

Stefan Arnold: *Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. (Jus Privatum 182) XX, 489 S., Ln.: 109,- €. ISBN 978-3-16-152986-3.

I.

Reflexionen über die Rolle der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht findet man eher selten.¹ Das Interesse fokussiert sich zumeist auf die *iustitia commutativa*: „Aber wesentlich ist, dass die ausgleichende Gerechtigkeit essentiell ist, die Elemente von Verteilungsgerechtigkeit hingegen akzidentuell sind. Man könnte auf solche Elemente verzichten, und hätte immer noch ein Privatrecht vor sich.“² Aber stimmt das? Kann man sich ein Privatrecht ohne Verteilungsgerechtigkeit vorstellen? Und welches Gesellschaftsmodell liegt dem zugrunde?³ Von der Privatrechtstheorie ist es auch lediglich ein kleiner Schritt zur Privatrechtspolitik. Grundsätzliche Systemkritik erfährt nicht nur der deutsche, sondern regelmäßig auch der EU-Gesetzgeber, wenn es darum geht, das Privatrecht als Medium der Umverteilung zu instrumentalisieren und soziale Standards zu etablieren.⁴ Vor diesem Hintergrund ist es überaus verdienstvoll, dass *Stefan Arnold* in seiner Münchener Habilitationsschrift (Betreuer: *Stephan Lorenz*) die Idee der *iustitia distributiva* aufgreift, in ihrer gesamten rechtsphilosophischen Dimension rekonstruiert und ihre Bedeutung für das Vertragsrecht herausarbeitet. Die Intention des Autors besteht dabei lediglich darin, die funktionalen rechtspolitischen Verteilungsentscheidungen aufzudecken, nicht aber konkreten Umverteilungsmaßnahmen das Wort zu reden.

II.

Als Grundaxiom verfißt *Arnold* die These, Gerechtigkeit sei nicht nur die Idee des Rechts, sondern auch das Ziel des Vertragsrechts. Er setzt sich damit über die positivistische Trennungsthese (*Kelsen*) hinweg und verwirft zudem die Vorstellung, dass das Privatrecht funktionslos, rein bipolar aus sich selbst heraus zu verstehen ist (*Wein-*

¹ Eine Ausnahme bildet die Schrift von *Canaris*, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, 1997 = *ders.*, *Gesammelte Schriften* Bd. III, 2012, S. 35 ff.

² *Rödl*, AcP 216 (2016), S. 371 ff. (372).

³ Konsequent *Rödl*, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, 2015, S. 454 und identisch S. 466: „Das Privatrecht handelt von zweckverfolgenden Wesen, nicht aber von Menschen aus Fleisch und Blut. Der menschliche Leib und seine Bedürfnisse haben keine Rolle innerhalb des Privatrechts.“

⁴ S. nur *Eidenmüller*, in: *Schulze/von Bar/Schulte-Nölke*, *Der akademische Entwurf für einen gemeinsamen Referenzrahmen, Kontroversen und Perspektiven*, 2008, S. 73 ff. (83): „Es wäre besser gewesen, wenn der DCFR überhaupt nicht versuchen würde, verteilungspolitische Ziele mit Hilfe des Privatrechts zu erreichen: Umverteilung durch Privatrecht ist nämlich zum einen immer ineffizienter als Umverteilung durch Steuer- und Sozialrecht, und zum anderen ist sie im Vertragsrecht in der Regel sogar überhaupt nicht möglich.“

rib). Letzteres widerlegt der Autor durch einen Blick auf die makroskopische (Kartell- und Wettbewerbsrecht, Ressourcenknappheit) sowie mikroskopische Ebene (staatliche Vollstreckbarkeit vertraglicher Rechte). Ein monistisches Vertragsverständnis führt darüber hinaus *nolens volens* zu dogmatischen Verwerfungen. Wer die Zwecke des Vertragsrechts auf die rein individuelle Freiheit einengt, kann beispielsweise einen Schutz vor Diskriminierungen schwerlich mit den Interessen des Exkludierten rechtfertigen. Um offenkundig untragbare Ergebnisse zu vermeiden, wird dann dem Diskriminanten, der nach seinen eigenen Maßstäben völlig konsequent einen Vertragsschluss ablehnt, ein widersprüchliches, mit der „Marktvernunft“ unvereinbares Verhalten vorgeworfen.⁵ Demgegenüber fordert *Arnold* ein umfassendes, gerechtigkeitsorientiertes Modell. Er sieht das Ziel (regulative Idee) des Vertragsrechts auch nicht nur eingeschränkt in der bloßen Negation von Ungerechtigkeit (*Canaris*), sondern mit Rücksicht auf die erforderliche Anerkennung durch die Privatrechtsakteure in der vollen Verwirklichung von Gerechtigkeit.

III.

Ideengeschichtlich greift *Arnold* auf die *aristotelische* Unterscheidung zwischen *iustitia distributiva* (relative Gleichheit nach geometrischer Proportion, gleichsam einem Dreieck) und *iustitia commutativa* (absolute Gleichheit nach arithmetischer Proportion, gleichsam einer Gerade) zurück, die er beide als Ausprägungen der objektiven Gerechtigkeitsidee versteht. Die *iustitia commutativa* abstrahiere von der Würdigkeit der Akteure, doch ließen sich bei ihr, ebenso wie bei der Verteilungsgerechtigkeit, konkrete Gerechtigkeitsaussagen nur unter Zuhilfenahme politischer Wertungen ableiten: im deliktischen Bereich bei der Bestimmung der Kompensationsleistung, im vertraglichen Bereich in Form des Bekenntnisses zur Privatautonomie oder einer objektiven Preisbildung.

Verfeinert und weiterentwickelt wird die aristotelische Gerechtigkeitslehre von *Thomas von Aquin*, der die *iustitia distributiva* als Gerechtigkeitsform der Über- und Unterordnung bezeichnet (so bei der Verteilung von Gemeinschaftsgütern, aber z.B. auch von Geschenken). Das wesentliche Kennzeichen der *iustitia commutativa* ist nunmehr der gemeinsame Vertragszweck. Ein vertraglicher Austausch erweist sich danach als ungerecht, falls der gemeinsame Nutzen verfehlt wird (z.B. wegen Betrugs oder aufgrund eines unangemessenen Kaufpreises).

Als dritten Entwicklungsschritt benennt *Arnold* die Gerechtigkeitslehre von *John Rawls*, in der die *iustitia distributiva* als soziale Gerechtigkeit, als genereller Maßstab für die Verteilung von Ressourcen, Rechten und Pflichten erscheint. Diesen Ausführungen über das *Rawls'sche* Differenzprinzip folgt, etwas unstrukturiert, ein Einschub über die soziale Gerechtigkeit als Teil der objektiven Rechtsidee, um sodann darzulegen, dass die Gerechtigkeitslehre von *Rawls* mit der Instrumentalisierung des Vertragsrechts für soziale Zwecke vereinbar ist. Die eingefügten Ausführungen zu dem Kernproblem der sozialen Gerechtigkeit als Teil der Rechtsidee bleiben auch inhaltlich

⁵ So *Picker*, in: Lorenz, *Karlsruher Forum*, 2004, S. 7 ff. (28 ff., 33): „Kurz: Nicht die ‚Diskriminierung‘ als solche, sondern der Widerspruch zu den ‚Selbstgesetzlichkeiten‘ des Diskriminanten bestimmt die rechtlichen Folgen.“

blass. Im Wesentlichen beschränkt sich die Argumentation auf den Pazifikationsgedanken und weithin bekannte Einwände gegen *Nozick's* Minimalstaatsmodell. Arbeiten von *Martha Nussbaum* und *Amartya Sen* werden zwar zitiert, aber nicht weiter ausgewertet. Freiheitssichernde, gleichheitswahrende und speziell die Menschenwürde schützende Aspekte bleiben unberücksichtigt.⁶

IV.

Die Konkretisierung der Rechtsidee im Sinne der *iustitia distributiva* findet auf einer höchst abstrakten Ebene statt. Sie besagt noch nichts über die Relevanz der Verteilungsgerechtigkeit in den einzelnen Rechtsgebieten. Gegen eine Instrumentalisierung des Zivil- und Vertragsrechts für soziale Zwecke wird immer wieder eingewandt, dass die *iustitia distributiva* die Gerechtigkeitsform des öffentlichen Rechts sei, das Privatrecht hingegen von der *iustitia commutativa* beherrscht werde (*Radbruch, Honssell* u.a.). Dieser Abgrenzungsversuch zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht ist ebenso differenzierungsarm und holzschnittartig wie die klassische Interessen- und Subordinationstheorie. Auch das Kriterium der Grundrechtsbindung ist infolge der allseitigen Wirkkraft des Art. 1 Abs. 1 GG als Differenzierungsmaßstab nur bedingt tauglich. Die einzelnen Abgrenzungstheorien beschreiben somit lediglich Regel-Ausnahme-Verhältnisse. Dieselbe Relation wird von *Canaris* auch zwischen der Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit im Vertragsrecht angenommen: Die *iustitia commutativa* ist aufgrund der Vertragsfreiheit prinzipiell vorrangig, doch besteht in Ausnahmekonstellationen eine Bindung der Vertragsparteien an die Gebote der *iustitia distributiva*.⁷

Arnold geht darüber hinaus. Er lehnt die Differenzierung zwischen privatem und öffentlichem Recht zwar nicht kategorisch ab (rechtspolitisch wünschenswert), beide Rechtsgebiete würden sich jedoch im Hinblick auf die herrschenden Gerechtigkeitsprinzipien nicht unterscheiden. Dieser These liegen vor allem zwei streitbare Annahmen über Freiheit und Zwang zugrunde. Zum einen gebe es keine „Freiheit als solche“, lediglich einzelne Freiheitsaspekte, die nur in ihrer notwendigen Relation zu Aspekten der Unfreiheit der Gegenseite verstanden werden könnten (S. 114). Es wäre also falsch zu sagen, dass Verbraucherschützende Widerrufsrechte als Eingriff in die Privatautonomie nur begrenzt zu rechtfertigen sind; die (politisch zu bewertenden) Widerrufsrechte schränkten zwar die unternehmerische Freiheit ein, erweiterten zugleich aber die Freiheitsrechte der Verbraucher. Zum anderen seien die Verteilungsergebnisse und Verteilungsstrukturen in der privaten Sphäre ebenso von Gewalt und Zwang geprägt wie im öffentlichen Bereich. Zahle ein Käufer den Kaufpreis, so tue er das, wenn nicht aus moralischem Gefühl, jedenfalls aufgrund der drohenden Vollstreckung, die zusätzlich von starkem gesellschaftlichem Druck flankiert werde.

Man kann das Verhältnis von Autonomie und Zwang freilich auch anders sehen: Der Käufer hat ebenso wie der Verkäufer die (positive oder negative) Freiheit, sich vertraglich uneingeschränkt zu binden. Diese Bindung impliziert weder einen Freiheitsverlust

⁶ Knapper Überblick zuletzt bei *Kanalan*, ARSP 103 (2017), S. 42 ff. (44 ff.).

⁷ *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (oben Fn. 1), S. 35.

noch einen Grundrechtsverzicht. Sind die Voraussetzungen der Selbstbestimmung wegen endogener oder exogener Beeinträchtigungen⁸ nicht gewährleistet, interveniert der Gesetzgeber aus Gründen der *iustitia distributiva* bzw. *commutativa*. Der Käufer zahlt den Kaufpreis in der Regel auch nicht infolge von Fremdeinflüssen, sondern schlicht und einfach, weil er sich durch sein „Versprechen“, durch die „*lex contractus*“, rechtlich gebunden hat.⁹ Diese Sichtweise bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber Eingriffe in die Privatautonomie im Sinne des Subsidiaritätsdogmas zu rechtfertigen hat. Die selbstregulierende Ordnung der Wirtschaft ist nicht vorrangig, vielmehr verfügt der demokratisch legitimierte Gesetzgeber über eine konkurrierende sozialgestalterische Kompetenz. Er muss lediglich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das Willkürverbot und die Wesensgehaltsgarantie beachten sowie die Gründe für sein Legiferieren angeben. Letzteres, also das Handeln begründen zu müssen, ist wiederum – *cum grano salis* – kennzeichnend für das öffentliche Recht, obgleich es auch im Privatrecht vereinzelte Begründungspflichten gibt (z.B. bei der Nichteinstellung eines schwerbehinderten Bewerbers gem. § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX).¹⁰

V.

Auf der vertragsrechtlichen Ebene sieht *Arnold* die *iustitia distributiva* gleich dominant wie die *iustitia commutativa*. Beide Gerechtigkeitsformen seien Ausdruck der objektiven Gerechtigkeitsidee. Während die *iustitia distributiva* über die konkreten Vertragsverhältnisse hinaus die Verhaltenssteuerung, den Schwächerenschutz, soziale Gerechtigkeit und Allgemeinwohlbelange berücksichtige, blende die *iustitia commutativa* solche Verallgemeinerungen aus und beschränke sich auf das Verhältnis der konkret betroffenen Vertragsparteien. In der weiteren Folge rechnet *Arnold* insbesondere auch die §§ 123, 134, 138 BGB zur *iustitia distributiva* (S. 172 ff., 247).

Die Vertragsimmanenz und die Vertragsfremdheit sowie die Kriterien „in“ und „ohne“ Ansehung der Person (*Canaris*) bieten nach *Arnold* keine vollständig befriedigende Beschreibung. Gerade die angeführten Beispielfälle von Zwang, widerrechtlicher Drohung und arglistiger Täuschung lassen sich nach dieser Differenzierung indes unschwer und sehr einleuchtend der *iustitia commutativa* zuordnen, weil der Einsatz jener Mittel eben ganz generell, d.h. ungeachtet der „Ansehung“ der Beteiligten, untersagt ist. Dass solche Verbote als Nebeneffekt auch präventiv, also über das konkrete Vertragsverhältnis hinaus wirken, ändert daran substantiell nichts. Überschneidungen sind freilich allenthalben feststellbar.

⁸ S. zu dieser Differenzierung zuletzt *Wiedemann/Wank*, JZ 2013, 340 ff. (341 ff.); zu den Bedingungen freier Selbstbestimmung am Beispiel von *Arthur Schnitzlers* Novelle „Fräulein Else“ *Singer*, in: Bayerischer Anwaltsverband, Einwilligung – Allheilmittel mit schweren Nebenwirkungen, 2016, S. 143 ff.

⁹ S. hierzu auch *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrages, 2015, S. 14 ff.

¹⁰ Zur Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht ausführlicher *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 2 Rn. 1 ff.

VI.

Weiter ins Detail gehend untersucht *Arnold* das Verhältnis der *iustitia distributiva* zu dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht versteht *Arnold* „die Vertragsfreiheit nur als Bündel verschiedener sich wechselseitig beschränkender Freiheitsbefugnisse“ (S. 206). Dies ist konsequent, mit der Konzeption der Grundrechte als Abwehrrechte allerdings nicht leicht vereinbar, ebenso wenig mit der Idee sozialer Grundrechte.¹¹ Konsequent ist auch, dass *Arnold* die methodisch (nicht der Sache nach) stark angreifbare Rechtsprechung des *BVerfG* zum Mieterschutz gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verteidigt und im Sinne eines materialen Eigentumsverständnisses davon spricht, dass „die Möglichkeit zur Nutzung der Wohnung zwischen Mietern und Vermietern nach den verfassungsrechtlich vorgezeichneten und gesetzlich konkretisierten Maßstäben verteilt (wird)“ (S. 325).

Die verfassungsrechtlichen Schranken der Vertragsfreiheit verortet *Arnold* in kollidierenden Grundrechtspositionen sowie dem Sozialstaats- und Gemeinwohlprinzip. Demgemäß könne beispielsweise der Bürgerschaftsbeschluss des *BVerfG* als unmittelbarer Beitrag „zu einer offeneren Berücksichtigung der objektiven Gerechtigkeitsidee auch im Vertragsrecht verstanden werden“ (S. 210). Problematisch ist an dieser Verallgemeinerung im Lichte der *iustitia distributiva* die fehlende Rückbindung an die Vorgaben des Privatrechtsgesetzgebers. Nach der Konzeption des BGB sind (strukturelle) Ungleichgewichtslagen nicht *per se* kompensationsbedürftig, sondern nur nach dem Paradigma des § 138 Abs. 2 BGB.¹² Verfassungsrechtlich ist auch kein darüber hinausgehender Schutzbedarf ersichtlich. Das Untermaßverbot wird erst relevant, wenn elementare Standards nicht eingehalten werden.

Unbestritten ist freilich, dass eine rein formal verstandene Vertragsfreiheit zu faktischer Unfreiheit führt. Die Geschichte der Vertragsfreiheit ist daher im Wesentlichen die Geschichte ihrer Begrenzung (*Leisner*). Terminologisch überrascht lediglich, dass *Arnold* den Begriff der „Materialisierung der Vertragsfreiheit“ unkritisch übernimmt (S. 236). Was heute als Schutz des Schwächeren ausgewiesen wird, war gestern der Schutz des Stärkeren.

VII.

Ausführlich weist *Arnold* nach, dass sich auch das Vertragsrecht zur Konkretisierung der *iustitia distributiva* eignet. So ist es geradezu unerlässlich, das Vertragsrecht so auszugestalten, dass existenzielle Bedürfnisse hinreichend berücksichtigt werden (Arbeitnehmerschutz, Mieterschutz, Diskriminierungsschutz etc.), weil und sofern der Staat (durch sein Steuer- und Sozialsystem) nicht selbst einen wirksamen Schutz zu gewährleisten vermag. Dass es hierbei zu Präzisionsdefiziten kommen kann, also ausnahmsweise auch sozial nicht Bedürftige geschützt werden, ist wie bei jeder Typisierung grundsätzlich hinzunehmen. *Arnold* legt des Weiteren dar, dass mit privat-

¹¹ Anders aber auch *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff. (91 f., 110, 123), wonach die Grundrechte über das Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG unter einem sozialen Vorbehalt stehen.

¹² S. hierzu auch *Singer*, in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 981 ff. (998 ff.).

rechtlichen Umverteilungsmaßnahmen nicht notwendig höhere Effizienzverluste und Effektivitätseinbußen verbunden sind. Unabhängig davon gilt: Die Würde des Menschen, nicht der freie Markt ist unantastbar (solange der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt bleibt).

VIII.

Abschließend illustriert *Arnold* verschiedene Anwendungsgebiete der *iusiustitia distributiva* im Vertragsrecht. Unter der Rubrik „Paternalismus, Schwächerenschutz, menschliche Grundbedürfnisse“ werden vor allem der Mieter-, Verbraucher- sowie Diskriminierungsschutz, unter der Rubrik „Verhaltenssteuerung und Prävention“ Wucherzinsen, geltungserhaltende Reduktion sowie unlauterer Wettbewerb (§§ 241a, 661a BGB) und unter der Rubrik „soziale Gerechtigkeit und Umverteilung“ Geldschulden thematisiert. Des Weiteren werden unter „Allgemeinwohlbelange“ die Entlastung der Sozialhilfeträger (§§ 519, 528 BGB) sowie Kontrahierungszwänge und unter „Interessen- und Risikogemeinschaften“ die Repartierungspflicht bei begrenzten Gattungsschulden wie auch der Wegfall der Geschäftsgrundlage erörtert.

IX.

In summa: Eine imposante Grundlagenarbeit – konsequent, tiefgründig, originell. Manche Thesen kann man angreifen, schwerlich aber, dass das Vertragsrecht weit mehr durch die Verteilungsgerechtigkeit geprägt wird, als üblicherweise angenommen. Die traditionellen Versuche, das Privatrecht als apolitisches Recht zu deuten, werden *en detail* widerlegt.¹³ Hierdurch wird nicht nur ein offener Diskurs über die soziale Gerechtigkeit im Vertragsrecht ermöglicht, sondern – über das eigentliche Ziel der Arbeit hinaus – ein methodischer Gleichlauf zur Auslegung der Verfassung hergestellt, die ihre vermeintliche Sonderstellung als „politisches Recht“¹⁴ verliert. Die Lesbarkeit des Werkes wird zwar erschwert durch die nicht immer konzise Gliederung und Darstellungsweise. Gleichwohl: Die Arbeit verdient eine breite Rezeption bis hinein in die Lehrbuchliteratur, um den Studierenden das Vertragsrecht möglichst ideologiekritisch nahezubringen.

Augsburg

Prof. Dr. Jörg Neuner

¹³ Prägnant jüngst *Lomfeld*, in: Grünberger/Jansen, Privatrechtstheorie heute, 2017, S. 151 ff. (166): „Die Behauptung, das Privatrecht sei nicht politisch, entfaltet selbst eine bestimmte ‚Politische Ökonomie‘ des Privatrechts“.

¹⁴ Repräsentativ *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 268 Rn. 1: „Eindeutig ist jedoch bei der *façon de parler* vom ‚politischen Recht‘ die Intention, dem Verfassungsrecht eine besondere Eigenschaft zuzusprechen, kraft deren es sich vom sonstigen Recht, etwa vom Zivilrecht oder Strafrecht, unterscheidet, wie immer dieser Unterschied denn inhaltlich beschaffen sein mag. Häufig (wenn auch nicht stets) meint die Forderung einen defizienten Modus der normativen Verbindlichkeit der Verfassung, Nachgiebigkeit gegenüber ‚politischer‘ Macht, Teilabdankung der juristischen Methodik, Durchbrechung der Justiziabilität.“