abs. 2 BGB),<sup>52</sup> ein „deutlich“ ungerechtes Geschäft (§ 151 AT ZGB, § 54 Abs. 1 Nr. 2 VG) oder „schwerwiegend[e]“ Änderungen, die ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar machen (§ 313 Abs. 1 BGB).<sup>53</sup> Man kann derartige Qualifizierungen als Abwägung deuten: Nur bei drastischen Verstößen verdient die Gerechtigkeit den Vorzug, während bei weniger schwerwiegenden die Privatautonomie vorgeht. Die Vermeidung von Rechtsunsicherheit liefert eine weitere Erklärung: Schwere Gerechtigkeitsverstöße sind für die Beteiligten eher erkennbar als geringfügige.

## b) Regelmäßigkeit des Gerechtigkeitsverstößes

Gerichte nutzen Generalklauseln wie die guten Sitten nicht nur, wenn die von ihnen erkannte Ungerechtigkeit für jedermann offenkundig ist. Ein Beispiel bietet die deutsche Rechtsprechung zu Personalsicherheiten naher Angehöriger. Die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts erklärte eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft über 100.000 DM der 21 Jahre alten, „überwiegend arbeitslos[en]“ Tochter eines Immobilienmaklers für dessen Bankkredit als „ungewöhnlich belastend und [...] offensichtlich unangemessen“.<sup>54</sup> Dagegen hatte der Bankenverband – immerhin bedenkenwert – eingewandt, die Mithaftung von Angehörigen solle drohende Vermögensverschiebungen verhindern und dem Schuldner einen stärkeren Anreiz geben, seine Solvenz zu erhalten.<sup>55</sup> Der Bundesgerichtshof hatte die Bürgschaft zuvor für wirksam erklärt.<sup>56</sup> An der Evidenz des Gerechtigkeitsverstößes kann man deshalb mit Fug und Recht zweifeln.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Allgemein sollen die guten Sitten nach der in Deutschland vorherrschenden Ansicht nur das „sozialethische Minimum“ gewährleisten, Diskussionsstand bei Rolf Sack/Philipp Fischinger, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Berlin 2017, § 138 BGB Rn. 71 ff.

<sup>53</sup> Vgl. oben Text zu Fn. 33.

<sup>54</sup> BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, in: Entscheidungen der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 89, S. 214 ff., 234.

<sup>55</sup> BVerfG (Fn. 54), S. 225. Für das Verhältnis zwischen Ehegatten folgte der BGH diesem Argument sogar noch nach dem Bürgschaftsbeschluss des BVerfG, BGH, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ) 151, S. 230 ff., 234 ff.

<sup>56</sup> BGH 16.3.1989 – IX ZR 171/88, in: Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 1605. Allerdings hatte das Schrifttum die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kritisiert, siehe die Nachweise in BVerfG (Fn. 54), S. 217; ferner später (und trotz grundsätzlicher Einwände gegen das Bundesverfassungsgericht) Klaus Adomeit (Fn. 8), S. 2467; Uwe Diederichsen, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück juristischer Methodenlehre, in: Archiv für die zivilistische Praxis 198 (1998), S. 171 ff., 247; zweifelnd Wolfgang Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, in: Archiv für die zivilistische Praxis 196 (1996), S. 1. ff., 3 f. Eine soziologische Begründung des Gerechtigkeitsverstößes als Übergriff des Ökonomischen in die Eigenlogik familiärer Beziehungen gibt Gunther Teubner, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 83 (2000), S. 388 ff., 390 ff.

<sup>57</sup> „Evidenz“ verlangt freilich nur, dass sich nahezu alle unvoreingenommenen Beobachter über die Beurteilung einig sind, nicht hingegen, dass sie – gleichsam als Evidenz zweiter Ordnung – diese Beurteilung für zweifelsfrei halten.

Dennoch lässt sich die „Bürgschaftsrechtsprechung“ mit einer beschränkten Gerechtigkeitskontrolle vereinbaren: Rechtssicherheit besteht nicht nur, wenn die Gerechtigkeitsanforderungen an den Vertrag von vornherein allgemein einsichtig sind. Die nötige Bestimmtheit kann daneben durch rechtliche Setzung erreicht werden. Die Macht zu einem solchen juristischen *fiat* kommt dem Gesetzgeber zu, wenn er der Privatautonomie gesetzliche Grenzen zieht. Aber auch die Rechtsprechung kann für die Zukunft klarstellen, welche (nicht evidenten) Gerechtigkeitsverstöße mit Rechtsfolgen sanktioniert werden. Dies setzt voraus, dass Gerichte die Gerechtigkeitskontrolle nicht nach individuellem Dafürhalten ausüben, sondern von anderen – insbesondere höheren – Gerichten aufgestellte Rechtssätze anwenden. Entwickelt werden diese Rechtssätze anhand von Einzelfällen. Die ersten Entscheidungen zur Schöpfung solcher Regeln sind nicht sicher vorhersehbar – die Ungerechtigkeit ist eben nicht offenkundig. Hinnehmbar wird die von dieser Möglichkeit hervorgerufene Unsicherheit nur, wenn eine solche Rechtsfortbildung an Bedingungen geknüpft ist. Gefordert ist die Entwicklung abstrakt-genereller Rechtssätze über den entschiedenen Einzelfall hinaus. Diese müssen in einer erheblichen Zahl wirklich zu erwartender, künftiger Sachverhalte die Rechtslage einigermaßen sicher festlegen, also subsumtionsfähig sein. In seinem Bürgschaftsbeschluss hat das Bundesverfassungsgericht dies ausdrücklich anerkannt, indem es grundrechtliche Schutzpflichten „[s]chon aus Gründen der Rechtssicherheit“ nur bei einer „typisierbare[n] Fallgestaltung“ bejahte.<sup>58</sup> In der Tat handelte es sich bei den Bürgschaftsfällen um eine verbreitete Praxis, und der BGH hat dafür in den Folgejahren einigermaßen rechtssichere Prüfungskriterien entwickelt.<sup>59</sup>

## V. Zusammenfassung in Thesen

1. Die beiden vertragsrechtlichen Prinzipien der Vertragsfreiheit (§ 5 AT ZGB) und der Gerechtigkeit (§ 6 AT ZGB) sind nach der Lehre Schmidt-Rimplers nicht gleichgeordnet, sondern stehen in einem Ableitungsverhältnis: Die Vertragsfreiheit hat keinen eigenständigen Wert, sondern ist ein Mittel, um gerechte („richtige“) Regelungen zu erreichen. Vertragsgerechtigkeit impliziert also Vertragsfreiheit.
2. Der erste Schritt zur Begründung dieses Ableitungszusammenhangs besteht in der „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“. Weil sämtliche Parteien am Vertragsschluss mitwirken, ist grundsätzlich zu erwarten, dass der Vertrag die betroffenen Interessen zu einem gerechten Ausgleich bringt. Allerdings unterliegt die Richtigkeitsgewähr vielen gewichtigen Einschränkungen.

<sup>58</sup> BVerfG (Fn. 54), S. 232.

<sup>59</sup> Vergleiche etwa BGH 14.5.2002 – XI ZR 50/01, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ) 151, S. 34 ff., 36 ff.; BGH 24.2.1994 – IX ZR 93/93, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ) 125, S. 206 ff., 210 ff.; zusammenfassend Rolf Sack/Philipp Fischinger (Fn. 51), S. 405 ff.

Dies legt eine umfassende hoheitliche Überprüfung geschlossener Verträge nahe, so dass für echte Vertragsfreiheit wenig Raum bliebe.

3. Im zweiten Begründungsschritt ist deshalb zu erweisen, weshalb eine schrankenlose Gerechtigkeitskontrolle dem Gerechtigkeitsprinzip zuwiderliefe: Da die Anforderungen der Vertragsgerechtigkeit häufig nicht eindeutig sind, erzeugt die Möglichkeit gerichtlicher Eingriffe erhebliche Rechtsunsicherheit. Dies beeinträchtigt die Steuerungsfunktion des Vertrags und gefährdet den Vertragszweck. Zudem belastet es die Vertragsparteien mit Streitkosten. Eine solche Entwertung des Vertrags widerspräche der Gerechtigkeit.

4. Bereits aus dem Gerechtigkeitsprinzip folgt somit, dass die Rechtsordnung die von den Parteien getroffene Regelung grundsätzlich unverändert respektieren sollte. Eingriffe in die Vertragsfreiheit müssen beschränkt bleiben auf (a) Mängel des Vertragsschlusses selbst, (b) offensichtliche Gerechtigkeitsverstöße und (c) regelhafte Gerechtigkeitsverstöße, die sich in einer Vielzahl von Fällen anhand zu entwickelnder subsumtionsfähiger Tatbestände einigermaßen sicher feststellen lassen.

\* \* \*

### ***Contractual Freedom vs. Contractual Justice – §§ 5 and 6 of the General Part of the Civil Code of the People's Republic of China***

*The article examines the relationship between the principles of contractual freedom and justice as enshrined in the new General Part of the Chinese Civil Code. To this end, it considers the contract theory of German legal scholar Walter Schmidt-Rimpler. According to this theory, contractual freedom is merely a means of creating a "correct" (just) regulation of a contractual exchange between parties. However, the free bargaining process does not guarantee that the resulting contract will be perfectly just. Therefore, it seems obvious at first glance that the contract should be subject to comprehensive judicial review. Schmidt-Rimpler objected to such far-reaching interventions as a serious threat to legal certainty. The article elaborates on this claim in more detail. It thus provides a reason why judicial review of a contract must remain narrowly limited even if freedom of contract is only a means to the end of contractual justice.*